תלמוד בבלי · מחברי זמננו · רשימות שיעורים · סדר נזיקין

רשימות שיעורים על בבא מציעא

הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק [הגרי"ד מבוסטון]

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

רשימות שיעורים על בבא מציעא

הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק [הגרי"ד מבוסטון]

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/רשימות-שיעורים-על-בבא-מציעא/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

דף כא. 5
דף כא: 9
דף כב. 31
דף כב: 41
דף כג. 58
דף כג: 61
דף כד. 77
דף כד: 78
דף כה. 82
דף כה: 87
דף כו. 105
דף כו: 136
דף כז. 152
דף כח. 171
דף כח: 177
דף כט. 180
דף כט: 186
דף ל. 193
דף ל: 200
דף לא. 208
דף לא: 211
דף לב. 225
דף לב: 230
דף לג. 231
דף מד. 234
דף מה: 256
דף מו. 272
דף מו: 288
דף מז. 303
דף מז: 309
דף מח. 318
דף מח: 341
דף מט. 351
דף נ: 367
דף נא. 370
דף נב: 391
דף נג. 393
דף נג: 415
דף נד. 443
דף נד: 447
דף נה. 449
דף נה: 478
דף נו. 480
דף נו: 539
דף נז. 556
דף נז: 563
דף נח. 579
דף עו: 594
דף עז. 609
דף עז: 621
דף עח. 637
דף עח: 654
דף עט. 659
דף עט: 683
דף פ. 695
דף פ: 703
דף פא. 711
דף פא: 721
דף פב. 736
דף פב: 757
דף פג. 783
דף פג: 785

דף פז: 788
דף פח: 811
דף פט: 826
דף פט: 832
דף צ: 845
דף צ: 860
דף צא: 867
דף צא: 897
דף צב: 901
דף צב: 907
דף צג: 911
דף צג: 918
דף צד: 926
דף צד: 948
דף צה: 961
דף צה: 978
דף צו: 979
דף צו: 991
דף צז: 1007
דף צז: 1011
דף צח: 1026
דף צט: 1030
דף צט: 1041
דף ק: 1048
דף קא: 1050
דף קא: 1069
דף קב: 1073
דף קב: 1080
דף קג: 1083

דף כא.

תוס' ד"ה אלו מציאות שלו כריכות ברה"ר. וז"ל בכריכות דוקא מפליג בין רה"ר לרה"י משום דלמ"ד סימן העשוי לידרס הוי סימן ומקום הוי סימן מיירי הכא דליכא סימן ומקום נמי לא הוי סימן ברה"ר משום דמינשתפי וברה"י הוי מקום סימן וחייב להכריז, ומיירי דאשכח דרך הינוח וככרות של נחתום ועיגולי דבילה אין בהם סימן והוי שלו אף ברה"י, ומיירי דמצא דרך נפילה ולכך לא הוי מקום סימן עכ"ל.

ומבואר מדברי התוס' דמקום הוי סימן רק כשנמצאה האבידה בדרך הינוח, ואילו בנמצאה בדרך נפילה קיי"ל דמקום לא הוי סימן. אולם עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"ה) וז"ל הסימנים המובהקין סומכין עליהן ודנין על פיהם בכל מקום דין תורה, והמדה או המשקל או המנין או מקום האבידה סימנים מובהקין הן עכ"ל. ומסתימת לשונו משמע דמקום הוי סימן אף כשנמצאה האבידה בדרך נפילה, דהרי הרמב"ם לא חילק דמקום הוי סימן רק כשנמצאה האבידה בדרך הנחה. אמנם עיין ברמב"ם (פט"ו מהל' גזלה ואבדה ה"י) וז"ל מצא כריכות ברשות היחיד אם דרך נפילה הרי אלו שלו ואם דרך הנחה חייב להכריז, שאע"פ שאין להם סימן המקום סימן וכו' עכ"ל. וצ"ע בדברי הרמב"ם דמשמע דס"ל דמקום הוי סימן רק כשנמצאה האבידה בדרך הנחה (וכדברי התוס'), ודלא כסתימת לשונו (בפי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"ה) דמשמע דמקום הוי סימן בכל גווני.

והנה יש לפרש שיטת הראשונים דס"ל דמקום לא הוי סימן כשנמצאה האבידה בדרך נפילה בב' אופנים: א) י"ל דכשנמצאה האבידה בדרך נפילה אזי יש לומר דהבעלים אינם יודעים בדיוק היכן נפלה האבידה ונאבדה, ולכן המקום אינו נחשב לסימן, דאנו נוקטים שאמירת המקום אינו אלא השערה של הבעלים ואינו הוכחה שאבידה שלהן היא. משא"כ כשנמצאה בדרך הנחה י"ל דהבעלים יכולים לומר מקום החפץ בדקדוק ולכן אמירת מקום האבידה הוי הוכחה שהחפץ שלהן. ב) י"ל דאף כשנמצאה האבידה בדרך נפילה מקום הוי סימן, אמנם אין חיוב הכרזה אלא כשנמצאה האבידה בדרך הנחה, דבנמצא בדרך נפילה אין חיוב לחשוש שהבעלים יודעים את המקום שנפל בו האבידה כדי לחייב הכרזה. אמנם אם יבואו הבעלים ויאמרו את המקום אזי מקום הוי סימן אף כשנמצאה האבידה בדרך נפילה. ונראה לומר דבזה נחלקו תוס' והרמב"ם, דתוס' ס"ל דבדרך נפילה מקום לא הוי סימן כלל משום דאנו נוקטים דהוי רק השערה בעלמא ואין הבעלים יכולים לומר את המקום בדקדוק (ואפילו אם יאמרו את המקום בדקדוק י"ל דזוהי השערה בעלמא ולא אמרו זאת מתוך ידיעה מאחר דהוי דרך נפילה),

משא"כ בדרך הנחה דהבעלים יכולים לומר את מקום האבידה בדקדוק ס"ל דמקום הוי סימן. משא"כ הרמב"ם סובר כהצד השני - דבאמת בכל גווני מקום הוי סימן, אמנם כשנמצאה האבידה בדרך נפילה אין חיוב הכרזה דאין לחשוש שמא יודעים הבעלים את המקום. אמנם אם יבואו ויאמרו את מקום האבידה אזי מקום הוי סימן להחזיר להן האבידה אף כשנמצאה בדרך נפילה. ונראה דמשו"ה פסק הרמב"ם (בפי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"ה) בסתמא דמקום הוי סימן, ומסתימת לשונו משמע דאף אם נמצאה האבידה בדרך נפילה מקום הוי סימן, דס"ל דאמירת מקום האבידה הוי סימן להחזיר האבידה. ואילו בפט"ו מהל' גזלה ואבדה ה"י חילק הרמב"ם בין היכא שמצא את האבידה בדרך נפילה להיכא שמצא את האבידה בדרך הנחה לענין חיוב הכרזה, דרק כשנמצאה האבידה בדרך הנחה חייב להכריז, ומיושב שפיר פסקי הרמב"ם.

והנה עיין עוד ברמב"ם (פט"ו מהל' גזלה ואבדה ה"י) וז"ל מצא כריכות ברשות היחיד אם דרך נפילה הרי אלו שלו ואם דרך הנחה חייב להכריז, שאע"פ שאין להם סימן המקום סימן אע"פ שאינו סימן מובהק עכ"ל. ועיין במגיד משנה שכתב דמש"כ הרמב"ם "אע"פ שאינו סימן מובהק" הוי טעות סופר ויש למוחקו משום דהרמב"ם כתב לעיל (בפי"ג מהל' גזו"א ה"ה) דמקום הוי סימן מובהק. אמנם הכס"מ כתב שאין צריך להגיה את דברי הרמב"ם דהיכא דיש לחשוש שמא נתגלגלה האבידה מקום אינו סימן מובהק, ובפי"ג מהל' גזו"א (ה"ה) מיירי שידוע שלא נתגלגלה האבידה וכגון שהיא מונחת בצד גדר ובכה"ג מקום הוי סימן מובהק. ולפי"ד הכס"מ י"ל דמקום הוי סימן מובהק רק בגוונא שהבעלים אומרים את מקום האבידה בדקדוק ובדיוק. אמנם אם אינם יכולים לומר בדקדוק את מקום האבידה אזי מקום הוי סימן שאינו מובהק שאינו מועיל. אולם עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"ב - ה"ג) וז"ל כיצד מכריז אם מצא מעות מכריז מי שאבדה לו מטבע וכן מכריז מי שאבד לו כסות או בהמה וכו' יבוא סימנים ויטול, ואינו חושש מפני שהודיע מין האבידה לפי שאינו מחזירו עד שיתן סימנים מובהקין. בא בעל האבידה ונתן סימנים שאינם מובהקין אין מחזירין לו עד שיאמר סימנים מובהקים וכו' עכ"ל. ומבואר דאין מחזירין אבידה כשבא א' וטוען דזוהי אבידתו ונתן סימן שאינו מובהק, וצ"ע דלפי גירסת הכס"מ (בפט"ו מהל' גזלה ואבדה ה"י) מבואר דאם מצא כריכות ברה"י בדרך הנחה חייב להכריז ולהחזיר את האבידה משום דמקום הוי סימן אע"פ שאינו סימן מובהק, ומשמע דמחזיר את האבידה אף בסימן שאינו מובהק כשאמר את מקום האבידה, ואפילו אם לא אמר את המקום בדקדוק ובצמצום, וצ"ע. ונראה לתרץ דיתכן לומר דהרמב"ם מיירי באופן שאמר גם את מקום האבידה שלא בדקדוק וגם

אמר דהוי בדרך הנחה, דאזי אמרינן דצירוף אמירת מקום האבידה ותיאור דרך הנחתה נחשב כסימן מובהק, וע"כ מחזירין לו את האבידה. אולם במקום לבד (כשאינו בצמצום ובדקדוק) אין מחזירין לו את האבידה משום דהוי סימן שאינו מובהק, וצ"ע[1].

בא"ד. וז"ל וא"ת כריכות ברה"ר דמיירי דרך הינוח היאך לוקחם הא אמרינן לקמן ספק הינוח לא יטול וכל שכן ודאי הינוח. וי"ל דה"מ כשמצא במקום מוצנע ומשתמר דלא יטול אם אין בו סימן, ואם יש בו סימן נוטל ומכריז עכ"ל. ומבואר דתוס' סוברים דהדין דספק הינוח לא יטול היינו רק כשנמצאה האבידה במקום המשתמר קצת, ואילו כריכות ברה"ר מיירי דאינם במקום המשתמר כלל וליכא בהו נמי סימן דאזי הדין הוא שנוטלן והרי הן שלו. אמנם עיין ברמב"ם (פט"ו מהל' גזו"א ה"א) וז"ל כל המוצא אבידה בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה שמא בעליה הניחוה שם עד שיחזרו לה ואם יבא ליטול אותה והיה דבר שאין בו סימן הרי אבד ממון חבירו בידו שהרי אין בו סימן להחזירה בו ואם היה דבר שיש בו סימן הרי זה הטריחן לרדוף אחריה וליתן סימניה ולפיכך אסור לו שיגע בה עד שימצא אותה דרך נפילה. אפילו נסתפק לו הדבר ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונח הרי זה לא יגע בו, ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירה לשם. ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו עכ"ל. וצ"ע בדברי הרמב"ם דמשמע שסובר דבכל גוונא שמצא האבידה בדרך הנחה אסור ליגע בה ואף אם יש בה סימן, דא"כ קשה קושיית התוס' היאך נוטל כריכות ברה"ר והא הכריכות הויין בדרך הנחה (דמשו"ה ברה"י נוטל ומכריז), והרי הרמב"ם לא חילק כמש"כ התוס' בין משתמר לאינו משתמר, ומשמע דס"ל דבכל גוונא בדרך הנחה לא יטול ואף אם אינו משתמר כלל.

וצ"ל דהרמב"ם מפרש דכריכות ברה"ר הן שלו היינו כשעבר ונטלן אולם באמת לכתחילה לא יטלן. דהנה הרמב"ם (פט"ו מהל' גזלה ואבדה ה"א) פסק דבספק הינוח אם עבר ונטלו והוי דבר שאין בו סימן זכה בו לעצמו. והראב"ד השיג עליו וז"ל זה אינו מחוור אצלי שיזכה בו לעצמו אבל יעמוד בידו עד שיבא אליהו עכ"ל. וכתב המגיד משנה וז"ל זו באמת קשה בודאי והיאך יזכה בו ויהיה שלו, והלא קודם יאוש בא לידו, ואין צ"ל בודאי הניח דלאו כל כמיניה לנוטלו ויזכה בו אלא אפילו ספק הינוח ודאי לא זכה בו, דהא ספקא הוא אם הוא דרך נפילה וזכה בו כדין המוצא דבר שאין בו סימן או

[1] ועיין לקמן בשיעורים דף כב: (בד"ה תוס' אי דליכא סימן מאי מכריז) שביאר רבנו זצ"ל את דברי הרמב"ם באופן אחר. ועיי"ש במה שנתבאר בשם מרן הגר"ח זצ"ל משיעוריו בוואלאזין בענין זה. אמנם לכאורה פשטות דברי הכס"מ משמע דמחזירין את האבידה באמירת המקום המדוייק וכגון שאמר שהיתה מונחת בצד הגדר, ואילו אם אמר מקום שאינו מדוקדק אזי אין המקום מועיל כלל ואף כשאמר שהיתה מונחת בדרך הנחה (עיי"ש בכס"מ).

שהוא דרך הנחה והרי בא לידו קודם יאוש וספקא בכה"ג לחומרא, וכמש"כ בפי"ד ה"ה ביאוש שלא מדעת וכבר השיגו הר"א ז"ל וכתב יעמוד עד זמן אשר יבא אליהו והאמת כדבריו וכו' עכ"ל. ותירץ הכס"מ (שם) וז"ל ואפשר לומר לדעת רבנו דהא דאמרינן בר"פ אלו מציאות (כא:) בפלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת, הויא בדבר שאין בו סימן, ואיפסקא הילכתא כאביי דאמר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום דהא לא ידע דנפל מיניה היינו לומר שאסור לו ליטלם, אבל אם עבר ונטלם זכה בהם, משום דכיון שהם בידו ואינו יודע למי יחזירם שהרי אין בהם סימן ולמקום שנטלם אין לו להחזירה כמש"נ, ממילא זכה בהם. דאין לנו לומר שיעמדו עד שיבוא אליהו אלא היכא דאתמר הכי בהדיא עכ"ל. ומבואר דהכס"מ סובר דיאוש שלא מדעת מותר אם עבר ונטלם - דאפילו אם נטל את האבידה קודם יאוש שלא כדין מ"מ זכה בה משום שאין בה סימן ואינו יכול להחזירה, ולכן לאחר מכאן כשנתיאשו הבעלים זכה בה ממילא. וס"ל להכס"מ דבדבר שאין בו סימן לא חל מצות השבת אבידה ודין באיסורא אתא לידיה לאביי[2]. אמנם יש להסתפק בשיטת הרמב"ם אליבא דהכס"מ האם ס"ל שאם עבר ונטל זכה בהן אפילו בודאי הינוח או"ד דזכה רק בספק הינוח משום דבספק הינוח ליכא חזקת מרא קמא דהא הוי אבידה ולכן חלה תפיסה, משא"כ בודאי הינוח דאיכא חזקת מרא קמא אמרינן דבאיסורא אתא לידיה ולא זכה בה. או"ד דאף בודאי הינוח קיי"ל שאם עבר ונטלו זכה בה לאחר יאוש שלבסוף, ולא אמרינן בדבר שאין בו סימן דבאיסורא אתא לידיה. והנה הרמב"ם פסק (פט"ו מהל' גזלה ואבדה ה"י) וז"ל מצא כריכות ברשות היחיד אם דרך נפילה הרי אלו שלו ואם דרך הנחה חייב להכריז, שאע"פ שאין להם סימן המקום סימן אע"פ שאינו סימן מובהק עכ"ל. ומשמע דאם מצא כריכות ברה"ר הרי אלו שלו אף היכא דמצאן בדרך הנחה, וא"כ מבואר דאף בודאי הינוח חל דין שאם עבר ונטלן זכה בהן

[2] ולכאורה הביאור בזה הוא דמכיון דאין בה סימן דא"א להשיבה לבעליה בסימנין אזי לא חלה עליו מצות השבת אבידה כלל, ואינו שומר אבידה והיאוש שלאחר כך חל להתירה לו מכיון דלא אתיא לידיה באיסורא. וכן משמע מהגהות הגרע"א על הרמב"ם (פט"ו מהל' גזו"א ה"א) (עיין בהגהות רע"א בדפוס פרנקל). ועיין בשו"ע חו"מ סימן ר"ס ובש"ך שם ס"ק כ"ו.

[3] כלומר דאף בודאי הינוח הויא חפצא דאבידה דברה"ר אין החפץ משתמר כלל, אך ליכא מצות השבת אבידה דהא לית בה סימן, והרי כבר לקחה מרה"ר מהמקום שהבעלים הניחוהו שם ומצד דיני השבת אבידה אין להחזירה לרה"ר, ומכיון דלית בה סימן לא חלה עליו מצות השבת אבידה כלל ומשו"ה קונה אותה אח"כ בשעת יאוש, דלא נחשבת לבאיסורא אתא לידיה מכיון דלא חלה עליו מצות השבת אבידה. ויל"ע בזה דצ"ע מדוע לא נאמר דבשעה שלקחה מרה"ר חלה עליו מיד מצות השבת אבידה להחזירה למקומה ברה"ר, וא"כ הויא באיסורא אתא לידיה. וי"ל דהרמב"ם ס"ל כשיטת הראשונים דס"ל דליכא מצות השבת אבידה להחזיר החפץ למקומו ברה"ר מכיון דאינו מקום משומר כלל, ולכן לא חלה עליו מצות השבת אבידה. ועוד י"ל דאף אם נתחייב בשעת ההגבהה להשיבה למקומה ברה"ר מ"מ משלקחה לביתו א"א שוב להשיבה לרה"ר ואזי פקעה מצות השבת אבידה וקונה

וליכא דין באיסורא אתא לידיה בדבר שאין בו סימן ואף כשהיה בדרך הנחה[3]. ולפי"ז צ"ל דהרמב"ם יפרש דכריכות ברה"ר הרי אלו שלו מיירי דעבר ונטלן.[4]

דף כא:

בענין יאוש שלא מדעת

גמ'. איתמר יאוש שלא מדעת אביי אמר לא הוי יאוש, רבא אמר הוי יאוש. בדבר שיש בו סימן כולי עלמא לא פליגי דלא הוי יאוש ואע"ג דשמעיניה דמייאש לבסוף לא הוי יאוש דכי אתא לידיה באיסורא הוא דאתא לידיה, דלכי ידע דנפל מיניה לא מיאש מימר אמר סימנא אית לי בגויה יהבנא סימנא ושקילנא ליה. בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר אע"ג דאית בה סימן רחמנא שרייה כדבעינן למימר לקמן, כי פליגי בדבר שאין בו סימן אביי אמר לא הוי יאוש דהא לא ידע דנפל מיניה, רבא אמר הוי יאוש דלכי ידע דנפל מיניה מיאש מימר אמר סימנא לית לי בגויה מהשתא הוא דמיאש.

א

בביאור המחלוקת בין אביי ורבא בדין יאוש שלא מדעת

בביאור המחלוקת שבין אביי ורבא אי יאוש שלא מדעת הוי יאוש או לא הוי יאוש, נראה דיש לבאר את פלוגתתם בג' אופנים:

א) בפשטות יש לפרש דלכו"ע מעשה יאוש הוי המתיר והמפקיע של ממון הבעלים מהחפץ, ואין המתיר דממון הבעלים עצם השם אבוד שבחפצא, ונחלקו האם המתיר דיאוש שמפקיע ממון הבעלים חל למפרע או לא - דלרבא חל המתיר של יאוש למפרע, ולאביי לא חל המתיר דיאוש למפרע, אלא דלפי"ז צ"ע בשיטת רבא דמאי שנא יאוש דמועיל וחל למפרע מדעת מקנה והפקר דאינם חלין למפרע.

ב) י"ל דרבא ואביי נחלקו בגדר יסוד הפקעת ממון הבעלים מהחפץ ובהיתר לקיחת האבידה - דלרבא עצם חלות שם אבידה שבחפץ מפקיע ממנו דין ממון הבעלים ומתיר את לקיחת האבידה למוצא האבידה, והיאוש רק משלים את חלות השם של אבידה שבחפצא, ואין מעשה היאוש עצמו מהווה המתיר והמפקיע דממון הבעלים - דיאוש

ביאוש. ואינו דומה לדבר שיש בו סימן דבאיסורא אתא לידיה ועדיין הוי בכלל חיוב השבת אבידה מחמת הסימן, ואילו במונח ברה"ר מצות ההשבה פקעה כשמביאה לביתו ומשו"ה קונה אותה ביאוש.

[4] ולפי הנ"ל י"ל דהרמב"ם חולק על יתר הראשונים ביסוד האיסור דלא יגע בה דחל בודאי הינוח ובספק הינוח, דלשאר הראשונים האיסור חל מדיני השבת אבידה ומשו"ה אם עבר ולקחם הוי באיסורא אתא לידיה, דחלו כל איסורי ומצות השבת אבידה ותו אינו יכול לקנות ביאוש. משא"כ הרמב"ם סובר דאין כאן איסור מדיני השבת אבידה דהא אין סימן וליכא חלות מצות השבת אבידה. ולפי הרמב"ם י"ל דהאיסור לנגוע בה אינו מדין השבת אבידה אלא מדין מזיק, דבלקחו גרם ספק נזק להבעלים ומ"מ אין זה נחשב לבאיסורא אתא לידיה, דרק איסורי השבת אבידה מהווין באיסורא אתא לידיה, ולא איסור מזיק בעלמא.

אינו מעשה הפקר וליכא ביאוש חלות דין דעת מקנה. והא דבעינן יאוש היינו רק כדי להשלים את חלות השם ודין אבידה בחפצא. ומשו"ה ס"ל לרבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש. משא"כ אביי ס"ל דיאוש מהווה המתיר שמפקיע ממון הבעלים מהחפץ ומתיר את לקיחת החפץ, ומשו"ה סובר דאין היאוש מועיל למפרע, וס"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. ולפי"ז יוצא דיסוד המחלוקת בין אביי ורבא אינו האם דעת היאוש חל למפרע או לא - אלא דפליגי בגדר המתיר והמפקיע דממון הבעלים מהחפצא דאבידה - דלרבא הפקעת הממון חלה ע"י עצם חלות שם אבידה שחל בחפצא, והיאוש רק מועיל להשלים את השם אבידה שבחפצא, ומשו"ה ס"ל דיאוש מועיל למפרע, דאע"פ שאין דעת מקנה חלה למפרע, שאני יאוש שאינו דעת מקנה בעלמא, דהיאוש אינו אלא תנאי שחל להשלים את חלות השם אבידה בחפצא, ומשו"ה חל אף למפרע. משא"כ אביי ס"ל דיאוש הוי עצם המתיר והמפקיע של דין ממון הבעלים מהחפץ, ומשו"ה ס"ל דאינו מועיל למפרע בדומה לדעת מקנה בעלמא.

ג) ועוד יתכן לומר דלכו"ע השם אבידה גמורה שבחפצא הוי המתיר והמפקיע דממון הבעלים - אלא דנחלקו האם חל חלות שם אבידה גמורה מיד בשעה שנאבדה אף לפני שנודע לבעלים שנאבד החפץ, דאביי סובר שחל שם אבידה גמורה בחפצא רק אם יש ידיעת הבעלים שנאבד החפצא דכתיב "אשר תאבד ממנו", וידיעת הבעלים אינה חלה למפרע ולא חל בה שם אבידה גמורה להפקיע ממון הבעלים עד שנודע לבעלים שנאבד החפץ, ואילו רבא סובר דבאבידה שאין בה סימן חל חלות שם אבידה גמורה בחפצא מיד כשנאבדה אף בלי ידיעת הבעלים שנאבדה, דמאחר דלכי ידע דנפל מיניה מיאש חל ביה שם אבידה גמורה מיד כשנאבדה (ועיין בריטב"א ד"ה ורבא אמר וכו' שמובא להלן).

והנה יל"ע לשיטת רבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש מהו הדין בגוונא שהבעלים איבדו דבר שאין בו סימן, ומצאו המוצא ולא נודע לעולם לבעלים שאיבדוהו, האם בכה"ג קנויה האבידה למוצא אליבא דרבא דס"ל דיאוש שלא מדעת הוי יאוש. דיש לעיין האם רבא סובר דבדבר שאין בו סימן חל מעצמו שם אבידה גמורה בחפצא ולא בעי יאוש כלל לגמור שם האבידה בחפצא, דהמתיר דממון הבעלים הוא חלות השם אבידה גמורה דחל בחפצא, וע"כ האבידה מותרת למוצא אף אם הבעלים לא נתייאשו מעולם. או דילמא דאף בדבר שאין בו סימן צריך יאוש לגמור את חלות השם אבידה בחפצא, והיכא שהבעלים לא נתייאשו מעולם לא נגמר שם האבידה בחפצא ולא פקע ממנו דין ממון הבעלים. ועיין בשיטמ"ק שכתב בשם הריטב"א (דף כא: ד"ה ורבא אמר הוי יאוש)

וז"ל פירוש ואפילו לא נתייאש לבסוף כלל דכיון דלית בה סימן כאבודה ממנו ומכל אדם דמי וכו' עכ"ל. ומבואר דס"ל להריטב"א דלרבא בדבר שאין בו סימן החפצא קנוי למוצא האבידה ואפילו אם לעולם לא נתייאשו הבעלים ממנה לבסוף, ומשמע דס"ל להריטב"א דאליבא דרבא עצם השם אבידה שחל בחפצא מפקיע את חלות דין ממון הבעלים מהחפץ.

ועיין בשיטמ"ק (דף כא: ד"ה ת"ש המוצא מעות בבתי כנסיות וכו') וז"ל וקשיא לי טובא דהא ההיא בדבר שיש בו סימן הוא דלא הוי יאוש ואפילו לרבא כדאיתא לעיל וכו' וי"ל דטעמא דהא מתניתא משום דכל דבר הנופל במקום שהרבים מצויים הבעלים מתיאשים ממנו כאילו אין בו סימן, וכמה דלא ידעי הוה להו כיאוש שלא מדעת בדבר שאין בו סימן וכו' עכ"ל. ובשיטמ"ק תירץ עוד (בשם הגליון) דמיירי בעיר שרובה עכו"ם או באינשי דלא מעלי והוי כדבר שאין בו סימן. ומבואר דאע"פ שבמציאות יש בחפץ סימן מ"מ יתכן דהוי כדבר שאין בו סימן - דהוא אבוד מהבעלים, וחל ביה שם אבידה גמורה. ומבואר מזה דלא אמרינן דכל היכא דיש חפצא דסימנים אזי אין החפץ מותר למוצא - אלא דההיתר למוצא תלוי בשם אבידה שבחפצא, ובדרך כלל בדבר שיש בו סימן לא חל בו שם אבידה לפני יאוש, אולם בגוונא שחל בו שם אבידה, (וכגון במוצא מעות בבתי כנסיות ובתי מדרשות) אזי י"ל דיאוש שלא מדעת מחיל בו שם אבידה גמורה, ומשו"ה הקשה הגמ' מהך מתניתא אליבא דאביי. ולכאורה יש מכאן ראיה לדברינו דאליבא דרבא עצם שם האבידה מפקיע מהחפצא דין ממון הבעלים והיאוש חל למפרע לגמור את חלות השם אבידה בחפצא.

והנה בגמ' איתא "בדבר שיש בו סימן כולי עלמא לא פליגי דלא הוי יאוש ואע"ג דשמעיניה דמיאש לבסוף לא הוי יאוש באיסורא הוא דאתא לידיה דלכי ידע דנפל מיניה לא מיאש מימר אמר סימנא אית ליה בגוויה יהבנא סימנא ושקילנא ליה".

ונל"פ הגמ' עפ"י הג' אופנים הנ"ל:

א) לפי הביאור הראשון שהעלנו י"ל דרבא ס"ל דיאוש שלא מדעת הוי יאוש כלומר דמעשה היאוש שלאחר זמן חל למפרע להפקיע ממון הבעלים, אך רבא סובר דהיינו רק בדבר שאין בו סימן דעומד ליאוש הבעלים משעה שנאבד. משא"כ בדבר שיש בו סימן שאינו עומד ליאוש דמסתמא הבעלים לא יתייאשו אח"כ, כי מסתמא יסמכו על הסימן שיש להן שיתנו את הסימן ויקבלו את החפץ בחזרה, ואע"פ שנתייאשו לבסוף מ"מ היאוש אינו חל למפרע להפקיע ממון הבעלים, דרק כשעומד החפצא ליאוש בשעת

האבידה דהוי דבר שאין בו סימן אזי אמרינן דהיאוש שלבסוף חל למפרע, משא"כ בדבר שיש בו סימן.

ב) לפי הביאור השני רבא ס"ל דהמתיר והמפקיע דממון הבעלים הוא חלות השם אבידה שחל בחפצא, ונראה לומר דבדבר שאין בו סימן חל בחפצא מעצמה חלות שם אבידה משעה שנאבדה, אולם לא הוי אבידה גמורה עד שנתייאשו הבעלים ממנה, והיאוש שלבסוף גומר את שם האבידה בחפצא למפרע, דחל בה למפרע שם אבידה גמורה ומתיר את החפצא משעה שנאבדה. אולם כ"ז בדבר שאין בו סימן, משא"כ בדבר שיש בו סימן שהחפצא עומד להשבה ע"י הסימן י"ל דלא חל בה שם אבידה משעה שנאבדה[5], והיאוש שלאח"כ אינו מועיל למפרע אלא מכאן ולהבא, ומאחר שהמוצא לקחה לידו לפני יאוש הרי הוא כבר נתחייב בחיוב השבת החפצא, ושוב אינו מועיל היאוש שלבסוף.

ג) לפי הפירוש הג' לכו"ע שם אבידה שבחפצא היא המתיר דממון הבעלים ואביי ורבא נחלקו האם חל חלות שם אבידה גמורה מעצמו אפילו בלי ידיעת הבעלים שהחפץ נאבד, י"ל דהיינו רק בדבר שאין בו סימן אולם בדבר שיש בו סימן לא חל שם אבידה משעה שנאבד ולא מהני היאוש שלאח"כ משום דבאיסורא אתא לידיה.

והנה בעיקר הנדון שנסתפקנו האם יאוש מהווה מעשה המתיר והמפקיע דממון הבעלים מהחפץ, או דעצם שם אבידה הויא המתיר, יעויין ברמב"ם (פכ"ב מהל' מכירה ה"ט) וז"ל מי שהיה לו פקדון ביד אחר הרי זה מקנהו בין במכר בין במתנה ואם כפר בו זה שהופקד אצלו אינו יכול להקנותו שזה כמו שאבד שאינו ברשותו עכ"ל. ומבואר דאבידה אינה ברשותו להקדישה ומשמע דחלות שם אבידה שבחפצא מפקיע דין ממון הבעלים במקצת מהחפצא, דתו לא הוי ברשותו ואינו יכול להקנותה ולהקדישה[6]. ועיין ברמב"ם (פ"ג מהל' נחלות ה"א) שפסק דבכור אינו נוטל פי שניים בספינה שבים וז"ל אין הבכור נוטל פי שניים בנכסים הראויין לבא לאחר מיתת אביו אלא בנכסים המוחזקין לאביו שבאו לרשותו שנאמר בכל אשר ימצא לו וכו' וכן אם היתה לאביו מלוה או היתה לו ספינה בים יורשין אותה הבכור והפשוט כאחד עכ"ל, ועיין בכס"מ דתמה אמאי הספינה היא ראוי, וביאר הגר"מ זצ"ל די"ל דמיירי בנאבדה הספינה בים ולכן הוי ראוי ולא מוחזק. ומבואר שחל הפקעת בעלות ע"י עצם שם האבידה שבחפצא. אמנם יל"ע האם הדין דאבידה אינה ברשותו להקנותה והוי ראוי לגבי בכור חל לפני יאוש

[5] לענין הפקעת ממון בעלים, אך פשיטא דהויא אבידה לחייב את המוצא במצות השבת אבידה.
[6] ועיין בנתיבות המשפט סימן רנ"ט ס"ק א' ובהגהות מילואי משפט שם.

רק באבידה שאין בה סימן, דחל בה שם אבידה מעצמה ומשו"ה אינה ברשות הבעלים להקדישה והו"ל ראוי לענין בכור. משא"כ באבידה שיש בה סימן קודם שנתיאשו ממנה הבעלים לא חל בה שם אבידה להפקיע ממון הבעלים והוי ברשותו להקדישה ולהקנותה והו"ל מוחזק לענין בכור. או"ד דאף באבידה שיש בה סימן חל שם אבידה ואינו ברשות הבעלים להקנותה והו"ל ראוי, וצ"ע בזה.

ב.

בדין יאוש שלא מדעת ודין ברירה

והנה עיין בשיטמ"ק (דף כא: ד"ה איתמר יאוש שלא מדעת) שכתב בשם הראב"ד וז"ל הך פלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת קשיא לי דשייכא ליה ברירה ואין ברירה ולפלגי בעלמא, אלא שיש למבין להפליגו מענין ברירה עכ"ל. ובביאור דבריו נראה דדין יאוש שלא מדעת לא שייך לדיון האם יש ברירה או אין ברירה, דבברירה מירי שהגברא עשה עכשיו מעשה מדעת התלוי בתנאי לאחר זמן, וכגון המקדש אשה עכשיו ע"מ שירצה אבא, דכשרצה האב נתברר למפרע דמעשה הקידושין דמעיקרא הוי מעשה קידושין, (עיין בסוגיא בגיטין כה: וברש"י שם ד"ה לא רצה). משא"כ ביאוש שלא מדעת ליכא מעשה גברא מלכתחילה התלוי בתנאי שלאחר כך, אלא יש נידון בגדר דין אבידה שהתורה מחייבת או פוטרת ממצות השבה. ודין יאוש שלא מדעת הוא דין בפ"ע ואינו תלוי בדין ברירה.

ג.

בגדר דין יאוש באבידה

והנה חקרנו בדין היתר מציאה למוצא האם ההיתר חל מחמת שם אבידה שבחפצא (והיאוש אינו אלא תנאי בשם אבוד דהיאוש גומר ומשלים את חלות שם אבוד שבחפצא), או דההיתר חל מחמת עצם היאוש - דיאוש מהווה מתיר שמפקיע ממון הבעלים. ולכאורה נראה דיש נפ"מ בזה האם המוצא זוכה באבידה מן ההפקר או דזוכה מרשות הבעלים, דאם היתר האבידה חל ע"י יאוש דהיאוש מהווה הפקעת ממון י"ל דלאחר היאוש נעשה האבידה הפקר והמוצא זכה בה מן ההפקר. משא"כ אם ההיתר חל ע"י חלות שם אבוד שבחפצא והיאוש אינו חל אלא כדי לגמור את שם האבידה דחל בחפצא י"ל דהאבידה נשארת ברשות הבעלים עד שנמצאה, והמוצא זוכה בה מרשות הבעלים. ולכאורה עוד יש נפ"מ לענין חזרה מהיאוש, דאם יאוש מהוה הפקעת ממון הבעלים וחזרו הבעלים מהיאוש מ"מ צריכים הם לעשות מעשה קנין חדש לזכות שוב בהחפץ. משא"כ אי יאוש אינו אלא תנאי בחלות שם אבוד שבחפצא, שהיאוש גומר

חלות שם אבוד בחפץ יתכן דמ"מ לא יצא החפץ מרשות הבעלים, ואזי אם יחזרו הבעלים מהיאוש אינם צריכים לעשות מעשה קנין חדש כדי לזכות בחפץ. ועיין בנתיבות המשפט (סימן רס"ב ס"ק ג') שנקט דאין האבידה יוצאת מרשות הבעלים עד שנמצאה[7], והנתיבות מחלק בין הפקר ליאוש, דהפקר מהווה הפקעת ממון החפץ דיוצא מרשות הבעלים, משא"כ יאוש מהווה רק מתיר - דמתיר לקיחת האבידה, אבל אין האבידה יוצאת מרשות הבעלים עד שזוכה בה המוצא. והנתיבות הביא ראיה לזה ממש"כ התוס' בב"ק (דף סו. ד"ה כיון דבאיסורא) וז"ל מכאן משמע שיאוש אינו כהפקר גמור דא"כ אפילו בתר דאתי לידיה באיסורא יכול לקנות מן ההפקר וכו' עכ"ל. ולכאורה יתכן לפרש את דברי הנתיבות עפימש"כ דיאוש אינו מתיר בעלמא שחל להתיר את לקיחת האבידה אלא דיאוש משלים את השם אבידה שבחפצא, וההיתר חל מדין אבידה. ומשו"ה ס"ל דאף לאחר יאוש קודם שזכה בה המוצא עדיין הויא האבידה ברשות הבעלים. דאי יאוש מהווה מעשה הפקעת ממון אזי י"ל דהחפץ נעשה הפקר מיד לאחר היאוש ואף לפני שנמצאה האבידה, והנתיבות ס"ל דהפקר חלוק מיאוש, דבהפקר החפץ יצא מרשות הבעלים ע"י מעשה ההפקר, משא"כ ביאוש דהאבידה הויא ברשות הבעלים עד שזכה בה המוצא מדין מוצא אבידה ולא מדין קנין דבר מן ההפקר.

ונראה להביא ראיה למש"נ דיאוש רק גומר את החלות שם אבידה שבחפצא, והמוצא זוכה בחפץ מחמת דהיא מציאה, דחל קנין מיוחד ד"המוצא מציאה" לקנות את האבידה מרשות הבעלים, מהא דקיי"ל הבטה בהפקר קני (לקמן דף קיח.), וכתבו התוס' (דף ב. ד"ה דבראיה) דהיינו בגוונא שעשה מעשה כל דהו וכגון שגדר גדר קטן. וצ"ע דמה בכך והרי לא עשה מעשה קנין דהגבהה או משיכה להכניס את החפץ לרשותו, והיאך מועיל לעשות גדר קטן לקנות את האבידה. ונראה להוכיח מכאן דחל קנין מיוחד מדין מציאה דהתורה זיכתה המציאה להמוצא, והא דעושה גדר מסביב לאבידה היינו רק בכדי לגלות דהריהו ה"מוצא" שרוצה לזכות בחפץ. אמנם אין עשיית הגדר עצם מעשה הקנין לזכות בחפץ בקנין דעלמא, אלא דחל כקנין אבידה מדין מיוחד ד"מוצא מציאה". ומוכח דחל קנין מיוחד ד"מוצא מציאה" שהתורה זיכתה את המציאה להמוצא. ולפי"ז נראה כמש"נ דהיאוש אינו מפקיע את דין ממון הבעלים מהאבידה אלא היאוש רק גומר את חלות

[7] אמנם אף לפי"ד הנתיבות י"ל דבשעה שהמוצא מגביה את המציאה היא נעשה באותה שעה הפקר, והמוצא קונה אותה מן ההפקר בדומה לשיטת ר' יוסי בהפקר (נדרים דף מג.) ומשו"ה פטור המוצא מלשלם דאינו קנין מיד ליד. וע"ע בהנהות מילואי משפט על הנתיבות (סימן רס"ב הערה מס' 20). ועיין בנתיבות שכתב דיתכן לחלק בין אבידה בעלמא לאבידה האבודה ממנו ומכל אדם דהוי הפקר מיד ואפילו לפני דאתי ליד הזוכה. אולם רבינו זצ"ל נקט דיש להשוות היתר האבידה לאחר יאוש להיתר אבידה האבודה ממנו ומכל אדם, דשיטת הרמב"ם היא דאף אבודה ממנו ומכל אדם מותרת מטעם יאוש. ועיין בהגות מילואי משפט (סימן רס"ב הערה מס' 26).

השם אבידה שבחפצא, והמוצא זוכה באבידה מרשות הבעלים מדין "מוצא מציאה". ועוד יש להביא ראייה דחל דין קנין מיוחד של מציאה להמוצא, דהמוצא מציאה קונה את האבידה ישירות מרשות בעל האבידה, מהא דכתב הש"ך (בסימן רמ"ג ס"ק ו') דמציאת קטן זכה בה הקטן מה"ת (ומיירי בקטן שהגיע לעונת הפעוטות), ואע"פ דליכא דעת אחרת המקנה אותה לקטן. וצ"ב דאיך קונה הקטן והא אין זכייה לקטן מה"ת. ועל כרחך צ"ל דחל דין מסוים דקנין מציאה להמוצא דקני בישירות מרשות הבעלים ע"י מציאת האבידה. דאי נימא דהיאוש חל כמפקיע ממון הבעלים, דלאחר היאוש נעשה האבידה הפקר צ"ע איך קונה קטן מה"ת מהפקר והא אין דעת אחרת מקנה אותה לו. ולכאורה מוכח מכאן דחל הקנין ע"י חלות השם אבידה שבחפצא, דחל דין קנין מיוחד מה"ת ד"מוצא מציאה" שזיכתה התורה המציאה להמוצא ממילא, ודין זה חל אף לגבי קטן המוצא, ומשו"ה קטנים שהגיעו לעונת הפעוטות זכו במציאתן מה"ת[8]. ומבואר מזה דיאוש אינו חל אלא כדי לגמור את חלות השם אבידה שבחפצא.

אמנם עיין בגמ' במס' ב"ק (דף סו.) שדנה האם יאוש קונה לגזלן, וז"ל הגמ' "יאוש אמרי רבנן דניקני מיהו לא ידעינן אי דאורייתא אי דרבנן אי דאורייתא מידי דהוה אמוצא אבידה וכו' או"ד לא דמיא לאבידה אבידה הוא דכי אתאי לידיה בהיתרא אתיא לידיה אבל האי כיון דבאיסורא אתאי לידיה מדרבנן הוא דאמור ניקני מפני תקנת השבים". ועיי"ש ברש"י (ד"ה יאוש) שפירש דיאוש קני לגזלן וחייב לשלם דמי החפץ הגזול. ועיין בתוס' שם (ד"ה הכא נמי) וז"ל אע"פ שאין יאוש מועיל באבידה בתר דאתי לידיה כדקאמר לאו כיון דמייאש מרה מיניה מקמי דאתי לידיה קני ליה, וכו' מ"מ בעי למילף שפיר דיאוש קני בגזל בתר דאתי לידיה דבמציאה נמי נהי שלא היה קונה לענין זה שלא יצטרך להשיב ולהפטר לגמרי הואיל וכבר נתחייב בהשבה מ"מ היה קונה לענין זה שלא יתחייב לשלם כי אם דמים כמו לגבי גזל עכ"ל. ומבואר מדבריהם דהיכא דבאיסורא אתא לידיה אין היאוש מועיל לקנות את החפץ לגזלן ולמוצא האבידה לגמרי אלא דצריך לשלם. ודבריהם צריכים ביאור.

ונראה דלתוס' יש ב' דינים ביאוש: א) דין יאוש היכא דבהיתרא אתא לידיה, ב) דין יאוש היכא דבאיסורא אתא לידיה. ונראה דהיכא דבהיתרא אתא לידיה היאוש חל מדין מתיר ומפקיע - דהיאוש מפקיע ממון הבעלים מהחפצא והאבידה נעשה הפקר. ולכן אם מצא אבידה לאחר יאוש אין המוצא חייב לשלם דמים לבעל האבידה, דהאבידה הויא הפקר

[8] ונראה לומר דרק קטנים שהגיעו לעונת הפעוטות נחשבים ל"מוצא מציאה" דיש להם מה"ת דעת וכוונה דעלמא ואע"פ שאין להן דעת קנין משא"כ בפחות מעונת הפעוטות דאין להם דעת וכוונה כלל י"ל דאינם נחשבים ל"מוצא" כלל.

וזכה המוצא מן ההפקר. משא"כ היכא דבאיסורא אתא לידיה י"ל דהיאוש אינו חל מדין מפקיע דממון הבעלים, אלא חל רק לגמור את חלות השם אבידה וחלות השם דגזילה בחפצא, ובכה"ג רק גוף החפץ נקנה ביאוש למוצא האבידה ולגזלן אבל מ"מ הריהם חייבים לשלם דמים דלא קנו את החפץ מהפקר בהיתר, אלא דקנו את החפץ ישירות מרשות הבעלים באיסור, ומשו"ה חייבים לשלם את דמי החפצא לבעלים. אמנם יש לבאר את ההלכה דחייב לשלם היכא דבאיסורא אתא לידיה בב' אופנים: א) י"ל דהקונה משלם בתורת דמי קנין דהא קונה את החפצא מהבעלים, וכדמצינו אליבא דהרמב"ם (פ"ה מהל' גניבה ה"ג) שפסק דאם נמכרה גניבה ואח"כ נתיאשו הבעלים הלוקח קנה ביאוש ושינוי רשות, והלוקח משלם דמים לנגזל משום דהקנין מחייבו בתשלומין, ואע"פ שהלוקח אינו חייב בתשלומין מדין השבת הגזילה. ב) עוד י"ל דהמוצא והגזלן שקנו ביאוש משלמים בתורת חובת השבה דמעיקרא, דהקנין דחל מחמת היאוש הועיל לקנות את החפצא הבעין לבדו אך אינו מועיל לפוטרם מחובת ההשבה הכוללת אף חיוב לשלם את דמי החפצא. וכדמצינו בגזלן דעלמא המחוייב בהשבת הדבר הגזול אך אם אינו משיבו הריהו חייב בתשלומי דמיו מדין חובת השבת הגזילה. ועיין בתוס' במס' מכות דף טז. (ד"ה התם) דס"ל דחיוב הגזלן לשלם דמים כשאינו משיב את הבעין שגזל הוא מדין חיוב השבת הגזילה וס"ל דיש ב' אופנים לקיים מצות השבת הגזילה: א) ע"י השבת הבעין, ב) ע"י תשלומי דמים[9]. ונראה דה"ה בהשבת אבידה חל חיוב לשלם את דמי האבידה. ולכאורה נפ"מ בזה לענין היאך משערים את הדמים שמשלם, אי משערים משעת המציאה או משעת היאוש. דהרי קיי"ל דכל הגזלנין משלמים כשעת הגזילה (ב"ק דף סה.), ואי נימא דמוצא האבידה נתחייב מעיקרא בהשבת הדמים כמו גזלן אזי י"ל דנתחייב משעת המציאה ומשלם כשעת המציאה. אולם אי נימא דמוצא האבידה לא נתחייב אלא בהשבת הבעין בלבד, י"ל דכשקונהו ביאוש אזי הריהו משלם כשעת היאוש דזוהי שעת הקנין, ואינו משלם השוויות דמעיקרא כפי שעת המציאה. והנה מלשון התוס' (ב"ק סו א ד"ה הכא נמי) ומהשוואתם לגזלן משמע דס"ל דמוצא האבידה נמי חייב בהשבת דמי האבידה ולא רק בהשבת הבעין, ולפי"ז י"ל דמשלם כשעת המציאה[10]. ולפי"ז י"ל דאם שומר אבידה פשע ומשלם דמים אין התשלומים רק חיוב תשלומים מדין

[9] ודלא כשיטת הרמב"ם פ"א מהל' גניבה ה"א דאינו מקיים מצות השבת הגזילה אלא בהשבת הבעין שגזל. וע"ע בס' רשימות שיעורים למס' בב"ק עמ' שמ"א - שד"מ.

[10] עיין בקצות החשן (שנ"ג: ב) ועיי"ש בהגהות מילואי חשן. והקצות הקשה דאם המוצא חייב לשלם דמים מדין השבה כבגזלן א"כ צ"ע מ"ט שומר אבידה אינו חייב לשלם באונסין כמו גזלן. ולכאורה י"ל דאונס חל כפטור מתשלומין בשומר אבידה בלבד משא"כ בגזלן דקאעבר על איסור גזילה, ומשו"ה ליכא פטור תשלומין באונסין.

אחריות שומרים כשומר פקדון בעלמא אלא דהתשלומים הויין קיום של מצות השבת אבידה. ומבואר מתוס' דהשוו מוצא אבידה לגזלן דיסוד הדין דיאוש קונה באיסורא אתא לידיה הוא שיאוש מפקיע את חובת השבת הבעין ומתקיימת מצות השבה ע"י התשלומין. ולפיכך קונה מוצא האבידה את הבעין מהבעלים הראשונים שהרי ישלם דמים תחת הבעין, וקיום ההשבה בדמים נותנת לו הזכות לקנות את הבעין ביאוש, ודומה בכך לגזלן שקונה ביאוש כדי שישלם דמי השבה תחת הבעין[11].

ד.

מחלוקת רש"י ותוס' בגדר קנין יאוש באבידה

ועיין עוד בסוגיית הגמ' בב"ק (דף סו.) "יאוש אמרי רבנן דניקני מיהו לא ידעינן אי דאורייתא אי דרבנן אי דאורייתא מידי דהוה אמוצא אבידה, מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מיניה מקמי דתיתי לידיה קני ליה האי נמי כיון דמייאש מרה קני ליה אלמא קני, או"ד לא דמיא לאבידה אבידה הוא דכי אתאי לידיה בהיתרא אתיא לידיה אבל האי כיון דבאיסורא אתאי לידיה מדרבנן הוא דאמור ניקני מפני תקנת השבים". וברש"י (ד"ה מוצא אבידה לאו כיון דמייאש ליה מרה) פירש וז"ל מקמי דתיתי לידיה קני לה אם נתייאשו בעלים קודם, דתניא באלו מציאות (ב"מ כב ב) מנין לאבידה ששטפה נהר הואיל ונתייאשו הבעלים שהיא מותרת ת"ל אשר תאבד ממנו, שאבודה ממנו ומצויה לשאר בני אדם, יצתה זו, אלמא קני וכו' עכ"ל. ומבואר דלרש"י ילפינן הדין דיאוש קונה באבידה מדין אבודה ממנו ומכל אדם. אמנם בתוס' (שם ד"ה מוצא אבידה) כתבו דהר"י סובר דנפקא לן דיאוש קונה באבידה מגזה"כ דשמלה, דמה שמלה מיוחדת שיש לה סימנים ויש לה תובעין לאפוקי היכא שנתייאשו הבעלים. ויתכן לומר דרש"י והר"י נחלקו ביסוד הגדרת קנין יאוש באבידה, דרש"י סובר דאין יאוש חל מדין הפקעת ממון בפ"ע שמפקיע ממון הבעלים מהחפץ, אלא השם אבידה שבחפץ מפקיע את ממון הבעלים מהחפץ, דכמו שבאבודה ממנו ומכל אדם חל בה שם אבידה גמורה ועי"ז פקע ממון הבעלים מאליה מחמת שהחפצא אבודה לגמרי[12], כמו"כ נמי י"ל בכל אבידה לאחר יאוש דממון הבעלים פקע מחמת דהויא אבידה גמורה. והיאוש אינו מעשה המפקיע ממון הבעלים בפני עצמו כמו מעשה הפקר, אלא היאוש מהוה תנאי

[11] ועיין ברשימות שיעורים עמ"ס בב"ק (עמ' שע"ד) דף סו. תוס' ד"ה הכא נמי.

[12] ברם לכאורה מלשון רש"י משמע דיאוש הוי המתיר שמפקיע ממון הבעלים מהחפץ, דרש"י נקט דההיתר באבודה ממנו ומכל אדם הוא משום דנתייאשו הבעלים ממנו, ולא מחמת עצם השם אבידה שחל בחפצא מחמת שהיא אבודה ממנו ומכל אדם אפילו בלי יאוש כלל. (רבינו זצ"ל) ועיין להלן באות ה' ובשיעורים להלן לדף כא: ד"ה בזוטו של ים.

בחלות שם אבידה. דאבידה בעלמא אינה מפקיעה ממון הבעלים אא"כ האבידה היא אבודה כ"כ שהבעלים נתייאשו ממנה. ונראה דעיקר הדין דיאוש הוי שמחמת היאוש חל פטור מחובת השבה, והאבידה הויא אבידה גמורה וממילא פקע מהחפץ דין ממון הבעלים. ואילו לפני יאוש האבידה מחייבת השבה, ואינה אבידה גמורה ולא פקע מינה דין ממון הבעלים. ולפי"ז י"ל דבאבידה האבודה ממנו ומכל אדם ליכא חובת השבה דהויא אבידה גמורה, ופקע ממנה דין ממון הבעלים. ואילו הר"י סובר דיאוש חל מדין מפקיע - דהיאוש עצמו מפקיע את ממון הבעלים, ומשו"ה סובר דאי אפשר למילף יאוש באבידה מדין אבודה ממנו ומכל אדם, ולפינן לה מגזה"כ מיוחדת דשמלה. ויתכן דרש"י והתוס' נחלקו נמי לענין הגדרת יאוש בגזילה למ"ד יאוש בכדי קונה בגזילה, דלרש"י כמו שהפקעת הממון באבידה אינו חל ע"י מעשה היאוש בעצמו אלא ע"י חלות שם אבידה שבחפצא והיאוש אינו אלא תנאי בחלות שם אבידה - דנעשה אבידה גמורה, ה"נ י"ל לענין גזילה שאין מעשה היאוש מפקיע את בעלות הנגזל, אלא המפקיע הוא השם גזול שבחפצא. והיאוש חל רק בתורת שיעור בחלות שם גזילה - דגזילה גמורה מפקיעה ממון הבעלים והיינו גזילה שבאה לידי יאוש. משא"כ הר"י סובר דכמו שבאבידה היאוש עצמו מהוה מעשה המפקיע ממון הבעלים ה"נ בגזילה היאוש עצמו מפקיע ממון הבעלים ומקנה את החפץ לגזלן.[13]

והנה יש להסתפק האם יכול אדם להתנות שיאוש יהא חל לאחר ל' יום כמו שחל הקדש לאחר ל' יום באומר ה"ז הקדש לאחר ל' יום (נדרים כט ב). ונראה דלגבי הפקר אי לא היה חסרון של כלתה קנינו היה יכול להפקיר לאחר ל' יום דהפקר מהוה חלות דעת מקנה. משא"כ ביאוש דאינו חל אלא להשלים את חלות שם האבידה שבחפצא ואין היאוש חלות דעת קנין כלל, פשיטא דאי אפשר להתיאש לאחר ל' יום. ונראה עוד דאפילו אם יאוש חל בתורת מפקיע ממון הבעלים, מ"מ אינו חלות דעת מקנה כהפקר אלא יאוש מהוה חלות סילוק בעלות, דחל אף בדבר שאינו ברשותו, משא"כ הפקר דהוי חלות הקנאה, וכמו שאין הבעלים יכולים להקנות חפץ שאינו ברשותם ה"נ אין הבעלים יכולים להפקיר חפץ שאינו ברשותם. ולפי"ז י"ל דיאוש לא יועיל לאחר ל' יום, דרק דעת מקנה יכולה לחול לאחר ל' יום, דיש לבעלים כח להחיל את דעתם לאחר זמן. משא"כ יאוש דאינו אלא דעת סילוק בעלמא ליכא חלות דין דעת בעלים ומשו"ה א"א להחיל דעת היאוש לאחר זמן.

[13] וע"ע ברשימות שיעורים למס' ב"ק דף סו. תוס' ד"ה מוצא אבידה (עמ' שע"ג - שע"ד).

ה.

בדין הפקעת ממון בחפצא דחל בה חלות שם אבידה

בנוגע למה שחקרנו בדין יאוש באבידה האם היאוש בעצמו מפקיע ממון הבעלים, או"ד דהפקעת ממון הבעלים חלה ע"י החלות שם אבידה ויאוש משלים השם אבוד בחפצא. נראה דיש להוסיף קצת ביאור בסברא דיאוש משלים השם אבידה שבחפצא ומשו"ה האבידה מותרת. די"ל דלאחר שהבעלים נתייאשו מהחפץ פקע מצות השבת אבידה מהחפץ, ומכיון דאין בה מצות השבה חל חלות שם אבידה גמורה בחפצא - והאבידה מותרת דפקע ממנה ממון הבעלים מחמת שחל בה חלות שם אבידה גמורה. ונראה להביא ראיה לצד הזה מדברי הרמב"ם (פי"א מהל' גזו"א ה"ג) שפסק דאבידת עכו"ם מותרת שנאמר "אבידת אחיך". וצ"ע דהרי קיי"ל שגזל עכו"ם אסור (פ"א מהל' גזילה ה"ב) וא"כ איך הותר לקחת אבידת עכו"ם לעצמו, דמה הפקיע ממנה ממון הבעלים. וכן צ"ע דהרמב"ם פסק (פ"א מהל' גזלה ה"ב) דאסור לגזול כל שהוא דין תורה, ואעפ"כ פסק הרמב"ם (פי"א מהל' גזילה ואבדה הי"ב) וז"ל אבידה שאין בה שוה פרוטה אינו חייב להטפל בה ולא להחזירה עכ"ל. ומשמע שאבידה פחות משוה פרוטה מותרת למוצא ולא בעינן יאוש בעלים להתירה, וצ"ע דמה מפקיע ממון הבעלים באבידה שהיא פחות משו"פ ומתיר את האבידה למוצא. ועל כרחך צ"ל דבאמת חלות השם אבידה שבחפצא מהווה המתיר והמפקיע דממון הבעלים, והטעם שחייב בהשבת אבידה במצא אבידה לפני יאוש היינו משום דחיוב מצות השבת אבידה מפקיע ומעכב את השם אבידה מלחול, וחיוב השבת אבידה מעכב הפקעת ממון הבעלים מהחפץ. אבל אי ליכא חיוב השבה אזי חל הפקעת ממון מחמת השם אבידה שחל בחפצא. ולפי"ז נראה דיאוש חל להפקיע חיוב מצות השבת אבידה וממילא פקע ממון הבעלים מהחפץ מחמת השם אבוד שחל בחפצא. ונראה דזהו הביאור בסברא שהעלנו דיאוש משלים חלות השם אבידה בחפצא - דר"ל דיאוש הוי פוטר מחיוב השבה. ומאחר שאבידת עכו"ם ואבידה פחות משו"פ אין בהם חיוב מצות השבה חל בהו חלות שם אבידה גמורה, ופקע מהן דין ממון הבעלים ולכן מותר לקחת אבידת עכו"ם ואבידה פחות משוה פרוטה. ולפי"ז י"ל דבאבודה ממנו ומכל אדם אין חיוב השבת אבידה חל, וממילא האבידה מותרת מחמת חלות שם אבידה גמורה שחל בחפצא.

ולפי"ז י"ל דהמחלוקת בין אביי ורבא אינו בגדר יאוש - אי יאוש הוי מפקיע בפני עצמו דממון הבעלים או לא (וכמש"נ לעיל באות א'), די"ל דלכו"ע יאוש אינו מפקיע ממון הבעלים בפ"ע והיאוש חל רק לפטור את האבידה מחיוב מצות השבה, והמחלוקת בין

אביי לרבא היא האם חל הפטור ממצות השבה למפרע או לא. ולפי"ז נמי מבואר מדוע אינו מועיל יאוש להפקיע ממון הבעלים היכא דבאיסורא אתא לידיה ואח"כ נתייאשו הבעלים. די"ל דאין היאוש עצמו חלות המפקיע דין ממון הבעלים מהחפצא, אלא דהיאוש חל להפקיע מצות השבת אבידה וממילא חל הפקעת ממון הבעלים ע"י חלות שם אבידה שבחפצא. אמנם כ"ז נכון כשבהיתרא אתא לידיה, דהיאוש מפקיע חלות החיוב דמצות השבת אבידה. משא"כ היכא דבאיסורא אתא לידיה, שנטל את האבידה לפני שנתייאשו ממנה הבעלים, אזי אף אם נתייאשו אח"כ אינו מועיל היאוש מאחר דכבר חלה עליו חיוב מצות השבת אבידה המעכב את הפקעת ממון הבעלים.

והנה עיין בגמ' בסנה' (דף עב.) דרב סובר דהבא במחתרת וגנב כלים ויצא קנה את הכלים דבדמים קננהו, ויש לעיין אליבא דרב מה יהא הדין בקלבד"מ באבידה, וכגון שמצא האבידה ברה"ר בשבת ונטלה דיש קלבד"מ לפטור מחיוב ההשבה, האם פקע חיוב ההשבה וממילא האבידה הוי שלו וחל קנין באבידה אף בלי יאוש. ונראה דשאני חיוב השבה בגזלן מחיוב השבה דאבידה, דחיוב השבה דגזלן הוי חלות חיוב ממון דחל עליו חיוב אחריות להשיב את הגזילה, וכדמוכח מהראשונים דס"ל דחל קיום השבת הגזילה אף בתשלומי הממון ולא רק בהשבת הבעין. וי"ל דמשו"ה חל ביה דין קלבד"מ ומשו"ה ס"ל לרב דהבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור דבדמים קננהו. משא"כ מצות השב תשיבם דהוי קיום מצוה בעלמא כמצות הנחת תפילין ולא חל בו דין קלבד"מ.[14]

ולכאורה לפימש"נ דהיכא דליכא חיוב מצות השבת אבידה אזי המוצא קונה את האבידה ממילא מחמת חלות שם אבידה - דשם אבידה גמורה מפקיע ממון הבעלים מהחפץ, יש להקשות א"כ בזקן ואינו לפי כבודו דאינו חייב בהשבת אבידה יהיה מותר לו לקחת את האבידה לעצמו - דהרי אינו חייב בחיוב השבה, וא"כ יחול ממילא ההיתר דממון הבעלים מחמת חלות שם האבידה שבחפצא. ונ"ל דזקן ואינו לפי כבודו שאני דהתם החפצא של האבידה ניתנה להשבה ומשום כך לא חל חלות הפקעת ממון מהחפץ, דאע"פ שלגברא דזקן יש פטור ממצות השבת אבידה מדין כבוד הבריות י"ל דחל רק פטור גברא דהריהו פטור ממצות השבה משום דהוי זקן ואינו לפי כבודו, אבל מ"מ החפצא עצמה ניתנה וראויה להשבה ואינה אבודה לגמרי, ומשו"ה לא פקע ממון הבעלים מחמת שם האבידה שבחפצא.[15][16]

[14] אמנם לכאורה לפימש"נ לעיל באות ג' דאליבא דהתוס' (ב"ק דף סו. ד"ה הכא נמי) דחל חיוב תשלומין בחיוב השבת אבידה כמו השבת הגזילה י"ל דחל דין קלבד"מ אף באבידה.

[15] ולפי"ז לכאורה י"ל דבקלבד"מ באבידה לא קנה המוצא משום דחל רק פטור גברא ממצות השבה אולם עצם החפצא ניתנת וראויה להשבה, ומשו"ה אין המוצא קונה אותה.

והנה עיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזילה הי"א) וז"ל המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו, כיצד הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו וכל כיוצא בזה הרי זה איבד ממונו לדעתו ואע"פ שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו אינו זקוק להחזיר שנא' אשר תאבד פרט למאבד לדעתו עכ"ל. ומבואר שהרמב"ם פסק באבידה מדעת דאסור לרואה ליטול הממון לעצמו, ומ"מ אין באבידה מדעת מצות השבת אבידה וכמש"כ הרמב"ם "אין נזקקין לו וכו' שנא' אשר תאבד פרט למעבד מדעתו". וצ"ע דלכאורה זוהי סתירה למש"כ, דאם ליכא חיוב השבה באבידה מדעת א"כ י"ל שחל באבידה זו היתר והפקעת ממון הבעלים, וא"כ צ"ע למה פסק הרמב"ם שאבידה מדעת אסורה, דמ"ש מאבידת עכו"ם ואבדה שהיא פחות משו"פ דמותרות למוצאן מכיון דליכא בהו מצות השבת אבידה. ונראה לתרץ דהא דפטור ממצות השבה באבידה מדעת אינו חלות דין פטור בפ"ע כמו הפטור דחל באבידת עכו"ם ובאבידה פחות משוה פרוטה, אלא דבאבידה מדעת ליכא חלות שם אבידה דלא הוי בכלל "אשר תאבד ממנו" ולא חל חפצא של אבידה כלל, ולכן אין באבידה מדעת היתר ממון. משא"כ באבידת עכו"ם ובאבידה פחות משו"פ דחל בהו חלות שם אבידה אלא דחל בהן דין פטור ממצות השבה, ומאחר שאין בהם מצות השבה פקע מהן ממון הבעלים, והרי הן של מוצאן.

ע"כ ענין יאוש שלא מדעת

גמ'. בדבר שיש בו סימן כולי עלמא לא פליגי דלא הוי יאוש ואע"ג דשמעיניה דמיאש לבסוף לא הוי יאוש דכי אתא לידיה באיסורא הוא דאתא לידיה, דלכי ידע דנפל מיניה לא מיאש מימר אמר סימנא אית לי בגויה יהבנא סימנא ושקילנא ליה.

[16]ועיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזילה ואבדה הי"ג - הי"ד) וז"ל מצא שק או קופה אם היה חכם או זקן מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידו אינו חייב להטפל בהן ואומד את דעתו אילו היו שלו אם היה מחזירן לעצמו כן חייב להחזיר של חבירו וכו' וכן אם מצא בהמה והכישה נתחייב להטפל בה ולהחזירה אע"פ שאינה לפי כבודו שהרי התחיל במצוה עכ"ל. ועיין בכסף משנה שם שדן האם הרמב"ם ס"ל הכי רק בבהמה או אף בכלים, והביא דהנימוקי יוסף (דף טז: מדפי הרי"ף ד"ה נתחייב בה) ס"ל דהרמב"ם סובר דאף בכלים אם התחיל אזי הריהו חייב בהשבה גמורה, והרנב"ר תמה עליו דמלשון הגמ' ב"ב פח. דאנקט בהו נגרי ברייתא משמע דמיירי דוקא בבע"ח. ועיין בברכת שמואל סימן כ"ה אות ב' שכתב דהגר"ח זצ"ל תירץ שיטת הרמב"ם דיש ב' דינים במצות השבת אבידה: א) דין קודם נטילה שהוא מצות טורח בלבד דהוי חיוב על הגברא לטרוח להשיב את האבידה להבעלים. ב) יש דין השבה דלאחר הנטילה דאז חלין עליו דיני ממונות דנשתעבד להחפץ מגזה"כ ד"והיה עמך עד דרוש אחיך אותו", ועי"ז נעשה שומר על האבידה. וביאר הגר"ח זצ"ל דהרמב"ם ס"ל דזקן ואינו לפי כבודו הוי רק פטור ממצות השבה ומאיסור דלא תוכל להתעלם, אבל אם נטלה דאז נעשו דיני ממונות עליו על האבידה ולא מצות טורח אקרקפתא דגברא גם זקן ואינו לפי כבודו מחוייב באבידה ע"י הנטילה, ומשו"ה פסק הרמב"ם שאף בכלים אם הזקן התחיל ונטלן הריהו חייב בהשבה גמורה דכבר חל עליו דין ממונות להשיבן לאחר שנטלן עכת"ד הגר"ח זצ"ל, (וע"ע בברכת שמואל ס' ט"ז אות ב', ובשיעורי הגרב"ד ס' ל"ד ובחידושי הגר"ח על ש"ס ב"מ דף ל'. בענין השבת אבדה). ומבואר מדבריו דבזקן ואינו לפי כבודו חל רק פטור על הגברא ממצות השבה דאינו חייב לטרוח ולהטפל באבידה ולהחזירה, אולם החפצא הויא חלות שם אבידה הניתנת וראויה להשבה, ומאחר שנטלה חל דיני ממונות ושעבוד דנשתעבד להחפץ לשמרה עד שיעשה השבה להבעלים.

א.

בדין יאוש היכא דבאיסורא אתא לידיה

בדין דבר שיש בו סימן שנטלו לפני יאוש דבאיסורא אתא לידיה כו"ע לא פליגי דלא מועיל יאוש, אולם נחלקו הראשונים בביאור דין זה, הרמב"ן (במלחמות ה' לגמ' דף כו. וע"ע ברמב"ן במלחמות ה' בפ' מרובה) מבאר דמוצא האבידה נעשה שומר אבידה להבעלים והוי כיאוש ברשות הבעלים, דאינו מועיל, שכתב הרמב"ן וז"ל דבשלמא היכא שנטלה בתורת אבידה ולא ע"מ לגוזלה קודם יאוש דא"א לקנותה ביאוש מפני שידו כיד בעלים עכ"ל. ואילו תוס' בב"ק דף סו. (ד"ה הכא נמי) נקטו דאין יאוש מועיל משום דעדיין חייב בתשלומין מדין השבה. וצ"ב ביסוד פלוגתתם.

ויתכן לומר דתוס' והרמב"ן נחלקו בגדר הדין דשומר אבידה, דתוס' ס"ל דשומר האבידה אינו נכנס תחת הבעלים ואין החפץ נחשב ברשות הבעלים, מכיון דשומר אבידה אינו שומר דהבעלים - דליכא מסירה מהבעלים לשומר האבידה, אלא דהתורה עשהו לשומר על החפץ. ולפי"ז אמר הגר"מ הלוי זצ"ל די"ל דאליבא דתוס' שומר אבידה אינו חייב בנזקין, משום שלא נכנס תחת הבעלים, דלא מסרו לו הבעלים את החפץ לשמירה. ולפי"ז מבואר דתוס' ס"ל דלא הוי האבידה ברשות הבעלים ולא הוי כיאוש ברשות הבעלים, ולכן לא פירשו התוס' כרמב"ן שנקט דאי אפשר להתייאש דהוי כיאוש ברשות הבעלים. אלא פירשו התוס' דמאחר דחל כבר חיוב השבה תו לא מועיל יאוש דאין היאוש חל היכא שכבר חל חיוב השבה. ולפי התוס' היכא דביאסורא אתא לידיה החסרון הוי בחלות היאוש, דאינו חל אחרי שכבר חל חיוב השבה. ואילו בסברת הרמב"ן נ"ל דס"ל דאין חיוב מצות השבה מונע חלות היאוש, אלא דמאחר דמוצא האבידה הוי שומר לבעלים אי אפשר לעשות מעשה יאוש כיון דהחפץ עדיין נמצא ברשות הבעלים[17].

ועוד י"ל בביאור סברת הרמב"ן דס"ל דהיכא שהאבידה נמצאת ברשות הבעלים פקע מיניה שם אבידה, ויאוש מועיל רק בחפצא דאבידה. דעיין ברמב"ן במלחמות (דף כו:) שכתב וז"ל וזו כיון שנטלה לגוזלה לא להשיבה הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה, דבשלמא היכא שנטלה בתורת אבידה ולא ע"מ לגוזלה קודם יאוש דא"א לקנותה ביאוש מפני שידו כיד בעלים וכו' הלכך אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים, אבל בזו שע"מ לגוזלה נטלה הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא אבידה לאחר יאוש וכו' עכ"ל. ומבואר דאם נטל המוצא

[17] דא"א להתייאש מחפצא שנמצא ברשות הבעלים אע"פ שהם אינם יודעים היכן החפץ נמצא דעצם מעשה היאוש הו"ל יאוש בטעות ואינו מעשה יאוש כלל.

את האבידה ע"מ לגוזלה אזי האבידה נקנית ביאוש למוצא, דהרי היא כמונחת בקרקע ואינה ברשות הבעלים, משא"כ כשנטלה בתורת אבידה א"א לקנותה ביאוש דהרי היא ברשות הבעלים. ונראה לבאר דבנטל את האבידה ע"מ לגוזלה עדיין נשאר בחפצא שם אבידה, אולם רשות המוצא לא הוי כרשות הבעלים מכיון שאינו תופס ושומר את החפץ עבור הבעלים כשומר אבידה דעלמא דהרי נטלה ע"מ לגוזלה, ומאחר שחל בחפצא שם אבידה משו"ה חל בה יאוש להקנותה למוצא. משא"כ בשומר אבידה דעלמא שנטל את החפץ קודם שנתייאשו הבעלים ע"מ להחזירה י"ל דמכיון שרוצה להחזיר החפץ לבעלים ולקיים מצות השבת אבידה אין החפצא נחשב לאבוד, ורשות המוצא כרשות הבעלים דמי ופקע מיניה חלות שם אבידה, ומשו"ה אין מועיל בה יאוש, דיאוש מועיל רק בחפצא שהוא אבידה. אולם התוס' לא ס"ל כדעת הרמב"ן, ולשיטתם באיסורא אתא לידיה ר"ל דחל חיוב השבה אפילו בלי חלות דין שמירה, ובנטל את האבידה ע"מ לגוזלה חל חיוב השבה ומשו"ה יאוש אינו קונה בה[18].

ב.

בדין באיסורא אתא לידיה אליבא דאביי

יש לעיין בדין דבר שאין בו סימן לשיטת אביי דס"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, האם חל בו דין באיסורא אתא לידיה כשנמצא לפני שנתייאשו הבעלים ממנו דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ודינו שוה לדבר שיש בו סימן אליבא דרבא. ועיין בתוס' לקמן (דף כב. ד"ה שטף נהר) ובריטב"א (דף כא: ד"ה כי פליגי ובשיטמ"ק ד"ה ורבא) דנקטו דחל דין באיסורא אתא לידיה לאביי. אמנם עיין ברמב"ם (פט"ו מהל' גזו"א ה"א) וז"ל כל המוצא אבידה בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה שמא בעליה הניחוה שם עד שיחזרו ואם בא ליטול אותה הרי אבד ממון חבירו בידו שהרי אין לו בה סימן להחזירה בו וכו' ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו עכ"ל. ובכס"מ ביאר דאע"ג דקיי"ל כאביי בדבר שאין בו סימן דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואסור לו ליטלם, מ"מ הרמב"ם

[18] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' ב"ק ח"ב עמ' שע"ז - שע"ח. ועוד אמר רבינו זצ"ל דיתכן לבאר סברת הראשונים החולקים על הרמב"ן דסברי דאף כשנטל את האבידה ע"מ לגוזלה לא מהני בה יאוש לקנותה, משום דס"ל דלאו אבידה היא, דמאחר שחל חיוב שמירה ומצות השבה לא חל בחפצא חלות שם אבידה, דליכא שם אבידה בחפצא שחל בה חלות דין שמירה לבעלים - דעפ"י דין נחשב החפץ ברשות הבעלים ואינו אבוד, ומשו"ה אין מועיל בה יאוש. ואילו הרמב"ן סובר דבנטל ע"מ לגוזלה מכיון דעכ"פ במציאות המוצא אינו מקיים את שמירת החפץ דאינו משתדל להחזירו לבעלים, א"כ החפץ הוי אבוד מבעליו וחל בו יאוש לקנותה למוצא. דהרמב"ן סובר דחל בחפצא חלות שם אבידה כל זמן שהשומר אינו מקיים השמירה במציאות. משא"כ שאר הראשונים ס"ל דאע"פ שאין השומר מקיים דין השמירה דרוצה לגזול החפץ, מ"מ מכיון דחל ביה חובת שמירה לא חל בחפצא שם אבידה ומשו"ה לא מהני בה יאוש לקנותה.

סובר שאם עבר ונטלם זכה בהן אח"כ ביאוש הבעלים, משום דכיון שהם בידו ואינו יודע למי להחזירם שהרי אין בהם סימן ואין לו להחזיר האבידה למקום שנטלה משם ממילא זכה בהם. ומבואר דס"ל לכס"מ דהרמב"ם סובר דבדבר שאין בו סימן לא חל דין באיסורא אתא לידיה אליבא דאביי, אלא דחל דין שאסור לכתחילה ליטול את האבידה מכיון דעדיין לא נתייאשו הבעלים ממנו, אבל משנטל את האבידה זכה בה אח"כ ביאוש שנתייאשו הבעלים אחרי כן.[19]

ונראה לבאר את דברי הכס"מ לפי"ד הרמב"ן דגדר הדין דבאיסורא אתא לידיה ר"ל דנעשה שומר להבעלים, א"כ י"ל דהיינו רק היכא דחל חיוב השבה בקום ועשה, משא"כ בדבר שאין בו סימן דליכא חלות חיוב מצות השבה אינו נעשה שומר, ולא חל בו דין באיסורא אתא לידיה למנוע את חלות היאוש. ומה שאסור ליטול את החפץ לעצמו לפני יאוש היינו משום דמכיון דעדיין לא נתייאשו ממנו הבעלים לא פקע ממון הבעלים מהאבידה, ולקיחתו נאסרת משום איסור גזל ואיסור מזיק. אולם אם נתייאשו הבעלים לאחר שנטל את האבידה אזי האבידה מותרת משום דהיאוש מהווה מתיר שמפקיע ממון הבעלים מהחפץ. ונראה דיש לבאר דברי הכס"מ אף לפי סברת התוס' דבאיסורא אתא לידיה ר"ל דחל חיוב תשלומין, די"ל דהיינו משום דחל חיוב מצות השבה, משא"כ בדבר שאין בו סימן דלא חל בו חיוב מצות השבה משו"ה אין בו חלות דין באיסורא אתא לידיה, וכמש"כ הכס"מ.[20]

אמנם צ"ב בסברת התוס' והריטב"א דס"ל דאליבא דאביי חל דין באיסורא אתא לידיה אף בדבר שאין בו סימן, דהא לא שייך לקיים בה מצות השבה. ונראה לומר דיש ב' דינים במצות השב תשיבם: א) חלות דין איסור עשה - שאסור ליטול את האבידה לעצמו עד שיתייאשו הבעלים, והך איסור הוא איסור בפ"ע ממצות השבת אבידה מלבד האיסור דגזילה. ב) מצות עשה בקום ועשה - שחייב לחפש אחר הבעלים ולהחזיר להן את האבידה.

והנה יל"ע מה הדין בדבר שאין בו סימן לפני יאוש, האם חל בו רק האיסור עשה דהשב תשיבם - דהיינו שאסור למוצא לקחת את האבידה לעצמו מפאת העשה דהשב תשיבם, אולם בדבר שאין בו סימן ליכא מצות השב תשיבם בקום ועשה, דאין מצוה לחפש אחרי

[19] ועיין בשו"ע חו"מ סימן ר"ס סעיף ט' ובנושאי כלים שם.

[20] ואין להקשות דלהוי איסורא אתא לידיה מטעם גזל, דיש לומר דמכיון דלקחה ע"מ להחזירה אין כאן גזל גמור, דרק בגזל גמור כשלקחה שלא להחזירה הוי באיסורא אתא לידיה, דרק כשחלו קניני גזילה דחלין בגזל גמור הו"ל באיסורא אתא לידיה דגזילה. אך היכא שחל רק איסור של מעשה גזילה בעלמא בלי קניני גזילה לא חשיב באיסורא אתא לידיה. ולפי"ז נראה שאם לקחה ע"מ לאבד ג"כ יקנה ביאוש, דבע"מ לאבד נמי לא חלין קניני גזילה ולא עבר אלא על איסור גזילה בלבד. וה"ה בשואל שלא מדעת דהוי איסור גזילה בלי קניני גזילה.

הבעלים להחזיר להן את האבידה בקום ועשה. או"ד י"ל שאף בדבר שאין בו סימן חל נמי חיוב מצות השבה לבעלים - אלא דליכא בו חיוב הכרזה, דמאחר שאין בו סימן אין שום תועלת להכריז שמצא האבידה. ולכאורה יהיה בזה נפ"מ האם בדבר שאין בו סימן חל מצות השבה לחפש אחר ת"ח שיכיר את האבידה בטביעת עין או לא, ועיין בחידושי הרמב"ן (דף כג. ד"ה ולא צריכא לאהדורי בטביעות עינא) שהקשה כעין זה וז"ל קשיא לי אי כל דבר ששבעתו העין חייב להכריז משום צורבא מרבנן וכו' היכי קתני רישא אלו מציאות שלו, יכריז דילמא איכא צורבא מרבנן דליהדריה ניהיליה בטביעות עינא. ואיכא למימר דכל הני דמתני לאו כלים נינהו ולית בהו טביעות עינא מסתמא. ומשמע נמי דלא חיישינן לצורבא מרבנן אלא היכא דאשתכח באתרא דשכיחי רבנן וכו' אבל היכא שנמצאת במקום אחר לא חיישינן לצורבא מרבנן עכ"ל. ומבואר דהרמב"ן סובר דליכא חיוב הכרזה משום דדילמא האבידה היא של צורבא מרבנן ויכול הוא לזהות את האבידה בטביעות עין משום דהוי מילתא דלא שכיחא. אולם לולא דבריו היה יתכן לתרץ דחל מצות השבת אבידה בקום ועשה רק כשיש בירור שהוא בעל האבידה - דהיינו שמוכיח שהוא הבעלים והחפץ שלו עפ"י עדים או ע"י סימנים. משא"כ בהשבת אבידה לצורבא מרבנן בטביעות עין דליכא דין בירור שהוא הבעלים, והא דמחזירין לו את החפץ האבוד אינו אלא מדין נאמנות בלבד ליכא מצות השבה בקום ועשה. ולפי"ז י"ל דליכא מצות השבה בקום ועשה בדבר שאין בו סימן. אולם יש לדחות דיתכן דמעיקר הדין אף בדבר שאין בו סימן חל מצות השב תשיבם בקום ועשה, ורק דליכא חיוב הכרזה בדבר שאין בו סימן.

ולכאורה מסתבר לומר דבדבר שאין בו סימן חל מצות השבה מדין איסור עשה. אולם ליכא חיוב מצות השבת אבידה בקום ועשה - דאינו צריך לחפש אחרי הבעלים. משא"כ בדבר שיש בו סימן דחל מצות השבת אבידה בקום ועשה דחייב לחפש אחרי הבעלים להחזיר להן את האבידה. ולפי"ז נראה לומר דהרמב"ם (לפי הכס"מ) ותוס' והריטב"א נחלקו בדין באיסורא אתא לידיה, דתוס' ס"ל דדין באיסורא אתא לידיה תלוי בחלות האיסור עשה דהשב תשיבם, ומשו"ה ס"ל דאף בדבר שאין בו סימן חל דין באיסורא אתא לידיה. משא"כ הרמב"ם סובר דדין באיסורא אתא לידיה תלוי בקיום מצות השב תשיבם בקום ועשה, וס"ל דבדבר שאין בו סימן ליכא דין באיסורא אתא לידיה, מכיון דאין בו מצות השב תשיבם בקום ועשה. ונחלקו בגדר הדין דבאיסורא אתא לידיה האם תלוי הוא באיסור עשה, או בקיום העשה. ועוד י"ל דהרמב"ם סובר כסברת הרמב"ן דדין באיסורא אתא לידיה חל רק היכא דנעשה שומר לבעלים, ובדבר שאין בו סימן ליכא

חלות שמירה, דשמירה חלה רק כשחל חיוב לקיים מצות עשה דהשב תשיבם בקום ועשה, ומשו"ה לא הוי בכלל באיסורא אתא לידיה. ומאידך שאר הראשונים ס"ל דחל עליו דין שמירה עד שיבא אליהו ומשו"ה הוי באיסורא אתא לידיה.

ועיין ברמב"ם (פי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"י) שהביא את הדין דשומר אבידה כשומר שכר דמי רק בפרק י"ג דמיירי באבידה שיש בו סימן, ומשמע קצת דס"ל דדין שומר אבידה חל רק היכא דחלה קיום מצות השבה בקום ועשה - בדבר שיש בו סימן, ולא בדבר שאין בו סימן דהוי רק חלות איסור עשה. והרמב"ם סובר דחל דין שומר אבידה רק בגוונא שחל קיום מצות עשה דהשב תשיבם בקום ועשה ולא במצות השבה דבשב ואל תעשה. ועיין בתוס' (כה: ד"ה ואם נטל לא יחזיר) שכתבו דבזקן ואינו לפי כבודו ליכא דין שומר אבידה ודין שמירה, ולכאורה בזקן ואינו לפי כבודו ליכא חיוב השבה וליכא עליו חיוב מצות עשה דהשבת אבידה בקום ועשה, אולם נראה דאף בזקן ואינו לפי כבודו חל איסור העשה דהשב תשיבם דאסור לו לקחת את האבידה לעצמו. ומוכח לכאורה מתוס' דדין שמירה תלוי בקיום העשה ולא באיסור העשה דהשב תשיבם. אך א"כ לכאורה יש סתירה בתוס' דבדבר שאין בו סימן ס"ל דחל דין באיסורא אתא לידיה היכא שנטלו לפני יאוש (עיין בתוס' דף כב. ד"ה שטף נהר), ומשו"ה חל בו דין שמירה, אע"פ שאין בדבר שאין בו סימן מצות השבת אבידה בקום ועשה. ומשמע דס"ל דחל דין שומר אבידה היכא שחל האיסור עשה דהשב תשיבם בלבד, וא"כ צ"ע מ"ש דבזקן ואינו לפי כבודו ס"ל דליכא דין שמירה. ולכאורה צ"ל דתוס' ס"ל דבדבר שאין בו סימן חל מצות השבה בקום ועשה אלא דליכא חיוב הכרזה משום דאין תועלת להכריז מאחר שאין בה סימן. משא"כ בזקן ואינו לפי כבודו ליכא חובת מצות השבת אבידה בקום ועשה ומשו"ה לא חל בו שמירה ודין שומר אבידה.

ולפימש"נ דיש ב' דינים במצות השבת אבידה: א) מצות עשה בקו"ע, ב) איסור עשה, י"ל דזוהי כוונת הגמ' (דף כו:) "הנוטל ע"מ לגוזלה עובר בכולן" - כלומר דעובר באיסור עשה ומבטל נמי קיום העשה דהשב תשיבם.

גמ'. בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר אע"ג דאית בה סימן רחמנא שרייה. בדין זוטו של ים ובאבודה ממנו ומכל אדם נחלקו הראשונים האם האבידה מותרת בלי יאוש או רק אם נתייאשו הבעלים, דעיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזילה ואבידה ה"י) שכתב וז"ל המוצא אבידה בזוטו של ים וכו' אע"פ שיש בה סימן ה"ז של מוצאה שנאמר אשר תאבד ממנו וכו' יצאתה זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתייאש ממנה עכ"ל. ומבואר דס"ל דבזוטו של ים ובאבודה ממנו ומכל אדם האבידה מותרת משום דודאי נתייאשו הבעלים

ממנה. וכן פירש רבינו חננאל בסוגיין וז"ל יצאתה זו ששטפה נהר שאבודה ממנו ומכל אדם הלכך הרי היא למוצאה בין אית ליה בה סימן, בין לית ליה בה סימן שרי דהא ודאי נתייאש ממנה עכ"ל. ולכאורה מוכח מרבנו חננאל והרמב"ם דס"ל דיאוש מהווה המתיר והמפקיע דממון הבעלים ולא החלות שם אבידה בעצמו. אמנם עיין ברשב"א (ד"ה זוטו) וז"ל מסתברא הפקר גמור הוא ואפילו מרדף אחריהם ואפילו אמר בפירוש לא מיאשנא אפ"ה שריה דרחמנא אפקריה וכו' עכ"ל. ומבואר דס"ל דחלה הפקעת ממון והיתר לקיחת החפץ ע"י חלות שם אבוד שבחפצא, ובאבודה ממנו ומכל אדם רחמנא שרייה מחמת השם אבידה שבחפצא. ועיין ברמב"ן במלחמות ה' (דף יב: מדפי הרי"ף) שג"כ ס"ל דלא בעינן יאוש להתיר אבידה שאבודה ממנו ומכל אדם. ועיין בשיטמ"ק שכתב בשם תלמיד הר"פ (ד"ה בזוטו של ים) וז"ל תימה מה ענין זה למחלקותם דאביי ורבא דפליגי ביאוש שלא מדעת דהא זוטו של ים יאוש מדעת הוא דהא ידע ליה, י"ל דרבותא אתא לאשמועינן דכהאי גוונא אפילו אביי מודה באינה מצויה דמדאורייתא הוי יאוש וכו' עכ"ל. ומבואר דס"ל דאביי מודה דבזוטו של ים יאוש שלא מדעת הוי יאוש, ומותרת אף אם לא נתייאש בפועל לבסוף מכיון דחל בזוטו של ים דין יאוש שלא מדעת הוי יאוש. ונראה לבאר סברת תלמיד הר"פ דבזוטו של ים ובאבודה ממנו ומכל אדם יש אומדנא דמוכח שאילו ידעו הבעלים היו מתייאשים, והאומדנא דמוכח שהיה מתייאש מועיל להחיל היאוש למפרע, וס"ל להר"פ דהיאוש מהווה המתיר דממון הבעלים[21]. וכן י"ל בדעת הרמב"ם והר"ח. והנה עיין בגמ' (דף כד:) "רבא הוי שקיל ואזיל בתר רב נחמן בשוקא דגלדאי וכו' א"ל מצא כאן ארנקי מהו א"ל הרי אלו שלו, והלא עומד וצווח, נעשה כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים". ונראה דבכה"ג אע"פ שעומד וצווח שלא נתייאש (והוי דבר שיש בו סימן) בטלה דעתו אצל כל אדם משום דאיכא אומדנא דמוכח שודאי נתייאש (דנאבד במקום שהרבים מצויים שם). ונראה דבכה"ג ע"י האומדנא דמוכח חל יאוש מדעת. וי"ל דה"ה בזוטו של ים ובאבודה ממנו ומכל אדם יש אומדנא דמוכח דהיה מתייאש ונחשב כאילו התייאש מדעת, ולכן אף לאביי הרי אלו שלו. ולפי"ז מבואר שיתכן לפרש את שיטת הרמב"ם והר"ח בב' אופנים: א) י"ל דבאבודה ממנו ומכל אדם חל עפ"י דין חלות יאוש מכח עצם האומדנא דמוכח שכל

[21] לכאורה צ"ע בזה דהא בכל אבידה שאין בה סימן יש אומדנא דמוכח דהבעלים יתייאשו לכשיודע להם שנאבד החפץ ומ"מ ס"ל לאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ומ"ש אבידה שבזוטו של ים. וי"ל דבזוטו של ים יש אומדנא דכולי עלמא יתייאשו ממנה ואילו בדבר שאין בו סימן אינו אלא רוב אמנם יש מיעוט אנשים שלא יתייאשו, ואין אומדנא דמוכח גמורה שיתייאשו. אך לפי"ז צ"ע בסברת רבא דיאוש שלא מדעת הוי יאוש והא קיי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב, וצ"ע.

אדם היה מתייאש מהחפץ, ב) כשיש אומדנא דמוכח שהיה מתייאש חל היאוש למפרע, וכסברת תלמיד הר"פ[22].

ונראה להביא ראיה דחל דין דעת ע"י אומדנא דמוכח (וכפירוש הראשון שהעלנו ברמב"ם והר"ח הנ"ל), דעיין בגמ' קידושין (דף נב:) "ההוא סרסיא דקדיש בפרומא דשיכרא, אתא מריה דשיכרא אשכחיה אמר ליה אמאי לא תיתיב מהאי חריפא אתא לקמיה דרבא אמר לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד וכו' הכא משום כיסופא הוא דעבד ואינה מקודשת". וצ"ע דמאי קס"ד דמהני וחלין הקידושין כשאמר לו לבסוף כלך אצל יפות, והרי קידושין הוי קנין ובעינן דעת מקנה בשעת הקנין, והרי בשעה שקידש לא ידע בעל השיכרא במה קידשה, וא"כ האיך יחול הדעת מקנה לקידושין למפרע. ונראה דמוכח מזה דהיכא דאיכא דעת ע"י אומדנא דמוכח שהיה רוצה ליתן דבר זה לקידושין נחשב כדעת ממש. וכן יש להוכיח נמי משיטת הרשב"ם (ב"ב דף קלז: ד"ה ואם לאו לא יצא) לענין אתרוג הקהל שכתב וז"ל ומנהג שלנו שנהגו לברך כל הקהל באתרוג אחד, דעתנו מסכמת לתת כל אחד במתנה את חלקו לחבירו וכו' ואע"ג דלא פריש כמאן דפריש דמי וכו' עכ"ל. וצ"ע דאולי יש א' מן הקהל שאינו יודע דבעינן לכם ואין דעתו להקנות את חלקו במתנה ע"מ להחזיר. ונראה דאיכא אומדנא דמוכח דאילו היה יודע הדין אזי היה מקנה את חלקו ואומדנא דמוכח חשיב כדעת מקנה[23].

אולם עיין בגמ' במס' חולין (דף קלט.) דתרנגולת שמרדה פקעה קדושתה וגם פקע ממנה דין ממון הקדש. וביאר הגר"מ זצ"ל דדין תרנגולת שמרדה חל מדין אבודה ממנו ומכל אדם. אמנם צ"ע אליבא דהרמב"ם שסובר דבאבודה ממנו ומכל אדם האבידה מותרת מפני שנתיאשו הבעלים ממנה, דאף אי נימא דתרנגולת שמרדה הויא אבודה ממנו ומכל

[22] ועוד ביאר רבנו זצ"ל דיש לפרש שיטת אביי בזוטו של ים ובאבודה ממנו ומכל אדם דרבא ס"ל דחלות שם אבוד מהוה המתיר דממון חבירו והיאוש חל רק לגמור את השם אבוד שבחפצא ומשו"ה חל למפרע, ואביי סובר דבעלמא יאוש מהוה מעשה המתיר דממון הבעלים וע"כ אין היאוש חל שלא מדעת, אולם באבודה ממנו ומכל אדם דיש אומדנא דמוכח שהיה מתיאש מודה אביי דהשם אבוד מהוה המתיר והיאוש חל רק לגמור את חלות השם אבוד שבחפצא. ובכה"ג דיש אומדנא דמוכח שהיה מתיאש חל היאוש לגמור שם אבוד בחפצא למפרע.

[23] וכן מבואר מדברי הש"ך (חו"מ סימן שנ"ח ס"ק א') דפסק השו"ע "מותר ליקח מהאריס שהרי יש לו חלק בפירות" וכתב הש"ך וז"ל מדברי התוס' פרק אלו מציאות (דף כב.) סוף ע"א והגהת אשר"י וכו' מבואר דאם אדם נותן לאכול לחברו מדבר שאינו שלו אלא של חבירו אע"פ שיודע שחבירו יתרצה אסור לאכלו דהלכה כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואע"ג דהשתא ניחא ליה מעיקרא לא הוי ניחא ליה. ולולא דמסתפינא הייתי אומר שמותר ויאוש שלא מדעת שאני שגם אח"כ אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובע"כ הוא מתייאש א"כ הא אמרינן מעיקרא באיסורא אתא לידיה וכו' משא"כ הכא שידוע שיתרצה א"כ השתא נמי בהיתרא אתא לידיה דמסתמא אינו מקפיד על זה וכו' עכ"ל. ומבואר דהיכא דאיכא אומדנא דמוכח שהיה מקנה את חלקו חלה דעת מקנה מחמת האומדנא דמוכח.

אדם, לכאורה קשה היאך פקעה קדושתה ודין ממון הקדש, דמי הם הבעלים להתיאש עבור הקדש, וצ"ע.[24]

גמ'. ת"ש פירות מפוזרין וכו' במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת היא. ופרש"י (ד"ה דאבידה מדעת היא) וז"ל שלא נפלו ממנו ומדעת הניחם הפקר עכ"ל. יל"ע האם אבידה מדעת מותרת מטעם יאוש או מדין הפקר דעלמא, ולכאורה זה תלוי בחקירה הנ"ל האם יאוש הוי המתיר והמפקיע דממון הבעלים או"ד השם אבוד שבחפצא הוי המתיר דממון הבעלים, דאם נימא דיאוש הוי מעשה המתיר ומפקיע דממון הבעלים אזי י"ל דאף אבידה מדעת מותרת רק ביאוש, דיאוש הוי המתיר דממון הבעלים. אולם אי נימא דהשם אבוד שבחפצא הוי המתיר דממון הבעלים אזי י"ל דאבידה מדעת מותרת מבלי יאוש, דחל בה חלות שם אבידה גמורה בדומה לאבידה האבודה ממנו ומכל אדם. ומלשון רש"י משמע שהניחם שם מדעת להיות הפקר ומותרים מדין הפקר בעלמא. והנה עיין ברמב"ם (פ"יא מהל' גזו"א הי"א) וז"ל המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו, כיצד הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו וכל כיוצא בזה הרי זה איבד ממונו לדעתו ואע"פ שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו אינו זקוק להחזיר שנא' אשר תאבד פרט למאבד לדעתו עכ"ל. ומבואר דלהרמב"ם אין צריך להחזיר אבידה מדעת דמגזה"כ ילפינן שאין באבידה מדעת חיוב השבה, אבל אסור למוצא לקחת את האבידה לעצמו דלא חל היתר מציאה להמוצא. אולם נ"ל דזהו רק אם המאבד לדעת איבד את ממונו מחמת שפשע בשמירת ממונו, דאזי חל פטור מחיוב השבה אבל מ"מ אסור למוצא ליטול את החפץ לעצמו, ובזה מיירי הרמב"ם. משא"כ המאבד ממונו לדעת וברצון - וכגון במכנשתא דבי דרי שהניח ברצון קב בד' אמות י"ל דדעתו להפקיר את ממונו ולכן התבואה מותרת למוצא.[25]

גמ'. ת"ש מעות מפוזרות הרי אלו שלו אמאי הא לא ידע דנפל מיניה וכו' כדר' יצחק אדם עשוי למשמש בכיסו כל שעה ושעה ה"נ אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה ושעה. וברש"י (בד"ה עשוי למשמש) פירש וז"ל וקודם שמצאו זה נודע לבעלים שנפלו ונואשו עכ"ל. ובפשטות ר"ל דהוי יאוש מדעת משום דרוב בני אדם משמשין בכיסם כל שעה. ומשמע דאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה הוי רובא דליתא קמן, ומכיון

[24] ולכאורה אי נימא דהרמב"ם סובר דחל דין דעת מכח עצם האומדנא דמוכח אף בלי ידיעה ממש, י"ל דמועיל אף בהקדש להשוות דעת יאוש ולהפקיע קדושת התרנגול מעצמו ממילא גם בלי דעת הגברא המייאש לבסוף.

[25] ועיין בכס"מ דהטור השיג על הרמב"ם דאבידה מדעת הוי הפקר, ועיין בשו"ע חו"מ סימן רס"א סעי' ד', ובש"ך ס"ק ג', ובקצה"ח ס"ק א', ובנתיבות המשפט ס"ק א'. ועיין במחנה אפרים הל' זכיה סימן ו', ובחידושי האור שמח למס' ב"מ דף כא. ד"ה במכנשתא שתירץ דברי הרמב"ם כעין דברי רבנו זצ"ל.

דאיכא רוב דממשמשין אמרינן דהו"ל יאוש מדעת. אמנם עיין בתוס' (ד"ה ת"ש המוצא מעות) שהקשו דלמה ליה להגמ' להקשות מהברייתא דהמוציא מעות בביהמ"ד הרי אלו שלו ולתרץ דאדם עשוי למשמש בכיסו כל שעה כדר' יצחק ומשום כך הו"ל יאוש מדעת, דהו"ל להקשות ולתרץ הכי ממתני' דמעות מפוזרות. ותירצו התוס' דברייתא אלימא לאקשויי דמשמע דבכל ענין הרי אלו שלו ואפילו כשיש בו סימן ומותרות משום שרבים מצויין שם. ועוד תירצו וז"ל ומשמע נמי אע"ג דכשזה הגביה עדיין בעל האבידה בבית המדרש ולא ידע דנפל מיניה עכ"ל. ונראה לבאר דכוונתם לתרץ דאפילו אם הבעלים לא משמשו בכיסם דהא מיירי שהבעלים היו בביהכ"נ ולא ידעו שנפלו המעות ואעפ"כ האבידה מותרת כאילו היה יאוש מדעת. ולפי"ז נראה דהדין דר' יצחק קובע שאדם חייב למשמש בכיסו בכל שעה ואם לא משמש פשע דלא משמש בכיסו כדרך בנ"א, ומשו"ה אין חוששין לאבידתו.

גמ'. ת"ש מאימתי כל אדם מותרין בלקט משילכו בה הנמושות וכו', ואמאי נהי דעניים דהכא מיאשי איכא עניים בדוכתא אחריתא דלא מיאשי אמרי כיון דאיכא עניים הכא הנך מעיקרא איאושי מייאש ואמרי עניים דהתם מלקטי ליה. יש לעיין איך מועיל יאוש להפקיע ממון העניים מהלקט שבשדה, דלכאורה מתנות עניים הוי חלות דין ממון השבט - דשייך לכל שבט העניים שבעולם, ואין למתנו"ע חלות שם בעלים מיוחדים, ודומה לצדקה דהוי ממון השבט שאין לו תובעין וכדפסק הרמב"ם (פ"ה מהל' שאלה ופקדון ה"א) וז"ל מי שהפקידו אצלו מעות של עניים וכו' ופשע בהם ונגנבו פטור שנאמר לשמור ולא לחלק לעניים והרי הוא ממון שאין לו תובעים עכ"ל, ונראה דמעות של עניים הוי ממון שאין לו תובעים משום דצדקה הוי ממון השבט של עניים ואין לה בעלים מיוחדים, ובעלות השבט אינה בעלות המחייבת בשמירה ובמזיק. וא"כ צ"ע איך מועיל יאוש להפקיע ממון דשבט העניים, דאין ללקט שכחה ופאה בעלים מיוחדים שיכולים להתייאש ולהפקיע ממון העניים. ומשמע מכאן דשאני מתנות עניים דלקט שכחה ופאה דהוי חלות דין ממון השותפין - דכל העניים הויין שותפין בממון ויש לכל עני ועני קנין מיוחד במתנו"ע, ומשו"ה מועיל בה יאוש. דמתנות עניים אינן ממון השבט אלא הוי ממון של כל העניים שבעולם בשותפות, ולכל עני ועני יש בעלות מיוחדת על המתנ"ע שיכול להתייאש מהן. ועיין בגמ' חולין (דף קל:) דהמזיק מתנות כהונה פטור מלשלם משום דהוי ממון שאין לו תובעין, דהוי ממון השבט ולא נגמר הקנין לכהן יחיד עד שמקבל המתנות. אולם יתכן דשאני מתנות עניים דהוי ממון השותפין, ולא ממון השבט כמתנות כהונה. ולפי"ז המזיק מתנות עניים חייב לשלם דהזיק ממון השותפין,

ואע"פ שצדקה הוי ממון שבט העניים י"ל דשאני לקט שכחה ופאה דהויין חלות שם ממון השותפין, מכיון דאין בהן דין טובת הנאה ומצות נתינה. משא"כ בממון השבט (כגון מתנות כהונה וצדקה בעלמא) דחל בהן דין טובת הנאה ומצות נתינה דאזי הוי ממון השבט דאין לו תובעין ובעלים מסוימים אלא היא בעלות דכל שבט העניים וכל שבט הכהנים.

דף כב.

גמ'. ת"ש הגנב שנטל מזה ונתן לזה וכן גזלן שנטל מזה ונתן לזה וכן ירדן וכו' מה שנטל נטל ומה שנתן נתן, בשלמא גזלן וירדן דקא חזי להו ומיאש אלא גנב מי קא חזי ליה דמיאש תרגמה רב פפא בליסטים מזוין וכו'.

יש להעיר דבשלמא לפי הביאור שהמחלוקת בין אביי לרבא היינו האם יאוש חל למפרע, ניחא דברי הגמ' להשוות יאוש בגניבה לאבידה דהו"ל יאוש שלא מדעת, ומוכח מהברייתא דהוי יאוש. אמנם לפי מש"כ (עיין לעיל בד"ה בסוגיא דיאוש שלא מדעת אות א') דהמחלוקת בין אביי לרבא הוא דפליגי לגבי יסוד המתיר והמפקיע דממון הבעלים באבידה, האם עצם היאוש מהוה המתיר או דהמתיר הוא החלות שם אבידה בחפצא, והיאוש אינו אלא תנאי בהשלמת השם אבידה בחפצא, צ"ע מהו הדמיון בין יאוש דגניבה ליאוש באבידה, דיתכן דרבא סובר דיאוש שלא מדעת הוי יאוש לענין אבידה דהיאוש חל רק להשלים חלות שם אבידה בחפצא, וחל אף למפרע. משא"כ בגזילה ס"ל דיאוש מהוה הפקעת ממון הבעלים ואינו חל למפרע. וגם י"ל להיפך דבגניבה סובר אביי דהשם גניבה שבחפצא מועיל וחל למפרע להפקיע ממון הבעלים, דהא גזלן יש לו קנין בדבר שגזל. משא"כ באבידה דהחלות שם אבידה שבחפצא אינו מפקיע ממון הבעלים ורק מעשה היאוש הדומה למעשה הפקר דעלמא מועיל וחל מכאן ולהבא ולא למפרע. ויש ליישב לפי"ד הגר"ח זצ"ל (עיין בחידושי רבינו חיים הלוי (פ"ט מהל' גזו"א ה"א) דיאוש בגזילה אינו חלות דין קנין גזילה אלא קנין דחל מדין אבידה, דכל גזילה נמי הויא אבידה, ויאוש קונה בגזילה מדין יאוש דאבידה. ולפי"ז ניחא הדמיון בגמ' להשוות דין יאוש בגניבה ובאבידה ולהוכיח מהברייתא דגניבה דאף באבידה יאוש שלא מדעת הוי יאוש. ועיין בתוס' במס' ב"ק (דף סט. ד"ה כל) דיש ב' דעות האם בגזילה מועיל יאוש לפטור ממעשר או דצריך גם הפקר, ולכאורה זה תלוי האם יאוש מהווה הפקעת ממון מהבעלים כהפקר וחל מדין קנין אבידה דאזי פטור ממעשר או דיאוש חל מדין קנין גזילה, והקנין חל בישירות מהנגזל לגזלן ואינו כהפקר ואינו פוטר ממעשר.

והנה יש לעיין לפי שיטת הנתיבות (סימן רס"ב ס"ק ג') דביאוש דאבידה אין האבידה יוצאת מרשות הבעלים עד שזכה בה המוצא, א"כ צ"ע מדוע פירות אבודים לאחר יאוש פטורין ממעשרות (וכדמבואר בגמ' דף כא:). ויתכן לתרץ דמתנות עניים פטורין ממעשר משום שהכל יכולין לקחתם ופטור ממעשר משום שאינו נשמר וא"צ להיות הפקר ממש (ועיין בסוגית הגמ' ב"ק דף כח. בדין באו עניים ונטלו בצד אחר). ולכאורה יש להביא ראייה לשיטת הנתיבות מהא דאמרינן בגמ' (כד:) (וכן פסק הרמב"ם פי"א מהל' גזלה ואבדה ה"ז) דבדבר שיש בו סימן שנמצא במקום שרבים מצויין שם דהבעלים התייאשו ממנו אעפ"כ יש דין להחזירו לבעלים לפנים משורת הדין - דאי יאוש הויא הפקר ממש ויצאה מרשות הבעלים בשעת היאוש מיד, צ"ע למה חייב להחזיר לבעלים לפנים משורת הדין חפץ שנעשה הפקר, והרי זכה בו המוצא מן ההפקר. ומשמע מזה דיאוש הוי רק גמר חלות שם אבידה, והמתיר חל ע"י עצם שם אבידה שבחפצא ולא ע"י מעשה היאוש. ולפי"ז י"ל דהחפצא עדיין הוי ברשות הבעלים גם אחרי יאוש עד שעת קנין המוצא, והמוצא קונה את המציאה מרשות הבעלים, ומשו"ה חל דין לפנים משורת הדין להשיבו להבעלים.[26]

תוס' ד"ה שטף וז"ל וה"פ אם נתייאשו הבעלים דהיינו שהיו שם בשעת שטיפה ולא רדפו ואפילו אומרים שאין מתייאשים אין בכך כלום דודאי הן מתייאשים בלבן וכו' עכ"ל. ולפום ריהטא ר"ל דכשהבעלים אומרים שלא נתייאשו אין הן נאמנים דנקטינן שבודאי נתייאשו. אולם לולא דבריהם לכאורה היה אפשר לומר דבמקום דיש אומדנא דמוכח שהיה מתייאש חל עפ"י דין חלות יאוש אף אם בעל האבידה לא נתייאש בפועל. דהאומדנא דמוכח שהיה מתייאש קובע וגומר את חלות שם האבידה, דהיא אבידה גמורה, ומותרת היא למוצאה ממילא אפילו בלי מעשה יאוש בפועל. דעיקר המתיר והמפקיע של ממון בעלים מהחפץ הוא חלות שם אבידה גמורה שבחפצא, ובמקום שדרך העולם הוא להתייאש חל חלות שם אבידה גמורה בחפצא, והאבידה מותרת אף בלי מעשה יאוש בפועל.

ולפי"ז לכאורה יתכן לבאר שיטת אביי דס"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש והאבידה מותרת משעת ידיעת הבעלים משום שנתייאשו ממנה מכאן ולהבא, דבאמת אביי ס"ל דחלות שם אבידה גמורה שבחפצא מהוה המתיר דממון הבעלים, ולא בעינן יאוש בפועל לבסוף להתיר את האבידה. דאין מעשה היאוש עצם המתיר והמפקיע דממון הבעלים מהחפצא, אלא דבשעה שנודע לו שנאבדה לו אבידה דלית בה סימן - דדרך

[26] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' ב"ק ח"ב עמ' תכ"ד.

בני אדם להתייאש ממנה - אזי נגמרת חלות שם דאבידה בחפצא דהויא אבידה גמורה, ומשו"ה היא מותרת ממילא למוצא. וחלות שם אבידה גמורה בחפצא חלה ע"י ידיעת הבעלים שנאבדה, והאבידה מותרת משעת ידיעת הבעלים שנאבדה מכאן ולהבא. ולפי"ז אביי אינו מצריך יאוש בפועל לבסוף להתיר את האבידה מכאן ולהבא אלא סגי בידיעת הבעלים שנאבדה. וכן משמע מדברי הריטב"א (דף כא: ד"ה כי פליגי) שכתב דלרבא דבר שאין בו סימן מותר אפילו אם לא נתייאש ממנו לבסוף בפועל, ולכאורה מבואר מדבריו דרבא ואביי ס"ל דעצם שם האבידה הוא המפקיע דממון הבעלים, אלא דנחלקו אי בעינן ידיעת הבעלים דנאבדה כדי שיחול בחפצא שם אבידה גמורה או דחל בה שם אבידה גמורה אף בלי ידיעת הבעלים שנאבדה[27].

בא"ד. ביכול להציל אחר שטיפה ע"י הדחק דאע"פ שיש בו סימן בטורח יכול להציל לפי שיתרחקו הרבה שהנהר מוליכן ברחוק ולכן אם היה בשעת שטיפה ואינו מרדף ודאי מתייאש כיון שעתה יכול להציל בלא דוחק ואינו מציל וכו' עכ"ל. ומבואר דתוס' ס"ל דיאוש בעלים מועיל בדבר שיש בו סימן וכגון כשהיה יכול להציל ע"י הדחק ולא הציל. ונראה דזה ניחא לפי הצד דיאוש הוי מעשה מתיר שמפקיע ממון הבעלים, ומשו"ה מועיל יאוש להתיר את האבידה אף בדבר שיש בו סימן. אולם לפימש"נ דיתכן לפרש דיאוש אינו מעשה מתיר ומפקיע בפ"ע אלא דיאוש הוא דין בחלות שם אבידה גמורה בחפצא, דהיאוש חל לגמור את שם אבידה שבחפצא, ודין ממון הבעלים פקע מהחפץ מחמת חלות שם אבידה גמורה שבחפצא. לכאורה צ"ע איך מועיל יאוש בדבר שיש בו סימן, דלכאורה אין האבידה אבידה גמורה מאחר שיש בו סימן. וי"ל דסימן חשיב סימן רק כשהבעלים סומכים עליו כדי לחפש אחרי אבידתם. ואילו במקום שנתייאשו הבעלים דהחליטו שלא לחפש אחרי אבידתם הו"ל דבר שיש בו סימן כדבר שאין בו סימן דהויא אבידה גמורה ומותרת למוצא.

ויתכן להוסיף דאע"פ דיאוש מועיל בדבר שיש בו סימן כמו בדבר שאין בו סימן, מ"מ שאני אבידה שאין בה סימן קודם יאוש מדבר שיש בו סימן קודם יאוש. דבדבר שאין בו סימן חל שם אבוד בחפצא אף קודם יאוש, והא דצריך יאוש הוא רק כדי להתירה למוצא, אך החפצא הויא אבידה גמורה משעה שנאבדה אף קודם שנתייאשו הבעלים ממנה דהא לית בה סימן. משא"כ בדבר שיש בו סימן קודם יאוש דהחפצא אינה אבידה

[27] ביאור זה הוא כפי הביאור הג' שכתבנו לעיל בביאור המחלוקת בין אביי ורבא (עיין לעיל בשיעורים דף כא: בענין יאוש שלא מדעת אות א').

גמורה, והיאוש חל לגמור ולהשלים חלות שם אבידה שבחפצא, ואין היאוש דין שחל רק בהיתר לקיחת האבידה לעצמו.
ולכאורה יהיה נ"מ בזה לגבי פסק הרמב"ם (פ"ג מהל' נחלות ה"א) שפסק דספינה שבים הו"ל ראוי לענין פי שניים דבכור, וביאר הגר"מ זצ"ל דמיירי בספינה שנאבדה, ומשו"ה הוי ראוי. ולפימש"נ צ"ל דמיירי בספינה שאין בה סימן, דחל בה שם אבידה גמורה, (ומיירי שהחזירו לו הספינה בעדים), ומשו"ה הו"ל ראוי ולא מוחזק, ואין הבכור נוטל בה פי שניים. משא"כ בספינה שבים שיש בה סימן דכ"ז שלא נתייאשו הבעלים ממנה לא הוי אבידה גמורה, דהיאוש חל לגמור חלות שם אבידה בחפצא, א"כ י"ל דלא הוי ראוי אלא מוחזק ונוטל בה הבכור פי שניים.
ועוד נראה לומר דיש חילוק בין דבר שיש בו סימן ודבר שאין בו סימן לגבי עצם מחשבת היאוש. דבדבר שאין בו סימן הבעלים מתייאשים לגמרי מן החפץ דסברי דלעולם לא יקבלו אותו בחזרה מאחר שאין בו סימן. משא"כ בדבר שיש בו סימן שנתייאשו ממנו הבעלים י"ל שמתייאשים מן החפץ משום שאינם רוצים עוד את החפץ שנאבד, ולא יטריחו את עצמן לחפש אחריו אע"פ שיש אפשרות שיוחזר להן בסימנים. ומסתבר לומר דאם יאוש חל בתורת מעשה המפקיע ממון הבעלים כמו מעשה הפקר דעלמא אזי בעינן מחשבת יאוש שהבעלים מתייאשים מן החפץ שאין להם שום תקוה שהחפץ יוחזר להן, משום דאין בו סימן. משא"כ אם היאוש חל לגמור את חלות שם אבידה בחפצא דלהוי אבידה גמורה אזי י"ל דאף יאוש דהבעלים אינם מעוניינים לחפש אחרי החפץ שלהן מועיל להשוות את החפצא לאבידה גמורה ולהתירה למוצא.
גמ'. ת"ש כיצד אמרו התורם שלא מדעת תרומתו תרומה הרי שירד לשדה חברו וליקט ותרם שלא ברשות אם חושש משום גזל אין תרומתו תרומה ואם לאו תרומתו תרומה וכו' הרי שבא בעל הבית ומצאו ואמר לו כלך אצל יפות אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה ואם לאו אין תרומתו תרומה וכו' וכי נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה אמאי בעידנא דתרם הא לא הוה ידע תרגמה רבא אליבא דאביי בדשויה שליח וכו'. עיין ברש"י (ד"ה לא הוי ידע) וז"ל אלמא כיון דלכי ידע דניחא ליה אמרינן מעיקרא נמי ניחא ליה ולענין יאוש נמי כיון דלכי ידע מייאש מעיקרא נמי הוי יאוש עכ"ל. ויל"ע בביאור הגמ' דלכאורה צ"ע מהי ההשוואה בין יאוש שלא מדעת להפרשת תרומה, דבפשטות י"ל דמה שמועיל ההפרשה הוא מדין זכייה - דזכין לאדם שלא בפניו, דמאחר שגילה בעל הבית את דעתו דניחא ליה במה שהפריש חלה ההפרשה למפרע מדין זכייה, דנתברר דהו"ל זכות לבעל הבית, ומשו"ה חלה ההפרשה מדין זכין לאדם שלא בפניו.

וא"כ צ"ע מהו הדמיון וההשוואה לדין יאוש שלא מדעת. ועוד צ"ע דאי חלה ההפרשה מדין זכייה למה ליה להגמ' לדחות דשאני הפרשת תרומה דשוויה שליח מעיקרא, דאפילו אם לא נתמנה להיות שליח מועיל ההפרשה מדין זכייה.

ויתכן לפרש הגמ' דקס"ד דלא בעינן דעת מקנה להפריש תרומה, אולם אי אפשר לתרום בעל כרחם של הבעלים, וכשאמר לו הבעלים כלך לך אצל יפות ונמצאו יפות מהן גילה את דעתו דניחה ליה בהפרשת התרומה ומהני דעת הבעלים לחול למפרע דלא תהוי הפרשת התרומה בעל כרחם[28], וה"נ לפני יאוש האבידה אסורה - אע"פ שעצם שם אבוד מהוה המפקיע דממון הבעלים ואין היאוש חל בתורת מפקיע דממון הבעלים - משום דאי אפשר לזכות באבידה בעל כרחם של הבעלים, (והמחלוקת בין אביי לרבא הוא האם חל היאוש למפרע להפקיע עיכוב הבעלים). והגמ' סברה דכי היכי דמהניא גילוי דעת דניחא להו לבעלים לבסוף במה שהפריש כדי שיחול דעת הבעלים למפרע - דלא הויא ההפרשה בעל כרחם, ה"נ מהני היאוש לסלק עכוב הבעלים בזכיית האבידה למפרע, שלא יזכה המוצא בעל כרחם של הבעלים. וע"ז מתרצת הגמ' דתרומה שאני דשוייה שליח - כלומר דכדי להפריש תרומה בעינן דעת בעלים ודעת מקנה חיובית, דהבעלים מקנים לשליח את הכח להפריש תרומה מפירותיהם, ואין ההפרשה מועילה בגילוי דעת בעלמא שאין הבעלים מעכבים את ההפרשה, אלא דבעינן דעת מקנה של הבעלים באופן חיובי, ומאחר שלא חל דעת מקנה למפרע ע"כ צ"ל דמיירי בגוונא שעשאו שליח מעיקרא להפריש תרומה מפירותיו.

ועיין ברמב"ם (פ"ד מהל' תרומות ה"א) וז"ל עושה אדם שליח להפריש לו תרומות ומעשרות שנאמר כן תרימו גם אתם לרבות שלוחכם וכו' עכ"ל. ובה"ג (שם) כתב וז"ל התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חברו 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 שלא אמר אלא על דרך מיחוי וכו' עכ"ל. ועיין בכס"מ וברדב"ז (שם) שהקשו על הרמב"ם דבגמ' בסוגיין מבואר דלאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש וקיי"ל כוותיה מיירי דשוויה שליח, ואילו מלשון הרמב"ם (בהלכה ג') משמע דחלה התרומה אפילו אי לא שוויה שליח.

[28] ובביאור הס"ד דהגמ' י"ל דמאחר דטבל עומד להפרשה, דעצם החפצא של טבל טעון הפרשה א"כ קס"ד דלא בעינן הפרשה מדעת הבעלים בדעת מקנה אלא רק שלא תהיה ההפרשה בעל כרחם של הבעלים. ועוד י"ל דמכיון דיש לכהנים זכות בטבל לקבל את תרומתם קס"ד דלא בענין דעת מקנה של הבעלים להפריש תרומה אלא רק שלא יהיה ההפרשה בעל כרחם.

ונראה דיתכן לפרש בב' אופנים אמירת הבעלים - כלך אצל יפות (ונמצאו יפות מהן): א) דהבעלים מסכימים למה שהפריש באופן חיובי, ב) שאין הבעלים מוחים על ההפרשה. ועי"ז חל מינוי שליחות למפרע. ונראה דבעלמא (בגיטין וקידושין) אינו מועיל מינוי שליחות למפרע משום דבעינן דעת מקנה למנות שליח ודעת מקנה אינה חלה למפרע, אולם הפרשת תרומה אינה צריכה דעת מקנה אלא רק שמעשה ההפרשה יתייחס לבעלים, ומשו"ה מועיל בה מינוי שליחות למפרע. ונפ"מ לענין מינוי שליחות למפרע בבדיקת חמץ או קביעת מזוזה, דמכיון דלא בעינן בבדיקת חמץ דעת מקנה אלא רק שמעשה הבדיקה יתייחס להבעלים א"כ י"ל דחל בזה מינוי שליחות למפרע. והגמ' בסוגיין ס"ל דבעינן בתרומה מינוי שליחות מעיקרא, אמנם מהגמ' בקידושין (נב:) דס"ד דמועיל כלך אצל יפות לענין קידושין מבואר דחלה מינוי שליחות למפרע, והרמב"ם פסק כהגמ' בקידושין. ולפי"ז י"ל דלפי הרמב"ם יש ב' דיני שליחות: א) שליחות דבעי מינוי מעיקרא - היכא דבעינן דעת מקנה, וב) שליחות דחל על המעשה בלבד דאין במעשה דין דעת מקנה, ומהני הסכמת הבעלים לשליחות למפרע בלי מינוי מעיקרא - וכגון בשליחות במצוות, ומשו"ה ס"ל דחל שליחות בתרומה בלי מינוי, (וע' ביו"ד סימן של"א ובביאור הגר"א ס"ק ע"ו).

ועוד י"ל דיש ב' דיני שליחות בכהת"כ: א) דין שליח על המעשה, דהמעשה מצורף ומתייחס למשלח דידו כידו, ב) דין שליחות לצרף ולייחס את החלות למשלח. ונראה דכדי שיהיה שליח על המעשה בעינן מינוי שנתמנה להיות שליח. משא"כ בשליחות לגבי החלות לא בעינן מינוי. וקס"ד בגמ' דבהפרשת תרומה חלה דין שליחות על החלות בלבד, והשליחות חלה למפרע אף בלי מינוי. והגמ' דוחה דשוויה שליח מעיקרא - דבענין שיהא שליח על מעשה ההפרשה, ובזה בעינן מינוי מעיקרא דמינוי השליח אינו חל למפרע. ובביאור סברת הרמב"ם שסובר דשליחות חלה למפרע בהפרשת תרומה י"ל דס"ל דבתרומה בעינן רק שליחות על חלות התרומה. משא"כ בגיטין וקידושין ס"ל דליכא שליחות למפרע משום דבעינן שיהא שליח אף על המעשה. ונראה להביא ראייה דהרמב"ם סובר דשליחות בתרומה חלה על חלות התרומה ולא על עצם מעשה ההפרשה ממה שפסק הרמב"ם (בפ"ד מהל' תרומות ה"ט) וז"ל האומר לשותפו או לבן ביתו לתרום וכו' והלכו לתרום וביטל שליחותו קודם שיתרמו אם לא שינה השליח תרומתו תרומה ואם שינה כגון שאמר לו תרום מן הצפון ותרם מן הדרום הואיל וביטל שליחותו מקודם אינו תרומה עכ"ל. ועיין בראב"ד שהשיג עליו וז"ל א"א מה ראה זה המחבר שפסק כריש לקיש שלא העמידו בירושלמי את המשנה בשינה שליחותו אלא לדעת ריש לקיש

דאמר לא אתי דיבור ומבטל דיבור ולית הלכתא כוותיה עכ"ל. ועיין בכס"מ שם שהקשה דבגמ' קידושין (דף נט.) פליג ר"י על ריש לקיש וס"ל דאתי דיבור ומבטל דיבור וקיי"ל כוותיה, וצ"ע א"כ מדוע פסק הרמב"ם דבלא שינה תרומתו תרומה, והרי ביטל שליחותו ואתי דיבור ומבטל דיבור. ותירץ הכס"מ בשם הר"י קורקוס שהרמב"ם סובר שאף ר' יוחנן מחלק בין תרומה לקידושין, ובתרומה ס"ל דלא אתי דיבור ומבטל דיבור, עיי"ש. וצ"ב דמהו הסברא לחלק בין תרומה לקידושין. אמנם לפימש"נ נראה לומר דהרמב"ם סובר שחלה ביטול שליחות ואתי דיבור ומבטל דיבור היכא דחלה חלות דין שליחות על המעשה, משא"כ אי חלה השליחות על רק על חלות ההפרשה או הקנין אזי קיי"ל אף לר' יוחנן דלא אתי דיבור ומבטל דיבור וליכא ביטול השליחות. ומשו"ה פסק לענין הפרשת תרומה דלא חלה ביטול השליחות אא"כ שינה. ומבואר כמש"כ דהרמב"ם סובר דהשליחות בתרומה חלה על חלות התרומה ולא על עצם מעשה ההפרשה.

ולפימש"נ בשיטת הרמב"ם דשליחות בתרומה חלה על החלות ולא בעינן לזה מינוי, י"ל דהיכא שהבעל מינה את השליח מלכתחילה להפריש תרומה אזי השליחות חלה אף על מעשה ההפרשה. ולכאורה נ"מ לענין קיום המצוה - דהמצוה היא אף לעשות את עצם מעשה ההפרשה ולא רק שתהיה חלות תרומה. והיכא דהבעלים מינו את השליח מעיקרא להפריש תרומה מקיימים הבעלים מצות הפרשת תרומה ע"י שליח. ולכאורה עוד תהיה נפ"מ בשינה השליח מצפון לדרום, דאם השליח התמנה מעיקרא על מעשה ההפרשה י"ל דיכול השליח לשנות וחלה התרומה משום דהשליח הוי כיד הבעלים, והפרשתו חלה מדין הבעל בעצמו שיכול לשנות מצפון לדרום. אולם אם הבעל ביטל את השליחות על המעשה קודם שיתרום ונשאר בתורת שליח על החלות אזי י"ל דאם שינה מדעת בעה"ב אף השליחות לגבי החלות נמי בטלה דאינו בעלים לשנות ולא חלה חלות תרומה. אולם אם לא שינה מצפון לדרום נשאר שליח על החלות וחלה ההפרשה דאין הבעלים יכולים לבטל שליחותו.[29]

תוס' ד"ה אם יש יפות מהן תרומתו תרומה. וז"ל דמסתמא גם מתחילה היתה דעתו כן. וא"ת ונימא דהשתא ודאי ניחא ליה ביפות אבל מתחילה בשעה שתרם אי הוה ידע לא היה ניחא ליה דאין דרכם לתרום מן היפות כדאמרינן לעיל (כא:) **גבי דבר שיש בו סימן דאפילו לרבא חייב להכריז דאע"ג דהשתא מייאש אין בכך כלום. וי"ל**

[29] ועיין ברמב"ם (פ"ג מהל' שלוחין ה"ח) דפסק בהרשאה דבטלה השליחות לגמרי, אולם י"ל דהתם חלה שליחות גמורה על מעשה התביעה בב"ד, ולא דמי לתרומה דחלה דין שליחות רק על החלות ולא על מעשה ההפרשה.

דשאני הכא דכיון דחזינן ביה דניחא ליה השתא אמרינן נמי ניחא ליה מעיקרא משום מצוה עכ"ל.

דברי התוס' עדיין צ"ב דמה הסברא לחלק בין תרומה שחלה למפרע ליאוש בדבר שיש בו סימן שאינו חל למפרע אף לרבא דס"ל דיאוש שלא מדעת הוי יאוש. ועוד צ"ע במש"כ "דניחא להו מעיקרא משום מצוה", דמ"ש דבר שיש בו סימן דלא אמרינן לרבא שחל היאוש למפרע. ונראה לומר דרבא מחלק בין דבר שיש בו סימן לדבר שאין בו סימן, דבדבר שאין בו סימן החפץ הוי אבוד והיאוש חל להתיר ממון הבעלים (בין אם נאמר דהיאוש עצמו מהוה המתיר ומפקיע דממון הבעלים, ובין אם נאמר דהיאוש חל לגמור חלות שם אבידה בחפצא, והשם אבוד שבחפצא מפקיע ממון הבעלים), משא"כ בדבר שיש בו סימן אין החפץ נחשב לאבידה עד שיתיאשו הבעלים ממנו. ובדבר שיש בו סימן היאוש חל לשוויה לאבידה ולהתיר ממון הבעלים. ולפי"ז י"ל דרבא ס"ל דאין היאוש חל למפרע לשוויה לאבידה. אולם אם החפץ כבר אבוד דאין בו סימן אזי רבא סובר דחל יאוש למפרע להתיר ממון הבעלים. וכן בתרומה מהני דעת בעלים למפרע דהדעת חלה לענין חלות התרומה, דבעינן רק שלא תהיה חלות התרומה חלה בעל כרחם של הבעלים. משא"כ בדבר שיש בו סימן דבעינן יאוש לשוויה לחפצא של אבידה, לא מהני יאוש למפרע.

גמ'. אמימר ומר זוטרא ורב אשי איקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק, אייתי אריסיה תמרי ורימוני ושדא קמייהו, אמימר ורב אשי אכלי מר זוטרא לא אכיל אדהכי אתא מרי בר איסק אשכחינהו וא"ל לאריסיה אמאי לא אייתית להו לרבנן מהנך שפירתא אמרו ליה אמימר ורב אשי למר זוטרא השתא אמאי לא אכיל מר והתניא אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה א"ל הכי אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד משום דמצוה הוא וניחא ליה אבל הכא משום כסיפותא הוא דאמר. עיין בגמ' בקידושין (דף נב:) "ההוא סרסיא דקדיש בפרומא דשיכרא אתא מריה דשיכרא אשכחיה א"ל אמאי לא תיתיב מהאי חריפא אתא לקמיה דרבא אמר לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד וכו' אבל הכא משום כיסופא הוא דעבד ואינה מקודשת". ובתוס' (שם ד"ה אם) כתבו דמיירי בדשוויה שליח. ולכאורה לפי דבריהם י"ל נמי במעשה דאמימר ומר זוטרא דמיירי בדשוויה שליח. אולם לפימש"נ בשיטת הרמב"ם (עיין לעיל בשיעורים ד"ה ת"ש כיצד אמרו התורם שלא מדעת), דפסק כהסוגיא בקידושין דלא בעינן מינוי שליח להפרשת תרומה י"ל דבסוגיין מיירי דלא עשאו לאריס שליח. ולכאורה לפי"ז אף במעשה דקידשה בפרומא דשיכרא מיירי שלא עשאו שליח. וצ"ע בזה דבקידושי אשה

ובמתנה לת"ח לכאורה בעינן דעת מקנה והיאך חלה דעת מקנה למפרע. ועיין ברמב"ן (קידושין נב ב ד"ה לא אמרו) ובריטב"א (נב ב ד"ה ההוא דקדיש בפרומא דשיכרא) שפירשו דכיון דיש גילוי דעת דניחא ליה לקדשה בפרומא, והפרומא בידה דלא נתאכלה הריהי מקודשת השתא, ומבואר דס"ל דדעת מקנה אינה חלה למפרע אלא היא מקודשת השתא בפרומא שבידה. וי"ל דאף הרמב"ם יפרש כך הגמ'. ומסוגיין נמי לא קשה די"ל דאכלו משל אריס (עיין בתוס' ד"ה מר זוטרא).

אולם לכאורה יתכן לפרש את שיטת הרמב"ם באופן אחר, די"ל דכשיש אומדנא דמוכח שאילו ידעו הבעלים היו רוצים בהקנאה אזי חלה דעת מקנה שלהם אפילו למפרע להקנות את הפירות ואת השיכרא לקונה. (ועיין לעיל בשיעורים דף כא: בד"ה בזוטו של ים). ולכאורה יש להביא ראייה דחל דעת מקנה למפרע מדין אתרוג הקהל (עיין ברשב"ם ב"ב דף קלז: ד"ה ואם ובשו"ע או"ח סימן תרנ"ח סעיף ט') ומהא דקיי"ל (טור או"ח סימן י"ד סע' י"ד) שמותר להשתמש בטלית של חבירו בלי רשותו ולברך עליה משום דניחא ליה לאינש דליעבד מצוה בממוניה, וצ"ע דיתכן דיש אדם א' שאינו יודע הדין ואין בדעתו להקנות ממונו לחבירו. וצ"ל דעל כרחך יש אומדנא דמוכח דאילו היה יודע אזי היה מקנה את חלקו לחבירו ואומדנא דמוכח חשיב כדעת מקנה.

אמנם נראה דיש לחלק בין האומדנא דמוכח שהיה מתייאש בדבר שאין בו סימן, לבין האומדנא דמוכח שהיה מקנה ממונו לחבירו, דבדבר שאין בו סימן קיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ולא חל היאוש למפרע משום אומדנא דמוכח, משא"כ באתרוג הקהל חל דין דעת מקנה למפרע מחמת האומדנא דמוכח[30]. וי"ל דהנ"מ ביניהם הוא בכח המיעוט, דכשהמיעוט שכנגד הרוב הוא מיעוט המצוי אזי אין האומדנא דמוכח מועילה מלפרע. משא"כ כשהמיעוט הוא אינו מצוי אזי המיעוט הוי כמי שאינו והאומדנא דמוכח מועיל ליצור דעת מקנה למפרע משעת הקנין. ובדבר שאין בו סימן י"ל דאיכא מיעוט המצוי ומשו"ה קיי"ל כאביי דאין היאוש מועיל למפרע. משא"כ באתרוג הקהל ובטלית יש אומדנא דמוכח אלימתא והמיעוט שלא היה דעתו להקנות הוא כמי שאינו, ומשו"ה חלה דעת מקנה למפרע. ולפי"ז יש לבאר שיטת הרמב"ם שפסק דאבידה האבודה ממנו ומכל אדם מותרת משום יאוש, די"ל דבאבודה ממנו ומכל אדם איכא אומדנא דמוכח אלימתא שהיו הבעלים מתייאשים והאומדנא דמוכח מחיל היאוש ודעת מקנה למפרע. ולפי"ז י"ל דלהרמב"ם לא בעי מינוי שליחות בתרומה באומר לו כלך אצל

[30] ועיין בש"ך חו"מ סימן שנ"ח ס"ק א'.

יפות דמחמת המצוה יש אומדנא דמוכח דרוצה שיתרום.[31]

גמ'. ת"ש עודהו הטל עליהן ושמח הרי זה בכי יותן נגבו אע"פ ששמח אינן בכי יותן וכו' כי יותן דומיא דכי יתן מה יתן לדעת אף כי יותן נמי לדעת.

יל"ע בביאור הגמ' דבשלמא אי נימא כפי הביאור הפשוט במחלוקת בין אביי לרבא - דלכו"ע יאוש מהוה המתיר ומפקיע דממון הבעלים, ונחלקו אביי ורבא אי חל היאוש למפרע להפקיע ממון הבעלים, אזי ניחא הדמיון בגמ' דלא אמרינן דמדאגלאי מילתא השתה דניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה וקשיא לרבא. אולם לפימש"נ (לעיל בד"ה איתמר יאוש שלא מדעת וכו') דיתכן לפרש דאביי ורבא נחלקו בגדר המתיר דממון הבעלים - האם עצם שם אבוד מהוה המתיר (סברת רבא ומשו"ה מועיל יאוש שלא מדעת לחול למפרע להשלים ולגמור השם אבוד בחפצא), או דמעשה היאוש מהוה המתיר (סברת אביי - ומשו"ה ס"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש דלא חל דעת מקנה והפקעת הבעלות למפרע), א"כ צ"ע מהי קושיית הגמ', דמהו הדמיון בין דין הכשר פירות לקבלת טומאה למחלוקת אביי ורבא ביאוש שלא מדעת.

ונראה דהכשר מים אינו דין בעלמא בקבלת טומאה אלא דהכשר מים גומר את השם אוכל שבפרי ולכן הוכשר הפרי ע"י מים לקבל טומאה. ולפי הס"ד יש דין דאי אפשר שיחול הכשר המים בעל כרחם של הבעלים, ולפיכך צריך רצון הבעלים שלא לעכב את גמר חלות שם אוכל בפרי. וא"כ שוה דין זה ליאוש באבידה אליבא דרבא, דא"א לקחת את האבידה בעל כרחו של הבעלים ובעינן יאוש לגמור חלות שם אבידה גמורה בחפצא. ואי ישל"מ הוי יאוש ה"נ צ"ל הדין לענין חלות שם פרי ע"י נתינת המים לרצונו דיועיל למפרע, מדאינו בעל כרחו ואינו מעכב את חלות שם אוכל שבפרי, כמו באבידה.

והגמ' דוחה דיש דין כי יותן דומיא דכי יתן, מה יתן לדעת אף כי יותן לדעת. ובביאור דין זה נראה דבעינן דעת ליחשב כאילו הוא נתן המשקה על הפירות להכשירן לקבל טומאה, ומשו"ה בעינן כי יותן דומיא דכי יתן דאי יש רצון בעלים הו"ל כאילו הוא נתן בעצמו המשקה על הפירות. ובכי האי גוונא הדעת חלה כדעת חיובית שמצטרפת למעשה הנתינה ולכן מודה רבא דלא מהניא הדעת למפרע, אלא רק כשהמים עליו.

[31] אך צ"ע מ"ש דבתרומה בעינן דעת בעלים לבסוף ולא באתרוג הקהל. וי"ל דבתרומה אין האומדנא אלים כ"כ כמו באתרוג הקהל. אך א"כ צ"ע מ"ש תרומה מיאוש שלא מדעת דאין היאוש חל למפרע מחמת אומדנא דמוכח. וי"ל דבתרומה יש דעת בעלים, וכשיש אומדנא דמוכח יש לו לבעלים כח לקבוע את דעתו שתחול למפרע, דדעתו הויא דעת בעלים. משא"כ ביאוש שלא מדעת אין לו כח בעלים לקבוע חלות מחשבת היאוש שתחול למפרע, דיאוש אינה אלא דעת סילוק בעלמא ולא חלות דעת בעלים. וכ"ז באומדנא דמוכח בעלמא כשיש מיעוט נגד הרוב. אך באבודה ממנו ומכל אדם האומדנא דמוכח ודאית בלי מיעוט, ולכן מועלת גם בכוונת יאוש בעלמא, ואפילו בעל כרחו של הבעלים. משא"כ באומדנא דמוכח בעלמא דתלוי בדין כלך אצל יפות ובהסכמת הבעלים לבסוף שתחול למפרע. ובאתרוג הקהל יש אומדנא מוכח אלימתא ול"צ דעת לבסוף.

משא"כ ביאוש - דלפי רבא אין היאוש מהוה עצם המתיר דממון הבעלים - דעצם המתיר חל ע"י חלות שם אבידה בחפצא, והיאוש אינו חל אלא כדי להשלים את חלות שם אבוד בחפצא, ומשו"ה ס"ל לרבא דחל היאוש למפרע.
ועיין ברמב"ם (פי"ב מהל' טומאת אוכלין ה"ב) שפסק וז"ל כל משקה שנפל על האוכל בתחלה ברצון בעלים אע"פ שאין סופו ברצון וכו' הכשיר עכ"ל. והראב"ד השיג עליו וז"ל א"א לא תימא שנפל על האוכל בתחלה ברצון אלא שאם רצה בו תחלה לשום דבר תלוש אע"פ שנפל על האוכל שלא לרצון ואין בו רצון לא בתחלה ולא בסוף הרי הוא מכשיר עכ"ל. ונראה דהרמב"ם סובר דרצון הבעלים אינו דין רצון בעד חלות ההכשר, אלא רצון על הנתינה דחשיב כאילו הוא בעצמו נתן, ולכן סד"א דאם הפירות עדיין רטובים והוא אינו רוצה לבסוף אזי פקע הצירוף לנתינת המים, קמ"ל דהצירוף לנתינה לא פקע. ומבואר דהרצון מצרף את נתינת המים להבעלים.

דף כב:

גמ'. ת"ש דא"ר יוחנן משום ר"ש בן יהוצדק מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת דכתיב וכן תעשה לחמורו וכו' וכו' וכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, יצאתה זו שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם ואיסורא דומיא דהיתרא מה היתרא בין דאית בה סימן בין דלית בה סימן שרא אף איסורא בין דאית בה סימן בין דלית בה סימן אסורה תיובתא דרבא תיובתא.
עיין ברש"י (ד"ה אף איסורא) וז"ל דמצויה אצל כל אדם לא חילק בין אין סימן דכי ידע מיאש ליש סימן דלכי ידע לא מיאש וכי היכי דיש סימן אסירא כי אין סימן נמי אסירא היכא דאיכא למימר לא ידע דנפלה קודם שבאת לידו זה עכ"ל. ונראה לבאר הגמ' אליבא דרש"י, דהגמ' הקשה על רבא דס"ל דהחלות שם אבוד שבחפצא מהוה המתיר דממון הבעלים, והיאוש אינו חל אלא כדי להשלים את השם אבוד בחפצא (דהיאוש חל לפטור מחיוב השבה והמוצא קונה האבידה מחמת השם אבוד שחל בחפצא), דמשו"ה ס"ל דחל היאוש אף למפרע (וכמשנ"ת לעיל בשיעורים ד"ה איתמר יאוש שלא מדעת), והגמ' הקשה דמהא דחזינן דאבידה שאבודה ממנו ומכל אדם מותרת אף בלי יאוש משמע דעצם שם אבוד הוי המתיר, אמנם א"כ אף באבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם י"ל דאי עצם האבידה הויא המתיר א"כ אף באבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם לא ניבעי יאוש להתיר, ואף בלי יאוש תהא מותרת. וע"כ מוכח מדין השבה באבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם דהמתיר אינו חלות שם אבוד בחפצא אלא דמעשה היאוש מהוה המתיר,

וא"כ פשיטא דאינו מועיל למפרע, ותיובתא דרבא. והמחלוקת בין אביי לרבא באבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם היא מהו המתיר - אי חלות שם האבידה שבחפצא (רבא), או מעשה היאוש (אביי). וקיי"ל כאביי דהיאוש הויא מעשה המתיר והמפקיע של ממון הבעלים, ומשו"ה אינו מועיל למפרע. משא"כ באבודה ממנו ומכל אדם דעצם חלות השם אבידה שבחפצא מהוה המתיר ולא בעינן יאוש להתירה.

ועיין ברמב"ן במלחמות ה' (דף יב: בדפי הרי"ף) וז"ל אבל תיובתא דמותבי לרבא הכי הוא והכי גרסינן לה ואיסורא דומיא דהיתרא ולא גרסינן מה איסורא וכו' והכי פירושה, דקרא גופיה דייקינן כיון שהתיר הכתוב אבדה שהיא אבודה ממנו ומכל אדם שעל כרחך בין יש בה סימן בין אין בה יש בה יאוש, מכלל אתה שומע שאם מצויה אצל כל אדם אע"פ שיש בה יאוש אסורה, וזהו ביאוש שלא מדעת ולמדת דיאוש שלא מדעת לאו יאוש הוא וכו' עכ"ל. הרמב"ן מפרש דהגמ' מוכיחה דמהא דבעינן גזה"כ להתיר אבודה ממנו ומכל אדם מוכח דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, משום דאי מיירי דידע הבעלים ששטפה נהר פשיטא דמותר שהרי נתיאשו אלא על כרחך מיירי קרא היכא דלא ידעו הבעלים אלא דלכי ידעי יתיאשו ובעינן גזה"כ דדוקא באבודה ממנו ומכל אדם דהאבידה מותרת, דרק בכה"ג דאבודה ממנו ומכל אדם אמרינן דיאוש שלא מדעת הוי יאוש. משא"כ בעלמא באבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. והרמב"ן אינו גורס איסורא דומיא דהיתרא מה היתרא בין דאית בה סימן בין דלית בה סימן אף איסורא בין דאית בה סימן בין דלית בה סימן, דלהרמב"ן הראייה היא מגופיה דקרא.

ועיין בשיטמ"ק שכתב בשם הראב"ד (בד"ה ואיסורא) וז"ל פירוש שלא נקרא דבר היתר אלא מקום שאבוד ממנו ומכל אדם, אבל שאר כל הדברים יש בהם איסור והיתר והיינו דאביי, דלדעת רבא כל דבר שאין בו סימן אין בו שעת איסור, ואבודה ממנו ומצויה לכל אדם דקאמר הכי קאמר אבודה היא לו שנתייאש ממנה ועדיין היא מצויה לבעליה בעיני מוצאה, שלא ידע אם נתייאש בעלים אם לא אז היא אסורה עד שיתפרסם לו היאוש כזוטו של ים שהוא יאוש ידוע לכל וכו' עכ"ל. ונראה לבאר דהראב"ד מפרש דלאביי יאוש מהוה המתיר דממון הבעלים, משא"כ לרבא המתיר הוא שם אבידה ואין צריך יאוש כלל (עיין בשיטמ"ק דף כא: שכתב בשם הריטב"א ד"ה ורבא דלרבא לא בעי יאוש לבסוף כלל), אולם אביי סובר דבעינן יאוש המפורסם וידוע לכל כדי להפקיע ממון הבעלים, ואי אפשר לפרסם היאוש למפרע, וע"כ ס"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, דליכא פרסום היאוש למוצא ולא הוי יאוש המפורסם לכל. אמנם צ"ב מהו

יסוד סברת הראב"ד דבעינן יאוש המפורסם לכל להפקיע ממון הבעלים. ונראה לומר דהראב"ד סובר דיאוש הוי דין בגמר חלות שם אבוד, ולכן בעינן שיהא היאוש ידוע למוצא האבידה - בכדי שיחול בו שם אבוד, ובאבודה ממנו ומכל אדם נחשב הדבר כאבוד לכל העולם דבודאי הבעלים מתיאשים ממנו (כשיטת הרמב"ם ורבנו חננאל דאף בזוטו של ים ובשטף נהר בעינן יאוש, ובודאי מתייאשים בכה"ג), וחל ביה שם אבוד גמור והו"ל כיאוש המפורסם לכל. ונראה דלפי הראב"ד יתכן דעצם חלות היאוש יכול לחול למפרע, אמנם מ"מ ליכא פרסום היאוש למפרע למוצא האבידה, ולכן אביי סובר דאין יאוש חל להתיר ממון הבעלים למפרע. והגמ' מוכיחה מהברייתא דההיתר תלוי ביאוש הידוע למוצא, ומוכח מזה דלא ס"ל כרבא - דלרבא עצם שם אבידה שבחפצא הוי המתיר ולא בעינן יאוש הידוע לכל, ומשו"ה סובר דיאוש שלא מדעת הוי יאוש.

גמ'. והלכתה כוותיה דאביי ביע"ל קג"ם. עיין ברמב"ם (פי"ד מהל' גזו"א ה"ה) וז"ל יאוש שלא מדעת אפילו בדבר שאין בו סימן אינו יאוש, כיצד נפל ממנו דינר ולא ידע שנפל אע"פ שכשידע בו שנפל יתיאש הרי זה אינו יאוש עתה עד שידעו הבעלים שנפל. אבל אם עדיין הבעלים אומרים שמא נתתיו לפלוני או שמא במגדל הוא מונח או שמא טעיתי בחשבון וכו' אין זה יאוש עכ"ל. ומבואר דקיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. ועיין במגיד משנה (שם) שכתב וז"ל ודע שהנראה מן הסוגיא היא שכל דבר שיש לחוש אם ידעו הבעלים בנפילתו אם לאו אסור מספק, לפי ששם אמרו גבי מעות מפוזרין הרי אלו שלו, ואקשינן עליה דאביי ופרקינן אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה, אלמא מסתמא בדבר שאין לתלות אסור דאי לא מאי קושיא ומאי פירוקא, זה נ"ל וכל הסוגיא מוכחת כן, עכ"ל. ומבואר דהמגיד משנה סובר דספק יאוש שלא מדעת אסור, והא דמעות מפוזרין הרי אלו שלו היינו רק משום דמכיון שאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה לפיכך אנו תולין דידעו הבעלים שנפלו המעות והוי יאוש מדעת. ולפי המ"מ הא דקאמר בגמ' "והא לא ידע דנפל מיניה" - ר"ל דיתכן שלא נודע לבעלים שנפלו המעות, והוי ספק יאוש שלא מדעת - ומקשה הגמ' דיהא אסור למוצא - דס"ל דספק יאוש שלא מדעת אסור, וע"ז מסקינן דידע והוי ליה יאוש מדעת. ובפשטות סברתו היא דיש חזקת מרא קמא שהמעות שייכים לבעלים ואין תפיסת המוצא מועלת כנגד חזקת מרא קמא, דחזקת תפיסה אינה מועילה כנגד חזקת מרא קמא.

ועיין ברמב"ם (פט"ו מהל' גזו"א ה"א) וז"ל כל המוצא אבדה בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה שמא בעליה הניחוה שם עד שיחזרו לה וכו', ואפילו נסתפק לו הדבר ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונח הרי זה לא יגע בו,

ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו עכ"ל. והראב"ד השיג עליו וז"ל דבר זה אינו מחוור אצלי שיזכה בו לעצמו לעולם אלא יעמוד בידו עד שיבא אליהו עכ"ל. ובמגיד משנה הקשה עוד על מה שפסק הרמב"ם ד"אם עבר ונטלו וכו' ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו לעצמו", וז"ל קשה ודאי והיאך יזכה בו ויהיה שלו והלא קודם יאוש באה לידו וכו', אפילו ספק הינוח ודאי לא זכה בו דהא ספיקא הוא אם הוא דרך נפילה וזכה בו כדין המוצא דבר שאינן בו סימן או שהוא דרך הנחה והכי בא לידו קודם יאוש, וספקא בכה"ג לחומרא, וכמש"כ פי"ד ביאוש שלא מדעת, וכבר השיגו הר"א ז"ל וכתב יעמוד עד זמן שיבוא אליהו והאמת כדבריו וכו' עכ"ל.

אמנם עיין בכס"מ שם שתירץ קושיית המ"מ וז"ל ואפשר לומר לדעת רבנו דהא דאמרינן בר"פ אלו מציאות (כא:) בפלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת, הויא בדבר שאין בו סימן, ואיפסקא הילכתא כאביי דאמר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום דהא לא ידע דנפל מיניה היינו לומר שאסור לו ליטלם, אבל אם עבר ונטלם זכה בהם, משום דכיון שהם בידו ואינו יודע למי יחזירם שהרי אין בהם סימן ולמקום שנטלם אין לו להחזירה כמש"נ, ממילא זכה בהם. דאין לנו לומר שיעמדו עד שיבוא אליהו אלא היכא דאתמר הכי בהדיא עכ"ל. ומבואר דהכס"מ סובר דספק יאוש שלא מדעת מותר אם עבר ונטלם - דאפילו אם נטל האבידה קודם יאוש שלא כדין מ"מ זכה בה משום שאין בה סימן ואינו יכול להחזירו, ולכן זכה בה ממילא. ונראה דהכס"מ מפרש את קושיית הגמ' "והא לא ידע דנפל מיניה" דהוי ספק יאוש שלא מדעת ומשו"ה אסור ליטול המעות לכתחילה ואמאי תנן "הרי אלו שלו" דמשמע שמותר לקחת המעות לכתחילה. וע"ז מתרצת הגמ' דאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה והוי יאוש מדעת. אולם לפי הכס"מ למסקנת הגמ' ספק יאוש שלא מדעת מותר בדיעבד אם עבר ונטלו. וס"ל להכס"מ אליבא דאביי דבדבר שאין בו סימן לא חל דין באיסורא אתא לידיה.

והנה יש לעיין בביאור סברת הכס"מ דבספק יאוש אסור ליטול את החפץ לכתחילה אבל אם עבר ונטלו זכה בו, ולכאורה י"ל דלכו"ע אע"פ שנאבד החפץ מ"מ קיימת חזקת מרא קמא ואין עצם חלות שם האבידה מפקיעה את החזקת מרא קמא, ומשו"ה אסור ליטלם לכתחילה. והיכא דאם אזלינן בתר חזקת מרא קמא היה זוכה המרא קמא בחפץ אזי אזלינן בתר חזקת מרא קמא. אמנם בציור דספק יאוש באבידה, דאין אנו יודעים מיהו המרא קמא - והספק הוא אם נימא דהמוצא שתפס יטול החפץ לעצמו, או שהחפץ יהא מונח, אזי י"ל דלא מהני חזקת מרא קמא לבטל חזקת התפיסה. דחזקת מרא קמא

מועלת רק אם זוכה המרא קמא ע"י החזקה, אולם כאן ע"י חזקת מרא קמא לא יוחזר לו החפץ אלא הדין יהיה שיהא מונח אזי לא חל דין חזקת מרא קמא להוציא את החפץ מיד התפוס. ולפי"ז י"ל שנחלקו הכס"מ והמ"מ בחזקת מרא קמא באבידה כנגד חזקת תפיסה, דלפי המ"מ חזקת מרא קמא מפקיע ומבטל את זכות התופס. ואילו הכס"מ סובר דאין חזקת מ"ק באבידה עדיפא מחזקת תפיסה אא"כ זוכה המרא קמא מחמת החזקה, אבל היכא דמחמת חזקת מרא קמא הדין יהיה יהא מונח אזי מועילה התפיסה כנגד חזקת מרא קמא. והנה עיין ברמב"ם (פ"ו הל' גזילה ה"א - ה"ג) וז"ל קורות ואבנים ועצים ששטפן הנהר אם נתייאשו הבעלים מהן הרי אלו מותרין ואם אינו יודע אם נתייאשו אם לא נתייאשו חייב להחזיר וכו' לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים וכו' אם יודע בודאי שנתייאשו הבעלים הרי אלו שלו ואם לא ידע יחזיר עכ"ל. וצ"ע לפי הכס"מ מדוע חייב להחזיר מספק. ונראה דהתם מיירי שהבעלים הן ידועין ולכן מועילה חזקת מרא קמא להחזיר להן, משא"כ כאן דלא יוחזר החפץ ע"י חזקת מרא קמא אלא יהא מונח ולכן אין החזקת מרא קמא מועלת להוציא החפץ מיד התפוס, והתופס זוכה בה מספק. ועוד נראה דהתם מכיון שהבעלים ידועים אין האבידה אבידה גמורה, והחזקת מרא קמא הויא חזקה אלימתא ומועילה כנגד תפיסה, משא"כ כאן מיירי דהבעלים אינם ידועין והחפצא הויא אבידה גמורה וחזקת מרא קמא נחלשה ומשו"ה אינה מועלת להוציא מידי התפיסה.

והנה עיין בתוס' ב"ק (דף סו. ד"ה ה"נ) דאם יאוש קונה בגזילה אזי י"ל דיאוש נמי קונה באבידה, ואף בגוונא דבאיסורא אתי לידיה אינו צריך להחזיר את החפץ אבל חייב להחזיר את הדמים. ועיין בגמ' (דף כא:) דהמוצא מעות בבתי כנסיות הרי אלו שלו דהבעלים מתייאשים, ומק' הגמ' והא לא ידע דנפלו מיניה והוי יאוש שלא מדעת דאסור לאביי ואמאי קיי"ל דהרי אלו שלו, והקשה הגרע"א וצ"ל (עיין בחידושי הגרע"א ד"ה תוס' ת"ש המוצא מעות) דדלמא מיירי דהמתין המוצא זמן רב עד שמסתמא כבר ידעו הבעלים שנפלו מהם המעות ונתייאשו, ומהני היאוש דא"צ להחזיר גוף החפץ אלא הדמים אפילו אי באיסורא אתי לידיה, וכיון דהוי ספק אם הבעלים ידעו שנפל ונתייאשו דאזי זכה המוצא לגמרי או"ד דלא ידעו ובאיסורא אתא לידיה ויתחייבו לשלם דמים, לכאורה י"ל דלענין הדמים אינו מועיל החזקת מרא קמא שבחפצא להוציא דמים מידי המוצא התופס, דאין חזקת מרא קמא חלה על הדמים, ומשו"ה קיי"ל דהרי אלו שלו ואינו צריך לשלם מספק, ומהי קושיית הגמ' לאביי.

ונראה לתרץ דבאבידה ליכא חזקת מרא קמא, דפקע חזקת מרא קמא מחמת חלות שם אבידה. והא דאינו מועיל תפיסה הוא משום שחל חיוב השבה דהשב תשיבם, ואף בדמי האבידה מתקיים מצות השב תשיבם. ויתכן דאף לפי שיטת הרמב"ם (פ"א מהל' גזילה ה"א, וה"ה) שסובר דמצות השבת הגזילה מתקיימת רק בהשבת הבעין, מ"מ י"ל דבאבידה ס"ל דמקיים מצות השבה אף בהחזרת הדמים, דיסוד המצוה דהשבת אבידה היינו למנוע חסרון כיס של חבירו, ומאחר דחל חיוב השבת אבידה להחזיר הדמים חיוב ההשבה מפקיע את חזקת התפיסה באבידה. אולם נראה דהגרע"א זצ"ל נקט בקושייתו דהא דאין תפיסה מועלת באבידה היא מחמת חזקת מרא קמא, וע"כ הקשה דלא יועיל חזקת מרא קמא נגד תפיסת המוצא בדמי האבידה. ברם יתכן לומר דתפיסה אינה מועילה מחמת מצות השבת אבידה, ומשו"ה אינה מועילה אף בנוגע לדמים[32]. ויתכן דבזה נחלקו הכס"מ והמ"מ, דלמ"מ חזקת מ"ק מפקיעה את חזקת התפיסה ומשו"ה סובר דספק יאוש שלא מדעת אסור. ואילו לפי הכס"מ ליכא כלל חזקת מרא קמא באבידה והא דאינו יכול לתפוס לכתחילה הוא משום דחיוב מצות השבת אבידה, ברם אם תפס זכה בה דאין מצות השבת אבידה מפקיעה חזקת התפיסה של המוצא.[33]

גמ'. והלכתה כוותיה דאביי ביע"ל קג"ם. מבואר בגמ' דקיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ובגמ' לעיל (כא:) איתא דמודה אביי דבזוטו של ים ובאבודה ממנו ומכל אדם הרי אלו שלו. והנה עיין ברמב"ם (פ"ו מהל' גזילה ואבידה ה"א - ה"ג) וז"ל קורות ואבנים ועצים וכיוצא בהן ששטפן הנהר אם נתיאשו הבעלים מהן הרי אלו מותרין והן של מצילן, ואם אינו יודע אם נתיאשו או לא נתיאשו חייב להחזיר ואין צריך לומר אם היו הבעלים מרדפין אחריהן. לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר ומן הגייס ומן הדליקה ומן הארי ומן הדוב וכו' אם ידע בודאי שנתיאשו הבעלים הרי אלו שלו ואם לא ידע יחזיר. המציל מיד ליסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר נתיאשו הבעלים ואם ידע שלא נתיאשו חייב להחזיר אבל המציל מיד ליסטים גוי או מוכס גוי חייב להחזיר שסתם הדבר שלא נתיאשו הבעלים ואם ידע בודאי שנתיאשו הבעלים הרי אלו שלו וכו' עכ"ל. ויש לדקדק בדברי הרמב"ם דצ"ע מדוע הביא הרמב"ם דין זה כאן (בפ"ו מהל' גזילה ואבידה), דהרי הרמב"ם לא התחיל לבאר דיני מצות השבת

[32] ועוד יתכן דמדין השבה טענינן לבעל האבידה אך לא טענינן למוצא, ובכן הדין עם המרא קמא דטענינן ליה, והו"ל ברי. משא"כ המוצא דהו"ל שמא וחזקת מרא קמא בטענת ברי עדיפא מחזקת תפיסה בטענת שמא. ועיין לקמן בשיעורים (דף כב:) לתוס' ד"ה אי, ובמש"כ מכתבי הגר"ח זצ"ל משיעוריו בוואלאזין.

[33] ולפי הכס"מ לא חל כאן דין באיסורא אתא לידיה משום דליכא כאן מצות השבת אבידה אלא רק איסור עשה דהשבת אבידה, ורק חלות קיום מצות השבה הויא באיסורא אתא לידיה, ומאחר שתפס התפיסה מכריעה את הספק וקובע דליכא כאן איסור אבידה כלל וקונה ביאוש שבסוף.

אבידה עד להלן בפי"א מהל' גזו"א, וא"כ יל"ע מדוע הביא הרמב"ם דין זה בפרק ו' מהל' גזו"א דמיירי בדינים שבהל' גזילה. ועוד צ"ע דממש"כ הרמב"ם (בהל' א') "קורות עצים ואבנים ששטפן הנהר אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו, ואם אינו יודע אם נתיאשו הבעלים או לא חייב להחזיר", מבואר דפסק כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש (עיי"ש בכס"מ ובהגהות מיימוניות), וא"כ צ"ע מדוע פסק (בהל' ב') דהמציל מזוטו של ים ומשלוליתו של נהר הרי אלו שלו רק אם ידע דבודאי שהבעלים נתיאשו ואם לאו יחזיר, וצ"ע דבגמ' מבואר דאף אביי מודה דאם מצא אבידה בזוטו של ים וכדומה הרי אלו שלו משום דהוי אבודה ממנו ומכל אדם (וכדפסק הרמב"ם פ"יא מהל' גזילה ואבידה ה"י), וא"כ למה פסק שאם לא ידעו אם נתיאשו הבעלים חייב להחזיר, ונראה דזוהי השגת הראב"ד שם וז"ל אלו דברי תימה הם עכ"ל.

ונראה ליישב, דיש לדייק בלשון הרמב"ם דבפי"א מהל' גזו"א (ה"י) כתב "המוצא אבידה בזוטו של ים וכו' אע"פ שיש בה סימן הרי זו של מוצאה וכו', יצאתה זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתיאש ממנה", ואילו כאן (בפ"ו מהל' גזילה ה"ב) כתב "המציל מן הנהר ומזוטו של ים וכו'", וצ"ע מדוע שינה הרמב"ם לשונו וכתב "המציל וכו'" ולא לשון "המוצא". ויתכן לפרש דבפי"א מיירי שהחפץ כבר היה אבוד ונפל לים, והיה אבוד ממנו ומכל אדם, וע"י איזה מקרה מצאה מוצא האבידה, דאזי הדין הוא דהרי אלו שלו משום דהיא אבודה ממנו ומכל אדם. משא"כ בפ"ו מיירי שעדיין לא נאבד החפץ, ולא חל בה דין אבודה, דמיירי שבאופן שראה נהר עולה על גדותיו והים ממשמש ובא דהחפץ ילך לאיבוד, וקפץ והציל את החפץ מלהיות במצב של אבודה ממנו ומכל אדם, דאזי זוכה בחפץ מדין מיוחד ד"מציל ממון שהולך לאיבוד" - אולם הרמב"ם סובר דחל דין קנין וזכייה מדין "מציל" רק היכא שהבעלים בודאי היו מתיאשים ממנו, אולם אם אינו יודע אם נתיאשו ממנו הבעלים או לא ליכא דין זכייה מדין "מציל". ומשו"ה דין זה תלוי במחלוקת דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת ומשו"ה פסק דהיכא דאינו יודע אם נתיאשו הבעלים חייב להחזיר, דקיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. ומיושבת בזה תמיהת הראב"ד.

ונראה דבראה מים שוטפים ובאים חלה מצות השב תשיבם להציל ממון חבירו מנזק, אבל הקנין המיוחד מדין "מציל ממון" אינו חל אלא בגוונא שהציל את הממון מלהיות אבוד מהבעלים ומכל העולם. ולפי"ז יש ליישב מדוע לא הביא הרמב"ם דין זה בפרק י"א דמיירי במצות השבת אבידה, דהתם מיירי בגוונא שהחפץ כבר נאבד, ואילו כאן מיירי בחפץ שהולך לאיבוד, שאם לא היה מצילו היה נאבד מכל העולם. ועוד נראה

לומר דזוכה בה מדין קנין יאוש דגזילה דהרמב"ם הביא דין זה בפ"ו דמירי מהל' גזילה, ולא הזכיר הרמב"ם דיש חילוק בין אם היה בחפץ סימן או לא היה בו סימן, דלכאורה אם יש בו סימן נימא דבאיסורא אתי לידיה ותו לא מועיל יאוש לקנותו, וע"כ מוכח דלא מיירי מדין יאוש וזכייה מדין "מציאה ואבידה" אלא מדין קנין מיוחד דחל משום "מציל ממון ההולך לאיבוד", ובזכייה מדין "מציל" אין שום נפ"מ בין אם בהיתרא אתא לידיה או דבאיסורא אתא לידיה. ועוד יש להביא ראייה לזה ממש"כ הרמב"ם (פ"ו מהל' גזלה ה"ג) וז"ל המציל מיד לסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר שנתיאשו הבעלים וכו' עכ"ל. וצ"ע דהיאך קונה הא ליכא קנין יאוש ושינוי רשות אלא רק בהקנאה מדעת הגזלן (כדפסק הרמב"ם פ"ב מהל' גזו"א ה"ג) וכאן מיירי שהציל הממון מיד הליסטים אבל ליכא הקנאת הגזלן וא"כ צ"ע היאך קונה. ולכאורה מוכח מכאן דחל קנין חדש של "מציל ממון חבירו" דקונה עם יאוש בעלים, ויל"ע בכ"ז.

גמ'. וכי מאחר דאיתותב רבא הני תמרי דזיקא היכי אכלינן להו א"ל כיון דאיכא שקצים ורמשים דאכלי להו מעיקרא יאושי מייאש מנייהו, יתמי דלאו בני מחילה נינהו מאי, א"ל באגא בארעא דיתמי לא מחזקינן. ופירש רש"י בד"ה יתמי וז"ל קטנים שאין הפקרן הפקר עכ"ל. והנה נסתפקנו לעיל אם יאוש חל בעצמו להפקיע ממון הבעלים או דחל הפקעת ממון ע"י חלות שם אבוד בחפצא, והיאוש חל לגמור חלות שם אבוד בחפצא. ולכאורה יש לומר דבשלמא אם היאוש חל כמעשה המפקיע דין ממון הבעלים מהחפצא אזי ניחא הא דאמרינן דקטנים לאו בני מחילה נינהו - דקטנים אינם בני יאוש דאינם יכולים להפקיע ולהפקיר את ממונם. אמנם אי נימא דיאוש חל רק לגמור את חלות השם אבידה שבחפצא, וממון הבעלים פקע מעצמו מחמת חלות שם אבידה שבחפצא, א"כ לכאורה צ"ע מדוע נקטינן דמאחר דקטנים אינם יכולין להפקיר דה"ה דאינן יכולין להתיאש. ולכאורה מוכח מכאן דיאוש חל מדין מעשה המפקיע ממון הבעלים.

ועוד יש להעיר דמקושיית הגמ' דקטנים לאו בני מחילה נינהו משמע דאילו היו בני מחילה אזי שפיר היתה מועילה מחילתן להתיר תמרי דזיקא, וצ"ע דבפשטות ליכא חלות מחילה על בעין. אולם עיין ברמב"ם (פ"ג מהל' זכייה ומתנה ה"ב) וז"ל מחל לחבירו חוב שיש לו עליו או נתן לו הפקדון שהיה מופקד אצלו הרי זה המתנה נקנית בדברים בלבד כמו שביארנו עכ"ל. והלחם משנה ציין דכוונת הרמב"ם במש"כ "כמו שביארנו" הוא למה שפסק (בפ"ה מהל' מכירה הי"א) וז"ל יש דברים הרבה שאין צריכין קנין ואין לקנין בהם טעם כגון המשחרר עבדו וכו' או המוחל לחברו חוב או פקדון

שיש לו בידו וכל כיוצא בדברים אלו עכ"ל. ונראה דהרמב"ם סובר דחלה מחילה על פקדון אע"פ שהוא בעין, דעפ"י דין הפקדון מסור לרשות השומר וכדחזינן דהשומר חמץ של חבירו בפסח עובר על ב"י וב"י, והמחילה חלה על השעבוד של השומר לשמור את הפקדון ולהשיבו לבעלים, ומאחר שפקע השעבוד ממילא חל קנין לשומר. ודומה לדין בא במחתרת דבדמים קננהו אליבא דרב, דמאחר דחל דין קלבד"מ פקע החיוב של השבת הגזילה מהחפץ, וממילא החפץ נקנה לגזלן (עיין בגמ' בסנהדרין עב. וברש"י שם). ולפי"ז י"ל דה"ה ביאוש באבידה, דחל שעבוד וחיוב השבה על מוצא האבידה להחזיר את האבידה, ומועיל היאוש מדין מחילה להפקיע את השעבוד וחיוב ההשבה, וממילא חל קנין למוצא. ומשו"ה אי קטנים בני מחילה נינהו שפיר מועיל יאוש דידהו להפקיע השעבוד וחובת ההשבה וממילא האבידה קנויה להמוצא. די"ל שעצם שם אבידה שבחפצא מתרת את האבידה למוצא, אלא דחובת השבת אבידה מונע את הקנין, והיאוש מפקיע את חובת ההשבה וממילא קונה המוצא את האבידה.

ועוד י"ל בביאור שיטת הרמב"ם במחילת פקדון דקונה לשומר, דמצינו דין דברים הנקנים באמירה, וכדאיתא בגמ' כתובות (דף קב:) "כמה אתה נותן לבנך כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך כך וכך, עמדו וקדשו קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה" (ומובא ברמב"ם פכ"ג מהל' אישות הי"ג - הט"ו, ופ"ו מהל' זכיה ומתנה הי"ז). ונראה דאמירה בעלמא אינה קונה חפץ אלא רק עם מעשה קנין. אולם אם ע"י האמירה חלה איזה חלות, אפילו בחפץ אחר אזי האמירה לבדה קונה. ולכן בנוגע להתחייבות דשידוכים עם עמדו וקדשו אזי האמירה של ההתחייבות קונה בלי מעשה קנין, דהא מחמתה עשו קנין הקידושין, ולכן האמירה חלה וקונה את ההתחייבות דהשידוך.[34] ולפי"ז י"ל דה"ה במחילת שעבוד הפקדון, דע"י אמירת מחילת השעבוד חל חלות פטור מחובת השבה, ומשו"ה האמירה נמי חלה להקנות את גוף הבעין עצמו, כי אמירה שיש לה חלות כל שהיא שפיר קונה בעין אפילו בלי מעשה קנין אחר, וי"ל בזה.

גמ'. אלמא קסבר רבה סימן העשוי לידרס לא הוי סימן. רבא אמר ל"ש אלא בדבר שאין בו סימן אבל בדבר שיש בו סימן חייב להכריז, אלמא קסבר רבא סימן העשוי לידרס הוי סימן וכו' אמר לך רבא לעולם דלית בהו סימן ודקא אמרת ברה"י מאי מכריז, מכריז

[34] לכאורה הביאור בזה הוא דדברים בעלמא אינם קונים, מדחסרה הוכחת דעת גמורה להקנות ולהתחייב דמסתמא פטפוטי דברים בעלמא הם. משא"כ אם מחמת הדברים עמדו וקדשו דמוכח שהדברים רציניים ובדעת גמורה נאמרו, דהא מחמתם עמדו וקדשו, ומשו"ה שפיר קונים הדברים. והנה הגר"ח זצ"ל קבע דעיקר הקנין חל מחמת הדעת להקנות ולא מחמת מעשה הקנין, עיין בשיעורים לקמן (דף מה:) בענין קנין סודר, ובדברים הנקנין באמירה חל דעת קנין גמורה.

מקום. ורבה אמר מקום לא הוי סימן וכו'. יש לעיין מהו יסוד המחלוקת בין רבה ורבא האם סימן העשוי לידרס הוי סימן או אינו נחשב לסימן. ועיין ברש"י (ד"ה לא הוי סימן) וז"ל שאין בעליו סומך לתת בו סימן, מימר אמר נשחת הסימן בדריסת הרגלים עכ"ל. ומבואר דלרבה סימן העשוי לידרס אינו נחשב לסימן משום שאין הבעלים סומכים עליו. וצ"ב א"כ מהי סברת רבא דסובר דסימן העשוי לידרס הוי סימן, דדחוק לומר דפליגי במציאות האם הבעלים סומכים על סימן העשוי לידרס או לא. ולכאורה יתכן לומר דרבא סובר נמי דמשום שעשוי לידרס אין הבעלים סומכים עליו ומתייאשים ממנו, אמנם רבא סובר דהך יאוש הוי יאוש בטעות - כיון דלמעשה לא נשחת הסימן, ורק היה יתכן שישחת הסימן, והוי יאוש בטעות דטעה בשיקול דעתו - דאילו ידע הבעלים שלא היה נשחת הסימן לא היו מתייאשים, ורבא סובר דיאוש בטעות לא הוי יאוש. משא"כ רבה סובר דיאוש בטעות הוי יאוש. ולכאורה נידון זה אי יאוש בטעות הוי יאוש או לא הוי יאוש, תלוי במחלוקת בירושלמי (ב"ק פ"ד ה"ח) בשור הנסקל שהוזמו עדיו דפליגי ר"ל ור"י אי כל הקודם זכה בו, דר"י ס"ל דזכה דמשנגמר דינו נתיאשו הבעלים ממנו והוי הפקר, ור"ל סובר דלא זכה משום דהוי יאוש בטעות, דמשנגמר דינו ליסקל נתייאשו הבעלים בטעות דאח"כ הוזמו העדים ונתברר דמעולם לא היה דינו ליסקל (ועיין ברמב"ם פי"א מהל' נזקי ממון הי"ג). אולם נראה דהנידון בסוגיין בסימן העשוי לידרס לא דמי לציור דהירושלמי בשור הנסקל, דהתם מצד המציאות שלפניו - שנגמר דין השור - הו"ל להתייאש, ונתייאש בטעות מחמת חסרון ידיעה שלא ידע שהעדים הם זוממים. משא"כ הכא בסימן העשוי לידרס דהוי טעות בשיקול הדעת מה יהיה בעתיד, דאילו ידע שהסימן לא היה נשחת היה סומך עליו ולא היה מתייאש, ומה שנתייאש הוא משום דחשב ושיער בדעתו דהסימן ידרס ויהא נשחת, אולם טעה בשיקול הדעת דבאמת לא נדרס הסימן, (והטעות כאן דומה לדין טעות בפתח דנדרים). ואע"פ שבדרך כלל בכהת"כ קיי"ל דטעות בשיקול הדעת אינה נחשב לטעות לבטל חלות שנעשה, הכא ביאוש שאני דיאוש חל לגמור את חלות השם אבידה בחפצא, ומשו"ה ס"ל לרבא דיאוש בטעות לא הוי יאוש, דלא נגמר חלות שם אבידה בחפץ מחמת יאוש בטעות[35].

[35] ולפמש"נ בשיעורים דדבר שיש בו סימן לא חל בו שם אבידה גמורה אלא ביאוש הבעלים, י"ל דבסימן העשוי לידרס שאין הבעלים סומכים על הסימן ומתייאשים אזי היאוש מחיל שם אבידה גמורה בחפצא. אולם מאחר שהיאוש היה בטעות דהבעלים חשבו דהסימן נדרס והאבידה הויא אבידה גמורה דאין בה סימן, אולם באמת לא נדרסה ונשאר בה הסימן ולא הויא אבידה גמורה, אזי היאוש היה בטעות, ויאוש בטעות אינו יכול להחיל חלות שם אבידה גמורה בחפצא שאינה אבידה גמורה.

ועוד יש לחלק בין סוגיין לציור דהירושלמי, דיתכן דלכו"ע יאוש בטעות הוי יאוש, ואפילו אם טעה ונתייאש מחמת חסרון ידיעה, והא דס"ל לר"י דשור שנגמר דינו לסקילה והוזמו עדיו דזכה בו, הוא משום דמאחר שנגמר דין השור ליסקל הו"ל השור אינו ברשותו, והוי אבוד ממנו וע"כ מהני יאוש, ואע"פ שנתברר ע"י הזמה דהגמ"ד היה בטעות מ"מ למעשה במציאות לזמן מסוים לא היה השור ברשות הבעלים והיה אבוד והבעלים נתייאשו ממנו. משא"כ ר"ל סובר דלאחר שהוזמו העדים נתברר למפרע דלא היה כאן גמ"ד על השור והשור עדיין נמצא ברשות הבעלים, ומשו"ה לא מועיל בו יאוש להפקיעו מרשותם[36]. ועוד יתכן לפרש דר"י ור"ל נחלקו בירושלמי בגדר דין יאוש אי הוי מפקיע בפ"ע דממון הבעלים, דאזי אפילו אם נתייאש מחמת טעות חל היאוש להפקיע ממון הבעלים, דמ"מ נתייאשו הבעלים ממנו ומעשה יאוש מהוה הפקעת ממון הבעלים. משא"כ אם יאוש חל רק לגמור את חלות השם אבידה בחפצא, ודין ממון בעלים פקע ע"י השם אבוד שבחפצא י"ל דמכיון דבאמת לא היה השור אבוד דנתברר שהגמ"ד היה בטעות דהוזמו העדים אזי לא חל היאוש לגמור את החלות שם אבוד בחפצא.

ועוד י"ל דבסימן העשוי לידרס יש לבעלים עדיין תקוה שלא ידרס הסימן ואינם מתייאשים מהחפץ, דאין הסימן ודאי עתיד להידרס ויש אפשרות שלא ידרס, וא"כ לכאורה צ"ע למה להו להתיאש - דהרי יש אפשרות שלא ידרס. ולפיכך נראה דאם נימא דהיאוש מפקיע ממון הבעלים פשיטא דהאבידה אסורה - דלכאורה אף בסימן העשוי לידרס אין הגברא מתייאש. אמנם שיטת הריטב"א (חידושי הריטב"א דף כא: ד"ה כי פליגי) היא דרבא סובר דבדבר שאין בו סימן הרי אלו שלו בלא יאוש כלל - דעצם חלות שם האבידה מתרת ממון הבעלים (ועיין לעיל דף כא: בד"ה איתמר יאוש). ולפי"ז נראה לבאר המחלוקת בסוגיין בין רבה ורבא בסימן העשוי לידרס - דרבא ס"ל דמכיון שיתכן שימחק הסימן וגם יתכן שלא ימחק הסימן, אין החפץ נחשב כאבוד וכחפץ שאין בו סימן, ובעינן יאוש הבעלים להפקיע ממון הבעלים, ומכיון שיש סיכוי שלא

[36] ועיין בקצה"ח סימן ת"ו ס"ק ב'. וע"ע בקצה"ח סימן רנ"ט ס"ק א' שהקשה על שיטת הרמב"ן (במלמות ה' כו ב) שכתב דאם מוצא האבידה נטל את האבידה ע"מ להשיבה אזי אי אפשר לקנותה ביאוש אח"כ משום שידו כיד הבעלים דמי דהוי שומר שלהן, ואינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים. משא"כ אם נטלה ע"מ לגוזלה הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש. והקשה הקצה"ח דבגמ' כריתות כד. מבואר דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה בה, וצ"ע דלכאורה מאחר שהוזמו העדים נתברר הדבר למפרע, דעדיין הוי ברשות הבעלים וא"כ איך מועיל בה יאוש לפי שיטת הרמב"ן. ותירץ הקצות דצ"ל דמהני מצד הפקר דמועיל אף בדבר שברשותו. אולם יש להעיר דהירושלמי משמע דר"י סובר דהשור הותר לכל מדין יאוש, וצ"ע אליבא דהרמב"ן דלכאורה הוברר למפרע דהשור היה ברשות הבעלים וא"כ איך חל היאוש. ועיין בקצות החשן (רנט: א) שפירש דאף לרמב"ן חל יאוש בחפץ שנמצא ברשות הבעלים, ומש"כ הרמב"ן דיאוש אינו מועיל היינו היכא דהחפץ נמצא ביד שומר, דהשומר אינו מתייאש שהרי החפץ תחת ידו וידו כיד הבעלים ומשו"ה יאוש הבעלים לא מהני, אבל היכא שהחפץ מונח בחצירו באופן דחצירו לא יקנה לו מהני שפיר יאוש.

ימחק הסימן אין הבעלים מתיאשים ממנו וחייב להחזיר. משא"כ רבה סובר דהחפץ הוי אבוד, דרק בדבר שיש בו סימן אין החפץ נחשב לאבוד אבל בסימן העשוי לידרס הריהו אבוד ומותר אף בלי יאוש. והנידון הוא האם סימן עשוי לידרס הוי כדבר שאין בו סימן כלל, ואין צריך מעשה יאוש להפקיע ממון הבעלים אלא עצם השם אבידה שבחפצא מפקיע ומתיר ממון הבעלים, או"ד דהוי כדבר שיש בו סימן ובעינן יאוש להפקיע ממון הבעלים, וזהו המחלוקת בין רבא ורבה. ולפי"ז המח' בין אביי ורבא ביאוש שלא מדעת אינו בדין יאוש, דלכו"ע המתיר דממון הבעלים היא עצם שם האבידה, אלא דאביי ס"ל דבעינן ידיעת הבעלים שנאבד החפץ כדי שיחול בו שם אבידה גמורה ואין הידיעה חלה למפרע. אמנם אי נימא דבדבר שאין בו סימן בעינן יאוש להפקיע ממון הבעלים, אזי י"ל דיסוד המחלוקת בסוגיין הוא האם חל יאוש להפקיע ממון בעלים כשמתיאש בטעות או לא.

תוס' ד"ה אי דליכא סימן וכו'. וז"ל פירוש למה צריך להכריז המוצא מאחר שהאבוד אין בו סימן ליתן, ומשני דזה מכריז שאותו שאבד יתן סימן מקום וכו' ורש"י שפירש דהמוצא מכריז מקום שיאמר מצאתי במקום פלוני והוא יאמר חפץ פלוני ויקחנה, ק"ק דהא תנן בפירקין אמר אבידה ולא אמר סימנין לא אמר כלום אלמא במה שמכוין החפץ אינו סימן וי"ל דהתם נמי לאו משום שהיה חשוד לשקר שהפסיד החפץ אלא משום דא"ל כי היכי דאת אבדת חפץ ה"נ אימר אדם אחר הפסיד אבל הכא מהדרינן דאין רגילות ששני בני אדם אבדו חפץ זה כזה ובמקום אחד וכו' עכ"ל.

עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' אבידה ה"ה) שפסק דמקום הוי סימן מה"ת, ועיין ברמב"ם (פט"ו מהל' אבידה ה"י) וז"ל מצא כריכות ברה"י אם דרך נפילה הרי אלו שלו ואם דרך הנחה חייב להכריז שאע"פ שאין להם סימן המקום סימן אע"פ שאינו סימן מובהק עכ"ל, ועיין במ"מ שכתב דמש"כ הרמב"ם שהמקום אינו סימן מובהק הוא טעות סופר דסותר למש"כ (בפי"ג מהל' גזו"א ה"ה) דמקום הוי סימן מובהק מה"ת. ועיין בכס"מ שתירץ דאם יכול להתגלגל ע"י בנ"א ההולכים שם אזי מקום אינו נחשב לסימן מובהק, משא"כ כשהיה מונח בצד הגדר הוי מקום סימן מובהק. ועיין ברמב"ם (פי"ג מהל' גזו"א ה"ב - ג) וז"ל כיצד מכריז אם מצא מעות מכריז מי שאבד לו מטבע וכו' יבוא ויתן סימנים ויטול ואינו חושש מפני שהודיע מין האבידה לפי שאינו מחזירה אלא בסימנם מובהקים. בא בעל האבידה ונתן סימנים שאינם מובהקין אין מחזירין לו עד שיאמר סימנים מובהקין, והרמאי אע"פ שנתן סימנים מובהקין אין מחזירין לו עד שיביא עדים שהיא שלו עכ"ל. וצ"ע בפירוש של הכס"מ דא"כ מדוע פסק הרמב"ם (בפט"ו מהל' גזו"א

ה"י) דמחזירין בסימן של מקום, ואע"פ שהמקום ההוא אינו סימן מובהק דשמא עברו בנ"א באותו רה"י וגלגלוהו ממקומו, והרי הרמב"ם פסק (בפי"ג מהל' גזו"א ה"ג) שאין מחזירין אבידה אלא ע"פ סימנים מובהקים. ונראה לומר דמש"כ הרמב"ם (בפי"ג ה"ג) דאין מחזירין אא"כ נתן סימן מובהק היינו היכא דיש סימן מובהק ביותר, דאז אינו מועיל סימן בינוני. אולם אם אין שם סימן מובהק ביותר אזי ס"ל להרמב"ם דמחזירין אף בסימנים שאינם מובהקים ביותר, כמו מקום (שהוא סימן בינוני[37]). אולם לכאורה יש להקשות ע"ז דממנ"פ אי סימן שאינו מובהק ביותר כגון מקום לא נחשב לסימן המברר ולכן בעינן סימנים מובהקים, א"כ מדוע בגוונא דליכא סימנים מובהקים ביותר מחזירין עפ"י סימן שאינו מובהק (מקום), ואי סימן שאינו מובהק ביותר נמי הוי סימן ובירור א"כ נסמוך עליו אף כשיש בחפץ סימנים מובהקים ביותר. ולכאורה י"ל דהיכא דיש סימן מובהק ביותר אזי הטוען שבא וטוען דזוהי אבידתו צריך לתת אותו סימן, דאם נותן רק סימן בינוני יש לחשוש דלמא רמאי הוא ולא הבעלים של האבידה, דאם היה בעל האבידה הו"ל למידע הסימן המובהק ביותר. משא"כ היכא דליכא סימן מובהק ביותר אזי סימן בינוני מספיק להחזיר לו האבידה ואין אנו חוששים שמא רמאי הוא.

אולם הגר"ח זצ"ל ביאר דבכל מציאה יש ב' נידונים - א) דין תורה בין המוצא ומי שטוען ובא ונותן סימן שזו היא אבידתו, וב) יש דין תורה בין זה שבא עכשיו וטוען דזוהי אבידתו ובין מי שיבוא בעתיד וג"כ יטעון שזו היא אבידתו - ולכן בעינן שהסימן שנותן הטוען ראשון יהני נמי לאפוקי מטענת השני שיכול לבא בעתיד ולטעון דזוהי אבידתו. ובכריכות ברה"י באופן דרק המקום הוי הסימן, אין לחשוש שמא יבוא אדם שני ויתן סימן דאלים יותר מהסימן דמקום שנתן הראשון. ונראה דכדי להוציא את האבידה מידי המוצא לתת אותה למי שטוען דזוהי אבדתו מועיל מקום אע"פ דהוי סימן שאינו מובהק (דאינו אפילו סימן אמצעי אלא הוא סימן גרוע כמו חיורי וסומקי), ומשו"ה פסק הרמב"ם (פט"ו מהל' גזו"א ה"י) שאם מצא כריכות ברה"י דרך הנחה חייב להכריז "שאע"פ שאין להם סימן המקום סימן אע"פ שאינו סימן מובהק", דהסימן של מקום מועיל להוציא את האבידה מיד המוצא אע"פ שמקום אינו סימן מובהק (ר"ל

[37] עיין במגיד משנה (פי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"ג) וז"ל דע ששלשה מיני סימנים יש, סימנין מובהקין ביותר כגון נקב יש בו בצד אות פלוני וכיוצא בו ואלו הסימנים מחזירין עליהם אבדה דבר תורה לדברי הכל והרי הן כעדים. סימנים חשובין כגון מדת ארכו ומדת רחבו וכן משקלו וכיוצא בזה מחזירין עליהם אבדה ואלו מחלוקת בגמרא (כז:) אם הם דאורייתא או מדרבנן ואלו נקראים לפעמים סימנים מובהקים בגמ' ולאלו כיון הרב כאן ואחז לשון הגמ'. ויש סימנים גרועין כגון סומקי וחיורי ואין מחזירין עליהם אבידה וארוך וגוץ וכיוצא בזה כיון שלא אמר מדתן עכ"ל. ומבואר מדברי המגיד משנה דמש"כ הרמב"ם בה"ה "הסימנים המובהקים סומכים עליהם ודנין על פיהם בכל מקום דין תורה, והמדה או המשקל או המנין או מקום האבדה סימנין מובהקים הם" מיירי בסימנין חשובין (סימנים בינונים) ופסק הרמב"ם כמ"ד סימנים דאורייתא, ומדה, משקל ומקום הם סימנים בינונים.

שאינו אפילו סימן אמצעי). והא דבעינן ליתן סימן מובהק לזכות באבידה היינו רק בכדי להפקיע מידי אדם שני שיכול לבא ולטעון שזוהי אבידתו ויתן סימן מובהק (באופן שיש לאבידה שני סימנים). אמנם לפי גירסת המ"מ י"ל דאין מחזירין אבידה אלא ע"י סימן מובהק, ובסימן שאינו מובהק אין מחזירין אבידה כלל. ומקום נחשב לסימן מובהק ולא גרסינן בפט"ו (ה"י) "אע"פ שאינו סימן מובהק".

ולפי"ז נראה דרש"י נמי סובר דכשאין סימן מובהק אזי מחזירין האבידה עפ"י סימן שאינו מובהק, ומשו"ה סובר דהמוצא מכריז המקום ובעל האבידה מזכיר את החפץ ומחזירין לו את האבידה ואע"פ שאינו נותן סימן מובהק, משא"כ תוס' ס"ל דאין מחזירין עפ"י סימן שאינו מובהק כלל.

ועיין בכתבי הגר"ח זצ"ל משיעוריו בוואלאזין[38] שתירץ קושיית התוס' על רש"י, וז"ל ונראה עפ"י מאי דאיתא לקמן דף כז: את"ל סימנים דרבנן איך מהדרינן אבידה דניחה ליה למוצא מציאה, מתקיף לה רב ספרא וכי אדם עושה טובה לעצמו בממון שאינו שלו אלא דניחה ליה לבעל אבידה. וקשה דהא איכא מחצה ישראל דחייב להכריז, ואף דמספקא לנו דילמא אינה של ישראל והוי של המוצא, הרי דסימנים מהניא להוציא בין מרשות המוצא ובין מרשות האובד, וא"כ הא בעינן להך טעמא דניחה ליה למוצא, עכ"ל. ונראה לבאר קושיית הגר"ח זצ"ל דהגמ' לקמן (דף כז:) שואלת דאי ס"ל דסימנים מדרבנן מ"ט מחזירין אבידה עפ"י סימנים, והגמ' מתרצת דהטעם משום דניחה ליה למוצא להחזיר בסימנים כדי שאם הוא עצמו יאבד חפץ נמי יחזירו לו עפ"י סימנים, וע"ז הקשה הגמ' "וכי אדם עושה טובה לעצמו בממון שאינו שלו", ופרש"י דמאי איכפת לן בניחותא דמוצא אם בעל האבידה לא ניחה ליה. וע"כ פירשה הגמ' דניחה ליה לבעל האבידה למיהב סימנים ולמישקליה, ופרש"י דאם יזקיקוהו להביא עדים לפעמים אין לו עדים ולא תבא לידו לעולם, ומימר אמר טוב לי שיחזירוה לכל האומר סימניה, דלא שכיחא דנימא סימנין דידה אלא אנא, דכולי עלמא לא ידעי סימנים מובהקים דידה ואנא יהיבנא סימנים מובהקים דידה ושקלנא לה. ובפשטות משמע דלמסקנא הגמ' דחתה לגמרי הטעם דמחזירין בסימנים משום דניחה ליה למוצא להחזיר עפ"י סימנים, והקשה הגר"ח זצ"ל דבשלמא היכא דאיכא רוב ישראל י"ל דלאו כל כמיניה דהמוצא להחזיר עפ"י סימנים שלא ברצון בעל האבידה, דברוב ישראל אמרינן דהחפץ נאבד מישראל

[38] רבנו זצ"ל קיבל מאביו הגר"מ זצ"ל את כתבי זקנו הגר"ח זצ"ל משיעוריו בוואלאזין, והביא המחברת הזו לשיעור ולמד ממנו ברבים, ורבנו זצ"ל האריך בשיעור לבאר ולדון בדברי הגר"ח זצ"ל שבכתבי השיעורים מוואלאזין. ובשנת תשנ"ח הודפסה מחברת זו ע"י משפחת הגר"מ זצ"ל בספר שיעורי רבנו חיים הלוי עמ"ס ב"ק ב"מ, וב"ב, ועיי"ש בשיעורים לב"מ דף כב: ד"ה מאי מכריז מקום.

ואין ביד המוצא לעשות טובה בממון שאינו שלו. אמנם בגוונא דמחצה ישראל ומחצה עכו"ם דחייב להכריז הרי יש ב' ספיקות: א) דילמא זה שנותן הסימנים אינו הבעלים האמיתי אלא יש אדם אחר שהוא הבעלים, ב) דילמא האבידה היא של המוצא דיתכן שנאבדה מעכו"ם. והא דסימנים מועילים היינו בין להוציא מרשות המוצא ובין להוציא מרשות אדם אחר שיכול לטעון שהוא האובד. ולפי"ז צ"ע דאה"נ דכלפי טענת אדם אחר אין למוצא רשות לעשות טובה בממון שאינו שלו אולם בגוונא דמחצה ישראל ומחצה עכו"ם בעינן ניחותא דמוצא להוציא את האבידה מרשות המוצא - דדילמא שלו היא דנאבדה מעכו"ם. וא"כ צ"ע מדוע דחתה הגמ' לגמרי הסברא דמחזירין עפ"י סימנים משום דניחה ליה למוצא.

ותירץ הגר"ח זצ"ל וז"ל ונראה דהנה הטעם דסימנים דרבנן הא הוי לכמה מרבאותה משום דילמא אבד עוד אחד כהאי גוונא בהך סימנים. והנה לפי"ז הא לא דמי להיכא דליכא סימנים, דהיכא דליכא סימנים הא אין לו שום שייכות וטענה בהך חפץ, משא"כ ביהיב סימנא א"כ הא יש לו טענה על החפץ אלא דחיישינן דדלמא עבד עוד אינשי, וא"כ הוי כמו סימנים וסימנים. ולפי"ז לפי מאי דמבואר בב"ב דף לה דאם בא א' מן השוק מוציאין אותה מידו משום דבא בלא טענה, א"כ ה"ה הכא מהניא הסימנים מדאורייתא לדחות מי שאינו בא בטענה. ולפי"ז לענין המוצא שבא בלא טענה הוי סימנים דאורייתא, אלא דכל עיקר הטעם דסימנים דרבנן הוא משום האובד, וע"ז שפיר פריך הגמ' וכי אדם עושה טובה לעצמו בממון חבירו. והנה יעוי"ש הכא בתוס' שכתבו דאמר את האבידה הוי סימן שאבד חפץ כזה אלא דמספקא לנו דילמא אבד עוד אחר חפץ כזה. ולפי"ז הרי לגבי המוצא הרי מהניא אמר את האבידה אלא דחיישינן דילמא אבד עוד אחר. ולפי"ז לקמן דמיירי באבידה שיש בה סימנין שפיר חיישינן לאחר שאבד, אבל הכא דאיירינן באין בה סימנין ולפי"ז אם לא יחזיר באמירת האבידה הרי תשאר למוצאו, ולגבי המוצא הרי מהניא אמר את האבידה, וכש"נ. ועיין ברמב"ם (פט"ו הל' גזלה ואבדה ה"י) שפסק דמחזירין במקום, וכתב שם אע"פ שאינו סימן מובהק (ר"ל סימן אמצעי), וכבר עמד המ"מ דא"כ למה מחזירין, ולפי"ד הרי ניחא דהך סימן מהניא אם אך שנדע שאבד וע"כ מהניא הכא. עכ"ל

וביאר הגר"ח זצ"ל דמ"ד סימנים דרבנן ס"ל דסימנין דרבנן הם משום דדילמא אדם אחר ג"כ אבד חפץ כזה בסימנים אלו - והוי ליה כסימנים וסימנים. אמנם כ"ז ביחס לשמא יבוא אחר ויטעון שהוא האובד, אמנם ביחס למוצא האבידה שאין לו שום טענה בחפץ י"ל דלכו"ע סימנים מדאורייתא להוציא את האבידה מיד המוצא. ולפיכך לא

בעינן לניחותא דהמוצא להוציא את האבידה מתחת ידו ע"י סימנים, דלגבי המוצא חלין סימנים מדאורייתא. ולפי"ז יש ליישב את קושיית התוס' (דף כב: ד"ה אי דליכא סימן) על רש"י, דהא דאמר את האבידה ולא אמר את סימניה אינו מועיל היינו רק לגבי טענת אובד שני שטוען שהוא בעל האבידה ויודע את סימניה, משא"כ לגבי להוציא מידי המוצא מועיל שפיר אמר את האבידה ולא את סימניה. אמנם היכא דהוי דבר שיש בו סימן אינו מועיל כשאמר את האבידה ולא את סימניה דיש לחשוש דילמא האבידה שייכת לאדם אחר שיבוא ויתן סימניה. משא"כ בסוגיין דמיירי בכריכות ברה"י - שאין בהם סימן אחר, וא"כ אין לחשוש שמא יבא אחר ויטעון עפ"י סימנים שהוא האובד, ולגבי להוציא מידי המוצא מועיל אמר את האבידה, (דהיינו שהכריזו את מקום האבידה ובא א' ואמר את האבידה). ולפי"ז מבואר דלגבי להוציא את האבידה מידי המוצא מועיל אף סימן שאינו מובהק, והא דבעינן סימנים מובהקים היינו רק להפקיע טענת אדם אחר שבא וטוען שהוא בעל האבידה.

ולפי"ז תירץ הגר"ח זצ"ל את קושיית המ"מ הנ"ל דאם מקום אינו נחשב לסימן מובהק (כדמשמע מהרמב"ם פט"ו מהל' גזו"א ה"י) מדוע פסק הרמב"ם שמחזירין עפ"י סימן של מקום. די"ל דהך סימן דמקום מועיל להוציא מידי מוצא האבידה אבל אינו מועיל כנגד טענת אדם אחר שטוען שהוא בעל האבידה ונותן סימן מובהק יותר מסימן דמקום. ולכן כשיש בחפצא סימן מובהק אזי סימן דמקום שאינו מובהק כ"כ אינו מועיל להוציא מטענת אדם שני. אולם כשאין סימן מובהק אחר בחפצא אזי סימן דמקום מועיל להוציא את האבידה מידי המוצא.

ועוד כתב שם הגר"ח זצ"ל וז"ל והנה עוד הקשו אהא דפסק הרמב"ם לעיל (פי"ג ה"ה) דמקום הוי סימן מובהק. ולפי"ד ניחא דבאמת איכא תרי גווני מקום, היכא שמכריז המקום לא הוי סימן מובהק, והיכא שאומר את המקום הוי סימן מובהק. אכן היכא שיש בו סימן דאין מחזירין באמירת האבידה, וע"כ רשאי לו להכריז את האבידה ואז אין מחזירין רק באומר המקום ואז הוי סימן מובהק. משא"כ בדבר שאין בו סימן דאז הרי מחויב להחזיר באמירת האבידה, וע"כ אינו רשאי להכריז את האבידה, ומכריז את המקום והוא אומר את האבידה, וע"ז לא הוי סימן מובהק ומ"מ מחזירין וכמש"נ. וזה אין לומר דיכריז האבידה ופלוני יאמר את המקום ונחשבנו כמו דבר שיש בו סימן משום סימן מקום, זה אינו, דאינו בחזקת שידע המקום דאטו מי ידעינן דצמצם המקום בעת ההנחה, וע"כ הוי בחזקת דבר שאין בו סימן, וע"ז מכריז המקום והוא אומר את האבידה. וכן מבואר במעייני החכמה בחידושיו לב"מ יעו"ש, עכ"ל.

ונראה בביאור דברי הגר"ח זצ"ל דרש"י לא רצה לפרש כתוס' דמכריז את האבידה והלה אומר את מקום האבידה, דהרי מיירי דליכא סימן מובהק אחר באבידה, ובכה"ג אין לחשוש שיבוא אדם אחר ויתן סימניה, ונמצא שמחזירין את האבידה למי שבא ואומר מקום האבידה משום דמועיל הך סימן דמקום להוציא מידי מוצא האבידה, ומשו"ה ס"ל לרש"י דמכריז את המקום והטוען דהיא שלו - אומר את האבידה, ואע"פ דהוי סימן שאינו מובהק נותנין לו האבידה. דסימן שאינו מובהק מועיל להוציא את האבידה מידי המוצא. ועדיף להחזיר את האבידה בסימן שאינו מובהק כגון שאמר את האבידה מלהכריז האבידה ולהחזירה רק כשאמר את מקום האבידה דהוי סימן יותר מובהק, משום דמנא לן דידע את מקום האבידה, ולהוציא מידי המוצא סגי בסימן שאינו מובהק, ומשו"ה ס"ל לרש"י דמכריז את המקום ומחזירין כשאמר את האבידה.

והנה יש לדקדק בדברי הגר"ח זצ"ל שכתב "ונראה דהנה הטעם דסימנים דרבנן הא הוי לכמה מרבותאה משום דילמא אבד עוד אחד כהאי גוונא בהך סימנים. והנה לפי"ז הא לא דמי להיכא דליכא סימנים, דהיכא דליכא סימנים הא אין לו שום שייכות וטענה בהך חפץ, משא"כ ביהיב סימנא א"כ הא יש לו טענה על החפץ אלא דחיישינן דדלמא אבד עוד אינשי, וא"כ הוי כמו סימנים וסימנים", דמבואר מלשון הגר"ח דהא דס"ל דסימנים מדרבנן אינו משום דנקטינן דסימנים אינם מבררין, דאינם ראייה חותכת ובירור שמי שנותן את הסימנים הוא הבעלים, אלא דחיישינן דילמא יש עוד אדם אחר שאבד חפץ כזה בסימנים אלו, וב"ד טוענין עבורו - והויא ליה כסימנים וסימנים - דנחשב כאילו בא השני לפנינו וטען עפ"י הסימנים האלה שהחפץ הוי שלו, אמנם לכו"ע אין חסרון בעצם כח הבירור של הסימנים. אולם אם נפרש דסימנים מדרבנן משום דאינם מבררין כל צרכן שהוא הבעלים, ובעינן בירור אלימתא דעדות לברר מיהו הבעלים, אזי י"ל דאף לגבי להוציא מיד מוצא האבידה לא מהני סימנים, דבעינן בירור דעדות להוציא מיד המוצא. ולכאורה יהא בזה נפ"מ אם נתן א' סימנים ואח"כ תפס את החפץ דלפי"ד הגר"ח זצ"ל י"ל דאין מוציאין את החפץ מידו - דהוי כתרי ותרי, דמאחר שנתן סימן יש בירור שהחפץ שלו אלא דיש עפ"י דין טענה של אדם אחר כנגדו, והויא ליה כתרי ותרי. משא"כ לפי הפשט דסימנים מדרבנן משום שסימנים אינם מבררים י"ל דתפיסתו לא מהניא - דאין לו שום שייכות וזכות באבידה. ועוד י"ל דנפ"מ בדבר שאין בו סימן ואמר את האבידה ותפסה, דלפי"ד הגר"ח י"ל דאין מוציאין מידו משום דאמר את האבידה והוי סימן לגבי המוצא. אולם יש לעיין בזה דדילמא לא מהני תפיסה כלל באבידה, ורק

כשיש שני בע"ד מועילה תפיסה.[39]

דף כג.

גמ'. אלא אמר רב זביד משמיה דרבא דכולי עלמא סברי סימן העשוי לידרס הוי סימן ומעבירין על האוכלין והכא בסימן הבא מאליו קא מפליגי, דת"ק סבר לא הוי סימן ור"י סבר הוי סימן.

עיין ברמב"ם (פט"ו מהל' גזלה ואבדה הי"א) וז"ל מצא עיגול ובתוכו חרש, ככר ובתוכו מעות וכו' הואיל ויש בהן שינוי חייב להכריז, שלא עשאום בעליהן אלא לסימן עכ"ל. והטור כתב (חו"מ סימן רס"ב) שהרמב"ם פסק כשיטת ר' יהודה דחייב להכריז, דסובר דסימן הבא מאליו הוי סימן. אולם עיין ברא"ש (סימן א') שפסק כרבנן דאינו חייב להכריז משום דסימן הבא מאליו לא הוי סימן. והנה בסימן הבא מאליו יש ספק אם נחשב הדבר לסימן או לא - דשמא אין הבעלים יודעים שיש בחפץ סימן זה. ולפי"ז יל"ע בפסק הרא"ש שאם מצא ככר ובתוכו מעות אינו חייב להכריז, דקיי"ל סימן הבא מאליו לא הוי סימן, משום דבסימן הבא מאליו יש ספק אם הבעלים יודעים שיש בו סימן או לא, וא"כ החפץ מוטל בספק חיוב השבת אבידה, וקיי"ל לקולא. אמנם צ"ע בזה דהרי קיי"ל דבמחצה כנענים ומחצה ישראל - דג"כ יש ספק אם חל חיוב השבת אבידה - דחייב להכריז, וכן צ"ע לפי שיטת המ"מ (פט"ו מהל' גזו"א ה"א) דקיי"ל דספק יאוש שלא מדעת אסור, וצ"ע להרא"ש דמ"ש מסימן הבא מאליו דמותר למוצא. ונראה דהרא"ש סובר דבסימן הבא מאליו דהאבידה נודעה לבעלים אלא דיש ספק האם הסימן נודע לבעלים אזי האבידה מותרת למוצא, משום דהוי ודאי אבידה וספק יאוש. משא"כ בספק יאוש שלא מדעת דהוי ספק אבידה דדלמא לא נודע לבעלים שנאבדה כלל אזי האבידה אסורה למוצא. והביאור בזה הוא דבודאי אבידה וספק יאוש פקע חזקת מרא קמא ולכן האבידה מותרת למוצא מספק דהא הוא תופס בה. משא"כ היכא דיש ספק אם הבעלים יודעים שנאבדה להם האבידה דאזי עדיין חלה חזקת מרא קמא, ולכן האבידה אסורה מספק. אמנם יל"ע לפי"ז מדוע חייב להכריז במחצה ישראל ומחצה כנענים, דלכאורה

[39] יש לעיין בדברי הגר"ח זצ"ל דאי ס"ל דלכולי עלמא סימנים דאורייתא, אלא שיש לחשש שמא יש אדם אחר שיודע הסימן ויבא ויטעון דהאבידה היא שלו ומשו"ה אמרינן דסימנים מדרבנן (כסברת הגר"ח זצ"ל), א"כ למה במיתת הבעל וזיהויו אמרינן ג"כ דסימנים מדרבנן, דהלא התם ליכא טוען אחר שיביא סימן כמו באבידה וא"כ אמאי אמרינן דסימנים מדרבנן במיתת הבעל. וי"ל דלמ"ד סימנים מדרבנן סימן המברר מדאורייתא מועיל רק בהדי נאמנות של הטוען שהאבידה היא שלו. משא"כ במיתת הבעל וזיהויו דליכא נאמנות דטוען דאזי ליכא חלות דין סימנים מדאורייתא. ואילו למ"ד סימנים דאורייתא סימן מברר בלי טענה. (רבנו זצ"ל)

התם נמי יש ספק אי חלה חזקת מרא קמא, דיתכן דהוי אבידת עכו"ם.[40]
ונ"ל דהרא"ש סובר דחיוב מצות "השב תשיבם" היא להשיב את האבידה לבעלים שיכולים לזהות את החפץ עפ"י סימנים, אבל אם עצם יכולת הבעלים לזהות את החפץ היא מוטלת בספק, דשמא הסימן בא מאליו, אזי אין הבעלים מחייבים השבה, ודין זה הוא שיעור בחלות שם "בעלים" המחייבים השבה - דרק אם יש לחפץ בעלים שיכולים לזהות החפץ עפ"י סימנים הם בעלים המחייבים בהשבת אבידה. ויש להביא ראייה לזה דהראשונים הקשו מדוע אין מכריזין דבר שאין בו סימן, דנימא דיכריזו אף אבידה שאין בה סימן כדי שיבואו הבעלים ויביאו עדים שיעידו דהחפץ שלהם, וכן הקשו דהו"ל להכריז דילמא יבוא ת"ח ויכיר האבידה בטביעות עין. ויתכן לתרץ, דחיוב השבה והכרזה חל רק באופן שהבעלים יכולים לזהות את החפץ ע"י סימנים ולא ע"י עדים או ע"י נאמנות בטביעות עין, דחל חיוב השבה והכרזה רק באופן שיש אפשרות שהבעלים יבררו שהחפץ שלהם ע"י סימנים. ולפי"ז נראה ליישב שיטת הרא"ש דבסימן הבא מאליו יש ספק אם הבעלים יכולים לברר החפץ עפ"י סימנים מעצמם, והספק הוא בעצם המחייב דהשבת אבידה וקיי"ל לקולא דהאבידה מותרת למוצא. משא"כ כשמצא אבידה במחצה עכו"ם ומחצה ישראל, ובספק יאוש שלא מדעת קיי"ל לחומרא דהאבידה אסורה, משום דהתם אין הספק בעצם יכולת הבעלים לזהות את החפץ ובעצם המחייב דהשבת אבידה, אלא חל ספק האם חל חיוב השבה בכה"ג או לא, ובזה קיי"ל דספק אבידה אסורה. משא"כ כאן דהספק הוא בעצם המחייב דהשבה להבעלים, ובכה"ג קיי"ל לקולא. ויל"ע בזה.

תוס' ד"ה והא איכא נכרים. וז"ל ועוד דהוה ליה למימר דמנכרים נפל וניזיל בתר רובא אפילו לשמואל דאמר בממון אין הולכין אחר הרוב היכא דליכא חזקה מודה וכו' אבל כל היכא דאפשר לתקן להשיב ממון לבעלים ע"י הכרזה מתקנינן וא"כ מאי פריך הכא עכ"ל. ועיין בתוס' במס' ב"ב (דף כג: ד"ה חוץ) שהוסיפו דהכא ע"י הכרזה אפשר לברר אם של ישראל הוא ואין צריך לסמוך על הרוב ומשו"ה מדרבנן אין סומכים על הרוב וחייב להכריז. והנה ברוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן נחלקו הראשונים האם

[40] ויתכן לומר דהרא"ש סובר דסימן הבא מאליו לא הוי סימן כלל, דהא אפילו אם ידעו הבעלים ממנו מ"מ אצל המוצא יש ספק שמא לא ידעו הבעלים מהסימן, וא"כ אפילו אם באמת הבעלים ידעו היה להם לחשוש שהמוציא יחשוב שלא ידעו הבעלים. וא"כ הך סימן אינו סימן כלל, דסימן הוי רק כשעל ידו ידע המוצא בבירור שהבעלים יודעים את הסימן וסומכים עליו, ואילו בסימן הבא מאליו אין כאן סימן שהבעלים יכולים לסמוך עליו ולפיכך סימן הבא מאליו לא הוי סימן כלל, והאבידה מותרת למוצא. משא"כ היכא דיש בחפץ סימן שהבעלים יכולים לסמוך עליו אלא דיש ספק שמא נתייאשו או דהיא אבידת עכו"ם אזי קיי"ל שהאבידה אסורה למוצא. משא"כ כאן דיש ספק בגוף הסימן עצמו, דיש לומר שאין בחפץ סימן שהבעלים סומכים עליו, ולא נחשב האבידה כדבר שיש בו סימן, ומשו"ה קיי"ל דהריהי של המוצא.

לכתחילה צריך לבדוק את השוחט האם בקי הוא בהלכות שחיטה או לא אלא דסמכינן על הרוב, דתוס' בחולין (ג ב ד"ה רוב) ס"ל דא"צ בדיקה לכתחילה, והרמב"ם (פ"ד מהל' שחיטה ה"ו) סובר דלכתחילה צריך לבודקו, והרמב"ן סובר דזה תלוי דאי הוי מיעוט המצוי אזי מבררין לכתחילה עד כדי שאפשר לברר, משא"כ במיעוט שאינו מצוי אינו צריך לברר. ולכאורה מחלוקת זו תלויה בגדר דין רוב דיש לחקור האם רוב מכריע את הספק, דהיינו שחל לידת הספק ואזלינן בתר הרוב להכריע את הספק מדין ניהוג, או"ד דרוב חל מדין בירור דהיינו שהרוב מפקיע ומונע את עצם לידת הספק - ומחמת הרוב ליכא שום ספק. ונראה דאי רוב חל רק מדין ניהוג והכרעה, י"ל דאזי אם יכול לברר ע"י אופן אחר ולא לסמוך על הרוב חייב לברר עד כדי שידו מגעת, משא"כ אם הרוב חל מדין בירור דמפקיע את לידת הספק תו א"צ לברר ע"י בירור אחר. ולפי הרמב"ן דין זה תלוי בגדר של המיעוט דאי הוי מיעוט שאינו מצוי אזי הרוב חל מדין בירור וא"צ בירור אחר. משא"כ במיעוט המצוי הרוב חל רק מדין הכרעה. ולפי התוס' בבא בתרא י"ל דמה"ת לא צריך להכריז, דמה"ת רוב מונע את לידת הספק, ורק מדרבנן הצריכו לברר. ויתכן שתוס' בסוגיין ס"ל כשיטת תוס' בבא בתרא דצריך להכריז מדרבנן, או"ד דס"ל דאף מה"ת צריך להכריז, דהרוב חל רק מדין הכרעה ואינו מונע את לידת הספק, ודלא כשיטת התוס' בחולין (דף ג:) דס"ל דא"צ בדיקה דרוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם ואפילו לכתחילה א"צ בדיקה. ויתכן ליישב דתוס' בסוגיין אינם חולקים על התוס' בחולין בגדר הדין של רוב, אמנם ס"ל דמ"מ בעינן הכרזה משום שחל מצוה מיוחדת דהשבת אבידה, ומחמת המצוה חייב לברר ולהכריז, אע"פ דבעלמא מה"ת רוב מברר ומונע לידת הספק.

והנה צ"ע בשיטת הרמב"ם דבהל' שחיטה פסק דצריך לכתחילה לשאול את השוחט הל' שחיטה ולכתחילה צריך לברר ואין סומכים על הרוב, ומשמע דס"ל דרוב חל מדין הכרעה. ואילו לענין השבת אבידה פסק (פ"יא מהל' גזלה ה"ו) דברוב עכו"ם אין צריך להכריז וסמכינן על הרוב וא"צ לברר עוד ע"י דבר אחר. ונראה דשאני רוב עכו"ם דהוי רובא דאיתא קמן, ואזי ס"ל דהרוב מפקיע ומונע את לידת הספק ואין צריך תו לברר ע"י דבר אחר. משא"כ הרוב דרוב שוחטין מומחין הם הוי רובא דליתא קמן דחל רק בתורת הכרעה וניהוג ולכן צריך לברר היכא שאפשר ע"י דבר אחר. ועוד י"ל דברוב כנענים יש ב' ספקות, א) ספק אם אבידת עכו"ם היא, וב) אפילו אי הוי אבידת ישראל שמא נתיאשו הבעלים משום שחוששים שמא ימצאנו עכו"ם, וכן משמע מהרמב"ם (פי"א מהל' גזו"א הי"א) וז"ל אבל אם מצא בסרטיא ופלטיא גדולה וכו' שהעכו"ם מצויין שם תמיד וכו'

הרי המציאה שלו ואפילו בא ישראל ונתן סימניה שהרי נתיאש ממנה כשנפלה ממנו שאומר עכו"ם מצאה עכ"ל, ומשו"ה מותרת למוצא וא"צ להכריז, דספק ספיקא אינו נחשב כספק כלל ומותר בלי בירור אחר[41].

דף כג:

תוס' ד"ה מחרוזות. וא"ת והא אמר בפ' גיד הנשה (חולין דף צה:) אל תהא שוטה בשר בחרוזים הוי סימן, וי"ל גבי בשר שנתעלם מן העין הקילו טפי וכו' עכ"ל.
ונראה דלגבי בשר שנתעלם מן העין לא בעינן סימן מובהק בכדי לברר את הספק. דהסימן אינו מברר הספק טריפה או נבילה שנולד בחפצא אלא הסימן מברר שלא נתעלם הבשר דזהו אותו חתיכת בשר דמעיקרא, ובזה מועיל סימן כל דהו. משא"כ בהשבת אבידה בעינן סימן מובהק לברר שהחפץ שלו, ומחרוזות של דגים ובשר אינו סימן מובהק.
גמ'. בעי מיניה מרב ששת מנין הוי סימן או לא הוי סימן, אמר להו רב ששת תיניתוה מצא כלי כסף וכלי נחשת גסטרון של אבר וכל כלי מתכות הרי זה לא יחזיר עד שיתן אות או עד שיכון משקלותיו, ומדמשקל הוי סימן מדה ומנין נמי הוי סימן. יש לעיין מהו הנידון האם מנין הוי סימן או לא, ומהי הוכחת הגמ' דמדמשקל הוי סימן ה"ה דמדה ומנין הוי סימן. ונראה לפרש דס"ד דסימן אינו מועיל אא"כ הוא סימן בעצם החפצא שנאבד, דס"ד דבעינן סימן המיוחד לחפץ זה שאין אחר כמותו, וקמ"ל דגם סימן חיצוני כמשקל הוי סימן, אע"פ שאינו סימן בגוף צורת החפץ. דקמ"ל דרק בעינן סימן שהבעלים מכירים שזה החפץ שלהם, אע"פ שיתכן שיש למישהו אחר אותו סוג חפץ באותו מדה או משקל, וכגון טליתות דיש הרבה באותו המדה ומשקל. ויש כמה דרגות בסימנים - א) מקום, מדה, ומשקל - דאלו סימנים חיצוניים, ב) סימן בגוף החפץ, ג) נקב בצד מקום פלוני דזהו סימן מובהק לגמרי. ונפ"מ בסימנים וסימנים דהסימן המוכיח יותר עדיף,

[41] ובשיעוריו ליו"ד ביאר רבינו זצ"ל דיש לדון האם ספק ספיקא לא נחשב לספק כלל או"ד דחל שם ספק אף בספק ספיקא אלא דמכריעין אותו לקולא. ואמר רבינו דיש לתלות בחקירה זו מחלוקת הראשונים האם ספק ספיקא מותר בדבר שיש לו מתירין או לא, דעיין ברמ"א (יו"ד סימן ק"י סעיף ח') שפסק דאין להתיר דבר שיש לו מתירין ע"י ספק ספיקא, ועיין בביאור הגר"א (שם ס"ק ל"ג) דזוהי שיטת המרדכי אולם הרא"ש ס"ל דחל היתר ס"ס בדבר שיש לו מתירין. וי"ל דהרא"ש סובר דספק ספיקא לא הוי ספק כלל ולכן חל היתר ס"ס בדבר שיש לו מתירין, משא"כ המרדכי סובר דחל שם ספק בספק ספיקא אלא דחל בו דין הכרעה לקולא, ומשו"ה ס"ל דליכא היתר ספק ספיקא בדבר שיש לו מתירין. וכן יש לתלות בזה מחלוקת הפוסקים (עיין ביו"ד סימן ק"י סעיף ט' ובט"ז ס"ק ט"ו) האם חל היתר ספק ספיקא כנגד חזקת איסור, דאי ספק ספיקא לא נחשב לספק כלל אזי מהני אף כנגד חזקת איסור. משא"כ אי נימא דבמקום ספק ספיקא יש רשות להכריע לקולא י"ל דאם יש חזקת איסור כנגדה אי אפשר להכריע לקולא. ועיין עוד בס' שיעורי הרב על עניני תערובת עמ' שמ"ג - שמ"ו.

(עיין לקמן דף כח. ובשיעורים שם). אולם בסימנים מובהקים ביותר כגון נקב בצד אות פלוני כולם שווים.[42]

גמ'. אמר מר חביות של יין ושל שמן וכו' הרי אלו שלו והא תנן כדי יין וכדי שמן חייב להכריז וכו' אביי אמר אפילו תימא אידי ואידי ברשום ולא קשיא כאן קודם שנפתחו האוצרות כאן לאחר שנפתחו האוצרות. ופרש"י (בד"ה קודם שנפתחו האוצרות) וז"ל שעדיין לא הגיע זמן מוכרי החביות ויחיד בעלמא הוא דעביד הוי רושם סימן עכ"ל. ומבואר דקודם שנפתחו האוצרות הרושם הוי סימן דרק יחיד עושה רושם משא"כ לאחר שנפתחו האוצרות אינו סימן דכולן עבדי רושם. וכן מבואר מדברי הרמב"ם (פט"ו מהל' גזלה ואבדה ה"ט) וז"ל כדי שמן וכדי יין חייב להכריז שכל אלו יש להם סימנים מובהקין, ואם נפתחו האוצרות של יין ושל שמן הרי אלו שלו ואע"פ שהן רשומין שכל הכדין כך הן רשומות ונמצאו אלו הכדין כככרות הנחתום שיש צורה אחת ומשקל אחד לכולן עכ"ל. אמנם עיי"ש בראב"ד וז"ל א"א זה הטעם אינו מחוור אצלי אלא הטעם שהכל נכנסים לאוצרות ליקח, ורואין הסימן שעליהן, ולפיכך מי שנפלה ממנו מתיאש אומר אחר נתן סימניה ונטלה וכו' עכ"ל. ומבואר דהראב"ד מפרש דלאחר שנפתחו האוצרות אין הרושם סימן משום דחיישינן דילמא נכנס וראה את הסימן, וסימן הידוע לכל לא מהני. והנה יל"ע בדברי הראב"ד שכתב דהבעלים מתייאשים משום שאחרים יודעים את הסימן, דלמה לא כתב בפשטות שסימן הידוע לכל אינו סימן והו"ל כדבר שאין בו סימן.

והנה בתוס' (ד"ה אביי) פירשו דלאחר שנפתחו האוצרות בעה"ב א' שעשה הרישומים על חביותיו מכרן להרבה חנוונים. ונמצא דאפילו כשא' בא ואמר סימן הרשום א"א להחזירה לו דמנא לן דזוהי חביתו, דאולי זה חביתו של חנווני אחר. אך בציור דהראב"ד יש רק חבית אחת שרשום אלא דהרבה אנשים ראו אותה, וכשא' בא וטוען שהיא שלו בנוסף לבירור שהוא יודע את הסימן של הרשום יש לו אף נאמנות בטענתו שהחבית היא שלו שהרי לא בא שום אדם אחר לטעון כנגדו, ולפיכך בדין היה דנאמן שהוא בעל החבית ולא אחר. ואע"פ שיתכן שראה את החבית מ"מ הוא נאמן דיש לו נאמנות דאינו ידוע כרמאי. אך הראב"ד ס"ל דאע"פ שיש לו נאמנות מ"מ אין מחזירין לו את החבית

[42] עיין בשיטמ"ק (לקמן דף כח) דיש מחלוקת בראשונים אם סימן מובהק ביותר עדיף מסימן בינוני. ולכאורה י"ל דזה תלוי בחקירה האם סימנים מועילים מדאורייתא דעפ"י דין סימנים חלין כבירור בפני עצמו עפ"י אומד ב"ד דאזי י"ל דסימן מובהק ביותר עדיף מסימן בינוני. משא"כ אי מועילים סימנים בהדי טענה י"ל דשניהם שווים משום דלכל א' יש טענה שהביא סימן ומדאורייתא כל א' נאמן בטענתו, והויא נאמנות כנגד נאמנות ויניח, אפילו כשלזה יש סימן מובהק ביותר ולשני רק סימן בינוני. ועיין עוד בשיעורים לקמן (דף כח. ד"ה סימנין וסימנין ועד אחד וכו') האם סימן תלוי בנאמנות הטוען או לא.

משום דאמרינן שנתייאשו הבעלים ממנה, מפני שסוברים שיש אנשים אחרים שיודעים את הסימן, וחשודים שמא יבואו ברמאות ויטלוה, ומשום כך נתייאשו הבעלים ממנה. ולכאורה שיטתו תלויה בביאור הדין דאין מחזירין מטבע אפילו כששמו עליו (עיין בגמ' לקמן דף כה: ובראשונים שם). ולכאורה מבואר מהראב"ד דסימנים אינם מבררים בפני עצמן אלא חלין ביחד עם נאמנות הטוען, שבא ונותן את הסימן. דיש למי שטוען שהאבידה היא שלו נאמנות מכיון שאינו ידוע כרמאי.[43]

ועיין בתוס' (ד"ה ברשום וד"ה אבייי) וז"ל שכל בעה"ב עושה רשימתו משונה משל חבירו והוי סימן ברייתא בלא רשימה, אבייי אמר אפילו רשום לא הוי סימן אחר שנפתחו האוצרות שבעה"ב אחד מוכר להרבה חנוונים וכולם רשומים בענין אחד, ופרש"י אינו נראה עכ"ל. ונראה דלפרש"י רשום אינו רושם משונה ומיוחד אלא שבעה"ב עשה הרושם לפני עונת זמן דמכירה כשרוב המוכרים עדיין לא עשו רושם. ונראה דסימן רשום זה אינו סימן מובהק אלא סימן שאינו מובהק. ורש"י אזיל לשיטתו (לעיל כב: בד"ה מכריז מקום) דמכריז את המקום ובעה"ב אומר את האבידה. וביארנו שיטתו עפי"ד הגר"ח זצ"ל דאמירת האבידה מהוה סימן שאינו מובהק ומועיל מדליכא בה סימן מובהק אחר, דרק כשיש סימן מובהק בחפצא אזי סימן שאינו מובהק אינו מועיל משום דהו"ל לבעה"ב לידע את הסימן המובהק. אולם בדליכא סימן מובהק אזי אפילו סימן שאינו מובהק כגון לומר את האבידה מועיל. ולפי"ז י"ל דה"ה ברשום בעלמא שאינו משונה, דהוי סימן שאינו מובהק, אך מכיון דליכא סימן מובהק אזי אפילו סימן שאינו מובהק מועיל. והתוס' אזלי לשיטתם דס"ל דסימן שאינו מובהק אינו מועיל כלל (עיין בתוס' כב ב ד"ה אי דליכא סימן), ולכן ס"ל דאין מועיל לומר את האבידה. וכן לומר רשום בעלמא אינו מועיל דהוי סימן שאינו מובהק, וע"כ ס"ל דרק רשום שהוא משונה ומיוחד מועיל דהוי סימן מובהק.

רש"י ד"ה איכא דאמרי. וז"ל נפקא מינה דאפילו כיוון ואמר מקום מושבה מסוים לא הוי סימן עכ"ל. בביאור המחלוקת בין תרי הלישני דבגמ' אליבא דרש"י י"ל דללישנא קמא דמיירי במקום שאינו מסוים יש ב' ריעותות למה המקום לא נחשב לסימן: א) כי היכי דאיתרמי לדידך איתרמי נמי לחברך, ב) דלמא הטוען הוי רמאי ומנחש את המקום ברמאות דקל לנחש את המקום מכיון שאינו מקום מסוים. ואילו לפי הלישנא בתרא בגמ' י"ל דאפילו אם המקום הוא מקום מסוים ויש רק ריעותא דכי היכי דאיתרמי להאי

[43] ולכאורה ביאור זה הוא שלא כדברי הגר"ח זצ"ל שביאר דטענינן עבור אדם אחר כנגד הנאמנות של זה שבא וטוען דזוהי אבידתו, ומכיון דטענינן ליה הו"ל כתרי ותרי והא דמחזירין לו את האבידה הוא משום שהסימן הוי מברר בפני עצמו בלי נאמנות הטוען.

איתרמי נמי להאי, אין המקום סימן, דליכא חשש רמאות שנחש את המקום במקום מסוים.

גמ'. נפקא מינה לאהדורי לצורבא מרבנן בטביעות עינא וכו' דאמר רב יהודה אמר שמואל בהני תלת מילי עבידי רבנן דמשנו במלייהו וכו' אי ידעינן ביה דלא משני אלא בהני תלת מהדרינן ליה ואי משני במילי אחריני לא מהדרינן ליה. יש לעיין ביסוד הך דינא דמחזירין אבדה לת"ח בטביעות עין, דלכאורה מבואר בגמ' דהטעם הוא משום דיש לת"ח נאמנות שאינו משקר ומשנה בדיבורו אלא במסכת בפוריא ובאושפיזא. וצ"ב דבשאר דיני ממונות ודיני תורה לא מצינו דת"ח נאמן יותר מבע"ד דעלמא וא"כ מדוע מחזירין לו אבדה משום דיש לו נאמנות שאינו משקר. ונראה דבאבדה ליכא שום בעל דין הטוען כנגדו שהחפץ שלו ומשו"ה סמכינן על נאמנות של הת"ח בטביעות עין. וזוהי הלכה מיוחדת במצות השבת אבדה דכתיב עד דרוש אחיך (עיין בבעל המאור דף טו: בדפי הרי"ף). משא"כ בשאר דיני ממונות כשיש בע"ד הטוען כנגדו אין לת"ח נאמנות יותר מבעל הדין הטוען כנגדו. אמנם יש להעיר דלפי"ד הגר"ח זצ"ל (בשיעוריו בוואלאזין שהובאו לעיל) אף בהשבת אבידה ב"ד טוענים עבור אדם אחר שיכול לבא ולטעון שהוא בעל האבדה, וסימנים הם מדרבנן משום דהוי כסימנים וסימנים. ולכאורה לפי"ז צ"ע מדוע מחזירין אבידה לת"ח בטביעות עין, דלהוי ככל דין תורה בין ת"ח לאדם אחר שמכחישו דאין הת"ח נאמן יותר מבע"ד השני, וצ"ע.[44]

ובדין חיוב הכרזה לצורבא מרבנן עיין ברמב"ם (פ"יד מהל' גזלה ואבדה הי"ב) שכתב וז"ל ואם היה כלים ששבעתן העין חייב להכריז שאם יבא תלמיד חכמים ויאמר אע"פ שאינו יכול ליתן בכלי כזה סימן יש לו בו טביעות עין חייב להראותו לו אם הכירו ואמר שלי הוא מחזירן לו עכ"ל. וכתב הרמב"ן (מובא בשיטמ"ק כג ב ד"ה לא צריכא לאהדוריה לצורבא מרבנן וכו') וז"ל ומשמע נמי דלא חיישינן לצורבא מרבנן אלא היכא דאישתכח באתרא דשכיחי רבנן כגון בשוקא דרבנן כדלקמן, אבל היכא שנמצאת במקום אחר לא חיישינן לצורבא מרבנן וכו', וראיתי להראב"ד שכתב נראה לי שזו ההכרזה אינה כשאר הכרזות שאינה אלא בבתי כנסיות ובתי מדרשות דשכיחי רבנן. ולפי דבריו איכא למימר מאי הרי אלו שלו דקתני מתניתין בתר דאכריז בבתי מדרשות קאמר, כיון דאכריז ג' ימים או יותר בבתי מדרשות שוב אין חוששין לצורבא מרבנן, עכ"ל. (ועיין במ"מ שם, ובתוס' דף כד. ד"ה מודה דס"ל כהרמב"ן דליכא חיוב הכרזה אלא באתרא דשכיחי רבנן).

[44] ולכאורה יש לתרץ דב"ד טוענין עבור אדם אחר, דשמא זה שבא ונתן את הסימנים רמאי הוא, רק היכא דהטוען עם הארץ דאז יש לחשוש דילמא רמאי הוא, משא"כ בצורבא מרבנן דיש לו נאמנות ואין לחשוש שמא הוא רמאי דאז אין טוענין עבור אדם אחר שאינו בפנינו.

ומבואר מדברי הראב"ד דיש חילוק בין חיוב הכרזה בדבר שאין בו סימן לצורבא מרבנן מחיוב הכרזה בעלמא בדבר שיש בו סימן, דבהכרזה לצורבא מרבנן מכריז רק ג' ימים בבתי כנסיות ובתי מדרשות. ומשמע דלהראב"ד ליכא נפ"מ בין היכא דנמצא האבידה באתרא דשכיחי רבנן לבין מקום דלא שכיחי רבנן, דבכל מקום חל חיוב הכרזה לצורבא מרבנן - דהיינו להכריז ג' ימים בבתי כנסיות ובבתי מדרשות. משא"כ לפי תוס' והרמב"ן חל חיוב הכרזה לצורבא מרבנן רק כשנמצאה האבידה במקום דשכיחי רבנן. אולם לפי הרמב"ן ליכא נפ"מ באופן ההכרזה לצורבא מרבנן. ובביאור שיטת הראב"ד נראה דחלין ב' דינים במצות השבת אבידה: א) מצות השבה בקום ועשה - דחייב להכריז ולחפש אחרי הבעלים להחזיר להן את האבידה. ב) דין איסור עשה שאסור לקחת האבידה לעצמו, (ואיסור זה הוא איסור בפ"ע ממצות השבת אבידה ואינו איסור מדין איסור גזילה בעלמא). ונראה דהראב"ד סובר דחיוב מצות השבת אבידה בקום ועשה חל רק כשיש בירור שהוא בעל האבידה - דהיינו באופן שמוכיח שהוא הבעלים והחפץ שלו עפ"י עדים או ע"י סימנים. משא"כ בהשבת אבידה לצורבא מרבנן בטביעות עין דילכא בירור גמור שהוא הבעלים, והא דמחזירין לו את האבידה אינו אלא מדין נאמנות בלבד, ליכא חיוב מצות השבה בקום ועשה. ולפיכך סובר הראב"ד דאינו צריך להכריז אלא בבתי כנסיות ובתי מדרשות לג' ימים - דלא חל בכה"ג חיוב מצות השבת אבידה בקום ועשה. דבהכרזה לקיים מצות השבת אבידה בקום ועשה מכריז בכל מקום ולג' רגלים. אולם יש איסור עשה אף בדבר שאין בו סימן, ומשו"ה סובר הראב"ד דחל דין הכרזה בדבר שאין בו סימן דצריך להכריז הכרזה מועטת דג' ימים בבתי כנסיות ובתי מדרשות בכדי שיוכלו הבעלים שהוא צורבא מרבנן לבוא ולהכיר את החפץ, דאם המוצא מונע מהם האפשרות להציל את החפץ שלהם הרי הוא עובר באיסור עשה דהשבת אבידה.[45]

ועיין בגמ' לקמן (דף כד:) דמפרשת את הברייתא דקתני "ת"ש מצא בה אבדה אם רוב ישראל חייב להכריז אם רוב כנענים אינו חייב להכריז", דאזלא אליבא דרבנן דרשב"א, וז"ל ואיבעית אימא לעולם רבנן מי קתני הן שלו אינו חייב להכריז קתני, ויניח וייתי ישראל ויהיב ביה סימנא ושקיל עכ"ל. וברש"י פירש (בד"ה מי קתני) וז"ל דכיון דרובא כנענים דלמא דכנענים הוא, ושלו נמי לא הויא דלא אזלי רבנן בתר רובא בממונא עכ"ל. ונראה לבאר פרש"י עפ"י הנ"ל, דחלין ב' דינים במצות השבת אבידה: א) מצות השבת אבדה בקום ועשה, דחייב להכריז ולחפש אחרי הבעלים להחזיר להן את האבידה. ב)

[45] ולפי"ז יש לעיין האם להראב"ד הוי שומר אבידה לג' ימים דיש להסתפק האם דין שומר אבידה חל מחמת איסור העשה דהשבת אבידה או מחמת קיום העשה. ועיין לעיל בשיעורים דנקט רבינו זצ"ל דחלות דין שומר אבידה תלוי בקיום העשה ולא באיסור עשה.

דין איסור עשה שאסור לקחת את האבידה לעצמו. ונראה דהיכא דאיכא רוב עכו"ם חל פטור ממצות השבת אבידה בקום ועשה ואינו חייב להכריז. אולם מ"מ אין היתר לקחת את האבדה לעצמו משום דלגבי הממון קיי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב, ואיסור העשה דהשב תשיבם תלוי בדין הממון. משא"כ קיום העשה דהשב תשיבם דהויא מצוה דרמיא אקרקפתא דגברא לחפש אחרי הבעלים ולהחזיר להן אבידתן אינה מצוה התלויה בממון ואזלינן בה בתר רוב כדין שאר מצות ואיסורין שבתורה.

ויש להעיר דנתבאר לעיל בשיעורים דחלות שם אבוד מהוה מתיר דממון הבעלים, וכדחזינן מהא דאבידת עכו"ם מותרת אע"פ שגזל עכו"ם אסור וכן אם מצא אבידה פחות משו"פ אינו חייב להחזיר אע"פ שאיסור גזל חל בכל שהוא, ומשמע דהיכא דליכא חיוב מצות השבת אבידה חל היתר ממון למוצא האבידה, וא"כ צ"ע מדוע ברוב עכו"ם דליכא מצות השבה מ"מ אין האבידה של המוצא. ונראה דשאני אבידת עכו"ם ואבידה שהיא פחות משו"פ דליכא בהו אפילו איסור העשה דהשבה, ומשו"ה חלות השם אבידה שבחפצא מתיר את הממון, משא"כ במצא אבידה במקום שיש רוב עכו"ם ומיעוט ישראל אע"פ דליכא מצות השבה בקום ועשה, מ"מ חל איסור העשה דהשב תשיבם, ומשו"ה ליכא היתר ממון לקחת את האבידה לעצמו.

והנה מסתימת לשון הרמב"ם (פי"ד מהל' גזו"א הי"ב) וז"ל ואם היה כלים ששבעתן העין חייב להכריז עכ"ל, משמע שאינו מחלק כהרמב"ן דחיוב הכרזה לצורבא מרבנן אינו אלא במקום דשכיחי ת"ח, אלא ס"ל דבכל מקום חל חיוב הכרזה לצורבא מרבנן (וכשיטת הראב"ד הנ"ל)[46]. וצ"ב ביסוד המחלוקת שבין הרמב"ן ותוס', והרמב"ם והראב"ד, דנחלקו האם חל חיוב הכרזה לצורבא מרבנן רק במקום דשכיחי רבנן (כלומר במקום דיש רוב ת"ח), או אף במקום דלא שכיחי רבנן (דיש רוב ע"ה ומיעוט ת"ח). ולפום ריהטא היה נראה לומר דפליגי האם אזלינן בתר רוב לפטור ממצות השבת אבידה או לא. דתוס' והרמב"ן ס"ל דאזלינן בתר רוב לפטור ממצות השבת אבידה ומשום כך ס"ל דאין חיוב הכרזה לצורבא מרבנן אא"כ נמצאה האבידה במקום דשכיחי רבנן. משא"כ הרמב"ם והראב"ד ס"ל דחייב להכריז לצורבא מרבנן אף כשנמצאה האבידה במקום דלא שכיחי רבנן משום דס"ל דצריך לחשוש למיעוט המחייב במצות השבת אבידה, ולא אזלינן בתר רוב לפטור ממצות השבת אבידה.

והנה עיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזלה ואבדה ה"ז) וז"ל היה רוב העיר עכו"ם אם מצא במקום מן העיר שרוב המצויים שם ישראל חייב להכריז. אבל אם מצא בסרטיא ופלטיא

[46] עיין בכס"מ ובמגיד משנה שם.

גדולה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות שהעכו"ם מצויין שם תמיד ובכל מקום שהרבים מצויין שם הרי המציאה שלו. ואפילו בא ישראל ונתן סימניה, שהרי נתייאש ממנה כשנפלה מפני שהוא אומר עכו"ם מצאה אע"פ שהיא שלו וכו' עכ"ל. ולכאורה מבואר מדברי הרמב"ם דלא אזלינן בתר רוב לפטור מחיוב השבת אבידה, והא דאם מצא האבידה בסרטיא ופלטיא הרי היא שלו אינו משום דיש רוב דהויא אבידת עכו"ם, אלא משום דאפילו אם נפלה מישראל יש לתלות שנתייאשו הבעלים ממנה, אמנם בלי טעם זה דיש לתלות שהבעלים נתייאשו היה חייב להכריז אע"פ דיש שם רוב עכו"ם לפוטרו ממצות השבת אבידה. ומבואר דהרמב"ם סובר דלא אזלינן בתר רוב לפטור מחובת השבת אבידה אלא צריך לחשוש למיעוט וחייב להכריז. אמנם עיין בתוס' (דף כד. ד"ה כי קאמר ר"ש ברוב כנענים) וז"ל וא"ת א"כ מה צריך טעם מפני שבעלים מתייאשים תיפוק ליה דיש לתלות דמכנענים נפל דהוו רובא, וי"ל דאיצטריך דאפילו יודע ודאי שמישראל נפל קאמר הרי אלו שלו דהאובד מתיאש ואומר דכנענים שקלי ליה ואפילו אם ישראל ימצאם לא יכריז דתולה דמן כנענים נפל דהוו רובא עכ"ל. ומבואר דתוס' ס"ל דאזלינן בתר רוב לפטור מהשבת אבידה אפילו בלי הטעם דיש לתלות דנתייאשו הבעלים. ולפי"ז י"ל דתוס' והרמב"ם אזלי לשיטתם, דלפי הרמב"ם לא אזלינן בתר רוב לפטור ממצות השבת אבידה אלא צריך לחשוש למיעוט, ומשו"ה ס"ל דאף אם נמצאה האבידה במקום דלא שכיחי ת"ח חייב להכריז לצורבא מרבנן, דצריך לחשוש למיעוט. משא"כ תוס' (והרמב"ן) ס"ל דאזלינן בתר רוב לפטור ממצות השבת אבידה וע"כ סברי דמכריזין לצורבא מרבנן רק כשנמצאה האבידה במקום דיש רוב ת"ח.

ובביאור פלוגתתם י"ל דתוס' והרמב"ן ס"ל דאזלינן בתר רוב לגבי חיוב השבת אבידה כשאר מצות ואיסורין שבתורה. ואילו הרמב"ם סובר דמצות השבת אבידה הויא מצוה שבממון וחל בה הדין דאין הולכים בממון אחר הרוב[47].

אולם צ"ע דרשב"א ורבנן נחלקו בכלי אנפוריא האם חייבין להכריז או לא (דף כג:). ובפשטות מיירי בכלים שלא שבעתן העין לרוב הבעלים אמנם יש מיעוט בעלים המכירין אותן, והרבנן ס"ל דיש לחשוש למיעוט ומשו"ה ס"ל דחייב להכריז. ואילו

[47] ועוד י"ל דתוס' סברי דאזלינן בתר רוב כשאר מצות שבתורה, ואילו הרמב"ם סובר דהכא שאני משום דאפשר לברר את הספק ע"י הכרזה, דאם מכריז ויבא ישראל ויתן את סימני האבידה אזי מתברר דמישראל נפלה וכן אם יבא ת"ח ויכיר את האבידה בטביעת עין, ומכיון דהוי מילתא דעיבדא לגלויי ואפשר לברר לא אזלינן בתר רוב, דהיכא דאפשר לברר לא סמכינן ארוב (עיין ברמב"ן ריש חולין דף ג: ד"ה בודק סכין), והרמב"ם סובר דמאחר דאפשר לברר ספק השבת אבידה בהכרזה לא אזלינן בהשבת אבידה בתר רוב. משא"כ תוס' סוברים דזה לא נחשב אפשר לברר, דההכרזה עצמה מסופקת האם תברר את הספק מי הוא בעל האבידה ולפיכך אזלינן בתר רוב בלי להכריז.

רשב"א סובר דאזלינן בתר רוב לפטור מחיוב השבת אבידה. וקיי"ל כרשב"א דאינו חייב להכריז. וצ"ע בשיטת הרמב"ם דבכלי אנפוריא פסק (פי"ד מהל' גזו"א הי"ב) כרשב"א דאזלינן בתר רוב לפטור מחיוב השבת אבידה, ואילו ברוב עכו"ם וברוב עם הארץ ס"ל להרמב"ם דלא אזלינן בתר רוב לפוטרו ממצות השבת אבידה (כמש"נ לעיל), וצ"ע דמ"ש בכלי אנפוריא דפוטר מהשבה מחמת הרוב. ועוד צ"ע דבגמ' לקמן (כד.) מבואר דבאשפה שאינה עשויה לפנותה ונמלך עליה לפנותה דאם יש רוב ישראל חייב להכריז ואם רוב כנענים אינו חייב להכריז. ולכאורה מוכח דאזלינן בתר רוב עכו"ם לפטור ממצות השבת אבידה.

ולכאורה היה יתכן לומר דברוב עכו"ם ובמקום דלא שכיחא ת"ח יש רובא דאיתא קמן דפטור ממצות השבה. ואילו בכלי אנפוריא הוי רובא דליתא קמן ואומדנא דלא יכיר הצורבא מרבנן את הכלים. ולפי"ז י"ל דהרבנן פליגי על רשב"א וס"ל דכלי אנפוריא חייב להכריז משום דהוי רק רובא דליתא קמן, ולא אזלינן בתר רובא דליתא קמן להפקיע מצות השבת אבידה, אך הרבנן מודו לרשב"א ברובא דאיתא קמן דאזלינן בתר רובא. אמנם חילוק זה עדיין אינו מבאר את שיטת הרמב"ם דלא אזיל בתר רוב ברוב ע"ה וברוב עכו"ם, אפילו אי הוי רובא דאיתא קמן, ואילו בכלי אנפוריא ס"ל דאזלינן בתר רוב.

ואולי יתכן לומר דהרמב"ם סובר דברובא דאיתא קמן חוששין למיעוט לחייב בהשבה, וע"כ פסק הרמב"ם דברוב ע"ה ומיעוט ת"ח חייב להכריז, וכן ברוב עכו"ם ומיעוט ישראל ס"ל דלא סמכינן ארובא דאיתא קמן לפטור מחיוב השבת אבידה. אך ברובא דליתא קמן ס"ל דאזלינן בתר רוב. דיש לדייק דהרמב"ם לא הביא בהלכותיו את החילוק שבגמ' באשפה בין רוב ישראל לרוב עכו"ם, ויתכן דסובר דבכל גווני חייב להכריז, דכתב הרמב"ם (פט"ו מהל' גזו"א ה"ז) וז"ל מצא באשפה כלי מכוסה הרי זה לא יגע בו וכו' ואם באשפה שאינה עשויה להתפנות היא ונמלך עליה לפנותה אע"פ שמצאו מכוסה נוטל ומכריז עכ"ל. והנה הרמב"ם לא חילק בין רוב עכו"ם לרוב ישראל ומשמע דס"ל דבכל גווני חייב להכריז, ואע"פ דיש רוב עכו"ם נמי חייב להכריז, ומבואר לפי"ז דהרמב"ם סובר דברובא דאיתא קמן חיישינן למיעוט.[48]

[48] ולכאורה יתכן לבאר שיטת הרמב"ם באופן אחר, דבכלי אנפוריא פסק לפטור משום דהרוב קובע דהחפצא אינה אבידה המחייבת בהשבה אפילו לצורבא מרבנן. משא"כ במצאה במקום דלא שכיחי ת"ח דהחפצא הויא אבידה המחייבת לגבי צורבא מרבנן מדהוי חפץ ששבעתן העין לפיכך לא אזלינן בו בתר רוב לפטור מהשבה. ואילו תוס' סוברים דאע"פ דהחפצא הויא אבידה המחייבת מ"מ חל רוב לפטור מהשבה דאמרינן דמעם הארץ נפלה. אך מהרמב"ם משמע דלא פסק כהגמ' דאשפה וס"ל דלא אזלינן בתר רוב עכו"ם לפטור, ומתיר אבידה בעיר שרוב עכו"ם משום יאוש. וא"כ י"ל דגם בספק עכו"ם החפצא הוי חפצא דאבידה המחייבת בהשבה מכיון דיש בה סימן, והספק אינו אלא מי הוא בעל האבידה, ומדיני השבת אבידה אזלינן לחומרא בספק כזה גם נגד הרוב, דאינו ספק בחפצא אלא ספק בבעלים, ורק בספק בחפצא אזלינן בתר רוב לפטור ממצות השבת אבידה ככלי

אולם נראה דהרמב"ם נמי ס"ל כפשטות הגמ' דאזלינן בתר רוב עכו"ם לפטור מחובת השבת אבידה, והא דנקט הטעם דנתיאשו הבעלים היינו לפטור מהשבת האבידה אפילו כשבא א' מישראל ונתן בה סימן, וכמש"כ הרמב"ם "ואפילו בא ישראל ונתן סימניה, שהרי נתייאש ממנה כשנפלה מפני שהוא אומר עכו"ם מצאה אע"פ שהיא שלו" (וכשיטת התוס' הנ"ל). ולפי"ז יש לעיין למה הרמב"ם סובר דחייב להכריז משום צורבא דרבנן אף כשנמצאה האבידה במקום דלא שכיחי ת"ח ויש רוב ע"ה. וי"ל דשאני אבידת ישראל דעצם האבידה מחייבת השבת אבידה, ואפילו אם מיירי ברוב ישראל עמי הארץ מ"מ חל חיוב השבת אבידה, אלא דאם האבידה היא של עם הארץ אי אפשר לקיים ההשבה, דאין בחפץ סימן ואין ע"ה נאמן לטעון שהיא שלו, והרמב"ם סובר דחייב להכריז מכיון דעצם האבידה מחייבת השבה. משא"כ ברוב עכו"ם דבשעה שנאבדה אין האבידה מחייבת בהשבה מאחר דנאבדה במקום שיש רוב עכו"ם, ויש לתלות דהיא אבידת עכו"ם שפטורה מהשבה לכן אזלינן בתר רוב לקבע שאין כאן חיוב השבת אבידה. משא"כ הרמב"ן סובר דאף במקום שיש רוב ע"ה אזלינן בתר רוב ואינו חייב להכריז משום המיעוט דצורבא מרבנן.[49]

ועיין בשיטמ"ק (דף כג: בד"ה לא צריכא לאהדורי לצורבא מרבנן) וז"ל ובשיטה כתוב וז"ל כתב הראב"ד ונראה לי שזו ההכרזה אינה כשאר ההכרזות וכו' לפי שאינה אלא בבתי כנסיות ובבתי מדרשות מקום שצורבא מרבנן מצויין שם. ודוקא בדבר שאינו לא כבד ולא חשוב שהרי אינו של מוצא כאביי משום יאוש שלא מדעת הילכך מכריז משום צורבא מרבנן, אבל דבר שהוא חשוב או כבד שיש בו ידיעה מיד מיאש שלא נחזיק אותו בצורבא מרבנן והרי היא שלו. דא"כ כל הנך דמתניתין דאמרינן הרי אלו שלו יכריז משום טביעת עינא דצורבא מרבנן עכ"ל. ונראה דדין רוב פוטר ממצות השבת אבידה כגון בדבר כבד כי רוב הבעלים שהם ע"ה מתייאשים מדעת, והמיעוט הם צורבא מרבנן, ואזלינן באבידה בתר רוב ומשו"ה המוצא פטור מלהשיב. ואילו בדבר שאינו כבד שנמצא קודם יאוש דבאיסורא אתא לידיה והיאוש שמתייאש אח"כ אינו מועיל, דאי

אנפוריא, ואילו בספק בבעלי האבידה אזלינן בתר המיעוט לחומרא. ונ"ל דבכל השבת אבידה יש ספק מיהו בעל האבידה והתורה חייבה את המוצא להכריז ולחפש אחרי בעל האבידה גם מספק באופן דלבסוף הבעלים יקבלו את אבידתם. ולכן גם כשיש רוב עכו"ם או רוב ע"ה חייב להכריז ולחפש אחרי הבעלים להשיב להן האבידה. אך נראה דכ"ז במקום שיש חפצא המחייב - דהחפצא בר השבה היא דיש בה סימן או ששבעתן העין. משא"כ בכלי אנפוריא - דאין בו סימן ולא שבעתן העין - דאזי הרוב קובע שאין זו אבידה המחייבת בהשבה, מכיון דהחפצא עצמה אינה עומדת להשבה - דאזי פטור מכיון דהחפצא גופה נפטרה ממצות השבה.

[49] דהרמב"ן סובר דאע"פ שעצם האבדה מחייבת בהשבה מאחר דיש סיכוי מאד קלוש לקיים מצות השבת אבדה דאין בה סימן ויש רוב ע"ה אזלינן בתר רוב ואינו חייב להכריז.

אזלינן בתר רוב ע"ה הדין הוא דיהא מונח, אך הדין הוא דחייב להכריז בשביל המיעוט דצורבא מרבנן. דמכיון דחלה עליו מצות השבת אבידה ממ"נ, אזי לגבי קיום המצוה לא אזלינן בתר רוב להקל אלא יש לחשוש משום המיעוט דצורבא מרבנן להחמיר ולהכריז בביהכ"נ ובביהמ"ד דילמא בעל האבידה הוא צורבא מרבנן ויכיר את האבידה בטביעת עין אף בלי סימנים. דמצות השבת אבידה מחייבת לחשוש למיעוט בעלים ולחפש אחריהם מאחר שחלה המצוה. אך בנוגע לנידון האם חלה המצוה מלכתחילה בזה חל דין רוב לחיוב ולפטור. (וע"ע בשיעורים לקמן כח א ד"ה ועד מתי חייב להכריז).

גמ'. נפקא מינה לאהדורי לצורבא מרבנן בטביעות עינא. יש לעיין האם צורבא מרבנן נאמן בטביעת עין רק בדבר שאין בו סימן או אף בדבר שיש בו סימן. ועיין ברמב"ם (פי"ד מהל' גזלה ואבדה הי"ב) וז"ל המוצא כלי חרש וכיוצא בהן מכלים שצורת כולן שוה אם כלים חדשים הם הרי הם שלו שהרי הן כמו דינר משאר הדינרים שאין לו סימן ואין הבעלים מכירים אותן שהרי אינו יודע אם פך זה או צלוחית זו שלו או של אחר. ואם היה כלים ששבעתן העין חייב להכריז, שאם יבא תלמיד חכם ויאמר אע"פ שאינו יכול ליתן בכלי זה סימן יש לו בו טביעת עין חייב להראותו לו, אם הכירו ואמר שלי הוא מחזירין לו עכ"ל. ומסתימת הרמב"ם משמע דמחזירין אבידה לצורבא מרבנן בטביעת עין היכא דהוי אבידה שאין בה סימן. אמנם באבידה שיש בה סימן אין מחזירין לת"ח בטביעת עין. ולכאורה הביאור בזה הוא דאם היה הבעלים אזי היה לו לידע את הסימן, ומכיון שאינו יודע את הסימן חיישינן שמא רמאי הוא, ואע"פ שהוא צורבא דרבנן. ועוד נראה לבאר דין זה עפי"ד הגר"ח זצ"ל (עיין לעיל בשיעורים לדף כב: תוס' ד"ה אי דליכא סימן, ובשיעורי רבנו חיים הלוי ב"מ כב: ד"ה מאי מכריז מקום) דב"ד חוששין דילמא יש אדם אחר בעולם שאבד אבידה כזו וטענינן עבורו כנגד מי שבא וטוען דזוהי אבידתו, דנהי דבדבר שאין בו סימן צורבא מרבנן נאמן לומר דהיא שלו בטביעות עין, אך בדבר שיש בו סימן והצורבא מרבנן אינו מכיר את הסימן טענינן כנגדו עבור אדם אחר שאינו בפנינו, דנאמנות הצורבא מרבנן איתרע, מאחר שאינו יודע את הסימן.

אמנם יש לעיין מה הדין באופן שבא א' שאינו צורבא מרבנן ואמר את הסימן ואח"כ בא צורבא מרבנן והכיר את החפץ בטביעת עין דלכאורה בכה"ג ליכא ריעותא בנאמנות של הצורבא מרבנן דהא הוא נמי מכיר את הסימן, אמנם יתכן שרק מכיר את הסימן מכיון ששמעו ע"י הטוען הראשון. ויל"ע בכה"ג למי משיבים את האבידה - האם מחזירין לאדם הראשון שנתן את הסימן, או לצורבא מרבנן שהכיר החפץ עפ"י טביעת עינו, וצ"ע.

ועיין בגמ' לקמן (כח.) "סימנין וסימנין ועד אחד, עד אחד כמאן דליתיה דמי ויניח" (וכן פסק הרמב"ם פי"ג מהל' גזו"א ה"ו). ועיין בשיטמ"ק (דף כח. ד"ה סימנים ועדים) דנחלקו הראשונים האם העד אחד מחייב שבועה או לא. ומלשון הרמב"ם "העד אחד כמי שאינו ויניח" משמע דס"ל דאין העד מחייב שבועה.

ונראה שיש לבאר מחלקותם בכמה אופנים:

א) י"ל דמכיון דסימנים דאורייתא הבירור דסימנים עדיף ואלים מעדות דעד אחד, ומשו"ה עד אחד כמאן דליתא, וכן משמע קצת מלשון הרמב"ם (פי"ג מהל' גזו"א ה"ה) "הסימנים המובהקין סומכים עליהם ודנין על פיהם בכל מקום דין תורה". ואילו שאר ראשונים ס"ל דעד אחד נגד סימנים אינו כמאן דליתא ועד א' מחייב מי שהביא סימנים שבועה.

ב) י"ל דפלוגתתם תלויה בחקירת הגר"ח זצ"ל שחקר בדין עד א' - האם עד אחד מחייב שבועה בתורת עדות דאזי י"ל דעד אחד מחייב שבועה אף כשיש כנגדו בירור דסימנים. או"ד עד אחד אינו חלות שם עדות אלא חלות מחייב של שבועה בפני עצמו, דא"כ י"ל דבמקום דיש בירור דסימנים עד אחד אינו מחייב שבועה. ויתכן דזה תלוי בשאלה האם עד אחד מחייב שבועה דוקא בטענת ברי או אף בטענת שמא (ועיין במגיד משנה פ"ג מהל' טוען ונטען ה"ו שהביא בזה מחלוקת בין הרמב"ן והרשב"א). דאם עד אחד מחייב שבועה אף בטענת שמא י"ל דמחייב שבועה בתורת עדות כתרי עדים. משא"כ אם העד א' מחייב שבועה רק כשיש לתובע טענת ברי י"ל דעד א' הוי חלות דין מחייב שבועה בפני עצמו ואינו מחייב שבועה בתורת עדות ונאמנות. ועיין ברא"ש (פ"ק סימן ג') דנחלקו הראשונים האם עד אחד פוטר מחיוב שבועה, וי"ל דזה תלוי בחקירת הגר"ח זצ"ל האם עד אחד מחייב שבועה מדין עדות ונאמנות, דאז נאמן גם לפטור משבועה. משא"כ אם עד א' הוי חלות דין מחייב של שבועה בפ"ע י"ל דאינו נאמן לפטור משבועה.[50]

ג) י"ל דעד אחד מחייב שבועה דוקא כשחל חלות שם בעל דבר שהביא את העד א' לסייע לו בתביעתו. אולם יתכן דבאבידה ליכא חלות שם "בעל דבר" לגבי מי שבא וטוען דזוהי אבידה שלו, ומכיון שחסר טענת "בעל דבר" אין העד מחייב שבועה. וכ"ז בסימן ועד אחד. אמנם יש לעיין בדין סימן לא' וטביעת עין לצורבא מרבנן, וצ"ע.[51]

[50] ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ח"ב (דף לב.) בענין עד אחד.

[51] לכאורה סימן הוי בירור דעדיף טפי מנאמנות דצורבא מרבנן בטביעת עין, דנתבאר דלהרמב"ם (פי"ג מהל' גזו"א ה"ו) סימן עדיף מבירור דעד א' וא"כ י"ל דכש"כ דסימן עדיף מנאמנות דצורבא מרבנן. ועוד י"ל דצורבא מרבנן רק נאמן בטביעת עין כשאין "בעל דבר" הטוען כנגדו אבל כשיש אדם שני הטוען כנגדו לא חלה מעיקרא

ולפי הצד דלא חל חלות שם בעל דבר בהשבת אבידה, ומשו"ה העד אחד אינו מחייב שבועה, י"ל דיש עוד נפ"מ בסימנים וסימנים דהדין הוא שיניח, מהו הדין אם א' מהם יתפוס את האבידה, דתפיסת בעל דבר יכולה להועיל אך תפיסת מי שאינו בעל דבר אינה מועלת. וא"כ אם ננקוט שמי שטוען שהאבדה היא שלו הוי בעל דבר יתכן שתפיסתו תועיל ויזכה באבידה. משא"כ אם אינו בעל דבר לא תהני תפיסתו כלל.

ובנוגע לשאלה האם הטוען שהאבדה היא שלו הוי בעל דבר או לא, יעויין ברמב"ם (פי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"ו) וז"ל באו שנים זה נתן סימני האבדה וזה נתן סימניה כמו שנתן האחר לא יתן לא לזה ולא לזה אלא תהיה מונחת עד שיודה האחד לחבירו או יעשו פשרה ביניהן עכ"ל. ולכאורה האפשרות לעשות פשרה בב"ד הוא רק לשני בעלי דברים. אמנם אי ליכא חלות שם בעל דבר בהשבת אבידה, לכאורה אין בזה מקום לפשרה דאין כאן דין תורה בין ב' בעלי דברים, אלא רק מצוה להשיב את האבדה להבעלים. ומזה שהביא הרמב"ם דין לעשות פשרה ביניהן מוכח דחל חלות שם בעל דבר לגבי הטוען שהאבדה שלו, וכששניהם טוענים דהאבידה שלהן והביאו סימנים חל דין תורה בין ב' בעלי דברים ושפיר חל דין לעשות פשרה ביניהן.[52]

בענין השבת גט אשה בטביעת עין

עיין בגמ' גיטין (דף כז:) "רבה בר בר חנה אירכס ליה גיטא ביה מדרשא אמר אי סימנא אית לי בגויה אי טביעות עינא אית לי בגויה אהדריה נהיליה, אמר לא ידענא אי משום סימנא אהדריה וקסברי סימנים דאורייתא אי משום טביעות עינא ודוקא צורבא מרבנן אבל איניש בעלמא לא". ומבואר דמחזירין גט אשה לצורבא מרבנן בטביעות עין כדין אבידה דעלמא. אולם עיין ברמב"ם (פ"ג מהל' גירושין ה"ט) וז"ל המביא גט ואבד ממנו ומצאו וכו' אבד במקום שהשיירות מצויות אם מצאו מיד ועדיין לא שהה שם אדם מן העוברים או שמצאו בכלי שהניחו בו ויש לו טביעות עין בארכו רחבו של גט כשהיה

הנאמנות דצורבא מרבנן. ורק היכא דליכא טוען אחר נאמן צורבא מרבנן לגבי מצות השבת אבידה. אולם כשיש טוען אחר כנגדו חל דין תורה בין שני בעלי דין, ובכה"ג אין לצורבא מרבנן נאמנות, ונותנין את האבידה למי שנתן את הסימן. אולם יתכן דסימן אינו חל בתורת מברר בפ"ע, אלא דסימן חל בהדי הנאמנות של הטוען הנותן את הסימן. ולפי"ז י"ל דמי שבא ונתן סימן ובא צורבא מרבנן והכיר האבידה בטביעת עין, הוי נאמנות כנגד נאמנות ויניח. ברם אי נימא דבהשבת אבידה ליכא חלות שם בעל דבר, יתכן לומר דצורבא מרבנן נאמן אפילו כנגד טוען אחר שנתן סימן, דרק צורבא מרבנן נאמן לענין השבת אבידה ולא אדם אחר, וכפי שיטת הראשונים שעד א' כנגד סימן מחייב שבועה ודלא כהרמב"ם, די"ל שגם הנאמנות דצורבא מרבנן אלימתא וחלה כנגד סימן כמו עד אחד וצ"ע.

[52] ולפי"ז י"ל דהא דפסק הרמב"ם דסימנין וסימנין ועד א' דיניח בלי שבועה הוא משום דסימן יותר אלים מעד אחד, דעד א' אינו חלות עדות. ולפי"ז עד א' מחייב שבועה רק בטענת ודאי ולא בטענת שמא, וגם אינו נאמן לפטור משבועה, אלא הוי חלות מחייב של שבועה בפ"ע. ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ח"ב (דף לב.) בענין עד אחד.

כרוך הרי הוא בחזקתו ותתגרש בו עכ"ל. ולכאורה צ"ע דהרמב"ם מכשיר גט שאבדו ומצאו בטביעות עין ולא הזכיר דזהו דוקא לצורבא מרבנן ומשמע דס"ל דחל נאמנות דטביעת עין לכל אדם.

ונראה דהתם מיירי כשאדם אחר מצא את הגט שאבד רבה בר בר חנה דחל על המוצא מצות השבת אבידה ודין "דרוש אחיך" שחייב המוצא לדרוש את הטוען דלמא הוי רמאי, ולכן רק צורבא מרבנן נאמן בטביעת עין דאין עליו חשש שהוא רמאי. משא"כ אדם בעלמא דחל עליו חשש רמאי מגזה"כ ד"דרשהו", ולכן אינו נאמן בטביעות עין בלבד וצריך להביא סימן. ואילו הרמב"ם מיירי באופן שזה שאבד הגט מצא את הגט בעצמו, דלא חל באופן זה מצות השבת אבידה, אלא רק ספק בעלמא האם זהו הגט שאבד או לא. ובדין זה נאמן בטביעת עין דכל אדם נאמן לגבי עצמו ולאחרים בטביעת עין בדיני איסור והיתר, דמעשים בכל יום דסמכינן על טביעת עין באיסורי כשרות וכדומה. ולכן יכול אדם לסמוך על עצמו בטביעת עין דזהו הגט שאבד.

ועוד נראה דהרמב"ם מיירי באופן שהבעל או שלוחו איבדו את הגט ומצא בעצמו את הגט ולשניהם יש נאמנות לענין כשרות הגט וכדחזינן מהסוגיא ריש גיטין דנאמנים לומר בפ"נ ובפ"נ, דיש להם נאמנות בנוגע לגט מדאורייתא ולפיכך הם נאמנים בטביעת עין להכיר את הגט שאבד. ולפי"ז נאמנים גם לקבל את הגט בחזרה ממי שמצא את הגט דחל נאמנות טביעת עין בגיטין לשליח ולבעל גם אם אינם צורבא מרבנן. ולפי"ז צ"ל דרבה ברב בר חנה לא היה שליח הגט, ואולי היה הסופר או שומר בעלמא ולא היתה לו נאמנות דשליח הגט, ולפיכך היה נאמן רק מפאת דהיה צורבא מרבנן.

ברש"י ד"ה במסכת וז"ל יש בידך מסכת פלוני סדורה בגירסא או לאו ואע"ג שסדורה היא לו יאמר לו לאו ומדת ענוה היא עכ"ל. ומבואר שמותר לת"ח לשנות את האמת ולומר שאינו מכיר איזו מסכת משום מדת ענוה. אמנם עיין בתוס' (ד"ה במסכת) וז"ל וא"ת והאמר ושננתם שיהיו דברי תורה מחודדים בפיך שאם ישאלך אדם אל תגמגם ותאמר לו אלא תאמר לו מיד וי"ל דהיינו דוקא באדם הבא לשאול דין או הוראה או להתלמד אבל הכא שבא לנסותו אם יודע מותר לשנות ולומר לא למדתי זה עכ"ל. ומשמע מתוס' דמיירי שבא אדם לנסותו אם יודע מסכת ומתכוון לבייש דאזי חל היתר דמותר לת"ח לשנות ולומר איני יודע. ויתכן דתוס' חולקים על רש"י וס"ל דאם אדם בא ושואל במסכתא כדי לדעת את הדין או להתלמד אזי אין היתר לת"ח לשנות ולומר שאינו יודע משום ענוה אלא חייב לענות לשואל משום דילפינן מקרא "ושננתם" - שיהי ד"ת מחודדים בפיך שאם ישאלך אדם על תגמגם.

ועיין ברמב"ם (פ"כ מהל' סנה' ה"ח) וז"ל כל דיין שבא לפניו דין והתחיל לדמותו לדין פסוק שכבר ידע אמתו ויש עמו במדינה גדול ממנו בחכמה ואינו הולך ונמלך בו הרי זה בכלל הרשעים שלבם גס בהוראה. ואמרו חכמים רעה על רעה תבא לו שכל אלו הדברים וכיוצא בהן מגסות הרוח הן המביאה לידי עיוות הדין. כי רבים חללים הפילה זה תלמיד שלא הגיע להוראה ומורה. ועצומים כל הרוגיה זה שהגיע להוראה ואינו מורה. והוא שיהיה הדור צריך לו אבל אם ידע שיש שם ראוי להוראה ומנע עצמו מן ההוראה הרי זה משובח. וכל המונע עצמו מן הדין מונע ממנו איבה וגזל ושבועת שוא, והגס לבו בהוראה שוטה רשע וגס רוח עכ"ל. ונראה דיש חיוב מיוחד של ענוה במורה הוראה ומשום כך צריך להימנע מלהורות אם יש דיין אחר גדול כמותו שיכול להורות, וק"ו שאם יש דיין שגדול ממנו בחכמה דאסור להורות אא"כ נמלך בו.

והגר"ח זצ"ל היה רגיל לפרש סוף דברי הרמב"ם דאם אחד הגיע להוראה ואינו מורה בשעה שהדור צריכים לו, הריהו גורם בכך שיקחו להורות מי שלא הגיע להוראה והדיין הזה יפיל את הרבים בהוראותיו המוטעות, ולפיכך זה שהגיע להוראה ואינו מורה הוי בכלל כי רבים חללים הפילה ועצומים כל הרוגיה, דנחשב כאילו הוא גרם לזה.

תוס' ד"ה באושפיזא וז"ל והא דלא חשיב הכא מותר לשנות מפני דרכי שלום כדאמרינן בפ' הבא על יבמתו (יבמות סה ב) משום דהני נמי משום דרכי שלום הן ורגילין יותר מאחרים להכי נקט הני עכ"ל. ובביאור דבריהם נראה דהנה איתא במדרש (בראשית רבה פ"ח) וז"ל א"ר סימון בשעה שבא הקב"ה לברא את אדם הראשון נעשו מלאכי השרת כתים כתים וחבורות חבורות מהם אומרים אל יברא ומהם אומרים יברא הה"ד חסד ואמת נפגשו צדק ושלום נשקו, חסד אומר יברא שהוא גומלי חסדים אמת אומר אל יברא שכולו שקרים, צדק אומר יברא שהוא עושה צדקות שלום אומר אל יברא דכוליה קטטה. מה עשה הקב"ה נטל אמת והשליכו לארץ הה"ד ותשלח אמת ארצה, אמרו מלאכי השרת רבון העולמים אתה מבזה תכסיס אלטכסיה שלך תעלה אמת מן הארץ הה"ד אמת מארץ תצמח עכ"ל. ואמר הגר"מ זצ"ל דהגר"ח זצ"ל ביאר דברי המדרש שהיה דיון וויכוח בין המלאכים היאך אפשר לברוא אדם שיהא בו מדות הסותרות זו לזו, ומדת אמת ומדת שלום שאלו יחדיו איך שייך לברוא אדם שיהא בו הן מדת האמת והן מדת השלום, דהרי אי אפשר שלא תהיה סתירה וניגוד בין המדות הללו, דהרי מדת האמת היא עד הסוף - ואפילו שינוי של קוצו של יו"ד הוי פגם במדת האמת. אמנם מצד שני מותר לאדם לשנות את האמת מפני דרכי שלום (יבמות סה ב) וחל איפוא באדם מדת השלום. ושאלת המלאכים היתה איך שייך שתהא באדם הרכבה של ב' מדות הפוכות,

דאו יהא בעל קטטה - אם מתנהג עפ"י מדת האמת עד הסוף או יהא דובר שקרים - אם יתנהג לגמרי עפ"י מדת השלום. וע"ז איתא במדרש "מה עשה הקב"ה נטל את האמת והשליכה לארץ וכו'" דכביכול הקב"ה השליך את מדת האמת לארץ, כלומר דאה"נ אי אפשר לברוא אדם שיתנהג כולו עפ"י אמת, מפני שהעולם לא יכול להתקיים אם אדם יהא מתנהג באופן מוחלט עפ"י מדת האמת. דמכיון שאין דעותיהם של בני אדם שוות, יהיו תמיד בעלי קטטה אילו נבראו במדת האמת בלבד. אמנם אי יתנהגו כל כולו עפ"י מדת השלום יבואו לידי שקרים. והתשובה היא "אמת מארץ תצמח" כלומר דהתורה שהיא אמת שהקב"ה הוריד משמים לארץ מגדירה ומכוונת את האדם מתי לנהוג עפ"י מדת האמת ומתי לנהוג עפ"י מדת השלום. דהתורה מדריכה את האדם איך לחיות חייו, ובאיזה מדות להתנהג, מתי אומרים "יקב הדין את ההר", ומתי אומרים "בקש שלום ורדפהו". וי"ל דזהו נמי הביאור בתוס' שכולן מפני דרכי שלום, דהא דמשנה את האמת הוא מפני השלום, ולפעמים שלום דוחה אמת. דהתורה מלמדת מתי שלום דוחה מדת האמת ומתי יש רשות לאדם לשנות את דבריו מפני השלום. ונראה לומר דתוס' נמי סובר דהא דת"ח משנה בפוריא ובמסכת הוא משום מדת צניעות וענווה, ומש"כ "דהני נמי משום דרכי שלום הן" ר"ל דכי היכי דלפעמים משנים את האמת מפני השלום, דהתורה מגדירה מתי מדת השלום דוחה מדת האמת, כמו"כ נמי מדת הצניעות ומדת ענווה דוחות את מדת האמת, והתורה מגדירה מתי דוחין מדה אחת מפני חברתה.

והנה התוס' השוו הדין דת"ח משנה בפוריא במסכת ובאושפיזא עם הגמ' דמשנין מפני דרכי שלום (יבמות סה ב). אמנם לכאורה הם שתי סוגיות שונות ודינים שונים. דבגמ' דידן איתא "בהני תלת מילי עבידי רבנן דמשני במילייהו", ומשמע דמנהג חכמים הוא לשנות בדיבורם בהני ג' דברים, ואינה חובה אלא מנהג ורשות. ואילו בגמ' ביבמות איתא "ר' אלעזר בן ר' שמעון אומר מותר לו לאדם לשנות בדבר השלום וכו' ר' נתן אומר מצוה לשנות וכו' דבי ר' ישמעאל תנא גדול השלום שאף הקב"ה שינה בו דמעיקרא כתיב ואדני זקן ולבסוף ואני זקנתי". ומבואר דלר' נתן ולתנא דבי ישמעאל יש חיוב ומצוה לשנות את האמת מפני השלום. ומצינו נמי דשמו של הקב"ה נמחה על המים כדי לעשות שלום בין איש לאשתו, ושמו של הקב"ה אמת, ומשמע דיש חובה לשנות את האמת מפני השלום, ואינו רק רשות ומנהג חכמים. ויתכן דלשנות את האמת מפני דרכי שלום לעשות שלום בין איש לאשתו וכדומה הוי חיוב, ואילו לשנות בפוריא ובמסכת משום צניעות וענווה אינו חיוב אלא רק מנהג חכמים ומדה טובה, (וכ"כ הרי"ף יג. בדפי הרי"ף), וצ"ע בהשוואת התוס'.

והנה עיין ברמב"ם (פ"א מהל' דעות ה"ה - ה"ו) וז"ל ומצווין אנו ללכת בדרכים האלו הבינונים והם הדרכים הטובים והישרים שנאמר והלכת בדרכיו, כך למדו בפירוש מצוה זו מה הוא נקרא חנון אף אתה היה חנון מה הוא נקרא רחום אף אתה היה רחום וכו' ועל דרך זו קראו הנביאים לאל בכל אותן הכנויין ארך אפים ורב חסד צדיק וישר תמים גבור וכו' וכיוצא בהן להודיע שהן דרכים טובים וישרים וחייב אדם להנהיג עצמו בהן ולהדמות אליו כפי כחו עכ"ל. ונראה דלפי הרמב"ם המקור לחיוב לדבר אמת ולא לשקר בדיבורו הוא ממצות והלכת בדרכיו, דהקב"ה נקרא אמת וחייבין להדמות אליו ולהתנהג עפ"י מדת האמת. אמנם הפסוק "מדבר שקר תרחק" מביא הרמב"ם בהל' סנהדרין בנוגע לדיינין ובעל דין בב"ד, (פכ"א מהל' סנה' ה"ז) וז"ל וכן בעל דין מוזהר שלא ישמיע דבריו לדיינין קודם שיבא חבירו וגם על זה וכיוצא בו נאמר מדבר שקר תרחק עכ"ל. ובה"י שם כתב וז"ל ומניין לדיין שלא יעשה מליץ לדבריו של בעל דין שנאמר מדבר שקר תרחק וכו' עכ"ל. אולם עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' דעות ה"ו) וז"ל אסור לאדם להנהיג עצמו בדברי חלקות ופיתוי ולא יהיה אחד בפה ואחד בלב אלא תוכו כברו והענין שבלב הוא הדבר שבפה. ואסור לגנוב דעת הבריות וכו' כיצד לא ימכור לגוי בשר נבילה בכלל שחוטה וכו' ולא יסרב בחבירו שיאכל אצלו והוא יודע שאינו אוכל וכו' אפילו מלה אחת של פתוי ושל גניבת הדעת אסורה אלא שפת אמת ורוח נכון ולב טהור מכל עמל והוות עכ"ל. ומבואר דיש איסור לגנוב דעת הבריות ולא לומר את האמת המלא, אמנם התם מיירי הרמב"ם באופן שמשקר או אינו אומר את כל האמת כדי להרויח ולגנוב דעת הבריות. אמנם נראה דמקור החיוב לפי הרמב"ם לדבר אמת בסתם דיבורו הוא ממצות והלכת בדרכיו.[53]

גמ'. דאמר רב יהודה אמר שמואל בהני תלת מילי עבדי רבנן דמשנו במלייהו במסכת בפוריא ובאושפיזא, מאי נפקא מינה אמר מר זוטרא לאהדורי ליה בטביעות עינא אי ידעינן ביה דלא משני אלא בהני תלת מהדרינן ליה ואי משני במילי אחריני לא מהדרינן ליה.

ונראה לבאר הגמ' עפ"י דברי הרמב"ם (בפ"ה מהל' דעות ה"א, וה"ז) וז"ל כשם שהחכם ניכר בחכמתו ובדעותיו והוא מובדל בהן משאר העם כך צריך שיהיה ניכר במעשיו במאכלו וכו' ובדיבורו ובהלוכו ובמלבושו וכו', תלמיד חכמים לא יהא צועק וצווח

[53] וי"ל דהא דמשנים את האמת מפני דרכי שלום נמי נלמד ממצות "והלכת בדרכיו" וכדכתיב (בראשית י"ח: יג) "ויאמר ה' אל אברהם למה זה צחקה שרה לאמר האף אמנם אלד ואני זקנתי", ופרש"י "שינה הכתוב מפני השלום שהרי היא אמרה ואדני זקן". ובגמ' יבמות סה: איתא "דבי ר' ישמעאל תנא גדול השלום שאף הקב"ה שינה בו דמעיקרא כתיב ואדוני זקן ולבסוף כתיב ואני זקנתי".

בשעת דיבורו כבהמות וכחיות ולא יגביה קולו ביותר אלא דבורו בנחת עם כל הבריות וכו' מספר בשבח חבירו ואינו מספר בגנותו כלל וכו' ולא ישנה בדיבורו ולא יוסיף ולא יגרע אלא בדברי שלום וכיוצא בהן, כללו של דבר אינו מדבר אלא או בגמילת חסדים או בדברי חכמה וכיוצא בהן וכו' עכ"ל. ומבואר דכשם שת"ח מובדל משאר העם בחכמתו כך צריך להיות מובדל מהם בדיבורו. ולפי"ז י"ל דאם משנה ת"ח בדיבורו בג' דברים אלו הריהו עדיין בכלל דיבור של ת"ח, דבהני תלת מילי עבדי רבנן לשנות במילייהו. אולם אם משנה בדיבורו בדברים אחרים אזי הרי אינו מתנהג כת"ח אלא כשאר העם, דאינו מובדל משאר העם בצורת דיבורו ומשו"ה אין לו נאמנות דת"ח בטביעות עין, דרק ת"ח שמתנהג כת"ח שהוא מובדל משאר העם בחכמתו ובמעשיו ובדיבורו יש לו נאמנות דצורבא מרבנן להכיר האבידה בטביעות עין.

דף כד.

גמ'. כי קאמר ר"ש בן אלעזר ברוב כנענים אבל ברוב ישראל לא או דילמא אפילו ברוב ישראל נמי אמר, את"ל אפילו ברוב ישראל נמי אמר פליגי רבנן עליה או לא פליגי וכו'. ולפום ריהטא רשב"א ורבנן נחלקו האם הבעלים מתייאשים ברוב כנענים וברוב ישראל או לא. אולם לכאורה זה דחוק לומר דנחלקו בהיכי תימצי האם הבעלים מתייאשים או לא. ויתכן לפרש דלכו"ע הבעלים מתייאשים כשנאבדה האבידה במקום שיש רוב כנענים או ברוב ישראל, אולם י"ל דהיאוש שלהם היה יאוש בטעות - דברוב כנענים הבעלים נתייאשו מפני שסברו שכנעני ימצא את האבידה וטעו דבאמת ישראל מצאה. וכן ברוב ישראל התייאשו משום דחשבו שמא אדם שאינו הגון ימצא את האבידה ויקחנה לעצמו וטעו דבאמת אדם הגון מצאה. והנידון בסוגיא הוא האם יאוש בטעות כזה הוי יאוש או לא. ועיין לעיל (בדף כב:) דנחלקו רבא ורבה בסימן העשוי לידרס אי הוי סימן או לא, ובפשטות מיירי דבעל האבידה התייאש משום דלא סמך על הסימן דחשב שידרס וישחת, אולם באמת הוא טעה בזה דהסימן לא נדרס ועדיין קיים. וכן י"ל דהנידון בסימן הבא מאליו (כג.) הוא דהבעלים מתייאשים דחשבו שהמוצא לא יחשיב זה לסימן כי יאמר שהבעלים אינם יודעים מסימן זה אולם טעה בזה דבאמת המוצא רוצה להשיב את האבידה ע"י סימן זה אע"פ שהסימן בא מאליו. וצ"ב האם כל הסוגיות תלויות זה בזה.

ונראה דיש לחלק דבסימן העשוי לידרס הטעות הוא מצד בעל האבידה בלבד שאינו סומך על הסימן משום שחושב בטעות שהסימן ידרס. משא"כ בסימן הבא מאליו הנידון

הוא לגבי מוצא האבידה האם המוצא יחשוב שבעל האבידה יודע מסימן זה ואינו מתייאש או לא. ואילו ברוב עכו"ם הנידון הוא אי הוי יאוש בטעות או"ד דכיון דנתייאש מחמת הרוב לא הוי יאוש בטעות, דמכיון דנתייאש מחמת הרוב ורוב הוי דין בכהת"כ י"ל דחל היאוש וטעות מחמת הרוב אינה מפקיעה את היאוש.

דף כד:

גמ'. ואיבעית אימא לעולם רבנן מי קתני הן שלו אינו חייב להכריז קתני, ויניח וייתי ישראל ויהיב ביה סימנא ושקיל.

ופרש"י (בד"ה מי קתני) וז"ל דכיון דרובא כנענים דלמא דכנענים היא, ושלו נמי לא הויא דלא אזלי רבנן בתר רובא בממונא עכ"ל. ונראה לבאר עפ"י הנ"ל, דחלין ב' דינים במצות השבת א בידה: א) מצות השבה אבדה בקום ועשה, דחייב להכריז ולחפש אחרי הבעלים להחזיר להן את האבידה. ב) דין איסור עשה שאסור למוצא לקחת את האבידה לעצמו. ונראה דהיכא דאיכא רוב עכו"ם חל פטור ממצות השבת אבידה בקום ועשה ואינו חייב להכריז. אולם אין היתר לקחת את האבדה לעצמו משום דלגבי הממון קיי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב, והאיסור עשה תלוי בדין הממון. ובשיטמ"ק (דף כד: ד"ה מי קתני והן שלו וכו') כתב בשם הר"ן וז"ל פירוש דכיון דרובא גויים נינהו לא מחייב בהשבת אבידה כשאר איסורין, ומיהו שלו לא הויא דכיון דאפשר שיבא ישראל ויתן סימניה יניח, ולא מטעמא דאין הולכים בממון אחר הרוב, דלא אמרינן הכי אלא היכא דאיתחזק ממונא בידא דחד מינייהו דלא מפקינן ליה מחזקת מאריה משום רוב וכו' אבל היכא דליכא חזקת ממון אזלינן בתר רובא וכו' אלא הכא מדרבנן בעלמא הוא דתקון דלא ניזיל בהא מילתא בתר רובא כיון דאפשר שיבא ישראל ויתן סימניה עכ"ל. ובביאור דבריו נראה דאף הר"ן סובר דיש ב' דינים במצות השב תשיבם: א) מצות השבה בקום ועשה, ב) דין איסור עשה לקחת את האבדה לעצמו. והר"ן סובר דברוב עכו"ם הרוב מועיל לפטור את מצות ההשבה בקום ועשה דהוי נידון של איסור והיתר, ולענין זה אזלינן בתר רובא כבשאר איסורין שבתורה. אמנם שלו עדיין לא הוי משום דיש עדיין איסור עשה דהוא דין ממון, והא דלא אזלינן בתר רובא לענין הממון ולמימר דהרי אלו שלו אינו משום דאין הולכים בממון אחר הרוב, דלא אמרינן אין הולכים בממון אחר הרוב אלא כשיש מוחזק אולם באבדה ליכא חזקת מרא קמא, וא"כ נימא דניזיל בתר רוב להתיר האבדה למוצא, אלא על כרחך צ"ל דיש כאן תקנה מיוחדת מדרבנן דלא אזלינן בתר רוב דלמא יבוא ישראל ויתן סימניה. אולם נראה דאף הר"ן סובר כרש"י דיש ב'

דינים במצות השבת אבדה: א) מצות עשה בקום ועשה לחפש אחרי הבעלים ולהשיב להן האבדה, ב) דין איסור עשה שאסור לקחת האבדה לעצמו.
ועיין בשיטמ"ק (שם ד"ה ויניח) שכתב בשם "שיטה", וז"ל פירוש דאינה שלו לגמרי דבעלים לא מייאשו אפילו ברוב גוים, ואף אם אינו מכריז מ"מ כיון שיודעין סימני אבידתן יודעים לחקור ולדרוש על המוצא אם הוא ישראל, ואע"ג דלא התירוה לו להשתמש בה בעוד שלא בא ישראל אע"פ שיש רוב גוים דאין הולכים בממון אחר הרוב וכדפרשתי, מ"מ לא הטילו עליו חיוב להכריז כיון שהוא זוכה בה אם מגוי נפלה, ומאי חזית דדמא דידיה סומק טפי וכל שכן שיש רוב. ועוד אפשר לפרש דמאי אינו חייב להכריז אינו רשאי כי שמא אם יכריז יפסידנה מבעליו בהכרזתו לגמרי, שיבא הגוי בעקיפין ויטלנה בשום סימן או בחזקה בלא סימן וכו' אבל ברוב ישראל אין לחוש כל כך לכל זה הלכך חייב להכריז עכ"ל. ונראה דנחלקו הר"ן והשיטה מדוע במצא אבידה במקום שרוב עכו"ם אינו חייב להכריז, דהר"ן סובר דהיינו משום דרוב עכו"ם פוטר ממצות השבת אבידה בקום ועשה כבשאר איסורין, אולם השיטה סובר דאף לגבי הקום ועשה אמרינן דאין הולכים בממון אחר הרוב, דהמצות עשה דהשבה תלויה בדין הממון והויא דבר שבממון. ולפיכך הוצרך השיטה לפרש ב' טעמים מדוע אינו חייב להכריז (דילמא יבא עכו"ם ויטלנה בעקיפין, או"ד דמעכו"ם נפלה והרי זה של המוצא, ולמה ליה להכריז דמאי חזית דדמא דידיה סומק טפי) ולא פירש כהר"ן דאינו חייב להכריז משום דרוב עכו"ם פוטר ממצות השבה כבשאר איסורין. ונראה דלפי השיטה זוהי סברא מסוימת מדוע אין ב"ד כופין אותו להכריז דיכול לטעון מאי חזית דדמא דידיה סומק טפי ודילמא עכו"ם יבא ויטלנה בעקיפין. אמנם אף לענין הקום ועשה לא אזלינן בתר רובא כיון דהוי מצוה שבממון.
גמ'. רב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמר שמואל בשוקא דבי דיסא א"ל מצא כאן ארנקי מהו א"ל הרי אלו שלו בא ישראל ונתן בה סימן מהו א"ל חייב להחזיר, תרתי, לפנים משורת הדין כי הא דאבוה דשמואל אשכח הנך חמרי במדברא ואהדרינהו למרייהו לבתר תריסר ירחי שתא לפנים משורת הדין. א) יש לעיין האם חל דין השבה לפנים משורת הדין גם בדבר שאין בו סימן בעלמא או רק בציור שבגמ' דמצא דבר שיש בו סימן במקום שרבים מצויין שם. ועיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזלה ואבדה ה"ז) וז"ל היה העיר רוב גוים וכו' אם מצא בסרטיא ופלטיא גדולה וכו' שהגוים מצויין שם תמיד ובכל מקום שהרבים מצויין שם הרי המציאה שלו ואפילו בא ישראל ונתן סימניה שהרי נתיאש ממנה כשנפלה מפני שהוא אומר גוי מצאה, אע"פ שהיא שלו הרוצה

ללכת בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין מחזיר את האבדה לישראל כשיתן סימניה עכ"ל. ויש לדייק דהרמב"ם הביא את הדין להחזיר את האבדה לפנים משורת הדין רק בציור של הגמ' היכא דמצא אבדה במקום שרבים מצויין שם דהבעלים נתיאשו ולא בדבר שאין בו סימן בעלמא. ונראה דאם הדין להחזיר אבדה לפנים משורת הדין חל בכל אבדה שאין בה סימן אזי י"ל דחל דין לפנים משורת הדין שלא ליהנות בהיתר ממון שחל ע"י שם אבוד שבחפצא. אולם מהרמב"ם משמע דהדין להחזיר את האבדה לפנים משורת הדין חל רק באופן שנתיאשו הבעלים מחמת שנאבדה במקום שהרבים מצויין שם, ונראה דהטעם בזה הוא משום דיש לומר שהבעלים נתיאשו בטעות דחשבו שעכו"ם ימצא את האבדה ולבסוף ישראל מצאה, וחל דין לפנים משורת הדין לא לסמוך על יאוש כזה, ומשו"ה חייב להחזיר האבדה לפנים משורת הדין. אולם עיין ברמ"א (סימן רנ"ט סעיף ז') שפסק דחל דין דטוב וישר להחזיר אבידה האבודה ממנו ומכל אדם (כגון דמצאה בזוטו של ים) לפנים משורת הדין. ונראה דהרמ"א סובר דחל דין להחזיר האבדה לפנים משורת הדין בכל אופן שיש היתר אבידה, דלפנים משורת הדין יאוש אינו מתיר ממון חבירו ושם אבוד שבחפצא אינו מפקיע ממונו.[54]

ב) עיין בתוס' (ד"ה לבתר) וז"ל פ' הן עצמן החזיר ואע"ג דלא היה צריך ליתן רק דמיהן כדתנן בפירקין כל דבר שעושה ואוכל מטפל בו י"ב חדש מכאן ואילך שם דמיהן ומניחן אבל רש"י פירש שמצאן אחר י"ב חדש שנאבדו קשה מנלן שיהא בשביל כך למוצא דהאובד אינו מתיאש שסבור שהמוצא יסבור שמקרוב נאבדו ויכריז עכ"ל. ומבואר דלרש"י ההשבה היתה לפנים משורת הדין משום שהשיב את האבידה לאחר שכבר נתיאשו הבעלים. ואילו לתוס' ההשבה היתה לפנים משורת הדין משום שהשיב את החפץ עצמו ולא רק את הדמים. ויתכן שתוס' סובר דאין שום ענין להשיב אבידה דעלמא לאחר יאוש ואף לפנים משורת הדין. ויתכן דנחלקו בגדר דין יאוש, דאם יאוש הוי הפקר, אזי ליכא ענין להחזיר את האבידה לבעלים לאחר יאוש לפנים משורת הדין, דהרי כבר זכה בה המוצא מהפקר ואין האבידה ממון הבעלים הראשונים. אולם אם נפרש כסברת הנתיבות המשפט (רס"ב: ג) דאף לאחר יאוש אין האבידה הפקר, ועדיין האבידה הויא ברשות הבעלים אזי שפיר אמרינן דחל חיוב השבה לפנים משורת הדין אף לאחר יאוש. ועוד אפשר ליישב שיטת רש"י לפימש"נ (בשיעורים לעיל) דיאוש רק גומר חלות השם

[54] אולם עיי"ש ברמ"א בסעיף ה' שפסק שאם המוצא הוא עני ובעל האבדה עשיר דא"צ לעשות לפנים משורת הדין, ומשמע דחיוב לפנים משורת הדין אינו קיום במצות השבת אבידה אלא מצות גמילות חסדים, ולא חל במוצא עני והאובד עשיר, דאינו מחוייב לעשות חסד עם העשיר בכה"ג.

אבוד בחפצא, או דיאוש רק מפקיע את חיוב ההשבה, אבל אין היאוש עצמו מהוה הפקעת ממון הבעלים, וי"ל דמשו"ה חל דין השבה לפנים משורת הדין אף לאחר יאוש.
ג) הראשונים נחלקו האם חל דין כפייה בחיוב השבת אבידה שחל לפנים משורת הדין או לא, דכתב הרא"ש (פ"ב סימן ז') וז"ל וחייב להחזיר דקאמר לאו דכייפינן ליה דאין כופין לעשות לפנים משורת הדין עכ"ל. אולם עיין במרדכי (פ"ב סימן רנ"ז) וז"ל מצא כאן וכו' אמר לו תרתי אמרת הרי אלו שלו והדר אמרת חייב להחזיר א"ל לפנים משורת הדין ואשכחנא נמי בפ' הגוזל בתרא חייב בבא לצאת ידי שמים וכיון דחזינן דהוו כייפי להו הכי כדאיתא ס"פ האומנין גם אנן כייפינן למיעבד לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות וכו' וכן פסק הראב"ן ואבי"ה דכייפינן להו לעשות לפנים משורת הדין עכ"ל. ולכאורה י"ל דנחלקו האם השבת אבידה לפנים משורת הדין הוי חיוב או רק הנהגה טובה ומדה ראויה. והנה עיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזלה ואבדה ה"ז) וז"ל היה רוב העיר עכו"ם וכו' אם מצא בסרטיא ופלטיא גדולה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות שהעכו"ם מצויין שם תמיד ובכל מקום שהרבים מצויין שם הרי המציאה שלו. ואפילו בא ישראל ונתן סימניה וכו' הרוצה לילך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין מחזיר את האבידה כשנתן סימניה עכ"ל. ומלשון הרמב"ם "הרוצה לילך וכו' מחזיר את האבידה" משמע דליכא חיוב להתנהג לפנים משורת הדין ולהחזיר את האבידה, ואין כופין את המוצא להחזיר את האבידה, דאינה אלא מדה טובה להתנהג לפנים משורת הדין. אמנם עיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזלה ואבדה הי"ז) וז"ל ההולך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין מחזיר האבידה בכל מקום אע"פ שאינה לפי כבודו עכ"ל. ומשמע דלגבי זקן ואינו לפי כבודו חל חיוב להחזיר האבידה משום לפנים משורת הדין ואינו רק הנהגה ראויה, וצ"ע דלכאורה הרמב"ם סותר את עצמו דממש"כ בה"ז לענין השבת אבידה לישראל בעיר שרובה עכו"ם משמע דדין השבת אבידה משום לפנים משורת הדין אינו אלא הנהגה טובה אך ליכא חיוב לנהוג לפנים משורת הדין. וכן יש להעיר מדברי הרמב"ם (פי"ג מהל' רוצח ושמירת נפש ה"ד) וז"ל זה הכלל כל שאילו היתה שלו היה טוען ופורק הרי זה חייב לפרוק ולטעון בשל חבירו. ואם היה חסיד ועושה לפנים משורת הדין אפילו היה נשיא גדול וראה בהמת חבירו רובצת תחת משאה של תבן או קנים פורק וטוען עמו עכ"ל. ומשמע דחל חיוב לפרוק ולטעון מדין לפנים משורת הדין, ואינה רק מדה ראויה והנהגה טובה.
ויתכן דהרמב"ם מחלק בין שני סוגי בני אדם, דאם הוא אדם שדרכו לנהוג לפנים משורת הדין בדרך כלל אזי חל חיוב לנהוג לפנים משורת הדין, וזוהי כוונתו במש"כ (בפי"ג

מהל' רוצח ושמירת נפש ה"ד) "ואם היה חסיד ועושה לפנים משורת הדין", (ובפי"א מהל' גזלה ואבדה הי"ז) "ההולך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין מחזיר את האבדה בכל מקום אע"פ שאינה לפי כבודו", דמיירי במי שבדרך כלל הולך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין. והרמב"ם סובר דבאדם כזה חל חיוב להתנהג לפנים משורת הדין, משא"כ בסתם אדם ליכא חיוב להתנהג לפנים משורת הדין ואינו אלא עצה טובה והנהגה ראויה, וע"כ פסק (בפי"א מהל' גזלה ואבדה ה"ז) לענין המוצא אבידה בעיר שרובה עכו"ם ובא ישראל ונתן סימניה שאם המוצא רוצה מחזיר את האבדה לפנים משורת הדין. ולפי"ז מבואר דהרמב"ם סובר דחל חיוב להחזיר האבדה מדין לפנים משורת הדין, אולם חיוב זה לא חל אלא במי שהולך בדרך טובה והישר, שמנהגו בדרך כלל להתנהג במצוות לפנים משורת הדין.

דף כה.

גמ'. טעמא דמצא פירות בכלי ומעות בכיס, הא כלי ולפניו פירות כיס ולפניו מעות הרי אלו שלו תנינא להא דתנו רבנן מצא כלי ולפניו פירות כיס ולפניו מעות הרי אלו שלו מקצתן בכלי ומקצתן ע"ג קרקע מקצתן בכיס ומקצתן ע"ג קרקע חייב להכריז, ורימנהו מצא דבר שאין בו סימן בצד דבר שיש בו סימן חייב להכריז, בא בעל סימן ונטל את שלו זכה הלא בדבר שאין בו סימן. אמר רב זביד לא קשיא הא בכובא וכיתנא הא בצנא ופירי, רב פפא אמר הא והא בצנא ופרי ולא קשיא הא דאישתייר בה מידי הא דלא אישתייר בה מידי, ואיבעית אימא הא והא דלא אישתייר בה מידי ולא קשיא הא דמהדרי אפיה לגבי פירי הא דלא מהדרי אפיה לגבי פירי, ואב"א הא והא דמהדרי אפיה לגבי פירי ולא קשיא, הא דאית ליה אוגנין לצנא הא דלית ליה אוגנין לצנא.

לכאורה היה נראה לבאר דהגמ' מקשה דמהמשנה מבואר דאם מצא כלי ולפניו פירות ובא בעל הכלי ונתן סימן לכלי מחזירים לו את הכלי והפירות של המוצא. ואילו בברייתא איתא דחייב להכריז וינתנו המעות לבעל הכיס. דמהברייתא משמע דמכיון שהפירות מוטלים הם בקרוב לכלי יש ראייה ובירור שבאו מן הכלי. ורב זביד מתרץ דבמשנה מיירי בכובא וכיתנא, ואם היה הכיתנא מאותו הכלי היה קצת ממנו נשאר בתוך הכלי, וממה שאין כיתנא בכלי אלא הוא מוטל לפני הכלי יש הוכחה דלא בא הכיתנא מכלי זה, ומשו"ה הרי אלו שלו. ומבואר לפי"ז דרב זביד סובר ד"קרוב" הוי ראייה ובירור שבאו מן הכלי, אא"כ יש הוכחה כנגדה. ורב פפא מפרש דהא והא בצנא ופירי והא דמחזירין הפירות או המעות לבעל הכלי היינו היכא דאישתייר בכלי, דאזי

יש הוכחה שבאו מן הכלי. ומשמע דלרב פפא לא אזלינן בתר "קרוב" לבד, דבעינן עוד מקצת ראייה דהיינו דאישתיירו פירות בכלי. ורב פפא חולק על רב זביד האם אזלינן בתר "קרוב", דלרב זביד אזלינן בתר "קרוב" אא"כ יש ראייה כנגדו. ואילו לרב פפא לא אזלינן בתר "קרוב" לבד. והאב"א סוברת דאזלינן בתר הקרוב אא"כ יש ראייה כנגדה, ואי מהדרי אפיה או דהוי כלי דיש לו אוגנין יש ראייה כנגד הסברא דקרוב. אמנם עיין ברש"י (ד"ה והא דלא אישתייר) וז"ל כיון דסתם צנא יש לו אוגנין כפולים לתוכו אי מתוכו נפל הוה מישתייר ביה דאוגנין מעכבי ליה עכ"ל. ומבואר דרש"י מפרש דלרב פפא נמי אזלינן בתר קרוב והא דסובר דבלא נשתיירו הרי אלו של המוצא הוא משום דבדלא אישתיירו יש הוכחה כנגד הסברא דקרוב, משום דסתם צנא יש לה אוגנין. ולפי רש"י י"ל דרב זביד ורב פפא נחלקו מהו ההוכחה המבטלת הראייה של "קרוב", דרב זביד סובר דרק בכובא וכיתנא ולא נשתייר מידי בכלי אזי יש הוכחה ברורה המבטלת הראייה של "קרוב". ורב פפא סובר דאף אם לא נשתייר בכלי ויש לכלי אוגנין הוי הוכחה נגד הראייה של "קרוב", ואע"פ שאינה אלא הוכחה עפ"י רוב ואומדנא. ולפי רש"י אזלינן במציאה בתר "קרוב", אא"כ יש הוכחה כנגדה.

ועיין ברמב"ם (פט"ו מהל' גזלה ואבדה הי"ג - הי"ד) וז"ל המוצא ציבורי פירות או פירות בכלי או כלי כמות שהוא חייב להכריז. מצא כלי ולפניו פירות הרי אלו שלו הפירות, והכלי נוטל ומכריז. שאני אומר הכלי של אחד והפירות של אחר והרי אין בו סימן, ואם מראין הדברים שהן של אדם אחד חייב להכריז. כיצד היה אחורי הכלי לפני הפירות הרי אלו שלו היה פני הכלי לפני הפירות חוששין שמא מן הכלי נשפכו. ואם היו לכלי אגנים אע"פ שפניו כלפי הפירות הרי אלו שלו שאילו נשפכו מן הכלי היה נשאר מהן בתוכו מפני האגנים. היו מקצת הפירות בכלי ומקצתן על הארץ חייב להכריז עכ"ל. ויש להסתפק בכוונת הרמב"ם במש"כ "ואם מראין הדברים שהן של אדם אחד חייב להכריז", דמשמע דהרמב"ם סובר דאזלינן בתר "קרוב" אא"כ יש ראייה כנגדה (ופסק כרב זביד), או"ד יל"פ דמש"כ "ואם מראין הדברים שהן של אדם אחד חייב להכריז" היינו דיש נמי ראייה נוספת מלבד "קרוב", דהרי אף במהפכי אפיה דכלי הפירות הן קרוב, ועל כרחך צ"ל דקרוב לבד אינו בירור במציאה, ובעינן ראייה נוספת, דהיינו שפני הכלי הן כלפי הפירות (ופסק כרב פפא). והיכא דאיכא אוגנין לכלי ולא נשתיירו שום פירות בכלי בטלה הראייה הנוספת, ולכן הדין הוא דהפירות של המוצא. ואי נימא דהרמב"ם סובר ד"קרוב" בפ"ע אינה ראייה במציאה י"ל דהטעם בזה הוא משום דאיכא רוב דהפירות מעלמא (דרוב פירות מעלמא הן) כנגד הקרוב. (וכדאיתא בגמ' ב"ב דף

כג: דרוב וקרוב, הולכים אחר הרוב עיי"ש). ועיין ברמב"ם (פט"ו מהל' גזו"א הי"ח) וז"ל גוזל הנמצא קרוב לשובך בתוך חמשים אמה הרי הוא של בעל השובך חוץ לחמשים אמה הרי הוא של מוצאו שאין הגוזל מדדה יתר על חמישים אמה. נמצא בין ב' שובכות הרי הוא של קרוב, מחצה למחצה יחלוקו בד"א בשהיו שני השובכות שוים במנין אבל אם היו יוני האחד רבים הלך אחר הרוב אע"פ שהוא רחוק עכ"ל. ומשמע דהולכים אחר הקרוב במציאה. אמנם נראה שאין להוכיח מזה דס"ל דאף בפירות שלפני הכלי ומעות שלפני הכיס, דהולכים אחר הקרוב לבד, די"ל דשאני מצא גוזל בתוך נ' אמה דאזלינן בתר "קרוב" משום דמיירי שיש ב' שובכות שיש בשניהם יונים והספק הוא אם הגיע הגוזל משובך זו או מהשניה, דבזה מועיל "קרוב" להכריע את הספק. (דאמרינן כל דפריש מקרוב פריש בדומה לדין כל דפריש מרובא פריש) משא"כ בפירות שלפני הכלי ומעות שלפני הכיס דיש ספק האם הפירות והמעות מעולם היו בכלי ובכיס, דלא מהני "קרוב" להכריע את הספק ולומר שבאו מכלי זה או מכיס זה, דדלמא מעולם לא היו בכלי או בכיס כלל. ויתכן עוד דמש"כ הרמב"ם "ואם מראין הדברים שהן של אדם אחד חייב להכריז. כיצד היה אחורי הכלי לפני הפירות הרי אלו שלו, היה פני הכלי לפני הפירות חוששין שמא מן הכלי נשפכו", אינו מדין "קרוב", אלא הוי אומדנא וראייה בעלמא. דהדין של "קרוב" נאמר רק בשובך וגוזלות, דאיקבע גוזלות בשובך ופריש ממנו גוזל אחד דאזי אמרינן ד"קרוב" מכריע את הספק מאיזה שובך פריש. משא"כ בפירות שלפני הכלי ומעות שלפני הכיס שלא הוקבעו הפירות והמעות בכלי או בכיס דדילמא באו הפירות או המעות לכאן בלי הכלי והכיס, ובזה לא אמרינן כלל דיש דין "קרוב" לברר שבאו מן הכלי או מהכיס.

והנה עיין ברמב"ם (פי"ד מהל' גזו"א הי"א) וז"ל המוצא דבר שיש בו סימן בצד דבר שאין בו סימן חייב להכריז. בא בעל הסימן ונטל את שלו ואמר שזה בלבד נפל ממנו זכה המוצא בדבר שאין בו סימן עכ"ל. וכתב ע"ז המגיד משנה וז"ל ברייתא שם (כה.) ובהלכות. ואתפרש בגמ' שאם יש הוכחה באותו שאין בו סימן שאינו של אותו שיש בו סימן הרי אלו שלו וכו' ויתבאר לפנינו בפרק ט"ו הי"ג - הי"ד עכ"ל. ומבואר דאם מצא דבר שאין בו סימן בצד דבר שיש בו סימן ובא ונתן את הסימן דנוטל אף הדבר שאין בו סימן, אא"כ יש הוכחה שאין הדבר שאין בו סימן שייך לדבר שיש בו סימן. ולכאורה מקור דין זה מסוגיין, וצ"ב מדוע הביא הרמב"ם הלכה זו כהלכה נפרדת בפרק י"ד והביא את שאר דיני הברייתא בפרק ט"ו (הי"ג - י"ד), דלכאורה זוהי אותה ההלכה שכתב בפרק ט"ו, והו"ל להביאה ביחד עם שאר דיני הברייתא. ואולי יתכן לומר דבפרק

י"ד (הי"א) מיירי דמצא שני ספרים זה בצד זה ויש לא' מהן סימן, ומיירי דאמר את האבידה הסמוכה לזו שנתן בה סימן, ואע"ג דבעלמא לא מהני לומר את האבידה ולא לומר סימניה שאני הכא דאמר את סימני האבידה השנייה הסמוכה לה, דמועיל אמר את האבידה לקבוע את "הקרוב" למברר. משא"כ בפט"ו (הי"ג - הי"ד) פסק הרמב"ם דאם מצא כלי ופירות לפניו אם מראין הדברים שהן של אדם אחד חייב להכריז ובעל הכלי נוטל את הפירות אפילו אם לא אמר את האבידה דיש הוכחה מצד הקרוב עצמו שהפירות הן שלו כי יש שייכות בין הכלי ובין הפירות. דבפרק ט"ו מיירי שמצא שני דברים השייכים זה לזה, ואם נתן בעל הכלי סימן בכלי נוטל את הפירות דמראין הדברים שהן שלו משום שהן קרובים לכלי. משא"כ בפרק י"ד מיירי במצא שני דברים שאינם שייכים זה לזה ואין הדברים נראין מצד עצמן שהן שייכים לאדם אחד, אולם מכיון שנמצאו במקום אחד יש ראייה מצד שהן קרובים זה לזה, ואם אמר את הסימן של האבידה שיש בה סימן ואמר נמי את שם האבידה השנייה זוכה בה. דבאופן זה הקרוב ביחד עם אמירת שם האבדה הוי מברר דשני הדברים שייכים לזה האיש, וכאילו נתן בשניהם סימן.[55] ויתכן שמקור הלכה זו היא מאוקימתא דרב זביד דבמצא כובא וכיתנא הרי אלו שלו דאילו היה הכיתנא מהכלי היה נשאר קצת בכלי, ונראה דכובא וכיתנא הן ב' דברים שאינם שייכים אהדדי משא"כ כלי ופירות, והרמב"ם מפרש דרב זביד סובר דאם מצא שני דברים שאינם שייכים אהדדי במקום א' כגון כובא וכיתנא אם אמר את האבידה שאיב"ס נוטלה משום דקירוב מקום הוי בירור[56]. ואילו בפירות וכלי לא צריך לומר אפילו את שם האבידה שאיב"ס, משום ששני הדברים שייכים אהדדי ואם פני הכלי אל הפירות דמראין שהן של אדם אחד אזי בעל הכלי נוטל נמי את הפירות. ולפי"ז י"ל דהרמב"ם פסק כרב זביד (בפי"ד מהל' גזו"א הי"א), וכרב פפא (בפט"ו מהל' גזו"א הי"ד). וי"ל"ע בכ"ז.

רש"י ד"ה ופרכינן וז"ל כך וכך מטבעות מצאתי וזה בא ונתן סימן זו ע"ג זו מצאתם עכ"ל. עיין בתוס' ד"ה והוא וז"ל אי מנין הוי סימן במה שעשויין כמגדלין ידעינן דדרך הינוח הוה וכו' עכ"ל. ועיין בר"ן (מובא בשיטמ"ק) וז"ל וס"ל דהכי מכריז משום דכל שמוצא יכול לקרב הדבר כדי שיבין האובד ובלבד שישאר לאובד סימן עושין כן הלכך

[55] ואמר רבנו זצ"ל דנ"מ לגבי יונים - דבפט"ו מכיון דהיונה משתייכת לשובך ונמצאת קרוב לשובך חל דין כל דפריש מקרוב פריש. משא"כ בפי"ד דלא חל חל דין כל דפריש אלא דיש קירוב מקום וראייה בעלמא, ועוד דשאני יונה דאפשר דמעלמא קאתיא ואין העובדה שהיונה קרובה לשובך ראייה כלל אלא רק מדין כל דפריש מקרוב פריש משתייכת היונה לשובך.

[56] עיין לעיל בשיעורים דף כב: בתוס' ד"ה אי ובמש"כ שם בשם מרן הגר"ח זצ"ל בביאור שיטת רש"י דמכריז מקום ואומר הבעל את האבידה.

ודאי הכא מנין מכריז שהרי נשאר לאובד סימן לומר כמגדלין היו או זה ע"ג זה היו למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה וכו' עכ"ל. ומבואר מדברי הר"ן יסוד גדול בהל' השבת אבידה (אליבא דרש"י) דהמוצא חייב לקרב את הדבר לאובד ולהקל עליו בנתינת הסימן. ולפיכך באבידה שיש בה שני סימנים כגון מנין ומגדל המוצא מכריז את המנין כדי להקל על האובד, והאובד נותן את הסימן השני של המגדל. דהסימן דמנין הוא סימן יותר מובהק מהסימן דמגדל, וכדי להקל בהשבה המוצא מכריז את הסימן הכי קשה לדעת - דהיינו המנין, והאובד נותן הסימן הקל ביותר - שהיו מונחים בצורת מגדל. ונראה דהתוס' פליגי ע"ז וס"ל דאדרבה על המוצא להחמיר על האובד שלא להחזיר לו האבדה כ"כ בקלות ולכן אינו מכריז שום סימן בכלל ועל האובד לבא ולתת א' משני הסימנים מעצמו בלי שהמוצא יגלה לו שום סימן בהכרזתו.

ונראה דרש"י ותוס' אזלי לשיטתם, דלעיל (בדף כב: ד"ה מכריז מקום) פרש"י דהמוצא מכריז את המקום והאובד אומר את שם האבידה, דבכך המוצא מקל על האובד דאינו צריך לומר הסימן של המקום דהוא הסימן היותר קשה לזכור, אלא נותן את הסימן הקל - שם האבידה. וכמו"כ ס"ל לרש"י כאן דהמוצא מכריז את המנין - הסימן הקשה, והאובד נותן את הסימן הקל - הסימן דמגדל. אולם תוס' (כב ב ד"ה אי דליכא סימן) חולקים על רש"י וסוברים דהמוצא מכריז את האבידה - הסימן הקל - והאובד נותן את סימן המקום - הסימן הקשה. ומבואר דרש"י ותוס' נחלקו האם המוצא מכריז את הסימן הקשה או את הסימן הקל, ופליגי האם המוצא מקל על האובד להכיר את האבידה או מקשה עליו. ולפי"ז יש לעיין אליבא דתוס' כשיש ב' סימנים א' קל וא' קשה והאובד נתן את הסימן הקל האם מחזירין לו את האבידה אם אינו יודע לומר את הסימן הקשה היותר מובהק בחפץ, וצ"ע.[57] ויעויין לקמן (דף כח:) דפליגי רב יהודה ורב נחמן, דלר"י אבידתא מכריז ולר"נ גלימא מכריז, דלר"י חיישינן לרמאי, ולר"נ לא חיישינן. ולכאורה נחלקו בהנ"ל - האם מקילין על האובד בהשבת אבידה או לא, דלר"נ גלימא מכריז להקל על האובד, ואילו לר' יהודה אבידתא מכריז כדי להחמיר על האובד שצריך האובד לתת את הסימן היותר מובהק בחפץ, וצ"ע דלכאורה היא אותה המחלוקת שבין רש"י ותוס' כאן, וצ"ע.

[57] ועוד אמר רבינו זצ"ל דיש לעיין אליבא דרש"י מה הדין באבידה שיש בה ג' סימנים האם מכריז סימן א' או שניים, ומסתבר שמכריז א' שאינו צריך להקל עליו ביותר.

דף כה:

גמ'. המוצא סלע בשוק ומצאו חבירו ואמר לו שלי היא חדשה היא נירונית היא של מלך פלוני היא לא אמר כלום, ולא עוד אלא אפילו שמו כתוב עליה לא אמר כלום לפי שאין סימן למטבע דאמר דלמא אפוקי אפקה ומאיניש אחרינא נפל.

הראשונים נחלקו בביאור הדין דאין מחזירין מטבע אפילו בסימן, דהרי"ף והרמב"ם נקטו שאין סימן חל במטבע כלל, וגרסו בגמ' "דלמא אפוקי אפקה ומאיניש אחרינא נפל", דאפילו אם יש סימן מיוחד שנמצא במטבע אחת וכגון שיש נקב בצד אות פלוני לא הוי סימן, דחיישינן לרמאי - שהיה לו המטבע והוציאה והמטבע נפל מאדם אחר אלא דהוא מכיר את סימניה דהוא היה הבעלים הראשונים של המטבע. וכן מבואר מדברי הרמב"ם (פי"ד מהל' גזו"א ה"י) וז"ל המוצא סלע בשוק מצאו חבירו ואמר לו שלי היא וחדשה היא של מדינה פלונית היא ושל מלך פלוני אפילו אמר שמי כתוב עליה לא אמר כלום ואינו חייב להחזיר, שאין סימני המטבע סימן מפני שחזקתו להוצאה, ואנו אומרין שלו היתה והוציאה מידו ונפלה מיד אחר וכו' עכ"ל. אולם עיין בר"ן (הובא בשיטמ"ק דף כה: ד"ה ולא עוד וכו' שאין סימן למטבע) וז"ל ולאו למימרא דחיישינן שמא לא אבד הוא כלום אלא אחר, דא"כ היאך ידע זה דההוא אחרינא אבד את שלו עד שהוא בא ונותן סימנין, אלא דחיישינן שמא היו לו שנים או שלשה שהיה שמו כתוב עליהם, והוציא האחד ואבד האחרת, ואותה שהוציא ג"כ נאבדה מיד אותו וכו' עכ"ל. ולכאורה נראה דלפי הר"ן הסימן במטבע אינו סימן דוקא באופן דיש לחשוש שהסימן שנתן היה על כמה מטבעות (כגון סימן דשמו), ולכן הסימן שנתן אינו מוכיח שזוהי המטבע שאבד, דדלמא חבירו נמי אבד מטבע כזה שיש בו הך סימן דשמו. אמנם אם היה נותן סימן מיוחד, שאין לחשוש שמא היו לו כמה מטבעות עם אותו סימן, כגון נקב יש בצד אות פלוני אזי היו מחזירין לו את המטבע.

ובביאור פלוגתתם נראה דלפי הרמב"ם אם לאחר שנתן את הסימן עדיין יש חשש שמא הוא רמאי, דשמא ידע את הסימן ברמאות וכגון במטבעות שעוברות מיד ליד, אזי אין מחזירין לו את האבדה. משא"כ הר"ן סובר דאעפ"כ מחזירין לו את האבדה. ונראה דיסוד שיטת הר"ן הוא שהנותן סימן נאמן לומר שאינו רמאי ושהוא הבעלים. משא"כ הרמב"ם סובר דאינו נאמן, ויש לחשוש לרמאות אפילו כשנתן את הסימן. ויתכן לפרש פלוגתתם עפי"ד הגר"ח זצ"ל (עיין לעיל בשיעורים) שביאר דבהשבת אבדה יש דין דב"ד טוענין כנגד מי שבא ואמר את הסימן, דדלמא יש אדם אחר שהוא בעל האבדה, דאבד אבידה כזו עם סימנים אלה, ודלמא מי שבא לפנינו וטוען דהיא שלו הוא רמאי. דהרמב"ם סובר

דטענינן כנגד זה שבא ואמר את הסימן שבמטבע דלמא ראה אותה תחילה ורמאי הוא. ואילו הר"ן סובר דזה שנתן את הסימן נאמן דלא חוששין לרמאי, דלא טענינן לבעלים שאינם לפנינו לטעון כנגד זה שבא שטוען דהאבידה היא שלו ונותן את סימניה. ולפי"ז י"ל דהרמב"ם והר"ן נחלקו ביסוד הדין דהשבת אבדה בסימנים, דהר"ן סובר דהסימן חל ביחד עם נאמנות הטוען, והטוען שנתן סימן נאמן ולא חיישינן שמא הוא רמאי ומחזירין לו את האבדה משום דיש לו נאמנות. משא"כ לפי הרמב"ם נותן הסימן אינו נאמן, ומחזירין לו את האבדה מחמת עצם הסימן שנתן, דהסימן הוי מברר בפני עצמו.

משנה. מצא אחר הגפה או אחר הגדר גוזלות מקושרים וכו' הרי זה לא יגע בהן. עיין בתוס' (ד"ה אחר הגפה) וז"ל מקום שמשתמרות קצת אבל מצא במקום שאין משתמר כלל ודאי אבידה היא ונתיאשו הבעלים כיון שאין בה סימן, ולא מיירי הכא במשתמר לגמרי מדפריך בגמ' ולהוי קשר סימן כלומר ויטול ויכריז ובמקום המשתמר אפילו יש בו סימן לא יגע בו דהא תנן מצא כלי טמון באשפה לא יגע בו וביש בו סימן מיירי מדקאמר ואם מגולה נוטל ומכריז וכו' עכ"ל. ומבואר מתוס' דיש ג' אופנים: א) אם נמצאה האבידה במקום שאינו משתמר כלל - הרי אלו שלו, דודאי נתיאשו הבעלים, ב) אם נמצאה האבידה במקום המשתמר במקצת - בזה מיירי מתני' דלא יגע בהן משום דאין בהן סימן, ג) אם נמצאה במקום המשתמר לגמרי - דלא יגע בו כלל ואפילו אם יש בו סימן דלא הוי אבוד.

ונראה דאם מצא חפץ במקום המשתמר לגמרי יש איסור ליטלו ואפילו אם נוטלו בכוונה להכריזו ולהחזירו לבעלים, ולכאורה נראה דאם נוטלו עובר באיסור גניבה, דהנה עיין ברמב"ם (פ"א מהל' גניבה ה"ב) וז"ל אסור לגנוב כל שהוא דין תורה ואסור לגנוב דרך שחוק או לגנוב על מנת להחזיר או על מנת לשלם הכל אסור שלא ירגיל עצמו בכך עכ"ל. וע"ש במגיד משנה שביאר דהאיסור לגנוב כל שהוא ואפילו פחות משוה פרוטה הוא משום דחצי שיעור אסור מה"ת. ויש להעיר דלפי"ז צ"ע מדוע כלל הרמב"ם דין זה ביחד עם האיסור לגנוב ע"מ לשלם. וביאר הגר"ח זצ"ל דבאמת אין האיסור דגניבת כל שהוא אסור מדין חצי שיעור, דשוה פרוטה אינה שיעור בחיוב כשיעור כזית דשוה פרוטה היא שיעור בחלות שם חפצא של ממון. ושיעור שוה פרוטה חלוק משיעור כזית - כי חצי זית של חלב הוי חפצא של חלב, אולם כשאוכל חצי זית חלב ליכא מעשה אכילת הגברא דאין אכילה פחות מכזית והשיעור דכזית הוי שיעור במעשה אכילה והחיוב דמלקות. משא"כ חצי פרוטה לא הוי חפצא של ממון כלל דהדין דשוה פרוטה הוי שיעור בחפצא של ממון. והגר"ח זצ"ל הביא ראייה לזה מהא דאיתא במשנה (לקמן נה א) דחמש

פרוטות הן דיש דין של שוה פרוטה בגזילה בפדיון הקדש בקידושין במעילה ובהשבת אבידה, ולכאורה צ"ע דאי שו"פ הוי שיעור בממון המחייב בגזילה צ"ע מדוע יש דין של שו"פ בפדיון הקדש וקידושין, דלכאורה בקידושין ופדיון הקדש בעינן רק חפצא של ממון דליכא בהן דין שיעורין. ומוכח דשו"פ הוי שיעור בחפצא של ממון בכהת"כ ופחות משוה פרוטה אינו ממון כלל. ולפי"ז אין לומר דהאיסור לגנוב כל שהוא חל מדין איסור דחצי שיעור דכהת"כ, אלא דהוא איסור מיוחד דגניבה, והוא איסור טפל ללאו דגניבה ופטור ממלקות. דבכל התורה כולה חל חפצא של איסור אף בפחות מכשיעור (וכגון בחצי זית חלב), והשיעור דכזית אינו אלא שיעור במעשה העבירה המחייבת, משא"כ בפחות משו"פ אינה חפצא של ממון כלל ואינו נתפס באיסור גזילה. ועכצ"ל דגניבת פחות משוה פרוטה הוי איסור מיוחד של גניבה, ויסוד האיסור הוא דהתורה אסרה כל מעשה לקיחה של דבר שאינו שלו, ואע"פ שאינו לוקח ממון חבירו, מ"מ עושה מעשה גניבה כשלוקח דבר שאינו שלו. ויסוד האיסור דגניבה פחות משוה פרוטה הוי איסור גברא של לקיחת דבר שאינו שלו בלי רשות אע"פ שאין כאן גניבת חפצא של ממון. ולפי"ז י"ל דהאיסור לגנוב דרך שחוק וע"מ לשלם נמי אסור מדין זה. דאין כאן גניבת ממון המחייבת בכפל שאינו לוקח הממון בכוונה לעכבו לעצמו ומ"מ עבר על איסור גניבה משום שלקח דבר שאינו שלו מרשות חבירו בלי רשות, ואף אם מתכוון להחזירו או ע"מ לשלם. ולפי"ז נראה דמש"כ הרמב"ם "הכל אסור שלא ירגיל עצמו בכך" אין כוונתו לומר דהוי רק איסור דרבנן, אלא דהרמב"ם מבאר טעם האיסור ובאמת כל הני גווני דגניבה פחות משו"פ וע"מ להחזיר או לשלם אסורים מה"ת.[58] ולפי"ז נראה דאסור ליטול אבידה ממקום המשתמר ע"מ להחזירה לבעלים דעבר באיסור גניבה כגונב ע"מ להחזיר. ועוד י"ל דאסור ליטול את החפץ ע"מ להחזירו משום דמטריח הבעלים לרדוף אחריו לתת סימנים. ואסור לקחת החפץ ממקום המשתמר ולעשותו לאבוד לגבי הבעלים משום איסור העשה דהשב תשיבם. ועיין ברמב"ם (פט"ו מהל' גזלה ואבדה ה"א) וז"ל כל המוצא אבידה בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה שמא בעליה הניחוה שם עד שיחזרו לה ואם יבא ליטול אותה והיה דבר שאין בו סימן ה"ז אבד ממון חבירו בידו שהרי אין לו בה סימן להחזירה בו ואם היה דבר שיש בו סימן הרי זה הטריחן לרדוף אחריה וליתן סימניה ולפיכך אסור לו שיגע בה עד שימצא אותה דרך נפילה וכו' עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם מפרש דאסור ליגע בהן אף אם יש בהן סימן משום שמטריח הבעלים לרדוף אחריה. ונראה דאסור מדין איסור העשה

[58] ועיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק ח"ב עמ' שמ"ה - שמ"ו.

דהשב תשיבם, דבלקיחתו הוא עושה את החפצא לאבוד ואסור לאבד ממון חבירו ואע"פ שיש בו סימן ודעתו להחזירו.

והנה הרמב"ם לא חילק בין אם נמצאה האבידה במקום המשתמר או במקום שאינו משתמר וס"ל דאם נמצאה אבידה שאין בה סימן בדרך הינוח לא יגע בה ואם עבר ונטלה לא יחזיר, ואם יש בה סימן ומצאה בדרך הנחה ונטלה חייב להכריז. ומשמע דאם מצא האבידה בדרך הנחה אף אם היא במקום שאינו משתמר כלל לא יגע בה. וצ"ע דלכאורה הויא אבידה מדעת והוי הפקר כמו פירות במכנשתא דבי דרי (כא.). ונראה דהרמב"ם פסק (בפי"א מהל' גזלה ואבדה הי"א) וז"ל המאבד ממון לדעת אין נזקקין לו כיצד הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו, השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו, וכל כיוצא בזה, הרי זה אבד ממנו לדעתו, ואע"פ שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו אינו זקוק להחזיר לו שנא' אשר תאבד פרט למאבד לדעתו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דבאבדה מדעת אסור ליטול האבדה לעצמו אמנם אינו זקוק להחזיר את האבדה להבעלים, דחל פטור מחיוב השבת אבידה אבל לא פקע ממון הבעלים. וצ"ע דלכאורה אבידה מדעת הוי הפקר ואמאי אינו יכול ליטול האבדה לעצמו. וצ"ל דיש ב' גווני אבידה מדעת: א) שהבעלים אינו שומר את ממונו כבעלים דמתנהג בדרך שטות שאינו מפקח על ממונו, ובכה"ג חל רק פטור ממצות השבה אולם אין הממון הפקר. ב) שיודע הבעל מה שעושה ומפקיר את ממונו מדעת דאין אבידת הממון נחשב אצלו להפסד. ונראה דבמכשנתא דבי דרי הו"ל אבידה מדעת באופן שמפקיר את ממונו מדעת ובכוונה דאין איבוד הממון נחשב אצלו להפסד, ובכה"ג הוי הפקר והותר הממון לאחרים. משא"כ הכא דמיירי שטעה דלא שמר על ממונו כדרך הבעלים ונהג בדרך שטות דהניח חפץ שאין בו סימן במקום שאינו משתמר כלל, ולשיטת הרמב"ם בכה"ג לא הוי הפקר ועדיין הוי ממון הבעלים, ומשו"ה לא יגע בהן, דבאבדה מדעת חל רק פטור ממצות השבה, ומ"מ הממון אינו הפקר ואסור למוצא לקחת האבדה לעצמו.[59].

גמ'. והוה ליה ספק הינוח ואמר רבי אבא בר זבדא אמר רב כל ספק הינוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר.

ענין ספק הינוח

א.

בדין ספק הינוח לא יטול

[59]ועיין בחו"מ (סימן רס"א סעיף ד') ועיי"ש בנושאי כלים, וע"ע בחידושי האור שמח על הש"ס ב"מ דף כא. ד"ה במכנשתא דבי דרי.

עיין ברש"י (ד"ה ואם נטל לא יחזיר) וז"ל דליכא דיהיב סימנא עכ"ל. ומבואר דרש"י מפרש דלא יחזיר למי שבא וטוען דהוי שלו משום שאינו נותן סימן. ועיין בתוס' ד"ה ואם נטל בא"ד וז"ל ויש לפרש דמיירי הכא בספק אבידה דאפילו הניחה בעלים שם מדעת דומה ששכחוהו, דבלא משתמר כי אם מקצת מיירי דומיא דמתני' וכו' ולכך אם נטל לא יחזיר דהשתא אבידה היא ושכחוה הבעלים, וכיון שאם היה יודע שהיא אבידה היה מחויב בהשבתה בלא שום הגבהה אם היה יודע של מי הוא דכיון שהוא משתמר קצת לא יתיאשו הבעלים היכא דהגביה הוי מחויב בשמירתה מספק לרבה הוי שומר חנם ולרב יוסף שומר שכר עד שתבא ליד הבעלים, ולא דמי לזקן ואינה לפי כבודו וכו' היינו משום דזקן לא מחייב בהשבה כלל ולכך כי יחזיר למקומה אינו חייב בשמירתה וכן צלוחית דפרק הספינה (פז:) לא מחייב כלל בנטילה דאבידה מדעת היא ואינו חייב כלל בהשבתה אבל הכא אם היה יודע שהיא אבידה היה חייב ליקחנה ולהשיבה לבעלים אם היה יודע של מי הם, עתה שהוא ספק אם הגביה חייב בשמירתה כדין אבידה ממש וכו' וכן הא דתניא לקמן מצא טלית או קרדום בצד גדר אין זו אבידה ולא יגע בו אפילו יש בו סימן מיירי במקום המשתמר אי נמי לדעת הניח שם ולא יגע בו דדרך פועלים שמניחין טליתן או קורדומם בצד גדר של אותה שדה. ולפירוש רש"י דפירש דלא יחזיר דליכא איניש דיהיב סימנא קשה דפשיטא דלא יחזירנו לשום אדם שאינו יודע מי הם הבעלים כיון שאין בו סימן עכ"ל. ומבואר דתוס' מפרשים "ואם נטל לא יחזיר" היינו שלא יחזיר למקומו דנתחייב בשמירה מספק. והתוס' ס"ל דהא דאמרינן "ספק הינוח לא יטול" היינו בדבר שאין בו סימן שנמצא במקום המשתמר קצת, אמנם אי הוי דבר שיש בו סימן יטול ויכריז באופן שנמצאה האבידה במקום המשתמר קצת, אולם אם היא במקום המשתמר לגמרי לא יגע בה דאינה אבידה. וכ"כ המגיד משנה (פט"ו מהל' גזלה ואבדה ה"א) וז"ל ולפי הנראה מהסוגיא וכו' ספק הינוח לא יטול אלא בשאין בו סימן אבל כשיש בו סימן לא, אלא יטול ויכריז, וכ"כ הרשב"א ז"ל וז"ל אם הוא ספק הינוח ואין בו סימן הרי זה לא יטול ואם נטל לא יחזיר ואם יש בו סימן נוטל ומכריז דהינו אבידה דחייבה התורה להזקק לה ליטול ולהכריז והיינו דאקשינו הכא ולהוי קשר סימן וכו' כלומר יטול ויכריז ויתן הבעל סימן קשר או מקום עכ"ל. אמנם מסתימת לשון הרמב"ם משמע דס"ל דספק הינוח לא יטול אף בדבר שיש בו סימן (וכן דייק המגיד משנה בדעת הרמב"ם עיי"ש), ועוד יש לדייק דהרמב"ם לא חילק כלל בין מקום המשתמר למקום שאינו משתמר, ומשמע דס"ל דספק הינוח לא יטול אף בדבר שיש בו סימן שנמצא במקום שאינו משתמר כלל. ולפי"ז נמצא דנחלקו הראשונים בתרתי,

א) אם נמצאה האבידה במקום המשתמר קצת ויש בה סימן - דלפי הרמב"ם לא יטול אלא יניחנה במקומה, ואילו לדעת הרשב"א והמ"מ יטול ויכריז. ב) אם נמצאה האבידה במקום שאינו משתמר כלל ויש בו סימן דלהרמב"ם לא יטול ולשאר הראשונים נוטל ומכריז. וצ"ב מהו יסוד מחלקותם.

ולכאורה היה נראה לפרש בב' אופנים, א) כשמצא את האבידה במקום המשתמר קצת החפץ הוי אבוד מאחר שיתכן שיבא אדם ויקחנו לעצמו. אמנם הרמב"ם סובר דאעפ"כ לא יטול משום דשמא הבעלים לא ישמעו את ההכרזה, ויתכן שאם יטול ויכריז יגרום הפסד ממון לבעלים שלא ישמעו ההכרזה ויחזרו ליטלו ממקום הנחתו ולא ימצאוהו ויפסידו את ממונם. ואע"פ שיש ספק איסור דלא תוכל להתעלם ס"ל להרמב"ם דבכה"ג שוא"ת עדיף. ואילו שאר הראשונים סברי דשוקלים את האפשריות, ומכיון שיש צד שאם לא יטול וינחיהו במקומו אזי עשוי לבא א' מן השוק ויטלו ויאבד ממון הבעלים אמרינן דהמוצא יטול ויכריז, ואע"פ שיש סיכוי שלא ישמעו הבעלים ההכרזה ויפסידו את ממונם, מ"מ שוקלים הסיכויים לקיים השבה מול הסיכוי שיגרום הפסד לבעלים. ואמרינן דעדיף ליטול ולהכריז. ולפי"ז יתכן דפלוגתא זו נוגעת לכהת"כ אי שוקלים האפשריות והסיכויים של הצלחת פעולה מול הסכנה של הפסד אם יעשו את הפעולה, ואם הרוב מכריע דהאפשרות להרויח יותר גדול מהאפשרות של הפסד אזי לוקחים את הסיכון (ולמשל בשאלה האם לעשות ניתוח מסוכן או לא), או דמ"מ שוא"ת עדיף. ב) יתכן לפרש דזוהי מחלוקת מסוימת רק בדיני השבת אבידה, דהרמב"ם סובר דמכיון דהוי ספק הינוח ויש אפשרות שאם יטול המוצא את האבדה ויכריז יגרום הפסד ממון לבעלים, משו"ה לא חל בספק הינוח האיסור דלא תוכל להתעלם. ואילו שאר הראשונים ס"ל דמכיון דאילו היה יודע מי הם הבעלים היה חייב להחזיר להם אזי חל האיסור דלא תוכל להתעלם, ולפיכך בספק הינוח הוי ספק לא תוכל להתעלם - וספק מה"ת לחומרא, ולכן אם יש בו סימן חייב ליטול ולהחזיר. ומאידך הרמב"ם סובר דמכיון שאם יטול יש אפשרות שיזיק ויפסיד את ממון הבעלים לא חל הלאו דלא תוכל להתעלם, דספק הפסד והיזק לבעלים מפקיע את הלאו דלא תוכל להתעלם. ועיין ברמב"ם (פט"ו מהל' גזלה ואבדה ה"א) שכתב דלא יגע בו באופן שנמצאה האבידה בדרך הנחה, ואח"כ הוסיף דאף בספק הינוח לא יטול. ונראה דהיכא דמצאה בדרך הנחה ליכא לאו דלא תוכל להתעלם דהוי הנחה מדעת ולא הוי אבידה כלל, וה"ה בספק הינוח לא חל לאו דלא תוכל להתעלם. משא"כ התוס' ס"ל דאף בודאי הינוח אם יש בה סימן והוי במקום שאינו משתמר כלל צריך ליטול ולהכריז, דהתוס' סברי דהחפץ הוי אבוד מחמת דהוי במקום

שאינו משתמר. ויש להוסיף דלפי"ד הגר"ח זצ"ל דהגוזל ע"מ לשלם עובר באיסור גזילה, י"ל שאם מצאה בדרך הנחה יש איסור גזילה לנוטלה ואפילו אם נטלה ע"מ להחזירה, ולפי"ז י"ל דספק הינוח הוי ספק איסור דלא תגזול, ואתי שפיר שיטת הרמב"ם דאף אם יש בו סימן בספק הינוח לא יטול, דהספק שמא יעבור על איסור גזילה בידיים מתיר הלאו דלא תוכל להתעלם, ומשו"ה קיי"ל דספק הינוח לא יטול בכל גווני. ואילו לפי התוס' דס"ל דבספק הינוח אם יש בו סימן נוטל ומכריז, י"ל דהיינו משום דמאחר שנוטלו ע"מ לקיים מצות השבת אבידה ליכא שום איסור דלא תגזול, ומכיון שיתכן שיקיים מצות השבה עדיף ליטול החפץ מלהשאירו במקומו.

ובמצא אבידה במקום שאינו משתמר כלל אם יש בו סימן לפי התוס' נוטל ומכריז אע"פ שנמצא בדרך הנחה, דהוי אבוד מחמת שנמצא במקום שאינו משתמר כלל והוי בכלל מצות השבת אבידה. ואילו הרמב"ם סובר דלא יטול משום דס"ל דיש גזה"כ מיוחדת דבעינן "נדחים בדרך" להיות בכלל אבידה, ואם החפץ נמצא בדרך הנחה אינו בכלל "נדחים", וכמוש"כ הרמב"ם (בפט"ו מהל' גזו"א ה"ב) וז"ל כיצד דרך הנחה כגון שמצא חמור או פרה רועים בדרך ביום או שמצא כלי מכוסה באשפה הרי זה לא יגע בהן שנאמר נדחים אבל אם מצא חמור וכליו הפוכים ופרה רצה בין הכרמים או כלי מגולה באשפה הרי זה אבידה ונוטל ומכריז עכ"ל.

והנה עיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזלה ואבדה הי"א) וז"ל המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו כיצד הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו השליך כיסו ברה"ר והלך לו וכל כיוצא בזה, הרי זה אבד ממונו לדעתו. ואע"פ שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו אינו זקוק להחזיר שנאמר אשר תאבד פרט למאבד לדעתו עכ"ל. ונראה דיש שתי הלכות ברמב"ם דין אבידה מדעת (בפי"א מהל' גזו"א הי"א) ודין הנחה מדעת (פט"ו מהל' גזו"א ה"ב). ובדין אבידה מדעת (בפי"א מהל' גזו"א הי"א) פסק דליכא כלל איסור דלא תוכל להתעלם ומצות השבת אבידה, ואפילו אם נטלו אינו חייב להכריז ולהחזיר את האבידה לבעלים. משא"כ (בפט"ו מהל' גזו"א ה"ב) כשמצא אבידה בדרך הנחה כתב הרמב"ם "לא יגע בהן שנאמר נדחים", ונראה דר"ל דלכתחילה לא יגע בהן ואינו זקוק להן, אבל בדיעבד אם נטלו חייב להכריז (אע"פ שאינו נדח). דהגזה"כ דנדחים הוי רק פטור מהלאו דלא תוכל להתעלם, אבל אף אם אין החפץ "נדחים" חל בו מצות עשה דהשבת אבידה. וי"ל דאם אינו נדח אין החפץ "אבוד" אולם לאחר שנטלו והגביהו הו"ל "אבוד" וחל בו מצות השבת אבידה. משא"כ בגוונא דאבידה מדעת (בפי"א מהל' גזו"א הי"א) דהו"ל "אבוד" מעיקרא ואין נטילת החפץ עושה החפץ לאבוד, וליכא מצות

השבת אבידה משום דהויא אבידה מדעת. אמנם אע"פ שאין מצות השבת אבידה ולאו דלא תוכל להתעלם חלין באבידה מדעת מ"מ אין היתר ממון ליקח את החפץ לעצמו. אולם יש לעיין מ"ש אבידה מדעת דליכא בה היתר ממון מאבידת עכו"ם ואבידה פחות משו"פ דחל בהו היתר ממון להתירה למוצא מחמת חלות שם אבידה שבחפצא. ונראה לומר דהפטור דאבידה מדעת שנלמד מקרא דאשר תאבד ממנו הוי פטור רק מהקום עשה דהשב תשיבם אבל עדיין חל באבידה מדעת איסור עשה דהשב תשיבם - דאסור ליקח את האבידה לעצמו. משא"כ באבידת עכו"ם ואבידה פחות משוה פרוטה ליכא אפילו האיסור עשה דהשב תשיבם, ומשו"ה האבידה מותרת.

א"נ י"ל דאבידה מדעת אינה אבידה כלל, דמופקעת היא לגמרי מחלות שם אבידה, ומשו"ה לא חלין בה מצות השבת אבידה כלל, ואף אם נטלה לא קנה המוצא דדוקא אבדה גמורה קנויה למוצאה. משא"כ אבידת עכו"ם ואבידה פחות משו"פ דחל בהן חלות שם אבידה אך אין בהן מצות השבת אבידה, ומכיון דהויין אבידות גמורות אך בלי מצות השבה הנוטלן קנאן מדין אבידה. מאידך בהנחה מדעת אין החפצא אבידה כל זמן שהיא מונחת. אך משנטלה המוצא נעשה החפצא לאבידה וחייב להחזירה דחל עליה מצות השבת אבידה דדין "נדחין בדרך" אינו תנאי בחלות שם אבוד - דאפילו אם אין החפץ נדח בדרך הוי אבוד - אלא דחל תנאי בעלמא באיסור לא תוכל להתעלם דאם אינו בכלל "נדחין בדרך" חל בו פטור מאיסור העלמא. ויש חילוק בין חפץ שמונח מדעת לבין אבידה מדעת, דבאבידה מדעת החפצא לגמרי מופקעת מחלות שם אבידה ודין השבה, ואף אם משיבה אינו מקיים מצות השבת אבידה, משא"כ בחפץ שמונח מדעת דהוי אבידה אלא דפטור מלאו דלא תוכל להתעלם דאינו בכלל "נדחים", אך משנטלה חלה עליו מצות עשה דהשבת אבידה ושפיר מקיים בה מצות השבת אבידה.

ב.

ביאור שיטת הרמב"ם דספק הינוח לא יטול ואם נטלו זכה בו

עיין ברמב"ם (פט"ו מהל' גזו"א ה"א) וז"ל כל המוצא אבידה בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה שמא בעליה הניחוה שם עד שיחזרו לה ואם יבא ליטול אותה והיה דבר שאין בו סימן הרי אבד ממון חבירו בידו שהרי אין בו סימן להחזירה בו ואם היה דבר שיש בו סימן הרי זה הטריחן לרדוף אחריה וליתן סימניה ולפיכך אסור לו שיגע בה עד שימצא אותה דרך נפילה. אפילו נסתפק לו הדבר ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונח הרי זה לא יגע בו, ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירה לשם. ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד

וז"ל א"א דבר זה אינו מחוור אצלי שיזכה בו לעצמו לעולם אלא יעמוד בידו עד שיבא אליהו עכ"ל. ועיין במגיד משנה שם וז"ל זו באמת קשה בודאי והיאך יזכה בו ויהיה שלו, והלא קודם יאוש בא לידו ואין צ"ל בודאי הניח דלאו כל כמיניה לנוטלו ויזכה בו אלא אפילו ספק הינוח ודאי לא זכה בו, דהא ספקא הוא אם הוא דרך נפילה וזכה בו כדין המוצא דבר שאין בו סימן או שהוא דרך הנחה והרי בא לידו קודם יאוש וספקא בכה"ג לחומרא, וכמש"כ בפי"ד ה"ה ביאוש שלא מדעת, וכבר השיגו הר"א ז"ל וכתב יעמוד עד זמן אשר יבא אליהו והאמת כדבריו וכ"כ הרמב"ן ז"ל זה לשונו ואיהו לא קני בהאי יאוש דבאיסורא אתא לידיה, וכן דעת הרשב"א ז"ל וכן דעת רבנו יונתן ז"ל עכ"ל. ובכתבי הגר"ח זצ"ל משיעוריו בוואלאזין (עיין בשיעורי רבנו חיים הלוי עמ"ס ב"מ דף כה. ד"ה ואם נטל לא יחזיר) כתב ליישב את שיטת הרמב"ם, וז"ל ואשר יראה ליישב דעת הרמב"ם דהנה בהינוח לא הוי אבידה כלל, וא"כ הא הוי גזילה מי שנוטלו, ובספק הינוח חשיב ספק גזילה. אכן במוצא אבידה קודם יאוש כיון דהויא אבידה ודאית, א"כ הוי משיב אבידה ובספק חשיב ספק מוצא אבידה. והנה יעויי"ש בגמ' ב"ק (דף קיד.) נטלו מוכסין חמורו ונתנו לו חמור אחר הרי אלו שלו מפני שנתייאשו הבעלים. וכבר הקשו הראשונים (עיי"ש ברש"י ד"ה הרי ובתוס' דף סז: ד"ה אמר) דהא יאוש דאיסורא לא קני. ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' גזלה ה"י) שכתב הטעם משום ספק גזילה וז"ל נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו כסות אחרת נטלו חמורו והחזירו לו חמור אחר הרי אלו שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתן שנתייאשו הבעלים מהן ואינו יודע בודאי שזו גזלה וכו' עכ"ל. וחזינן לדעת הרמב"ם דודאי יאוש וספק גזילה קני. ולפי"ז הכא גבי ספק הינוח כיון דהוי ודאי יאוש וספק גזילה שפיר מותר וזכה בו. והנה יעויין ברמב"ן (במלחמות ה' דף כו:) שכתב דלהכי לא מהניא יאוש גבי מוצא אבידה מפני שהאבידה ברשות הבעלים דרשות השומר כרשות הבעלים דמי. ולפי"ז הא נמצא דגבי אבידה ליכא יאוש כלל וגם יאוש ושינוי רשות או שינוי השם דמהני גבי גזילה לא מהני גבי אבידה, וא"כ בספק שומר אבידה הוי ספק בהיאוש, וע"כ באמת לא מהניא, משא"כ בספק הינוח דהוי ספק גזילה והוי ודאי יאוש שפיר זכה בו וכש"נ. והראב"ד לטעמיה אזיל דכתב שם הטעם דהוי שינוי רשות[60] וחזינן לדעתיה דיאוש לחוד לא מהניא אף בספק גזילה, וע"כ שפיר כתב הכא דיהא מונח, וכש"נ עכ"ל הגר"ח זצ"ל. הגר"ח זצ"ל ביאר דלשיטת הרמב"ם ודאי יאוש וספק גזילה קני, וכדמוכח ממה שפסק (בפ"ה מהל' גזילה ה"י)

[60] דהראב"ד פירש בנטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר הרי אלו שלו משום יאוש ושינוי רשות עיין ברשב"א ב"ק קיד. (ד"ה תנא) מש"כ בשם הראב"ד.

לענין נטלו מוכסין חמורו והחזירו לו חמור אחר. וה"ה לגבי ספק הינוח אם נטלה זכה בה דהוי ספק גזילה וודאי יאוש. ונראה לבאר דברי הגר"ח זצ"ל דיאוש מועיל לקנות בספק גזילה משום דהמוצא הוי תפוס, וליכא חזקת מרא קמא מאחר שנתיאשו הבעלים, דאע"ג דבעלמא יאוש בכדי לא קני בגזילה מ"מ מהני היאוש לבטל החזקת מרא קמא של הבעלים, ואם נטלו זוכה המוצא מספק. אמנם נראה דכ"ז רק בספק גזילה דחל חלות שם יאוש בכדי בגזילה, דאע"פ שאינו קונה אך מ"מ היאוש מועיל להפקיע החזקת מרא קמא, והמוחזק התופס זוכה מספק. משא"כ יאוש בספק אבידה דאם נטלה קודם יאוש ליכא חלות יאוש כלל, וחזקת מרא קמא קיימת ולכן אין התופס זוכה בה כנגד המרא קמא, דלית ליה לתופס טענה וחזקת מרא קמא עדיפא מתפיסה בלי טענה.

אמנם יל"ע בדברי הגר"ח זצ"ל דלכאורה גם כשהאבידה נמצאה בדרך הנחה הריהי אבידה, והא דאינו חייב בהשבה לשיטת הרמב"ם הוא מגזה"כ מיוחדת לענין הל"ת דלא תוכל להתעלם דבעינן "נדחים בדרך", דאם נמצא החפץ בדרך הנחה לא הוי בכלל "נדחים בדרך", ומותר להתעלם ולא לקחתה (וכמש"נ לעיל). וא"כ צ"ע מדוע נקט הגר"ח דבודאי הינוח חל איסור גזילה כשנוטלו, דלכאורה אי הוי אבוד ואינו ברשות הבעלים אינו עובר על איסור גזילה בנטילתו אלא על איסור מזיק. ועוד יש להעיר דאפילו אי נימא דנדחין הוי שיעור בחלות שם אבוד, ואם נמצא החפץ בדרך הנחה לא הוי אבוד כלל, ואסור ליטלו מדין גזילה, מ"מ נראה דליכא בנטילת החפץ קניני גזילה וקעבר רק על איסור גזילה, דהוי כגוזל ע"מ להחזיר דליכא קניני גזילה, ורק עבר על איסור גזילה, וא"כ צ"ע אמאי מהני יאוש דלכאורה יאוש חל ומועיל לקנות רק היכא דיש קניני גזילה. ומבואר לפי"ז דהגר"ח זצ"ל נקט דנדחין הוי שיעור בחלות שם אבוד ואינו תנאי בעלמא במצות השבת אבידה.

ויתכן לומר דמכיון דהוי דבר שאין בו סימן אזי י"ל דכשנוטלה אינו נוטלה ע"מ להחזירה דהרי אין בה סימן, אלא נוטלה ע"מ שיהא מונח עד שיבא אליהו, ואף נטילה זו נחשבת כגזילה גמורה עם קניני גזילה, משום דנוטל את החפץ מהבעלים ומונע מהם ליהנות מהחפץ. ודמי לזורק מטבע לים הגדול במים עכורים (ב"ק צח. "דשקליה בידיה מיגזל גזליה") דאסור משום גזילה, אע"פ שאין הזורק נוטל את המטבע לעצמו, אלא מאבד את המטבע מהבעלים ומונע מהם להשתמש בו. אמנם עיין בתוס' (ב"ק דף נו: ד"ה פשיטא) שכתבו בשם הירושלמי דהא דתנן (ב"ק נה ב) הוציאוה ליסטים מן הדיר והזיקה חייבים הליסטים לשלם, מיירי שהוציאוה ע"מ לגוזלה דאזי חייבים בתשלומי נזק, משא"כ אם הוציאוה ע"מ לאבד דפטורין. ודייקו האחרונים דלפי הירושלמי אם הוציאוה הלסטים

ע"מ לאבד אינם חייבים בתשלומי נזק, ומשמע דהירושלמי ס"ל דהגוזל ע"מ לאבד אינו גזלן כלל, מכיון שאינו לוקח את החפץ לעצמו. וא"כ שוב צ"ע בדברי הגר"ח זצ"ל דנקט דהנוטל אבידה בספק הינוח הוי ספק גזילה.

ברם הגר"ח זצ"ל נקט דהגוזל ע"מ לאבד הוי גזלן וחייב בהשבת הגזילה. והא דאיתא בירושלמי דבגוזל ע"מ לאבד פטור מניזקין י"ל דהיינו משום דנהי דהגוזל ע"מ לאבד עבר על איסור גזילה, ומשו"ה חייב באחריות ובמצות השבה אבל בגוזל ע"מ לאבד ליכא קניני גזילה שלא התכוון לקנות החפץ, ומשו"ה אינו חייב בנזקין מדין בעל המזיק. ולפי"ז אמר הגר"ח זצ"ל דאף שואל שלא מדעת דהוי גזלן אמנם היינו רק לענין איסור גזילה אולם ליכא לשואל שלא מדעת קניני גזילה ומשו"ה סובר הראב"ד (בשיטמ"ק לב"ק דף צז. ד"ה אי נחית) דשואל שלא מדעת חייב במתה מחמת מלאכה ובאונסין אמנם אינו קונה בשינוי. והביאור בזה הוא דשואל שלא מדעת עבר על איסור גזילה ומשו"ה חייב באחריות וחייב באונסין, אולם אין חלות קניני גזילה ולפיכך אינו קונה בשינוי. אולם נראה דיאוש מועיל בגוזל ע"מ לאבד, דיאוש אינו חל מדין קנין גזילה אלא מדין קנין אבידה, דכל גזילה נמי הויא אבידה וכדחזינן מהגמ' בב"ק (דף סו.) שלמד דין יאוש בגיזלה מדין יאוש דאבידה, דכל גזילה הויא נמי אבידה. ולכן אע"פ שאין לגוזל ע"מ לאבד קניני גזילה, מ"מ חל דין יאוש בגזילתו מדין אבידה ומועיל היאוש בספק גזילה להפקיע את החזקת מרא קמא, ומשו"ה המוצא יכול לתפוס את האבידה ולזכות בה מספק.

ועוד אמר הגר"ח זצ"ל ליישב את שיטת הירושלמי, דיתכן דיש נפ"מ בגוזל ע"מ לאבד בין אם מאבד החפץ בידיים לבין ציור שנאבד ממילא, דהירושלמי פוטר מתשלומי נזק דוקא היכא שהבהמה נאבדה מאיליה, דאזי אינו גזלן כלל. משא"כ בזרק מטבע לים דעביד מעשה איבוד בידים הריהו גזלן גמור. ולכאורה יש להביא ראייה לחילוק זה מדברי הרמב"ם (פ"א מהל' גניבה הי"ד) וז"ל גנב בהמה או כלי וכו' ובשעת הגניבה היה שוה ארבע ועכשיו בשעת העמדה בדין שוה שנים משלם קרן כשעת הגניבה ותשלומי כפל או ד' וה' כשעת העמדה בדין, היה שוה בשעת הגניבה שנים ובשעת העמדה בדין ארבע אם שחט או מכר או שבר הכלי או אבדו משלם תשלומי כפל או ד' וה' כשעת העמדה בדין, ואם מתה הבהמה או אבד הכלי מאליו משלם תשלומי כפל כשעת הגניבה עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק שאם נאבד החפצא הגנוב מאליו הגנב משלם כפל כפי השער הכי זול בין שעת הגניבה לבין שעת העמדה בדין. משא"כ אם הגנב איבד את הגניבה בידים משלם כפל כפי שעת העמדה בדין. ונראה דהרמב"ם סובר דמעשה מזיק של

איבוד הגניבה בידים מהוה מעשה גניבה המחייב כפל, דאיבוד החפצא מצטרף ומשלים את הגניבה הראשונה. ומשום כך ס"ל דהגנב מתחייב לשלם כפל יותר מכפי השיווי בשעת מעשה הגניבה הראשון. ולפי"ז יתכן דיש חילוק בגזילה בין הגוזל ע"מ לאבד בידים לבין הגוזל ע"מ לאבד מאליו, דהגוזל ע"מ לאבד בידים הוי גזלן גמור, דאיבוד החפצא בידים מצטרף ומשלים את מעשה הגזילה. משא"כ הגוזל ע"מ לאבד מאליו אינו גזלן כלל.[61]

אמנם יתכן לבאר שיטת הרמב"ם באופן אחר מדברי הגר"ח זצ"ל עפי"ד הכס"מ שם שתירץ את קושיית המ"מ, וז"ל ואפשר לומר לדעת רבנו דהא דאמרינן בר"פ אלו מציאות (כא:) בפלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת, הויא בדבר שאין בו סימן, ואיפסקא הילכתא כאביי דאמר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משום דהא לא ידע דנפל מיניה היינו לומר שאסור לו ליטלם, אבל אם עבר ונטלם זכה בהם, משום דכיון שהם בידו ואינו יודע למי יחזירם שהרי אין בהם סימן ולמקום שנטלם אין לו להחזירה כמש"נ, ממילא זכה בהם. דאין לנו לומר שיעמדו עד שיבוא אליהו אלא היכא דאתמר הכי בהדיא עכ"ל. ומבואר דהכס"מ סובר דספק יאוש שלא מדעת מותר אם עבר ונטל - דאפילו אם נטל את האבידה קודם יאוש שלא כדין מ"מ זכה בה משום שאין בה סימן ואינו יכול להחזירה, ולכן זכה בה ממילא. ונראה דהכס"מ מפרש קושיית הגמ' (כא:) "והא לא ידע דנפל מיניה" דהוי ספק יאוש שלא מדעת, ומשו"ה אסור ליטול המעות לכתחילה ואמאי תנן "הרי אלו שלו" דמשמע שמותר לקחת המעות לכתחילה. וע"ז מתרצת הגמ' דאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה והוי יאוש מדעת. אולם לפי הכס"מ למסקנת הגמ' ספק יאוש שלא מדעת מותר בדיעבד אם עבר ונטלו. וס"ל להכס"מ דבדבר שאין בו סימן לא חל דין באיסורא אתא לידיה לאביי.

והנה יש לעיין בביאור סברת הכס"מ דבספק יאוש אסור ליטול את החפץ לכתחילה אבל אם עבר ונטלו זכה בו. ולכאורה י"ל דלכו"ע אע"פ שנאבדה מ"מ קיימת חזקת מרא קמא ואין עצם חלות שם האבידה מפקיעה החזקת מרא קמא, ומשו"ה אסור ליטלם לכתחילה. והיכא דאם אזלינן בתר חזקת מרא קמא היה זוכה המרא קמא בחפץ אזי אזלינן בתר חזקת מרא קמא. אמנם בציור דספק יאוש, דאין אנו יודעים מיהו המרא קמא - או שהמוצא שתפס יטול את החפץ - או שיהא מונח, לא מהני חזקת מרא קמא לבטל את חזקת התפיסה. ולפי"ז י"ל שנחלקו הכס"מ והמ"מ בחזקת מרא קמא כנגד

[61] עיין בחידושי רבנו חיים הלוי (פ"ז מהל' חובל ומזיק ה"ד), וע"ע ברשימות שיעורים למס' בבא קמא ח"א דף נו: ד"ה תוס' פשיטא (עמ' ש' - ש"א), ובח"ב עמ' תקפ"ו.

חזקת תפיסה, דלפי המ"מ חזקת מרא קמא מפקיע ומבטל את זכות התופס. והכס"מ סובר דאין חזקת מ"ק עדיפא מחזקת תפיסה אא"כ זוכה המרא קמא מחמת החזקה, ובלא"ה מועילה התפיסה. ולפי הכס"מ אע"פ דכשתפס זוכה בממון מדין ספק מ"מ נראה דעי"ז הויא ממונו בודאי ויכול לקדש בו את האשה. ונחלקו הכס"מ והמ"מ האם חזקת מרא קמא מבטלת לגמרי את התפיסה ומפקיעה קנין אחר (שיטת המ"מ), או"ד דחזקת מרא קמא הויא ראייה אלימתא מהראייה של חזקת תפיסה, אולם היכא דלא ידעינן מיהו המרא קמא אזי מועילה חזקת תפיסה (הכס"מ). ונראה דלפי"ד הכס"מ זכה בו מיד כשנטלו ואילו לפי"ד הגר"ח זצ"ל י"ל דזכה בו רק לאחר שנתיאשו לבסוף.

ועוד יתכן לפרש בשיטת הרמב"ם, דס"ל דבדבר שאין בו סימן לא חל דין באיסורא אתא לידיה אף אם הוי ודאי הינוח, ולפי שאין בה סימן ויש יאוש בעלים זכה בה לעצמו[62]. דהרמב"ם סובר דאע"פ דכשנטל את האבידה עבר בלאו דלא תגזול, מ"מ ליכא בכה"ג קניני גזילה דלא נטלה ע"מ לגוזלה, ודומה להגוזל ע"מ לאבד דעבר על איסור גזילה דקעביד מעשה גזילה אבל ליכא חלות קניני גזילה. והרמב"ם סובר דהדין דיאוש אינו קונה בגזילה היכא דבאיסורא אתא לידיה (כדמבואר ב"ק דף ס.) חל רק באופן שחלו קניני גזילה, דקניני גזילה מפקיעים קנין יאוש, אבל היכא דקעבר רק על איסור גזילה בלבד לא חל דין ביאסורא אתא לידיה דאיסור גזילה גרידא אינו מפקיע קנין יאוש. ונראה דהרמב"ם סובר דנעשה אבידה ע"י עצם הלקיחה ומועיל בה יאוש אע"פ שנעשה אבודה ע"י גזילה. משא"כ הראב"ד סובר שאינה יכולה להעשות אבידה ע"י לקיחת איסור, ולא חל בה שם אבידה ואין מועיל בה יאוש וע"כ פסק שיהא מונח עד שיבא אליהו.

ולפי"ד הגר"ח זצ"ל חל קנין יאוש רק בספק הינוח, ומש"כ הרמב"ם (פט"ו ה"א) "ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו" היינו רק בספק הינוח, אולם בודאי הינוח הוי ודאי גזילה ולא זכה בו. אולם לפימש"נ דבדבר שאין בו סימן ליכא דין באיסורא אתא לידיה, אזי י"ל דזכה בו לאחר יאוש אף בודאי הינוח.

והנה עיין ברמב"ם שפסק (פ"ט מהל' גזילה ואבידה ה"א) וז"ל הגוזל קרקע מחבירו והפסידה כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות וכו' חייב להעמיד לו בית או שדה כשהיו בשעת הגזלה או ישלם דמי מה שהפסיד, אבל אם נשחתה מאליה כגון ששטפה נהר או נשרפה באש שירדה מן השמים אומר לו הרי שלך לפניך. שהקרקע בחזקת בעליה קיימת ואין אחריות הפסדה עליו אא"כ הפסיד בידו מה שאין הדין כן במטלטלין כמו

[62] עיין לעיל בשיעורים דף כא. בתוס' ד"ה אלו מציאות בא"ד וא"ת כריכות ברה"ר. ועיין בהגהות הגרע"א זצ"ל (פט"ו מהל' גזו"א ה"א שהודפסו ברמב"ם פרנקל) דנקט דהרמב"ם מיירי אף בודאי הינוח.

שביארנו עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א תימה הוא זה שהוא לא ביאר כן שהרי עשה העבדים כקרקעות לענין גזילה, שהרי הזקינו אומר לו הרי שלך לפניך וכו' אבל מ"מ נגזלים הם ונקנין ביאוש דכתיב וישב ממנו שבי, ואמרינן העבד שנשבה ופדאוהו לשם בן חורין אחר יאוש לא ישתעבד לא לראשון ולא לשני אלמא לאו כקרקע דמי דהא קני נפשיה ביאוש, הלכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו שהרי משמת אין שלו לפניו וכשמת לגזלן מת עכ"ל. ועיין בחידושי רבינו חיים הלוי (פ"ט מהל' גזו"א ה"א) שביאר הגר"ח זצ"ל דהראב"ד סובר דאע"פ שעבדים הוקשו לקרקע וקיי"ל דקרקע אינה נגזלת היינו רק לענין שלא חל קניני גזילה בעבדים, אבל מ"מ חל מעשה גזילה בעבדים (משא"כ בקרקע דליכא אפילו מעשה גזילה), ומכיון שחל מעשה גזילה בעבדים הריהן אבודין, וממילא חל בהו יאוש - דהא דחל קנין יאוש בגזילה ילפינן לה מאבידה (עיין ב"ק דף ס.), והיינו משום דעיקר דין יאוש נאמר באבידה אלא דכל גזילה הרי היא בכלל אבידה, ומשו"ה מועיל יאוש בעבדים דהויין אבודים מחמת מעשה הגזילה. ועוד אמר הגר"מ זצ"ל בשם אביו הגר"ח זצ"ל דיש להביא ראיה דיאוש בגזילה חל מדין יאוש דאבידה מהא דאיתא בגמ' בתמורה (דף ו.) דהא דשינוי קונה בגזילה תלוי בדין כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני דאי ס"ל דלא מהני אין שינוי קונה בגזילה, וצ"ע מדוע לא קתני נמי דיאוש קונה בגזילה רק אי ס"ל דאי עביד מהני. ותירץ הגר"ח דיאוש בגזילה אינה קנין גזילה בפ"ע אלא חלות קנין דחל מדין אבידה דכל גזילה נמי הויא אבידה ומשו"ה אף אי ס"ל דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני מ"מ יאוש קונה בגזילה מדין יאוש דאבידה, עכ"ד הגר"ח זצ"ל[63]. ומבואר מדברי הגר"ח זצ"ל דחל שם אבידה בחפצא ע"י מעשה גזילה. ולפי"ז י"ל דהרמב"ם סובר דבדבר שאין בו סימן לא חל דין באיסורא אתא לידיה אף אם הוי ודאי הינוח. דאע"פ דכשנטל את האבידה עבר בלאו דלא תגזול, מ"מ נעשה חפצא של אבידה ע"י עצם הלקיחה, דאע"פ דהוי לקיחה באיסור חל בה שם אבידה, ולפי שאין בה סימן ויש יאוש בעלים זכה בה לעצמו, דמאחר שלא נטלה ע"מ לגוזלה ליכא קניני גזילה ולא חל בה דין באיסורא אתא לידיה.[64]

ע"כ ענין ספק הינוח

[63] ועיין בתוס' (ב"ק דף סט. ד"ה כל שלקטו) דהביאו שתי דיעות דפליגי אליבא דמ"ד יאוש בכדי קונה בגזילה האם רק הגזלן קונה ביאוש או אפילו כל אדם קונה כשהגזילה נמצאת אצלו בשעת יאוש. וי"ל דנחלקו האם יאוש בגזילה קונה מדין אבידה ולכן כל אדם קונה בה או"ד דקונה מדין גזילה והוי קנין לגזלן בלבד. ועיין בס' רשימות שיעורים למס' ב"ק ח"ב עמ' שע"ב ובהערה 62 שם, ובעמ' ש"פ.

[64] וצ"ע דלכאורה לפי"ז יש סתירה בדברי הראב"ד, דלגבי גזילת עבדים פסק הראב"ד דנקנין ביאוש מדין אבידה דחל בהו שם אבידה מחמת מעשה הגזילה, ואילו בספק הינוח פסק דאין החפצא נקנית ביאוש דאבידה מאחר

תוס' ד"ה אם נטל לא יחזיר וז"ל יש מפרשים דהיינו דוקא כשנטלוהו והוליכו לביתו דיש לחוש שמא באו בעלים בתוך כך ולא מצאו מה שהניחו שם ושוב לא יחזרו לבקשה לכן לא יחזיר למקום שנטל אבל אם נטלו ולא זז משם וראה שלא באו בעלים בתוך כך יחזיר וכו' ומיהו אם נטל לא יחזיר משמע רק שנטלה ואע"ג דלא הוליכה לשום מקום לא יחזיר. ויש לפרש דמיירי הכא בספק אבידה דאפילו הניחה בעלים שם מדעת דומה ששכחוהו דבלא משתמר כי אם קצת מיירי דומיא דמתני' דעל מתני' קאי רבי אבא ולכך אם נטל לא יחזיר דהשתא אבידה היא ושכחוה הבעלים וכיון שאם היה יודע שהיא אבידה היה מחויב בהשבתה בלא שום הגבהה אם היה יודע של מי הוא דכיון שהוא משתמר קצת לא יתיאשו הבעלים היכא דהגביה הוי מחויב בשמירתה מספק לרבה הוי שומר חנם ולרב יוסף שומר שכר עד שתבא ליד בעלים ולא דמי לזקן ואינה לפי כבודו דאמר רבה הכישה במקל נתחייב בה ואמרינן בהמוכר את הספינה (ב"ב דף פח.) אימור דאמר רבה בבעלי חיים דאנקטינהו נגרי ברייתא אבל בשאר דברים לא היינו משום דזקן לא מחויב בהשבה כלל ולכן כי יחזיר למקומה אינו חייב בשמירתה וכן צלוחית דפרק הספינה (שם פז ב) לא מחייב כלל בנטילה דאבידה מדעת היא ואינו חייב כלל בהשבתה אבל הכא אם היה יודע שהיא אבידה היה חייב ליקחנה ולהשיבה לבעלים אם היה יודע של מי הם עתה שהוא ספק אם הגביה חייב בשמירתה כדין אבידה ממש וכו' ואי לא הוה משתמר לגמרי א"כ שפיר עשה שנטלו ואמאי אמר דלא יאות עבד וכן הא דתניא לקמן (לא.) מצא טלית או קרדום בצד גדר אין זו אבידה ולא יגע בו אפילו יש בו סימן מיירי במקום המשתמר אי נמי התם לדעת הונח שם ולא יגע בו אפילו יש בו סימן דדרך פועלים שמניחין טליתן או קרדומם בצד גדר של אותה שדה ולפירוש רש"י דפירש דלא יחזיר דליכא איניש דיהיב סימנא קשה דפשיטא דלא יחזירנו לשום אדם שאינו יודע מי הם הבעלים כיון שאין בו סימן עכ"ל.

ומבואר דבלישנא קמא תוס' מפרשים דלא יחזיר למקומה משום דמאחר שנטלה והוליכה לביתו שוויה לאבוד. וי"ל בשיטתם דיתכן דס"ל שגם אם היה מונח במקום המשתמר קצת ואפילו יש בו סימן מ"מ לא יגע בהן, דאף לפי תוס' חל דין דבעינן "נדחים" להתחייב בהשבת אבידה. ומשו"ה אע"פ שבמקום המשתמר קצת הו"ל אבוד מ"מ אם נמצא החפץ בדרך הנחה ואינו "נדח" לא יגע בו, דבכה"ג ליכא חיוב השבת אבידה. אולם יתכן דהתוס' ס"ל כשיטת הרא"ש דביש בו סימן ונמצא בדרך הנחה במקום המשתמר

שלקחה באיסור גזילה. ואולי י"ל דהראב"ד ס"ל דבעבדים ליכא קניני גזילה, משא"כ בספק הינוח חל קניני גזילה ומשו"ה הו"ל באיסורא אתא לידיה ולא קני ביאוש, וצ"ע בזה.

קצת דנוטל ומכריז (ודלא כהרמב"ם והר"ן) ואילו אם אין בו סימן אזי לא יטול דמפסיד לבעלים, דמשו"ה בספק הינוח ואין בו סימן לא יטול לכתחילה. ולפי"ז תוס' חולקים על הרמב"ם וס"ל דליכא דין דבעינן "נדחים" לחיוב השבת אבידה.

מאידך ללישנא בתרא דתוס' מיירי הכא בספק אבידה שנמצא במקום המשתמר קצת והוי אבוד ומ"מ לא יגע בו לכתחילה מכיון דאין בו סימן ומפסיד את הבעלים אם יטלנו, אבל אם כבר נטלו הריהו מחויב בשמירתה ובהשבת אבידה, ואע"פ שאינו חייב בהכרזה מכיון דאין בו סימן וליכא חיוב השבה בקום ועשה, מ"מ חל חיוב השבה וחלות שמירה מחמת איסור העשה דהשב תשיבם. והא דלא יטול לכתחילה הוא משום דיש חשש שמא יגרום הפסד לבעלים בנטילתו, וזה מפקיע את האיסור דלא תוכל להתעלם אבל אינו מפקיע את חיוב ההשבה שחל אם נטלו ונעשה שומר אבידה, דמכיון שנטלה נעשה שומר ואסור לו להחזירה למקום שמצאה. אך לפני שנטלה אינו שומר ומותר לו להתעלם ממנה מחמת החשש דאם יטלנה יגרום הפסד לבעלים.

ולפי"ז יוצא דחל חלות דין שומר אבידה אף כשאין מצות השבת אבידה בקום ועשה, וחלות דין שמירה חל מחמת אסור העשה. ולכאורה יש נפ"מ בזה לגבי דין שמירת נזקין בשומר אבידה, דיש לעיין האם שומר אבידה חייב בשמירת נזקין או לא. ולכאורה י"ל דאם האחריות דשומר אבידה מהווה חלות דין אחריות שמירה כבכהת"כ אזי אף שומר אבידה חייב בשמירת נזקין. משא"כ אי הוי חלות דין שמירה מיוחדת שחלה מחמת מצות השבת אבידה י"ל דפטור משמירת נזקין. ויתכן דיש נפ"מ האם חלה מצות השבת אבידה בקום ועשה או רק איסור עשה דהשב תשיבם, די"ל דכשחל מצות השבה בקום ועשה אזי חל דין שמירה כבכהת"כ וחייב שומר אבידה בשמירת נזקין, משא"כ אם חל דין שמירה מחמת איסור העשה דהשב תשיבם אזי י"ל דחל דין שמירה מיוחדת דשומר אבידה ואינו חייב בשמירת נזקין.[65]

והנה בהמשך דבריהם כתבו התוס' וז"ל ולא דמי לזקן ואינו לפי כבודו דאמר רבה בפרקין הכישה נתחייב בה וכו' היינו משום דזקן לא מחייב בהשבה כלל ולכך כי יחזיר למקומה אינו חייב בשמירתה וכן צלוחית דפרק הספינה לא מחייב כלל בנטילה

[65] וכן יש לעיין אליבא דאביי ביאוש שלא מדעת וכגון שהגביה אבידה שאין בה סימן לפני יאוש, דלכאורה לא חלה בכה"ג מצות השבת אבידה בקום ועשה - דהרי אין בה סימן, וחל רק איסור עשה שאסור לו לקחת את האבידה לעצמו והוי איסור בשב ואל תעשה, ויש לעיין האם חל דין בכה"ג דין שמירה לענין שמירת נזקין. אולם יש לחלק דספק הינוח שאני דלכתחילה לא יטול - דהיינו שלא חלה עליו מצות השבת אבידה בקום ועשה, ואם נטלה חל רק איסור עשה שלא לקחת האבידה לעצמו. וא"כ י"ל דאינו חייב בדין שמירה כבכהת"כ אלא דין שמירה מיוחדת מחמת האיסור עשה. משא"כ ביאוש שלא מדעת י"ל דחל מצות השבת אבידה בקום ועשה וחל בו דין שמירה כבהת"כ וחייב אף בשמירת נזקין, וי"ל"ע בזה.

דאבידה מדעת היא ואינו חייב כלל בהשבתה, אבל הכא אם היה יודע שהיא אבידה היה חייב ליקחנה ולהשיבה לבעלים אם היה יודע של מי הם עתה שהוא ספק אם הגביה חייב בשמירתה כדין אבידה ממש עכ"ל. ונראה לבאר דהתוס' הקשו מ"ש דבספק הינוח קיי"ל דלא יגע בהן ופטור מהאיסור דלא תוכל להתעלם, אמנם אם נטלה נעשה שומר אבידה, ואילו בזקן ואינו לפי כבודו הרי הוא פטור לגמרי, ואף אם נטלה אינו נעשה שומר אבידה. ותירצו התוס' דבזקן ואינו לפי כבודו חל פטור גמור דאינו חייב בהשבת אבידה כלל, משא"כ הכא דעצם החפץ מחייב בהשבה וכן הגברא המוצא האבידה חייב בהשבה אלא דאי אפשר לקיים את ההשבה מכיון דאין בה סימן ויתכן שאם נוטלה יזיק ויפסיד את הבעלים, ולכן אמרינן דלא יגע בהן.[66] אולם אם נטלן חייב בשמירה מדין שומר אבידה דעצם החפץ והגברא הויין בכלל חיוב השבה, אלא דאמרינן דשוא"ת עדיף. ועוד י"ל דתוס' סברי דמשערין הספיקות ומכיון שיש סיכוי שאם יטלנה יפסיד ממון הבעלים ע"כ הרי הוא פטור מחיוב מצות השבת אבידה, אמנם אין זה מועיל להפקיע חלות דין שומר אבידה, וע"כ אם נטלה חייב בשמירתה מדין שומר אבידה. דהאפשרות שיגרום הפסד ממון לבעלים מתיר רק את האיסור דלא תוכל להתעלם וחובת המצוה דהשב תשיבם, אבל אינו מתיר חלות דין איסור ממון דחל על המוצא שלא לקחת ממון שאינו שלו, והחיוב שמירה דשומר אבידה הויא חיוב ושעבוד ממון שחל על המוצא, וחל אף בספק הינוח מחמת חלות דין איסור עשה דהשב תשיבם אע"פ שאין בספק הינוח חלות דין מצות השבה בקום ועשה.

אולם עיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזו"א הי"ד) וברש"י (בדף ל: ד"ה הכישה) דס"ל דאף בזקן ואינו לפי כבודו אם התחיל להשיב את האבידה והגביהה הרי הוא חייב בהשבה, ודלא כהתוס'. וביאר הגר"ח זצ"ל דהרמב"ם סובר דזקן ואינו לפי כבודו הויא פטור מהאיסור דלא תוכל להתעלם וממצות השבה בקום ועשה, אבל אינו מתיר חלות דין שעבוד ממון ודין שומר אבידה שחלין עי"ז שהגביה את החפץ. ונראה דזקן ואינו לפי כבודו הוי רק פטור גברא וע"כ משהגביה את החפץ נתחייב בשמירה ובהשבה מדין שומר אבידה, משא"כ באבידה מדעת חל פטור והפקעה בעצם החפצא שמופקעת מהשבה, ולכן אע"פ שהגביה אבידה מדעת אינו חייב בשמירה ובהשבה כלל.

והנה עיין בחידושי הרמב"ן (ד"ה ספק הינוח לכתחילא לא יטול ואם נטל לא יחזיר) וז"ל פרש"י ספק הינוח בדבר שאין בו סימן לא יטול ואם נטל לא יחזיר לבעלים דהא

[66] ועדיף להניח את האבידה במקומה ולא ליטלה, דבזה יש אפשרות יותר שתחזור האבידה לבעלים על הצד שהבעלים ישובו ויקחו את החפץ ממקום שהינחוהו שם.

ליכא דיהיב סימנא. ולא דייק כלל דאי הכי פשיטא שלא יחזיר לבעלים כי לא יהבי סימנא. אלא הכי פירושו לכתחילה לא יטול שאני אומר אתי מרוותיה דאצניענהו תמן ושקלי ליה. ואם נטל לא יחזיר שם שאני אומר אתי איניש אחרינא ושקל ליה וכיון שהגביהה נתחייב בחזרתה. ובירושלמי גרסינן וכו' פירושו א"ל שלא יחזירנה לשם וכו' שאם מחזירו שם מפסידו מן הבעלים כי שמא באו הבעלים וכיון שלא מצאו נתיאש ממנו ושוב לא יחזרו שם ואיהו לא קני בהאי יאוש דבאיסורא אתא לידיה וכו' ולמדנו למה לא יחזיר מפני שהבעלים לא יחזרו שם, ולפי טעם זה אפשר שאם הגביה ולא זז משם שיכול להחזירה. ולפי מה שפירשנו שכיון שהגביה נתחייב בה אפילו לא זז משם לא יחזיר. וטעם זה שאמרו בירושלמי עיקר שכיון שאינו מצווה מתחילה להחזירה אע"פ שהגביה לא נתחייב בה כיון שהחזירה למקומה, וכו' והוי יודע דכ"ש בדבר שיש בו סימן שאינו רשאי להחזירה למקומה דמשהגביהה ע"מ להחזירה נתחייב זה ושומר של בעלים הוא ואפילו לא זז משם לא יחזירנה לשם. אבל בדבר שאין בו סימן אם לא זז משם יחזיר, שכיון שאינו רשאי ליטלה לא נתחייב בה. ועוד שמא דרך נפילה ולא נתיאשו הבעלים הואיל ויש בו סימן ומיחייב בהשבה גמורה שהרי לא הניחוה שם מדעת והוא שומר אבידה דכשומר שכר דמי. ולהכי נקט דבר שאין בו סימן משום דדבר שיש בו סימן לכתחילה יטול וכו' והני מילי במקום שאינו משתמר לגמרי אבל במקום המשתמר לגמרי לא יטול שכך שנינו מצא כלי באשפא אם מכוסה הרי זה לא יגע בו. ואי דרך נפילה ודאי הוא נוטל ומכריז דכל דרך נפילה לאו שמור הוא לבעלים והיינו סכיני והמנקי, וזהו כלל אבידה עכ"ל. ונראה דהרמב"ן סובר דדין שומר אבידה וחיוב שמירה תלוי במצות השבה, ולפיכך ס"ל דבדבר שיש בו סימן דחל חיוב מצות השבת אבידה אם נטלה חייב בשמירה ואסור להחזירה למקומה. אולם מתוס' משמע דלא ס"ל דדין שמירה תלוי בחיוב השבה, וס"ל דאף אם אין חיוב השבה בדבר שאין בו סימן חל בה חיוב שמירה דהוי שומר אבידה משהגביהה, דחיוב שמירה תלוי בשם אבידה. ולפי הרמב"ן בדבר שאין בו סימן דליכא חיוב השבה בפועל אין בה נמי דין שמירה. ויתכן שנחלקו התוס' והרמב"ן בגדר דספק הינוח לא יטול, דלפי התוס' היינו משום דבדבר שאין בו סימן לא שייך השבה בפועל מכיון שאין בו סימן, אולם מעיקר הדין החפץ הויא בכלל חיוב השבה אלא דהוי חיוב שאי אפשר להתקיים, וע"כ אם נטלו הרי הוא חייב בשמירה מדין שומר אבידה ואסור להחזיר את החפץ למקומו ואף אם לא זז משם. משא"כ הרמב"ן סובר דבספק הינוח בדבר שאין בו סימן ליכא חיוב השבה כלל וחל פטור ממצות השבת אבידה, ואינו נעשה שומר אבידה, ואף אם נטל את החפץ

אם לא זז משם וליכא חשש שיפסידו הבעלים יחזיר את החפץ למקומו. ובדבר שיש בו סימן ס"ל לרמב"ן דלכתחילה לא יטול, דאע"פ שבעצם חייב בהשבה מכיון דיש סיכוי דלמא יפסיד הבעלים שלא ישמעו ההכרזה או לא יזכרו הסימן שוא"ת עדיף. אמנם אם נטלו הוי שומר אבידה, משא"כ באין בו סימן אינו חייב כלל בהשבה ואינו נעשה שומר משהגביה.

דף כו.

תוס' ד"ה דשתיך וז"ל וא"ת וליקני ליה חצירו לבעל הגל או לבעל הכותל וי"ל דאין חצר קונה בדבר שיכול להיות שלא ימצאנו לעולם כמו הכא שהוא מוצנע בעובי הכותל, וכן מוכח לקמן דתנן מצא בחנות ובשולחנות הרי אלו שלו ואין חצירו קונה לחנוני או לשולחני לפי שהמעות הם דבר קטן ואין סופו הוה לימצא וכו' עכ"ל.

א.

ביאור דברי התוס'

ונראה לבאר דברי התוס' עפ"י הגמ' לעיל (דף י:) שנסתפקה האם חצר משום יד איתרבאי או משום שליחות איתרבאי, ונראה דר"ל דיש להסתפק האם קנין חצר חל ע"י שהחצר עושה מעשה קנין שתפיסת החצר מהוה תפיסה כאילו בעל החצר תופס בידו וקונה מדין קנין יד. או דילמא דבחצר חל הקנין והזכייה מאליה, ודומה לשליחות דהשליח עושה המעשה והחלות מתייחס למשלח. והנה מבואר בתוס' דאע"פ דחצר קונה לאדם שלא מדעתו מ"מ בעינן שיהא דבר שיודע לו אח"כ שנמצא הדבר בחצירו ואי לא יודע לו לעולם לא קני, וצ"ב בסברת התוס'. ויתכן דס"ל דחצר משום יד איתרבאי - דהיינו שחצר קונה ע"י מעשה קנין, ומשו"ה ס"ל דבעינן דעת לקנות ומועיל דעת בעל החצר לבסוף כשיתברר הדבר דהיה בחצירו כדי להוות דעת למפרע למעשה הקנין. משא"כ אי נימא דחצר משום שליחות איתרבאי - דהיינו שחל הקנין ע"י החצר מאליה, א"כ צ"ב מדוע בעינן דעת בעל החצר לבסוף, דהקנין חל מאליו ע"י שהחפץ נמצא בחצר. ומשמע דתוס' נקטו כמ"ד דחצר משום יד איתרבאי וחל הקנין ע"י מעשה קנין ומשו"ה בעינן דעת הבעלים לבסוף. אולם עוד יתכן לפרש דהא דבעינן דיכול החפץ להימצא לבסוף היינו רק דיש אפשרות שימצא - דבלאו הכי אין החפץ חשיב כנמצא ותפוס בחצר, והויא שיעור בתפיסת החצר, אבל אין זה מדין דבעינן דעת לקנין החצר. ועיין בשיטמ"ק (דף יב. ד"ה חצר משום יד) שכתב כעין זה לגבי הדין דבעינן חצר המשתמרת

דאם אינו משתמר אין החפץ נחשב כמונח בחצר, והוי שיעור בתפיסת החפצא בחצר לגבי קנין ואינו מדין דעת לקנין.

והנה עיין ברמב"ם (פי"ז מהל' גזילה ואבדה ה"ח) וז"ל חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר, בד"א בחצר המשתמרת אבל בשדה וגנה וכיוצא בהן אם היה עומד בצד שדהו ואמר זכתה לי שדי זכה בה ואם אינו עומד שם או שהיה עומד ולא אמר זכתה לי שדי כל הקודם זכה עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דבחצר שאינה משתמרת לא קנה אא"כ עומד בצד חצירו וג"כ אמר זכתה לי חצירי, ודלא כשיטת התוספות (בדף יא. ד"ה זכתה) דס"ל דבעומד בצד חצירו לא בעינן אמירת זכתה לי חצירי, והעמידה בצד החצר מהניא לשוויה לחצר המשתמרת שקונה שלא מדעתו. ובביאור שיטת הרמב"ם דס"ל דבעינן נמי אמירת זכתה לי חצרי י"ל דהרמב"ם סובר דחלין ב' דיני קנין בקנין חצר, דבחצר המשתמרת חל הקנין מאליו בלי מעשה קנין, משא"כ בחצר שאינה משתמרת חל הקנין ע"י מעשה קנין שהחפץ נתפס ע"י החצר, ובעינן נמי דעת לקנין, וע"כ בעינן שיאמר זכתה לי חצרי בכדי שיחול קנין החצר בחצר שאינה משתמרת. משא"כ בחצר המשתמרת חל הקנין מאליו ולא בעינן שיאמר הבעלים זכתה לי חצרי דאין הקנין חל ע"י מעשה קנין אלא הקנין חל מאליו.

ועיין ברמב"ם (פט"ז מהל' גזו"א ה"ז - ה"ח) וז"ל המוצא מטמון בגל או בכותל ישן הרי אלו שלו שאני אומר של גויים הקדמונים הן וכו' והואיל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו שיתבאר למה לא יקנה בעל החצר זה המטמון שבתוך הכותל הישן אע"פ שהוא של אמוריים ותהיה מציאה זו לבעל החצר מפני שאינה ידועה לו ולא לאחרים והרי זה המטמון אבוד ממנו ומכל אדם ולפיכך הוא של מוצאו. ומה אבידה של אדם אמרה תורה אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאתה זו שנפלה לים שאבודה ממנו ומכל אדם קל וחומר למטמון קדמוני שלא היה מעולם והוא אבוד ממנו ומכל אדם לפיכך הוא של מוצאו עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א זהו ק"ו שיש עליו תשובה אבידה שבים למי תזכה הים אבל אבידה שבגל הגל תזכה לבעליו, וכן כותל ישן. אבל הטעם בכאן לפי שאינה חצר המשתמרת וצריך שיהא בעליו בצדו ויאמר זכתה לי חצרי עכ"ל. וצ"ב בדברי הראב"ד דמדוע ס"ל דצריך לעמוד בצד החצר ולומר זכתה לי חצרי, והרי לכאורה הגל והכותל הו"ל חצר המשתמרת, דהחפץ טמון בתוכו ואין ביכולת כל אדם לבוא ולקחתו וא"כ הויא חצר המשתמרת ולא בעינן שיעמוד בצד החצר ויאמר זכתה לי חצרי. ונראה דהראב"ד סובר דיש ב' דינים בחצר המשתמרת: א) דבעינן שימור בכדי שיהא החפץ מונח ושמור בתוך החצר ואי אינו משתמר אזי החפץ

לא נחשב למונח בחצר כלל, ב) בעינן שהחצר תשמור את החפץ עבור הבעלים, והכא במטמון שנמצא בכותל ישן ובגל אע"ג דהכותל והגל הויין בכלל חצר המשתמרת מצד שהחפצא משתמר והוי מונח בחצר, מ"מ י"ל שאין החצר שומרו עבור הבעלים, וע"כ בעינן שיעמדו הבעלים בצדה ויאמרו זכתה לי חצרי. ולפי"ז יתכן לומר דזהו נמי סברת התוס' דס"ל דאין קנין חצר חל לבעל הכותל והגל משום בעינן שיכולים הבעלים למצוא את החפץ כדי שיהא חצר המשתמרת עבור הבעלים והכא שיכול להיות שלא ימצאנו לעולם הוי חצר שאינה משתמרת לבעלים ואינה קונה מאליה.

ב.

בפלוגתת הרמב"ם והראב"ד פט"ז מהל' גזלה ואבדה ה"ז - ה"ח

והנה יש לעיין בדברי הרמב"ם (פט"ז מהל' גזו"א ה"ז - ה"ח) וז"ל המוצא מטמון בגל או בכותל ישן הרי אלו שלו שאני אומר של גויים הקדמונים הן וכו' והואיל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו שיתבאר למה לא יקנה בעל החצר זה המטמון שבתוך הכותל הישן אע"פ שהוא של אמוריים ותהיה מציאה זו לבעל החצר מפני שאינה ידועה לו ולא לאחרים והרי זה המטמון אבוד ממנו ומכל אדם ולפיכך הוא של מוצאו. ומה אבידה של אדם אמרה תורה אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאתה זו שנפלה לים שאבודה ממנו ומכל אדם קל וחומר למטמון קדמוני שלא היה מעולם והוא אבוד ממנו ומכל אדם לפיכך הוא של מוצאו עכ"ל. ומשמע דמעיקר הדין היה חל קנין חצר על המטמון שיהא קנוי לבעל החצר אלא דמאחר שהחפץ הויא אבודה ממנו ומכל אדם פקע הקנין, והרמב"ם כתב דיש ק"ו דאם אבודה ממנו ומכל אדם מפקיע החפץ מרשות הבעלים ק"ו דמפקיע קנין חצר. אמנם הראב"ד השיג עליו וז"ל א"א זהו ק"ו שיש עליו תשובה אבידה שבים למי תזכה הים אבל אבידה שבגל הגל תזכה לבעליו, וכן כותל ישן, עכ"ל. ונראה לבאר דהראב"ד משיג דבאבודה ממנו ומכל אדם כגון שנפל לים אין מי שיזכה בו ומשו"ה פקע האבידה מרשות הבעלים, משא"כ הכא בכותל ובגל יש מי שיזכה בו דכשחופר בכותל ובגל ימצא המטמון, וא"כ י"ל דברגע לפני שהמוצא מגביה את המטמון תקנה החצר לבעל החצר דתו לא הויא באותו רגע אבודה ממנו ומכל אדם, וקנין החצר לבעה"ב הוא קודם לקנין יד והגבהה של המוצא. ונראה לתרץ דהרמב"ם סובר דבאבודה ממנו ומכל אדם חל קנין למוצא אפילו לפני שהגביה את החפץ ועשה מעשה קנין, ומשום דס"ל דחל קנין מדין מציל מחמת שעוסק בהצלת החפץ, וכדנתבאר לעיל (בשיעורים לדף כב: ד"ה והלכתא כוותיה דאביי). ולפי"ז נל"ב הק"ו שברמב"ם דאם אבודה ממנו ומכל אדם מפקיע ממון הבעלים

ק"ו שיפקיע קנין חצר לבעה"ב מאחר דיש עוד טעם שלא יקנה החצר לבעה"ב - דיש דין קנין מציל שקונה למוצא שמתעסק בהצלת החפץ וחל הקנין למציל אף לפני שהגביה את החפץ בפועל. וי"ל דהראב"ד חולק ע"ז משום דס"ל דליכא קנין מציל קודם שקונה את המציאה במעשה קנין וכאן החצר קונה לפני שהגביה המוצא את האבידה.[67]

ג.

שיטת הריטב"א בטעם שאינו קונה המטמון מדין קנין חצר

עיין בריטב"א (ד"ה תנא) וז"ל וקשיא לן ליקני חצרו לבעל הכותל דהא קיי"ל חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו ומתרצים התוס' דכי אמרינן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ה"מ היכא דאי איתא לבעל החצר יכול לראות את המציאה ולזכות בה אבל הכא דאפילו כי קאי בחצרו לא מצי זכי לה דהא אינו יודע שתהיה אותה מציאה לא קני ליה חצרו. ודמיא האי תירוצא למאי דאמר בשלוח הקן כל היכא דאיהו מצי זכי חצרו נמי מצי זכי ליה אבל היכא דאיהו לא מצי זכי חצרו נמי לא מצי זכי ליה עכ"ל. ומבואר דהריטב"א סובר דאינו זוכה ע"י חצירו משום דיש דין דחצר לא קני אא"כ יכולים היו הבעלים לזכות ולקנות את החפץ בעצמן, והכא שאינו ידוע לבעלים שהמטמון נמצא בביתו ולא מצי זכי בנפשיה לא קני לו חצר. ודבריו צ"ב. ונראה דהריטב"א סובר דקנין חצר הוי קנין החל מאליו ואינו מעשה קנין של הבעלים ע"י החצר. אמנם הריטב"א סובר דקנין חצר חל מאליו רק באופן שהחפץ שנמצא בתוך החצר אינו מחוסר קנין. ולכן היכא שיכולים הבעלים לזכות בו באופן אחר מעצמם י"ל שהחפץ אינו מחוסר קנין ועומד לקנין ולפיכך חל בו קנין חצר מאליו. אמנם יל"ע בזה דלכאורה הא דס"ל דחל קנין חצר מאליו הוא רק למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי (כמו שנתבאר לעיל באות א'), ולמסקנה קיי"ל דחצר משום יד איתרבאי וא"כ קנין חצר אינו קנין שחל מאליו אלא דחל מעשה קנין דהבעלים תופס החפץ ע"י החצר, וצ"ע א"כ מדוע בעינן שיכולים לראות המציאה ולזכות בה בקנין אחר, וצ"ע.

ועוד תירץ הריטב"א וז"ל וה"ר משה ב"ר יהודה כתב וכו' דאפילו נימא דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אפ"ה לא אמרינן דהנהו ליהוו דבעה"ב, דהא מקמי יאוש נפלו בחצרו וכו' וכיון דמקמי יאוש אתא לחצרו של בעל הבית באיסורא אתא לידיה ולא קני הלכך הרי אלו שלו עכ"ל. ומבואר דס"ל דליכא קנין חצר מכיון דבאיסורא אתא לידיה דנפל לתוך החצר קודם יאוש, וכן מבואר מדברי הראב"ד (פט"ז מהל' גזלה ואבדה ה"ד)

[67] ואחי הרה"ג ר' ברוך שלום רייכמן שליט"א הציע דיתכן לומר דלראב"ד אין דין אבודה ממנו ומכל אדם חל בחפץ הנמצא ברשותו ובחצרו דאבידה שברשותו אינה אבידה, משא"כ הרמב"ם סובר דהוי אבידה.

וז"ל יש מי שאומר שאפילו אמר תקנה לי רשותי לא קנה לו לפי שבאה שם המציאה קודם יאוש וכו' עכ"ל. אמנם לכאורה צ"ע, דאה"נ הא דבאיסורא אתא לידיה הוי טעם מדוע אין החצר קונה את המטמון לבעל החצר, אולם לפי"ז צ"ע מדוע קונה המוצא, והא החפץ שייך לבעלים שלא נתיאשו ממנו. ונראה דמירי דהשני מצאו לאחר יאוש דחל שם אבוד בחפצא וע"כ זוכה בו, דלא הוי תו באיסורא אתא לידיה.

ועיין עוד בריטב"א וז"ל והב"ה תירץ דכי אמרינן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ה"מ כשנפלה מציאה לחצרו וכו' אבל הכא בחורין שלו באו החפצים מאליהם ולא נפלו שם אלא הונחו שם מדעת וכו' עכ"ל. ונראה דהב"ה סובר דקנין חצר חל מדין מעשה קנין, ואם החפץ נפל לתוך החצר אזי בשעה שנכנס הו"ל כאילו הכניסו הבעלים עצמם את החפץ לתוך החצר שלהם וחל מעשה קנין ע"י חצר. משא"כ כשהחפץ היה מונח שם לפני כן דליכא מעשה לא חל קנין חצר. אולם היכא דיש דעת אחרת מקנה אותו חשיב כמעשה קנין וחל קנין חצר. וכן כשעומד בצד חצירו ואומר תקני לי חצרי יש מעשה קנין וקונה.

ד.

שיטת התוספות חיצוניות והמרדכי

ועיין בשיטמ"ק (דף כה: ד"ה תנא) שכתבו בשם תוספות חיצוניות וז"ל דלא אמרינן חצירו של אדם קונה שלא מדעתו אלא היכא שהחצר היה שלו קודם לכן שבאת המציאה לתוך החצר אבל היכא שאין החצר שלו לא קני ליה חצירו וכו' דלא קני ליה חצירו אלא כשהחצר שלו בשעה שהמטלטלים באים לחצר עכ"ל. ונראה דס"ל דקנין חצר חל מדין מעשה קנין, וחל מעשה הקנין בשעה שנכנס החפצא לתוך החצר. אבל אם היה החפץ בחצר לפני שנעשה החצר שלו לא קנה את החפץ כשקנה את החצר. אולם אי נקטינן דקנין חצר הוי קנין החל מאליו י"ל דאף אם היה החפץ בחצר לפני שנעשה החצר שלו דקונה את החפץ ממילא לאחר שנעשה חצירו, דהרי החפץ נמצא ברשותו וחל קנין מאליו. ומוכח דהתוס' חיצוניות ס"ל דקנין חצר אינו קנין מאליו אלא דהוי קנין שחל ע"י מעשה דהבעלים תופס את החפץ ע"י החצר, ומשו"ה אי לא היה החצר שלהם בשעה שנכנס החפץ לתוכו לא חל קנין חצר.[68]

[68] ויל"ע לפי התוס' חיצוניות מה יהיה הדין כשבעל החצר עומד בצד שדהו ואומר זכתה לי שדי דעי"ז חל מעשה קנין ע"י בעל החצר וא"כ י"ל דיקנה אף חפצא שהיה בו מלפני שקנה את השדה. וכן יל"ע מה הדין כשדעת אחרת מקנה אותו די"ל דחל ע"י דעת אחרת מקנה אותו דין מעשה קנין אף בחפצא שכבר נמצא בחצר. אולם מלשון התוס' חיצוניות שהביאו ראיה לשיטתם מקנין אגב וז"ל ומהאי טעמא ניחא הא דבעי במס' קידושין אי בעינן ציבורין בשדהו או לא, ומאי בעי ליקני ליה חצירו אלא ש"מ דלא קני ליה חצירו אלא כשהחצר שלו בשעה שהמטלטלים באים לחצר עכ"ל, מוכח דס"ל דאף בדעת אחרת מקנה אותו בעינן כניסת החפצא במציאות לתוך

ועיין במרדכי (סימן רנ"ח) שתירץ קושיית הראשונים וז"ל ולא שייך למימר כה"ג חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו וזכו בו הראשונים שקנו הכותל והגל דכיון דאין דבר ההוה כשאר המציאות שפעמים הווים לבא לא זכה בו כי כשקנאו לא העלה על לב לקנות המטמון הלכך לא זכה, דלא זכה אלא בדבר שירצה לקנות וכו' אבל בדבר שלא היה בדעת המוכר למכור ולא דעת הקונה לקנות לא קנה וכו' עכ"ל. ומבואר דס"ל דאף בקנין חצר בעינן דעת הבעלים לקנות, והא דאמרינן דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו היינו דבחצר לא בעינן דעת קנין פרטית בשעת מעשה הקנין כבשאר קנינים, ובקנין חצר מועיל דעת קנין כללית שיש לקונה דעת בשעה שקנה החצר על דעת לקנות כל דבר המצוי להיות בתוכה. ועוד הוסיף המרדכי די"ל דהמוכר לא מכר בדעת שיקנה הלוקח את המטמון שבחצר ומשו"ה לא קנה הלוקח. ונראה לבאר דר"ל דהוי שיור בקנין החצר דהמוכר משייר בקנינו של הקונה שלא הקנה לו את חצירו לענין מטמונים שבתוכה. ודומה לדין חצר המושכרת דהרמב"ם פסק (פ"ו מהל' שכירות ה"ה) וז"ל הזבל שבחצר הרי הוא של שוכר לפיכך הוא מטפל בו להוציאו וכו' במה דברים אמורים בשהיו הבהמות שעשו הזבל של שוכר אבל אם הבהמה של אחרים הזבל של בעל החצר, שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים עכ"ל. לשיטת הרמב"ם אע"פ שהחצר שכורה ביד השוכר מכיון שהגללים הם משוורים דאתו מעלמא קונה המשכיר - דהמשכיר קונה מן ההפקר. וצ"ע דמהגמ' לעיל (יא.) "מעשה ברבן גמליאל וזקנים שהיו באים בספינה אמר ר"ג עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו וכו'" משמע דהחצר קונה לשוכר. ונראה דשאני היכא דאיכא דעת מקנה דאזי קונה החצר המתנה לשוכר. ונראה לומר דהמשכיר שייר בקנינו לשוכר דהקנה לו את החצר לענין קנין מתנה ומכירה ולא לענין לקנות מן ההפקר. וה"נ י"ל דהמוכר חצר לחבירו שייר בקנינו שלא יקנה הקונה המטמונים שבחצר.

החצר לעשות מעשה קנין. אולם לולא דבריהם היה נראה דיש לחלק בין כניסת אבידה לדעת אחרת מקנה אותו בדין כניסה לחצר, דיסוד קנין חצר הוא שהחצר תופס את החפץ בעד בעל החצר. וי"ל דאם החפצא היה נמצא בחצר לפני שבעל החצר קנה את החצר אזי א"א לומר שהחצר תופסת את החפצא בשבילו שהרי החפצא היה בחצר כבר לפני שהבעלים קנו את החצר, ומכיון דאין החצר תופסת את החפצא בשבילו לא קנה. משא"כ אם החצר כבר היתה שלו ואח"כ נכנס החפץ לתוך החצר דאזי חל תפיסה דהחצר תופסת החפצא בשבילו מתחילת כניסתה לחצר ומשו"ה חל קנין חצר. אמנם כשיש דעת אחרת מקנה אותו י"ל דהמקנה יכול לקבוע שהחצר תופסת את החפצא שלו בעד בעל החצר אף לפני שבעל החצר קנה את החצר, ומכיון דחל תפיסה לבעל החצר קנה את החפצא משנעשה בעל החצר מדין קנין חצר. ולכאורה זוהי סברת רב פפא דחצר שאינה משתמרת קונה כשדעת אחרת מקנה אותו, דהחסרון בחצר שאינה משתמרת היינו בתפיסת החפצא בחצר אולם כשיש דכעת אחרת מקנה אותו חלה תפיסה מכח הדעת מקנה, וה"ה נמי בדליכא כניסת החפצא לחצר דחסרה תפיסת החצר בעד בעל החצר י"ל דאי איכא דעת אחרת מקנה אותו חל תפיסה אף שלא היה חצירו בשעת כניסת החפץ לחצר.

ועוד כתב המרדכי (אות רנ"ח) וז"ל ומעשה בא' שקנה בדיל מן העכו"ם לכסות גגו ושוב נמלך ומכרו לישראל חברו בחזקת בדיל ונמצא שכולו כסף מבפנים אך מבחוץ היה מחופה בדיל ותבעו בדין שאינהו אונאה ופטרו אבי העזרי שאמר שלא זכה בו כשקנאו מן העכו"ם כיון שלא ידע ולא נתכוון לקנות הכסף וכו' עכ"ל. ומבואר דס"ל דאע"פ שעשה מעשה קנין בחפצא אינו קונה את החפץ אם אינו יודע את מינו וטבעו, ולפי"ז נראה דמשו"ה חצר אינה קונה את המטמון שלא מדעתו דליכא דעת קנין כלל לקנות הכסף שהיה טמון בחצר.

ועיין עוד במרדכי (אות ר"ס) וז"ל ונשאל לה"ר אביגדור כהן על עובד כוכבים שאבדו לו מעות בבית ישראל ומצאן ישראל אחר, וטוען הישראל שהאבידה בביתו כבר קנתה לי חצרי אפילו שלא מדעתי. והשיב דלא מצי טעין הכי דלא אמרינן חצרו של אדם קונה לו אלא במידי דשכיח ורגיל למצוא כי ההיא דפ"ק דב"מ ראה אותן רצין אחר המציאה אחר צבי שבור וכו' ואמר זכתה לי שדי זכתה לו ואמרינן עלה בגמ' משום דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו ושדה תמיד מצויין שם צבאים וגוזלות אבל דברים שאינם מצויין כגון מעות ושאר מטלטלין לא זכתה לו שדהו וכו'. וכ"פ ר"ח אהא דתנן מצא בגל או בכותל ישן הרי אלו שלו ואמרינן בגמ' מפני שיכול לומר של אמוריים הם והקשה בתוס' רבנו שמשון ותקני ליה חצר של בעה"ב ואומר ר"ת דדבר שאין יכול למצוא לא קניא ליה חצרו והכי מוכח לקמן דאמרינן לא שנו אלא בלוקח מן התגר דהתם תנן לקח פירות מחבירו או ששלח לו חבירו פירות ומצא בהן מעות הרי אלו שלו ולא אמרינן דתגר קני להו כי הוו ברשותיה משום דאינן עשויין למצוא עכ"ל. ונראה דהמרדכי סובר שחל קנין חצר רק על דבר שהבעלים היו מצפים שיהיה דבר זה בחצרו, ומבואר דהמרדכי סובר דלקנין בעינן דעת על עצם הדבר הנקנה ולא רק דעת בעלמא לקנות. ועוד תירץ המרדכי (באות רנ"ט) בשם רבי ברוך ממגנצא "דלא אמרינן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אלא הפקר גמור אבל לא גבי אבידה, ואפילו היכא דאיכא יאוש כיון דאילו הוה ידע ליה לא הוה מפקריה". ויתכן דר"ל דיאוש באבידה אינה מחיל חלות של הפקר אלא מחיל קנין מסוים דאבידה שקונה למוצא בלבד. ובעל החצר עדיין לא מצא את האבידה ומשו"ה אין החצר קונה אותה עבורו ביאוש בעלים דליכא חלות שם מוצא מציאה. אך מלשון המרדכי לא משמע הכי, אלא דס"ל דליכא חלות יאוש, דאילו ידע דנאבדה בחצר חבירו שאם היה מוצאו היה מחזירה לו לא היה מתייאש והוי יאוש בטעות. אלא דצ"ע א"כ נימא הכי בכל אבידה, וצ"ל דר"ל דאינה אבידה גמורה מאחר שנמצא החפץ בחצר חבירו ומשו"ה לא חל בה דין יאוש.

בענין קנין חצר וקנין ד' אמות

א.

בדין קנין ד' אמות

עיין בגמ' לעיל (דף י.) "אמר ר"ל משום אבא כהן ברדלא ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום, מ"ט, תיקנו רבנן דלא ליתי לאנצויי וכו'" ומבואר דרבנן תיקנו דד' אמות של אדם קונות לו. והנה יל"ע האם רבנן תקנו דד' אמות קונות מדין קנין בפ"ע, וד' אמות מהוה קנין חדש מדרבנן. או"ד דחל קנין בד' אמות מדין קנין חצר, דמדין הפקר ב"ד הפקר רבנן תיקנו דד' אמות של אדם הוי כחצרו והקנין חל מדין חצר. ועיין בחידושי הרמב"ן (דף י. ד"ה הא דאמרינן) שכתב וז"ל הא דאמרינן ד' אמות של אדם קונות לו בכל מקום נראה שדעת הראשונים שאין דיננו אלא במציאה אבל לא במכר ובמתנה, שאין קנין ארבע אמות אלא תקנה משום אינצויי בהפקר, ולשון הגמרא משמע דקונות בכל דבר דשוינהו רבנן כחצרו עכ"ל. ומבואר דס"ל דאי קנין ד' אמות חל מדין קנין חצר אזי חל קנין ד' אמות אף במכר ומתנה, משא"כ אי הוי תקנת קנין חדש בפ"ע י"ל דאין הקנין קונה אלא במציאה בלבד. ועיין ברמב"ם (פי"ז מהל' גזלה ואבדה ה"י) וז"ל וארבע אמות של אדם כחצירו לענין מציאה עכ"ל. וצ"ב מדוע דקדק הרמב"ם לומר דד' אמות קונות לענין מציאה דוקא. וכתב המגיד משנה "אפשר שרמז למה שכתבו הראשונים שאין ד' אמות קונות כל זמן שיש דעת אחרת מקנה שהרי לא יבוא לידי ניצויי". והכס"מ דחה דבריו שהרי הרמב"ם פסק להדיא בפ"ד מהל' זכייה ומתנה דד' אמות קונות אף לענין מתנה. ועיין בש"ך (חו"מ סימן רמ"ג ס"ק ט') שנקט דהבבלי והירושלמי נחלקו בשאלה זו האם חל קנין ד' אמות רק במציאה או אף במתנה, דלפי סברת הבבלי שהתקנה היתה דלא ליתו לאינצויי י"ל דתיקנו קנין ד' אמות רק במציאה דיש בה חשש דיבוא לאינצויי, משא"כ הירושלמי סובר דחל קנין ד' אמות אף במתנה.[69] ונראה דהמחלוקת הנ"ל תלויה בחקירה הנ"ל, דהראשונים דס"ל דלשיטת הבבלי חל קנין ד' אמות רק במציאה היינו משום דס"ל דהרבנן תיקנו קנין חדש בפ"ע דד' אמות קונות במציאה משום דלא ליתי לאינצויי. משא"כ הירושלמי ושאר הראשונים דס"ל דחל קנין ד' אמות אף במתנה ס"ל דרבנן תיקנו דד' אמות קונות מדין קנין חצר בעלמא, ומשו"ה חל קנין ד' אמות אף במתנה.

[69] ועיין בהגהות הגרע"א זצ"ל לשו"ע שם (והודפס גם בגליון הרמב"ם מהדורת פרנקל פי"ז מהל' גזו"א ה"יא) שהוכיח דאף הבבלי ס"ל כירושלמי מהא דקיי"ל דמועיל ד' אמות בגט ובקידושין.

ועיין בבית יוסף (חו"מ סימן ר') שנחלקו הראשונים האם חל קנין ד' אמות רק אם קדם הקונה להחפץ או שחל קנין ד' אמות אף היכא שהחפץ היה קודם במקום ואח"כ בא אדם לתוך ד' אמות של החפץ. ונראה דפלוגתא זו תלוי בהנ"ל, דאי נימא דחל הקנין מדין קנין חצר לא איכפת לן אי החפץ היה קודם או שהקונה בא קודם לחפץ, דמ"מ החפץ נמצא בד' אמות והוי כמונח בתוך חצרו וחל הקנין מדין חצר. משא"כ אי ד' אמות הוי קנין בפ"ע דד' אמות של אדם קונות לו, אזי י"ל דבעינן שיהא הקונה קודם להחפץ בכדי שיחול על הד' אמות חלות שם ד' אמות שלו.

ועיין בגמ' (ב"מ דף י:) "ר' יוחנן משום ר' ינאי אמר יש לה חצר ויש לה ד' אמות", וכתבו התוס' (ד"ה רבי יוחנן אמר יש לה ד' אמות) וז"ל תימה דלקמן מסיק משום דיליף מציאה מגט אלמא שייך קנין ד' אמות בגט, ובפרק הזורק (עח:) קאמר ר' יוחנן קרוב לה אפילו מאה אמה ויכולה לשומרו הוי גט, וי"ל דבד' אמות שלה אפילו יכול לשמור כמוה מגורשת וחוץ לד' אמות צריך שתוכל היא לשמרו עכ"ל. ונראה דתוס' ס"ל דקנין ד' אמות חל מדין קנין חצר, דרבנן תיקנו דד' אמות של אדם הוי חצרו מדין הפקר ב"ד, ומשו"ה אם הגט נמצא בתוך ד' אמות שלה חלו הגירושין אע"פ שיש גם לבעל כח לשמרו. משא"כ לר' יוחנן דאמר שאם הגט קרוב לה אפילו מאה אמה ויכולה לשמרו חלו הגירושין, מיירי מדין קנין חדש בפ"ע לענין גט, דאם הגט הוא ברשותה דהיינו שיכולה היא לבדה לשומרו אזי היא מגורשת, ואינו חל מדין קנין חצר. דהרי ר' יוחנן ס"ל הכי רק לענין גט, ואי נימא דלר' יוחנן גם מאה אמות הוי כחצר שלה למה חל דין זה רק בגט בלבד. ומוכח דחל קנין מיוחד בגט שאם הגט נמצא ברשותה דהיינו שהיא לבדה יכולה לשמרו חל הגט אע"פ שאינו בחצר שלה.[70]

ועיין בריטב"א גיטין (דף עח. ד"ה אמר רב ד' אמות שלה זה קרוב לה) וז"ל ואע"ג דד' אמות של אדם לכו"ע משום תקנה הוא איכא למימר דמגורשת משום דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש, אי נמי כיון דרבנן אמרו דד' אמות של אדם קונות לו עשאום כחצרו ממש והפקר ב"ד הפקר, ובאותה שעה שהוא עומד שם זכה באותו מקום וקנאו דרבנן הקנוה לו וכיון שכן מדינא מגורשת עכ"ל. ונראה דבזה נחלקו ב' הפירושים שבריטב"א, דהפירוש השני נקט להדיא דקנין ד' אמות חל מדין קנין חצר ומשו"ה הוי גט מדאורייתא. אולם י"ל דהפירוש הראשון סובר שהקנין של ד' אמות מהוה קנין חדש בפ"ע ומשו"ה

[70] ונראה דהרמב"ם ג"כ מחלק בין קנין ד' אמות לקנין דיכולה לשמור את הגט, דהדין דד' אמות קונות הביא בפ"ד מהל' זכייה ומתנה לענין מתנה, ובפ"ה מהל' גירושין (הט"ו) לענין גט. ואילו הקנין דיכולה לשומרו הביא רק בהל' גירושין (שם הי"ד) לענין קנין גט ולא בהל' זכייה ומתנה. ונראה דס"ל דד' אמות קונות מדין הפקר ב"ד וקונה הכל מדין קנין חצר. משא"כ קנין דיכולה לשומרו הוי קנין מיוחד שתיקנו לגבי גט ולא במתנה.

הוצרך לומר דחל הגט מה"ת משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש. וי"ל דלשיטת הראשונים דד' אמות מהוה קנין בפ"ע חל הקנין מדין תפיסה דהיינו דרבנן תיקנו דכל חפץ שנמצא בתוך ד' אמות של אדם שהוא קונה אותו משום דהוי כאילו הוא עצמו תופס את החפץ. משא"כ אי נימא דחל הקנין מדין חצר י"ל דרבנן תיקנו דד' אמות שסביבות אדם הוי שלו והויא חצירו וחל הקנין מדין קנין חצר. ועיין ברש"י (ב"מ דף י. ד"ה קונות) שכתב וז"ל אם יש סביבותיו דבר הפקר אין אחר רשאי לתופסו עכ"ל. ונראה דרש"י ס"ל דקנין ד' אמות הוי קנין בפ"ע שאי אפשר לאחר לזכות בחפץ וכמש"כ "אין אחר רשאי לתופסו", ואין הקנין חל באופן ישיר. ואילו היה קנין ד' אמות חל מדין קנין חצר אזי י"ל דהקנין היה חל באופן ישיר ואינו רק הפקעת זכות אחרים לקנות. ומשמע דרש"י נקט כסברת השיטה הראשונה שבריטב"א דד' אמות הוי קנין בפ"ע ואינו חל מדין קנין חצר. ויש להוסיף דלפי מש"כ רש"י דיסוד הקנין דד' אמות הוא דהפקיעו רבנן רשות מאחרים לתפוס את החפץ אזי י"ל דדין זה חל רק במציאה שיכולים אחרים לתופסה, משא"כ במכר ומתנה שהחפץ של המוכר או נותן המתנה ואין לאחר רשות לתפוס בה לא תיקנו קנין ד' אמות שיסוד הקנין הוא להפקיע רשות מאחרים לתפוס את החפץ.

ועיין בגמ' גיטין (דף עח:) דמיבעי לן אי ד' אמות יש להן אויר או לא, ובתוס' (שם ד"ה ותתגרש) הקשו "והא לא מינטר כדאמרינן בסמוך באויר גג". ולכאורה כוונתם להקשות דבקנין חצר בעינן שיהא מינטר, וא"כ איך תקני אויר דד' אמות והרי לא מינטר. ותירצו התוס' "וי"ל דאויר ד' אמות חשיב ליה מינטר, ועומדת על ראש הגג מיירי אפילו חוץ לד' אמות ולהכי פריך והא לא מינטר. ור"י אומר דר' אלעזר גופיה מספקא ליה אם מה שתיקנו חכמים ד' אמות תיקנו גם באויר ואע"ג דלא מינטר עשאוהו כמינטר כמו שעשו ד' אמות רשותו ואע"פ שאינה רשותו". וצ"ב בסברת הר"י דמה כוונתו דעשו מקום שאינו מינטר כמינטר. ונראה לבאר דהר"י סובר דהקנין דד' אמות הוי קנין חדש בפ"ע ואינו חל מדין קנין חצר ומועיל אפילו אם אינו מינטר. ואילו בתירוץ הראשון ס"ל להתוס' דקנין ד' אמות חל מדין חצר ובאמת גם בד' אמות מיירי דהוי מינטר ושפיר מהני מדין קנין חצר. ומבואר דב' התירוצים שבתוס' נחלקו בחקירה הנ"ל אם קנין ד' אמות הוי קנין בפ"ע או שחל הקנין מדין חצר.

ואגב אורחא יש לעיין במש"נ דר' יוחנן ס"ל דבגט חל קנין וחלות גירושין אפילו אם קרוב לה מאה אמה דהגט הוי ברשותה, דצ"ב מהו גדר הקנין החדש הזה בגט ובשטר קידושין שחלו הגירושין והקידושין אע"פ שאין הגט ושטר הקידושין בחצרה. ויתכן לומר דבגט בעינן רק נתינה מהבעל לאשה ולא בעינן זכייה וקנין. ומשו"ה קרוב לה מועיל דהוי

חלות נתינה אע"פ דלא נכנס השטר לרשותה וליכא חלות קנין חצר. אמנם לכאורה זה תלוי במחלוקת הראשונים האם בעינן זכייה בקידושין - דיש ב' דיעות ברמ"א (אה"ע סימן ל"ב סעיף ד') אי מועיל שטר קידושין מאיסורי הנאה, ולכאורה אי מהני שטר קידושין שנכתב מאיסוה"נ מוכח דלא בעי זכייה בקידושין. ועיין בקצות החשן (סימן ר' ס"ק ה') שנקט דכיון דגט חל בעל כרחה לא בעינן זכייה בגט, והגט חל בנתינה בלבד. ולפי"ז י"ל דמשו"ה ס"ל לר' יוחנן דחל הגט כשקרוב לה אפילו מאה אמה והיא יכולה לשמרו, דהגט חל בנתינה בעלמא בלבד. אמנם לפי הדיעה דלא מהני שטר קידושין מאסורי הנאה לכאורה מוכח דבעינן זכייה וקנין לחלות הקידושין בשטר, וא"כ צ"ל דאף בקרוב לה מאה אמה חל חלות קנין וזכייה. ולפי"ז יל"ע האם יועיל קרוב לה אפילו מאה אמה והיא יכולה לשמרו אף בכסף קידושין, וצ"ע.[71]

ב.

ביסוד גדר קנין חצר ובדין קנין חצר לקטן

עיין בגמ' (דף י:) "ואמר ר"ל משום אבא כהן ברדלא קטנה אין לה חצר ואין לה ד' אמות, ור' יוחנן אמר משום ר' ינאי יש לה חצר ויש לה ד' אמות, במאי קמיפלגי מר סבר חצר משום ידה איתרבאי כי היכי דאית לה יד חצר נמי אית לה ומר סבר חצר משום שליחות איתרבאי וכי היכי דשליחות לית לה חצר נמי לית לה". ויל"ע מהו יסוד המחלוקת האם חצר משום ידה איתרבאי או משום שליחות איתרבאי. ויתכן דנחלקו ביסוד הגדר דקנין חצר, דלמ"ד דחל הקנין מדין שליחות י"ל דחל הקנין מאליו, דהחצר פועלת את הקנין - וחל הקנין מאליו לבעה"ב, ודומה לשליחות דהשליח עושה את מעשה הקנין וחלות הקנין חל עבור המשלח, דה"ה בחצר. ונראה דאי חצר משום שליחות איתרבאי אין הכוונה דהחצר הוי שלוחו ממש - דאין החצר בן ברית ואינה בכלל שליחות. אלא הכוונה היא דכי היכי דבשליחות חל הקנין ע"י מעשה השליח והחלות מתייחס למשלח, ה"נ בקנין חצר חל הקנין מאליו ע"י החצר עבור בעל החצר. משא"כ למ"ד דחצר משום יד איתרבאי י"ל דחל הקנין ע"י מעשה התפיסה של הבעל ע"י החצר, דחשיב כאילו הבעל עושה את מעשה הקנין ע"י שתופס את החפץ בחצרו, דהחצר הוי ליה כידו אריכתא של הבעל, והבעל בעצמו עושה את מעשה הקנין.

[71] דכסף קידושין חל מדין קנין כסף דעלמא דילפינן לה קיחה קיחה משדה עפרון, ואי נימא דאף שטר קידושין בעי קנין וחל קנין במאה אמות והיא יכולה לשמור י"ל דה"ה בכסף קידושין. ומאידך י"ל דקנין מאה אמות אינו קנין גמור בחפצא ואינו אלא קנין כדי להשוותה לתופס השטר שיהיה לאשה דין בעל השטר שהשטר מעיד עבורה שהיא מקודשת, וי"ל בזה.

ונפ"מ לקטן וקטנה דמופקעים משליחות דהיינו שאי אפשר לצרף אליהם את החלות שהשליח עשה דה"ה שא"א לצרף אליהם חלות הקנין שע"י החצר, אך יכולים לעשות קנין משלהם מדין יד. ועיין בגמ' (יב.) דבגט חצר איתרבאי משום יד בלבד, דבגט חוב הוא לה ואין חבין לאדם אלא בפניו. ונראה דר"ל דבגט לא חל קנין דממילא לגרשה - דאשה מתגרשת רק במעשה קנין של נתינת הגט בידה וזכיית הגט בלי מעשה קנין אינה מגרשה, דלא עדיף קנין ממילא בגט משאר קנינים כמו הגבהה ומשיכה דאינן מועילין בגט דרק קנין יד מועיל. ונפ"מ היכא דהוי זכות גמור לה להתגרש כגון באשת מומר (עיין ברמ"א אה"ע סימן ק"מ סעיף ה' ובט"ז ס"ק ה') האם חצרה מועיל לזכיית הגט שלא מדעתה. דאי זכיית חצר חלה כקנין דממילא ולא בתורת קנין יד לא חל קנין גט לגרשה אף היכא דהוי זכות גמור לה להתגרש. משא"כ לפי פשטות הגמ' דחצר אינו זוכה בגט שלא מדעתה משום דחוב הוא לה י"ל דאם הוי זכות גמור חל קנין גט בחצר, דבזכות גמור חצר קונה מדין יד ולא מדין קנין ממילא.

והנה עיין בגמ' (דף י:) "מי איכא מ"ד חצר משום שליחות איתרבאי והתניא בידו אין לי אלא ידו גגו חצירו וקרפיפו מנין ת"ל המצא תמצא מכל מקום ואי ס"ד חצר משום שליחות איתרבאי א"כ מצינו שליח לדבר עבירה וקיי"ל אין שליח לדבר עבירה. אמר רבינא היכא אמרינן אין שליח לדבר עבירה היכא דשליח בר חיובא נינהו אבל בחצר דלאו בר חיובא הוא מחייב שולחו". ונראה לבאר דיסוד הדין דאין שליח לדבר עבירה אינו משום חסרון במינוי השליח, שאי אפשר למנות שליח לדבר עבירה, אלא דאין העבירה מצטרפת למשלח שאין העבירה מתייחסת אליו. ורבינא ס"ל דדין זה אינו אלא בבר חיובא שהעבירה מחייבתו, אולם בחצר שאינה בר חיובא חל דין שליחות לדבר עבירה דהיינו שהעבירה מצטרפת לבעה"ב ע"י החצר. ולפי"ז נראה לומר דהא דאין חצר לקטן אינו משום חסרון במינוי השליח, דהרי ליכא חלות מינוי שליחות בחצר, ועל כרחך הא דאין לקטן קנין חצר למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי הוא משום שאין המעשה והחלות מצטרף ומתייחס לקטן. דיסוד הדין דאין שליחות לקטן הוא משום דאין מעשה וחלות השליחות מצטרף ומתייחס לקטן ואינו רק משום חסרון במינוי[72], ולכן חלות קנין החצר אינו מצטרף אליו למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי.

והגר"מ זצ"ל אמר בשם הגר"ח זצ"ל דהא דקיי"ל דאין שליח לדבר עבירה אין הכוונה דבדבר עבירה ליכא חלות שליחות כלל, אלא דאי אפשר לחייב את המשלח עבור

[72] ולכאורה לפי"ז י"ל דאם א' מינה שליח כשהיה שפוי וחזר ונשטתה דאין מעשה וחלות השליחות מתייחס אליו אע"פ שחל המינוי מעיקרא דמינה את השליח כשהיה שפוי. ועיין בקצה"ח סימן קפ"ח ס"ק ב'.

מעשה העבירה של השליח דלענין העונש אין מעשה העבירה מצטרף למשלח. והגר"ח זצ"ל הביא ראיה לזה מהא דקיי"ל דבמעילה וטביחה ומכירה חל שליחות לדבר עבירה והויין ב' כתובים הבאים כאחד ואין מלמדים. וצ"ע דלכאורה שאני חיוב מעילה דאינו חייב מדין שליחות דהרי חייב אפילו ע"י חש"ו שאינם בכלל שליחות (כדאיתא במשנה במעילה דף כא). ועל כרחך צ"ל דיסוד הדין דאין שליח לדבר עבירה היינו דאין השליחות חלה לחייב את המשלח - דאין א' חוטא והשני מתחייב שאין המעשה מתייחס למשלח כדי לחייבו, והוי פטור בעונש ולא בעצם חלות השליחות, ובמעילה וטביחה ומכירה חל דין שליחות לדבר עבירה לענין העונש לחייב את המשלח, אע"פ דאין חלות שליחות במעילה, וכדחזינן דחייב ע"י חש"ו דלאו בני שליחות נינהו.[73]

ובגמ' שם איתא "רב סמא אמר היכא אמרינן אין שליח לדבר עבירה היכא דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד אבל חצר דבעל כרחיה מותיב בה מיחייב שולחו וכו'". ונראה דרב סמא ס"ל דהמשלח פטור היכא שהעבירה והעונש מתייחסת לשליח שהוא בן חורין ויש לו דעת, משא"כ בחצר דלא הוי בן דעת ומותיב בה בעל כרחיה אי אפשר לייחס את העבירה לחצר, אלא לבעל החצר וע"כ הוא חייב.

והנה ביארנו דאי חצר משום יד איתרבאי אזי בעל החצר עשה מעשה קנין ע"י החצר, ואילו למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי ליכא מעשה קנין דבעל החצא אלא דחלות הקנין חל עבורו ממילא ע"י החצר. ולפי"ז יש לעיין היאך מתחייב בעל החצר משום גניבה ע"י חצירו והא לא עשה מעשה גניבה. ונראה דהמחייב דגניבה אינו מעשה הגניבה בלבד אלא דחלות קנין גניבה המתייחס לגנב ג"כ מחייבו. ומשו"כ קנין חצר דחל מטעם שליחות מחייבת בעל החצר בגניבה דמכיון דחלות קנין הגניבה דהחצר מצטרף ומתייחס לבעל החצר הו"ל גנב. ואע"פ שבעל החצר לא עשה מעשה גניבה בידו ובעצמו מ"מ הוי גנב וחייב. אולם עיין ברש"י (דף יב: ד"ה גגו חצירו וכו') שכתב וז"ל שאם נכנסה שם ונעל בפניה לגונבה שהוא חייב עכ"ל. וצ"ע למה הוצרך לפרש שנעל בפניה הרי חצר קונה בעומד בצד חצירו ואומר תקני לי חצרי אף בלי שינעול בפניה. וי"ל דאע"פ שהקנין נעשה ע"י חצירו מ"מ בעינן שיעשה בעל החצר מעשה גניבה כדי להתחייב משום גנב.[74] אמנם מסתימת לשון רש"י משמע דאין חילוק בזה בין אי חצר משום שליחות איתרבאי לבין אי אמרינן דחצר משום יד איתרבאי, דלתרווייהו בעינן שינעול בפניה כדי להתחייב משום גזלן. וצ"ע דבשלמא למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי

[73] ועיין בחידושי הגר"ח על הש"ס קידושין דף מב. בענין אין שליח לדבר עבירה.
[74] עיין בקצות החשן סימן רמ"ג ס"ק י'.

והקנין חל מאליו ומצטרף לבעל החצר י"ל דמשו"ה בעינן שינעול בפניה כדי שיעשה בעל החצר מעשה גניבה. אולם צ"ע למ"ד חצר משום יד איתרבאי דס"ל דבעל החצר עשה מעשה קנין ע"י החצר דלכאורה זה נחשב שעשה בעל החצר מעשה גניבה וא"כ למה מצריך רש"י שינעול נמי בפניה. וי"ל דרש"י סובר דלמ"ד חצר משום יד איתרבאי היינו דחל מעשה קנין עפ"י דין אולם כדי להתחייב משום גנב צריך לעשות מעשה קנין בפועל ומשו"ה מצריך רש"י שינעול בפניה.

ג.

בדין חצר מטעם שליחות

עיין בגמ' (דף י:) דריש לקיש ס"ל דקטנה אין לה חצר משום דחצר משום שליחות איתרבאי וכי היכי דשליחות לית לה חצר נמי לית לה. אולם בגמ' דף (יב.) איתא "חצר איתרבאי משום יד ולא גרעה משליחות", וצ"ב בשינוי לשון הגמ' מ"חצר משום שליחות איתרבאי" ל"ולא גרעה משליחות". וצ"ב בישוב ב' הסוגיות.

ונראה דבסוגיא בדף (י:) אמר ריש לקיש דקטנה לית לה חצר מאחר דאין שליחות לקטנה. ונראה דאי חצר משום שליחות איתרבאי אזי י"ל דיסוד דין קנין חצר הוי קנין שחל מאליו בלי מעשה קנין, דהחצר פועלת את הקנין - וחל הקנין מאליו לבעה"ב. ונראה דבשליחות יש ב' דינים: א) שליחות שחלה ע"י מינוי, ב) שליחות שחלה בלי מינוי שחלה מדין זכייה. ונראה דבשליחות שחלה ע"י מינוי חל דין דמעשה השליח מתייחס למשלח דידו כידו משא"כ בשליחות שחלה בלי מינוי מדין זכייה י"ל דחלות הקנין שנעשה ע"י השליח מצטרף למשלח ולא עצם מעשה הקנין. והנה אי חצר משום שליחות איתרבאי י"ל דאף בחצר חלות הקנין מצטרף לבעל החצר אך לא מעשה הקנין, דהחצר קונה בלי מעשה קנין דקנין חצר הוי חלות קנין שחל מאליו מאחר דהחפצא נמצא ברשותו. ומבואר לפי"ז דחצר משום שליחות איתרבאי ר"ל דחל בחצר חלות קנין מאליו בלי מעשה קנין.

אולם נראה דכוונת הגמ' בדף (יב.) "חצר משום יד איתרבאי ולא גרעה משליחות וכו' גבי מתנה זכות הוא לו זכין לאדם שלא בפניו" ר"ל דעיקר חלות קנין דחצר הוא משום יד - כלומר שיש מעשה קנין בחצר המצטרף לבעל החצר, "ולא גרעה משליחות" ר"ל דחל נמי דין שליחות מדין שליחות שחלה ע"י מינוי דהיינו שמעשה השליח מצטרף למשלח דידו כידו, דה"ה בחצר דהוי מעשה קנין יד ולא גרעה משליחות - שמעשה הקנין שהחצר עושה מצטרף לבעל החצר כאילו הוא עצמו עשה את מעשה הקנין. ויוצא דכשבעל החצר עומד בצד חצירו הוא עצמו עושה את מעשה קנין יד ע"י החצר. ואילו

שלא בפניו חל דין דחצר המשתמרת קונה לו מדין שליחות המצרף ג"כ את מעשה קנין יד דהחצר לבעל החצר כאילו בעל החצר עשה בעצמו את מעשה הקנין ע"י החצר. ולפי"ז ניחא שינוי הלשון בסוגיית הגמ', דלפי הסוגיא הראשונה קנין חצר הוי קנין שחל מאליו מדין שליחות דהחלות מתייחס לבעל החצר. ואילו לפי הגמ' בדף (יב.) יש בחצר מעשה קנין ואינו קנין דחל ממילא אלא שמעשה הקנין דהחצר מצטרף לבעל החצר כאילו הוא עצמו עשה את מעשה הקנין. אולם עיין ברש"י (דף יא: ד"ה אלא) שפירש דשליחות דרב אשי הויא אותה חלות דין שליחות כדריש לקיש דלא שייך לקנין יד והוי חלות דין זכייה מאליה, ודלא כמש"כ.

ד.

בדין קנין חצר בחצר המשתמרת ובחצר שאינה משתמרת

עיין במשנה (דף יא.) "ראה אותן רצין אחר מציאה, אחר צבי שבור אחר גוזלות שלא פרחו ואמר זכתה לי שדי זכתה לו, היה צבי רץ כדרכו או שהיו גוזלות מפריחין ואמר זכתה לי שדי לא אמר כלום". ובגמ' שם איתא "אמר רב יהודה אמר שמואל והוא שעומד בצד שדהו, ותקני ליה שדהו דאמר ר' יוסי ב"ר חנינא חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, הני מילי בחצר המשתמרת אבל חצר שאינה משתמרת אי עומד בצד שדהו אין, אי לא לא". ועיין בתוס' (ד"ה זכתה לו) וז"ל נראה אע"ג דלא אמר זכתה לי שדי דזכתה לו כדאמרינן לעיל אי תקון רבנן דלקני כי לא אמר מאי הוי וכו' ועוד דאמר ר' יוסי ב"ר חנינא חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אלמא אע"ג דלא אמר קני, והכא נקט משום סיפא דאפילו אמר כיון דרץ כדרכו לא קני עכ"ל. ומבואר דשיטת התוס' היא דבעומד בצד שדהו קונה אפילו אם לא אמר "זכתה לי שדי" דעמידתו בצד שדהו מהניא לעשות את החצר לחצר המשתמרת שקונה שלא מדעתו. אמנם עיין ברמב"ם (פי"ז מהל' גזלה ואבדה ה"ח) וז"ל חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר. במה דברים בחצר המשתמרת אבל בשדה וגנה וכיוצא בהן אם היה עומד בצד שדהו ואמר זכתה לי שדי זכה בה ואם אינו עומד שם או שהיה עומד ולא אמר זכתה לי שדי כל הקודם זכה עכ"ל. הרי דהרמב"ם סובר דבחצר המשתמרת לא בעינן שיעמוד בצד שדהו ואילו בחצר שאינה משתמרת בעינן תרתי שיעמוד בצד שדהו ושיאמר "זכתה לי שדי". ויל"ע מדוע מצריך הרמב"ם שיאמר "זכתה לי שדי".[75] ונראה דהרמב"ם סובר דיש ב' דינים בקנין חצר: א) בחצר המשתמרת חל קנין מאליו בלי מעשה קנין, ולכן לא בעינן בחצר המשתמרת שיעמוד בצד שדהו ושיאמר תזכה

[75] עיין במחנה אפרים דין קנין חצר סימן ב'.

לי שדי. ב) בחצר שאינה משתמרת דחל הקנין ע"י מעשה קנין כשבעל החצר שומר את החפץ ותופס את החפץ ע"י החצר. ומשו"ה בעינן שיעמוד בצד החצר ובעינן נמי שיאמר "זכתה לי שדי" - דמכיון שהבעל עושה את מעשה הקנין בעינן שיהא לו דעת וכוונה לקנין. משא"כ בחצר המשתמרת שהקנין חל מאליו בלי מעשה קנין לא בעינן אמירת "זכתה לי שדי" - דהחצר קונה מאליו שלא מדעתו. ובביאור המחלוקת בין תוס' והרמב"ם האם צריך לעמוד בצד שדהו וגם לומר "זכתה לי שדי" נראה לומר דהתוס' ס"ל דאם הבעלים עומדים בצד השדה הם משווים לחצר שתהיה חצר המשתמרת, ותו לא צריך לומר "תזכה לי שדי" דקיי"ל בחצר המשתמרת דחצר קונה לו שלא מדעתו - משום דהחצר עצמה תופסת את החפץ וקונה מאליה עבור הבעלים. משא"כ הרמב"ם סובר דאם השדה אינה משתמרת מצד עצמה תו לא מהני מידי כדי שתחול תפיסת החצר עצמה, דאין שמירת הבעלים משווה לחצר המשתמרת דרק כשהחצר משתמרת מצד עצמה במחיצות הו"ל חצר המשתמרת, ולכן אין הקנין חל מאליו ע"י החצר עצמה אלא שחל הקנין ע"י תפיסת הבעלים עי"ז שהבעלים שומרים את החפץ בחצר, ומשו"ה בעינן שיעמדו הבעלים בצד החצר ושיאמרו "זכתה לי שדי", דבעינן דעת בעלים לזכות כדי להחיל תפיסת הבעלים ומעשה קנין של הבעלים.[76]

והנה עיי"ש ברמב"ם (פי"ז מהל' גזלה ואבדה ה"ח) שכתב וז"ל חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר. במה דברים בחצר המשתמרת אבל בשדה וגנה וכיוצא בהן אם היה עומד בצד שדהו ואמר זכתה לי שדי זכה בה, ואם אינו עומד שם או שהיה עומד ולא אמר זכתה לי שדי כל הקודם זכה. וכן ד' אמות של אדם שהוא עומד בצדו הרי אלו קונים לו ואם הגיע המציאה לתוך ארבע אמות שלו זכה עכ"ל. ויש לדקדק דמסתימת לשונו משמע דבקנין ד' אמות לא בעינן שיאמר תזכה לי ד' אמות שלי, וצ"ע דהרי משמע מהרמב"ם דקנין ד' אמות אינו קנין חדש בפ"ע אלא דהוי חלות קנין מדין חצר, וא"כ צ"ע מדוע אינו צריך לומר "זכתה לי וכו'" כמו שצריך לומר בחצר שאינה משתמרת. ועיין במגיד משנה שם שתירץ "דאלימא קנייה דד' אמות טפי מפני שהוא יכול לנטות עצמו וליטלה וכן עיקר". ונראה דר"ל דמשום שהוא עצמו יכול לשחות וליטלה בעצמו הו"ל ד' אמות שלו כחצר המשתמרת וחל הקנין מאליו. ועיין בכס"מ שתירץ באופן אחר וז"ל ולי נראה טעם אחר דארבע אמות שאני דכיון דמשום דלא אתי לאינצויי תיקנו רבנן דליקני לא ראו לחלק בין אמר ללא אמר דא"כ אכתי הוי אתי לאינצויי עכ"ל. ונראה לבאר דס"ל דבקנין ד' אמות תיקנו דאפילו

[76] ועיין עוד בשיעורים לקמן דף קב. (ד"ה מיתבי זבל היוצא מן התנור ומן הכירים)

אי הוי כחצר שאינה משתמרת חלה תפיסה ע"י החצר וחל הקנין מאליו, והא דבעינן שיעמוד בצד הד' אמות הוא רק בכדי שיהא ד' אמות שלו, אולם הקנין חל מאליו ולכן א"צ לומר תזכה לי ד' אמות שלי. ולפי שיטת הראשונים (עיין לעיל באות א') דס"ל דד' אמות מהוה קנין חדש בפ"ע ואינו חל מדין קנין חצר לא קשה מידי, דתקנו קנין חדש בפ"ע שמועיל בלי אמירת "זכתה לי".

ועיין ברמב"ם (פי"ד מהל' זכייה ומתנה ה"ח) וז"ל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שאינו עומד שם כיון שהגיע המתנה לחצירו כאילו זכה בה אחר עכ"ל, ומשמע דהרמב"ם השווה קנין חצר לקנין שע"י אדם אחר מדין זכין לאדם שלא בפניו. ואילו (בפי"ז מהל' גזלה ואבדה ה"ח) כתב וז"ל חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר עכ"ל, וצ"ע דכאן לא הזכיר הרמב"ם דהחצר קונה מדין זכייה. ויתכן לומר דבהל' זכייה ומתנה הרמב"ם מיירי מדין קנין חצר בעלמא דחל הקנין מדין זכייה. משא"כ בהל' גזלה ואבדה מיירי הרמב"ם לגבי אבידה, וחל קנין מסוים ד"מוצא מציאה" דע"י החצר נעשה בעל החצר ל"מוצא מציאה" וקונה מדין מסוים ד"מוצא מציאה" ולא מדין זכין לאדם שלא בפניו.[77]

ה.

בדין קנין חצר כשדעת אחרת מקנה אותו

עיין בגמ' (דף יא.) וז"ל וכן אמר רבה בר בר חנא והוא שעומד בצד שדהו, איתביה רב אבא לעולא מעשה ברבן גמליאל וזקנים שהיו באים בספינה אמר רבן גמליאל עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו ועישור אחר שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף כדי שיזכה בו לעניים ומקומו מושכר לו, וכי רבי יהושע ורבי עקיבה בצד שדהו של רבן גמליאל היו עומדים וכו' רב פפא אמר דעת אחרת מקנה אותן שאני עכ"ל. ופרש"י (בד"ה רב פפא אמר) וז"ל לעולם בתורת חצר קנאו ואפילו הכי לא תקשי לעולא דהא דלא בעינן הכא עומד בצד שדהו משום דדעת אחרת מקנה אותן שרבן גמליאל הקנה להן מטלטלין שהיו לו בחצר שלהן ולא מהפקירא קנו ונוחה מתנה זו לקנות ואע"ג דאין עומד בצד שדהו עכ"ל. ונראה לבאר דע"י דעת אחרת מקנה אותו הו"ל כחצר המשתמרת, דבחצר שאינה משתמרת יש חסרון בתפיסת החצר, ואילו בחצר המשתמרת חלה תפיסה בחפץ עבור בעל החצר, ונראה דה"ה היכא דדעת אחרת מקנה אותו חל תפיסת החצר עבור בעל החצר. ועיין בשיטמ"ק (דף יב. ד"ה חצר משום יד איתרבאי ולא גרע) שכתב בשם הר"ר פרץ וז"ל אמנם י"ל דבמתנה מועיל גם באינה

[77] עיין לעיל בשיעורים דף כא: בסוגיא דיאוש שלא מדעת אות ג'.

משתמרת משום דמתנה אינה משתמרת כמשתמרת דמי, דלעולם היא משתמרת למקבל אף כי החצר אינה משתמרת כיון דדעת אחרת מקנה כדאמר תלמודא הרי אין שום אדם יכול לקנות בה כי אם מדעת המקנה, והוא נותנה ומקנה אותה למקבל נמצא שהמתנה משתמרת למקבל אף כי אינה משתמרת לשאר בני אדם דמה בכך מ"מ אין יכולים לזכות בה, אבל מציאה דהפקר היא וכל הקודם זכה בה להכי לא זכיא ליה בשאינה משתמרת דאין המציאה משתמרת לבעל החצר יותר משאר בני אדם כיון שהחצר אינה משתמרת וכו' עכ"ל. ומבואר דהר"פ סובר דהא דמועיל דעת אחרת מקנה אותו הוא משום דע"י דעת אחרת מקנה חל תפיסת החצר עבור המקבל בלבד. ואילו במציאה צ"ל חצר משתמרת כדי שתתייחס תפיסת החצר לבעל החצר לבדו, ואילו בחצר שאינה משתמרת א"א לקבוע שהחצר תופסת עבור בעל החצר יותר משאר בני אדם. ונראה דזוהי כוונת רש"י (דף יב. ד"ה גבי מתנה) וז"ל אבל חצר ליכא לא דעת שולח ולא דעת שליח הלכך בעינן חצר המשתמרת עכ"ל, ר"ל דבחצר שאינה משתמרת ליכא תפיסה בעד הבעלים, משא"כ בחצר משתמרת חלה תפיסה בעד הבעלים. ובדעת אחרת מקנה אותו חלה תפיסת החצר אף בחצר שאינה משתמרת.

ועיין ברבנו פרץ (שם) שהוסיף וז"ל ומהאי טעמא ניחא שיש להן טעם מה מועיל דעת אחרת מקנה אותם גבי מתנה למימר אף כי רץ אחריהן ואין מגיען, אלא ודאי היינו טעמא דגבי מציאה בעינן רץ אחריהן ומגיען כדי לעשותו חצר המשתמרת וכו' דאי אינו מגיען א"כ אינה משתמרת ובעינן שתהא משתמרת אפילו עומד בצד שדהו משום דליכא דעת אחרת מקנה ולכן בעינן שיהא רץ אחריהן ומגיען. אבל במתנה דדעת אחרת מקנה אותה לא עכ"ל. ומבואר דס"ל דהא דתנן במתני' ראה אותן רצין אחר צבי שבור וכו' זכתה לו חצירו מיירי במציאה ואילו במתנה קנה אפילו אינו מגיען משום דדעת אחרת מקנה אותם. ועיין ברמב"ם (פי"ז מהל' גזלה ואבדה הי"א) וז"ל מי שראה אחרים רצים אחר המציאה והרי היא צבי שבור או גוזלות שלא פרחו, אם היה עומד בצד שדהו שהן בתוכה ואילו היה רץ היה מגיען ואמר זכתה לי שדי זכתה לו שדהו. ואם אינו יכול להגיען הרי אלו כצבי שהוא רץ כדרכו וגוזלות המפריחים ולא אמר כלום אלא כל הקודם בהן זכה. ואם נתנו לו במתנה הואיל ואחר הקנם לו והרי הן מתגלגלין בתוך שדהו קנתה שדהו, ואם היה צבי רץ כדרכו וגוזלות מפריחין לא קנתה לו שדהו עכ"ל. ומבואר ברמב"ם דדעת אחרת מקנה אותו מועיל לקנין בצבי שבור שאינו יכול להגיעו, משא"כ בצבי שרץ כדרכו ובגוזלות המפריחין אינו קונה אף כשדעת אחרת מקנה אותו. ונראה דהביאור בזה הוא דס"ל דבצבי רץ כדרכו ובגוזלות מפריחין אין החפץ נחשב

כמונח בחצר, ומשו"ה לא קנה אף בדעת אחרת מקנה אותו. משא"כ בצבי שבור דאדם אחר יכול להגיעו חשוב כמונח בחצר ונקנה בדעת אחרת מקנה אותו.
ועיין בהגהות הגר"א (דף יב. אות ב') שכ' וז"ל ורמב"ם פסק כההוא מרבנן עכ"ל. ושיטתו מיוסדת במש"כ הרמב"ם (פ"ד מהל' זכייה ומתנה ה"ח - ה"ט) וז"ל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שאינו עומד שם כיון שהגיע המתנה לחצירו כאילו זכה בה אחר. בד"א בחצר המשתמרת אבל בחצר שאינה משתמרת כגון שדהו וחורבתו עד שיהיה עומד בצדה ויאמר זכתה לי שדי עכ"ל. ומבואר דאף במתנה בעינן חצר המשתמרת לקנותה. אך עיין ברמב"ם (פי"ז מהל' גזלה ואבדה הי"א) וז"ל מי שראה אחרים רצים אחר המציאה והרי היא צבי שבור או גוזלות שלא פרחו אם היה עומד בצד שדהו שהן בתוכה ואילו היה רץ היה מגיען ואמר זכתה לי שדי זכתה לו שדהו ואם ואינו יכול הגיען הרי אלו כצבי והוא רץ כדרכו וכגוזלות המפריחים ולא אמר כלום אלא כל הקודם בהן זכה ואם נתנו לו במתנה הואיל ואחר הקנם לו והרי הן מתגלגלין בתוך שדהו קנתה שדהו וכו' עכ"ל. וצ"ע דכאן פסק כרב פפא.
ונראה דהרמב"ם פסק כר' ירמיה וכר' אבא בר כהנא דמתנה נקנית בחצירו גם כשרץ אחריהם ואינו מגיען אך רק כשעומד בצד שדהו ואומר זכתה לי שדי. ואילו בחצר שאינה משתמרת ואינו עומד בצדה לא קנה ואף במתנה כשדעת אחרת מקנה אותה לו, ודלא כרב פפא. דאע"פ שרב פפא השווה את דינו לדר' ירמיה, הרמב"ם פסק כוותיה בחדא, וחילק בין שני הדינים. דהרמב"ם סובר דר"ג קנה בקנין אגב כשיטת ההוא מרבנן ולא בקנין חצר כרב פפא. דבגמ' קידושין (דף כו:) איתא דר"ג קנה בקנין אגב.
ונראה דהרמב"ם סובר דבחצר שאינה משתמרת ואינו עומד בצדה ליכא תפיסת הבעלים ומשו"ה החצר אינו קונה לו ואפילו כשדעת אחרת מקנה לו לא חלה תפיסת הבעלים. אך כשבעל החצר עומד בצד חצירו אע"פ שאינו מגיע לצבי השבור חלה תפיסת בעלים בצבי השבור ומשו"ה קונה במתנה. משא"כ במציאה אינו קונה מכיון שהוא עצמו אינו מגיע לצבי דאע"פ שעומד בצד החצר וחלה תפיסת הבעלים מ"מ לא נחשב כ"מוצא מציאה" מכיון דאי אפשר לו להגיע לצבי לפני אנשים אחרים ומשו"ה אינו יכול לקנות את הצבי ע"י דין קנין ד"מוצא מציאה".
ועוד י"ל דבצבי שבור ואינו מגיעו מיירי דהבעלים אינו יכול להגיעו בעצמו אמנם פועליו יכולים להגיעו. ובנוגע למתנה כשיש דעת אחרת מקנה אותו אזי שמירת הפועלים מהווה שמירה בעד בעל החצר כי המקנה התכוון להקנות הצבי לבעל החצר בלבד וע"י שמירת הפועלים נעשה החצר לחצר המשתמרת שקונה לבעל החצר. משא"כ באבידה

ובדבר הפקר דגם הפועלים יכולים לזכות בו לעצמם אזי אין שמירתם מתייחסת לבעל החצר והו"ל חצר שאינה משתמרת שאינה קונה לבעלה. ועפי"ז נראה לבאר בעיית רבא (דף יב.) בזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר, דר"פ אמר לרבא דקנה במתנה כשדעת אחרת מקנה אותו ולשיטתו דדעת אחרת קונה בחצר שאינה משתמרת י"ל דגם בזרק ארנקי אע"פ דאינו משתמר כלל בחצר החצר נמי קונה אותו. ואילו רבא דחה את שיטתו דר"פ דס"ל דחצר קונה רק בצבי שבור דהוי מתגלגל, כלומר דישנה שמירת פועליו דרק באופן זה נעשה החצר למשתמרת לקנות המתנה. משא"כ בארנקי דאינו משתמר ואפילו ע"י פועלים דאע"פ דדעת אחרת מקנה אותו אינו קונה. והרמב"ם פסק כמסקנת רבא ושלא כר"פ, ודייק בלשון הרמב"ם דאמר צבי שבור "מתגלגל" בתוך השדה וכלשונו של רבא. ולפי"ז בעיית רבא הוי ספק מסוים בהל' קנין חצר ואינו שייך לספקות אחרים בש"ס בדין אויר שאין סופו לנוח וכבגמ' זבחים (כה:) גיטין (עט.) שבת (ד:).

ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' גירושין ה"ב) וז"ל הזורק גט לאשתו לתוך חצרה אם היתה עומדת שם בצד חצרה נתגרשה ואם לאו לא נתגרשה עד שתעמוד בצד חצרה, ואע"פ שהיא חצר שישתמר הגט בתוכה שחוב היא לה הגירושין ואין חבין לאדם אלא בפניו עכ"ל. ומשמע דס"ל להרמב"ם דמתגרשת בגט רק אם היא עומדת בצד חצר המשתמרת. וצ"ע דא"כ למה פסק במתנה דבעומד הקונה בצד חצר שאינו משתמרת דקנה דמ"ש מגט דאינו קונה אלא בחצר המשתמרת. וי"ל דבמתנה חל גם קנין ממילא ולכן אפילו בחצר שאינו משתמרת חל קנין ממילא כשעומד הקונה בצד החצר. משא"כ בגט שאינה מתגרשת אלא במעשה קנין יד, ורק בחצר המשתמרת וג"כ עומד בצדה חל מעשה קנין יד דמתגרשת בו. אך ביאור זה לכאורה קשה דהרי ביארנו דלהרמב"ם בעומד בצד שדהו חל קנין יד ואינו קנין דממילא כבחצר המשתמרת בעלמא דהרי הרמב"ם סובר דצ"ל גם "זכתה לי שדי".[78] ויתכן דשאני גט דצריך נתינה בקום ועשה מצד הבעל לבדו והאשה מתגרשת כשהיא מקבלת את הגט בידה בשב ואל תעשה. ואילו בעומדת בצד חצרה שאינה משתמרת ואומרת זכתה לי שדי הריהי עושה מעשה קנין יד בקום ועשה ומשו"ה נתינת הגט פסולה. ומשו"ה צריך להיות חצר המשתמרת ועומדת בצדה דאזי החצר

[78] עיין ברמב"ם פי"ז מהל' גזלה ואבדה הי"א, ודלא כשיטת התוס' (דף יא. ד"ה זכתה) דס"ל דהעומד בצד שדהו קונה בחצר שאינה משתמרת בלי לומר זכתה לי שדהו. ובפשטות פליגי בזה דלתוס' כשעומד בצד שדהו ויכול להגיען משווה לחצר למשתמרת לגבי הצבי דקונה אותו מאליה בלי מעשה ודעת קנין. ולרמב"ם החצר איננה משתמרת בזה אלא שבעל החצר עושה מעשה קנין עם חצירו ומשו"ה צ"ל זכתה לי להוכיח דעת קונה עבור מעשה הקנין. (רבינו זצ"ל)

הוי כידה ומקבלת את הגט בשב ואל תעשה מבלי שתאמר "זכתה לי שדי", ומתגרשת בקבלת הגט ככל גרושה דעלמא.

ועוד יתכן לפרש דבדעת אחרת מקנה אותו המקנה עושה את קנין החצר עבור הקונה, וכן משמע משיטת הראב"ד לענין קנין חצר בקטן, דעיין ברמב"ם (פ"ד מהל' זכייה ומתנה ה"ח - ה"ט) וז"ל זכין לקטן ואפילו בן יום אחד ולגדול בין בפניו בין שלא בפניו. וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שאינו עומד שם כיון שהגיע המתנה לחצירו כאילו זכה בה אחר. במה דברים אמורים בחצר המשתמרת אבל בחצר שאינה משתמרת כגון שדהו וחורבתו עד שיהיה עומד בצדה ואומר זכתה לי שדי, וכו' וקטנה תזכה לה חצירה וארבע אמות שלה אבל הקטן אינו זוכה עד שתגיע מתנה לידו או עד שיזכה לו אחר עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד שם וז"ל וקטנה תזכה וכו' אין דבר זה מחוור במתנה אלא במציאה עכ"ל. אמנם הרמב"ם (בפכ"ט מהל' מכירה ה"י) פסק דאין לקטן קנין חצר, ומסתימת לשונו משמע דאף לענין מתנה ליכא קנין חצר לקטן. ועיין בהשגות הראב"ד (פכ"ט מהל' מכירה הי"א) וז"ל וכשאמרו אין לו חצר ואין לו ד' אמות לענין מציאה בלבד אמרו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם והראב"ד נחלקו האם חל קנין חצר לקטן במתנה כשיש דעת אחרת מקנה אותו. ונראה דהרמב"ם סובר דקטן אינו קונה אלא ע"י מעשה קנין ולא ע"י קנין שחל ממילא, ומשו"ה אין לקטן קנין חצר כי קנין חצר הוא מטעם שליחות (עיין ברמב"ם פי"ז מהל' גזו"א ה"י) דהוי קנין דממילא. משא"כ הראב"ד סובר דהיכא דחל דעת אחרת מקנה אותו חל קנין חצר לקטן, דס"ל דבדעת אחרת מקנה המקנה עושה את מעשה הקנין עבור הקונה, ומשו"ה סובר הראב"ד דבמתנה חל קנין חצר לקטן.

והנה עיין בהמשך הגמ' (יא: - יב א) "אלא אמר רב אשי חצר משום ידה איתרבאי ולא גרעה משליחות גבי גט דחוב הוא לה אין חבין לאדם אלא בפניו גבי מתנה דזכות הוא לו זכין לאדם שלא בפניו". ולפמש"נ בשיטת הראב"ד נראה לבאר דרב אשי סובר דחל בקנין חצר מעשה קנין מדין יד וחל נמי קנין מאליו דלא גרעה משליחות. אמנם אין המקנה עושה התפיסה והקנין עבור הקונה אלא במידי דהוי זכות. אולם עיין ברש"י (ד"ה אלא אמר רב אשי) וז"ל אלא גבי מתנה היינו טעמא דלא בעינן עומד אצלה דכיון דמידה איתרבאי לא גרעה משלוחה להיטיב לה ואילו שלוחה שקיבל לה מתנה מי לא קני לה ואפילו אינה עומדת בצדו, חצרה נמי לא שנא. הלכך גבי מתנה דזכות הוא לה אנן סהדי דניחה ליה שתהא שלוחה וקנייה לה כשליח. אבל גבי גט דחוב הוא לה לא ניחה לה שתהא שלוחה הלכך כי עומדת בצדה על כרחך ידה היא וידה קניא גבי גט על כרחה וכו' עכ"ל. ומבואר דס"ל לרש"י דבמתנה דהויא זכות חלה זכייה ממילא

מדין שליחות ולא בעינן שיעמוד בצד שדהו דזכין לאדם שלא בפניו. משא"כ בגט דחוב הוא לאשה לא חל זכייה ממילא ע"י החצר ובעינן שתזכה האשה בעצמה ע"י החצר עם מעשה קנין יד, ומשו"ה בעינן שתעמוד בצד חצרה. ומשמע דרש"י ס"ל דבדעת אחרת מקנה ליכא מעשה קנין של המקנה עבור הקונה, אלא דחל זכייה מאליה בלי מעשה קנין. ונראה דזהו נמי ביאור שיטת הרמב"ם (פ"ד מהל' זכייה ומתנה ה"ח - ה"ט, ופכ"ט מהל' מכירה ה"י) דקטן אינו קונה בקנין חצר אף כשדעת אחרת מקנה אותו דס"ל דאף בדעת אחרת מקנה חל הקנין מאליו וליכא מעשה קנין, ומשו"ה לא חל קנין חצר לקטן גם כשדעת אחרת מקנה אותו, דלא תיקנו קנין מאליו לקטן.

ו.

ביאור שיטת הרמב"ם בקניני קטן

והנה עיין ברמב"ם (פכ"ט מהל' מכירה ה"י) וז"ל וכן קטן שקנה מטלטלין וקנו מידו ושכר מהם המקום לא קנה עד שימשוך לפי שאינו זוכה בדרכים שזוכין בהן הגדולים, ראיה לדבר שאין חצר של קטן ולא ארבע אמות שלו קונין לו מפני שנתרבו מדין שליחות ולא מדין ידו וכו' ולא יהיה הקנין או שכירות המקום גדול מחצרו אבל הקטנה שנתרבתה חצירה מידה תקנה המטלטלין מאחרים אם קנו מידה או בשכירות המקום עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם משווה קנין סודר וקנין אגב לקנין חצר וס"ל דכי היכי דליכא קנין חצר לקטן ה"ה דאין לקטן קנין סודר וקנין אגב. משא"כ קטנה דיש לה קנין חצר מדין יד יש לה נמי קנין אגב וקנין סודר. ועיין בש"ך (חו"מ סימן רל"ה ס"ק ג') שהקשה דבשלמא לענין קנין חצר מבואר בסוגיא (בב"מ דף י:) דיש חילוק בין קטן לקטנה אולם לענין קנין חליפין אין טעם לחלק ביניהן. ונראה לבאר דהרמב"ם סובר דחצר לא קני לקטן משום דלגבי איש חצר נתרבה משום שליחות ויסוד קנין חצר הוא קנין דחל ממילא בלי מעשה קנין מצד הקונה (וכדנתבאר לעיל באות ב' למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי), ורבנן תיקנו דקטן קונה רק באופן דקעביד הקטן מעשה הקנין, ומשו"ה אינו קונה אלא במשיכה דיסוד הקנין דמשיכה הוא מפאת מעשה הקונה, משא"כ לגבי חצר דהוי קנין דממילא ומשו"ה ליכא קנין חצר לקטן. ולפי"ז יש ליישב קושיית הש"ך דהרמב"ם סובר דרבנן לא תיקנו קניני אגב וחליפין בקטן דקנינים אלה אינם חלין מחמת מעשה הקנין, דהגר"ח זצ"ל ייסד דיסוד קנין חליפין הוא קנין מדעת דהיינו שהקנין חל מחמת דעת המקנה בלבד וליכא מעשה קנין מצד הקונה[79]. ונראה דבקנין אגב נמי אין הקונה עושה מעשה קנין בגוף המטלטלין אלא דהן נקנין לו ממילא אגב חלות קנין הקרקע, והקנין

[79] עיין בשיעורים לקמן פרק הזהב (דף מו - מז) בענין חליפין.

חל בלי מעשה קנין מצד הקונה, והרמב"ם סובר דרבנן תיקנו שקטנים קונים בתקנת הפעוטות רק באופן כשהקטן עצמו עושה את מעשה הקנין.[80]

ז.

בדין קנין חצר לקטנה כשאינה עומדת בצדה

עיין בנימוקי יוסף (דף יא. ד"ה ראה אותם רצים וכו' כי עומד בצד שדהו אין) וז"ל דעכשיו היא משתמרת על ידו. וחצר המשתמרת דלא בעינן עומד בצד שדהו צריכא טעמא דהא לאו משום יד הוא דמהני כמו בגט, דהתם בעינן עומדת בצד חצרה כדלקמן וגם לא מטעם שליחות כדפי' הרנב"ר שאי אפשר לזכות לחבירו מתורת שליחות אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון ובמציאה ליכא בעל הממון שיהא זה שלוחו ולא שייך למימר בחצר כדאמרינן גבי מגביה מציאה לחבירו דמגו דזכי לנפשיה זכי לחבריה. וכתב הרנב"ר ז"ל דאיכא למימר דכל שהיא משתמרת למי שהוא זכות הוא לו כידו היא שאף מה שבא לידו כי ניחא ליה דליקני בחצר המשתמרת הוא נותנו ויד אריכתא היא משא"כ לענין גיטין דכיון דלא ניחה לה דתקנה חצר המשתמרת אינה כידה שמה שהוא חובה לאדם כשהוא בידו אינו נותנו בחצר המשתמרת אדרבה מוציאו ממנה עכ"ל. ומבואר דהר"ן סובר דבחצר המשתמרת חל הקנין מדין יד, דכידו אריכתא דמיא, ובמציאה ליכא שליחות דלא מהני שליחות אא"כ יש דעת של בעל הממון. והא דבעינן בגט שתעמוד האשה בצד חצרה הוא משום דלא אמרינן דהחצר הוי כידו אריכתא אלא במידי דזכות, ובגט דחוב הוא לה אינה כידה אא"כ עומדת בצד חצרה דאז הוי כידה ממש[81].

והנה נחלקו הראשונים (עיין בריטב"א דף יב. ד"ה אלא אמר רב אשי) בדין קטנה שאינה עומדת בצד חצרה אי קנתה לה חצרה או לא, ולכאורה י"ל דנידון זה תלוי האם חל הקנין מדין שליחות או מדין יד דכידה אריכתא דמיא (כסברת הר"ן), דאי נימא דבאינה עומדת בצד חצרה חל הקנין מדין שליחות אזי י"ל דקטנה אינה קונה שאינה בכלל שליחות, משא"כ אם הקנין חל מדין יד דכידה אריכתא דמיא י"ל דבמידי דזכות הוא לה קונה דיש לה יד. ועיין בריטב"א שכתב וז"ל ומכל מקום נראה דקטנה כיון דלאו בת שליחות היא ואין לה חצר אלא מדין ידה דומיא דגט, לעולם בעינן שתהא עומדת בצדו ואפילו במתנה דבדידה ליכא למימר דלא גרעה משליחות. אבל יש אומרים כיון דרבי רחמנא

[80] אמנם לפי"ז צ"ע בסו"ד הרמב"ם שם וז"ל אבל הקטנה שנתרבתה חצירה מידה תקנה המטלטלין מאחרים אם קנו מידה או בשכירות מקום עכ"ל. וצ"ע דמהי השייכות בין קנין חצר שקונה לקטנה לקנין חליפין ואגב, דבקטנה חצר קונה משום יד דהיא עושה מעשה קנין ע"י חצרה משא"כ בחליפין ואגב דליכא מעשה קנין מפאת הקונה, וצ"ע. ובביאור דברי הרמב"ם עיין בנתיבות המשפט סימן רל"ה ס"ק י"ב, ובאבן האזל.

[81] ועיין ברש"י דף יב. ד"ה גבי מתנה דס"ל כשיטת הר"ן, ועיין במהרש"א שם.

לקטנה חצר מדין יד בשליחות ואע"ג דאיהי לא זכיא מדין שליחות. ואין זה נכון בעיני דמנא תיתי לן לחלק בחצר בין גט למתנה אם אינו למד שיהא עליו דין שליחות, דהא ליכא בקרא אלא חד חצר דאיתרבי מידה עכ"ל. ומבואר דיש ב' דיעות בראשונים האם קטנה שאינה עומדת בצד חצרה קונה או לא, דהיש אומרים ס"ל דמכיון דיש לקטנה יד יש לה נמי דין שליחות בחצר. משא"כ הריטב"א חולק ע"ז וסובר דחצר מועיל לקטנה רק מדין יד ובעינן שתהא עומדת בצדה אף במתנה. ונראה לבאר סברת ה"יש אומרים" דס"ל דיש ב' דיני שליחות: א) דין שליחות על המעשה - שהמעשה מתייחס למשלח ונחשב כאילו המשלח עצמו עשה את גוף המעשה. ב) דין שליחות לצרף את החלות למשלח - דהחלות חלה עבור המשלח. ונראה לומר דיש חילוק בזה בין דין שליחות שחלה ע"י מינוי ודין שליחות שחלה מדין זכין לאדם שלא בפניו, דבשליחות שחלה ע"י מינוי עצם המעשה מתייחס למשלח. משא"כ בשליחות שחלה במידי דזכות מדין זכין לאדם שלא בפניו י"ל שחלה רק דין שליחות לייחס את החלות למי שזוכין בשבילו. ועיין במגיד משנה (פ"ה מהל' גירושין ה"ב) שכתב בשם הרשב"א דאם אמרה האשה תזרוק הגט לתוך חצרי או אמרה תזכה לי חצרי - קנתה חצרה את הגט, ואע"פ שאינה עומדת בצד חצרה והגט חוב הוא לה, משום דחצר לא גרע משליחות, ונעשה החצר שליח לקבלה. ונראה לבאר דברי הרשב"א, דהיכא דגילתא דעתא שהיא רוצה שתקנה לה חצרה הגט אזי חל דין שליחות מדין מינוי - ועצם המעשה קנין מתייחס למשלח וחשיב כאילו היא קיבלה בעצמה את הגט, ולכן חל הגירושין. משא"כ כשליכא דעתא שהיא רוצה להתגרש החצר אינו מועיל בתורת שליחות אלא מדין זכין לאדם שלא בפניו ואין בגט דין שליחות מדין זכין לאדם שלא בפניו - דחוב הוא לה. ולפי"ז יתכן לומר דה"יש אומרים" שבריטב"א ס"ל דהא דאין שליחות לקטן הוא משום שקטן אינו בר הכי למנות שליח, אבל בחצר חל דין שליחות בלי מינוי, וא"כ צ"ע מדוע אין לקטן דין קנין חצר מדין שליחות. ונראה דחלות שחל ממילא בלי מעשה אינו מתייחס לקטן, דלא תיקנו חז"ל קנין לקטן אלא דין קנין שחל ע"י מעשה קנין, ולא קנין כשחלה החלות ממילא, ומשו"ה אי חצר משום שליחות איתרבאי ליכא קנין חצר לקטן, (ועיין במש"נ לעיל אות ו'). ולגבי קטן ליכא דין שליחות בין ע"י מינוי לצרף אליו המעשה ובין מדין זכין כשחל עבורו החלות. וקטן נתמעט מקנין חצר למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי דליכא קנין דממילא לקטן. אמנם בקטנה דמועיל לה חצר מדין יד וחל עבורה מעשה קנין, י"ל דהיכא דלא בעינן מינוי משום דזכות הוא לה חל נמי עבורה דין שליחות בחצר, דמכיון דיש לה יד דמתייחס לה מעשה הקנין של החצר, י"ל דאף כשחל דין שליחות

בחצר לקטנה מדין זכין ולא בעינן דין שליחות מדין מינוי שליח, מ"מ מתייחס לה עצם מעשה הקנין מדין שליחות, והוי כידה שמתייחס לה עצם מעשה הקנין ולא רק חלות הקנין, ומשו"ה לא בעינן שתעמוד בצד חצרה וחל הקנין מדין שליחות.

ועיין בקצה"ח (סימן קפ"ח ס"ק ב') שדייק דלשיטת הרמב"ם (פ"ב מהל' גירושין הט"ו) אם מינה שליח כשהיה פקח ונשטתה המשלח לא בטלה השליחות מה"ת, ולכאורה משמע דהא דקיי"ל דאין שליחות לשוטה - הוא משום דשוטה אינו בר הכי למנות שליח, ולכן היכא שחל המינוי כשהיה פקח מועיל שליחות לשוטה. ולפי"ז צ"ע מדוע אין חצר לקטן, והא דין שליחות בחצר חל בלי מינוי. וצ"ל דקטן נתמעט מב' דיני שליחות - א) מדין שליחות דחלה ממילא לצרף אליו את חלות הקנין, ומשו"ה נתמעט מקנין חצר[82]. וב) קטן נתמעט משליחות שחלה ע"י מינוי - דהוי חלות שליחות לייחס את עצם עשיית המעשה למשלח. משא"כ בציור של הרמב"ם דכבר נתמנה השליח כשהיה המשלח פקח ולכן השליחות לא בטלה אע"פ דנעשה שוטה דשליחות שחלה ע"י מינוי לא נתבטלה. משא"כ בחצר דאין בה מינוי ועל כרחך דקטן נתמעט מדין שליחות החלה לצרף אליו חלות הקנין דחל ממילא ומשו"ה נתמעט קטן מקנין חצר.

ונמצא דיש ג' שיטות בדין קנין חצר לקטנה מדין יד, דרש"י סובר שאינה קונה אא"כ עומדת בצד החצר. ואילו לשיטת הר"ן אפילו אם אינה עומדת בצדה חל קנין משום דכידה אריכתא דמיא. ולדעת ה"יש אומרים" שבריטב"א כשאינה עומדת בצדה חל קנין מדין שליחות על עצם המעשה דמכיון דחל קנין חצר לקטנה מדין יד חל נמי דין שליחות על עצם המעשה.

ח.

בגדר דין חצר המשתמרת - ביאור שיטת רבנו פרץ

ועיין בשיטמ"ק (דף יב. ד"ה חצר משום יד איתרבאי ולא גרע) שכתב בשם הר"ר פרץ וז"ל אמנם י"ל דבמתנה מועיל גם באינה משתמרת משום דמתנה אינה משתמרת כמשתמרת דמי, דלעולם היא משתמרת למקבל אף כי החצר אינה משתמרת כיון דדעת אחרת מקנה כדאמר תלמודא הרי אין שום אדם יכול לקנות בה כי אם מדעת המקנה, והוא נותנה ומקנה אותה למקבל נמצא שהמתנה משתמרת למקבל אף כי אינה משתמרת לשאר בני אדם דמה בכך מ"מ אין יכולים לזכות בה, אבל מציאה דהפקר היא וכל הקודם זכה בה להכי לא זכיא ליה בשאינה משתמרת דאין המציאה משתמרת לבעל החצר יותר

[82] דנתבאר לעיל דחלות קנין חצר לאיש הוי קנין דממילא שחל בלי מעשה קנין ומשו"ה הרמב"ם פכ"ט מהל' מכירה השווה קנין חצר לקנין סודר וקנין אגב, דס"ל דבכולהו חל חלות קנין בלי מעשה קנין מצד הקונה.

משאר בני אדם כיון שהחצר אינה משתמרת. ומהאי טעמא ניחא שיש להן טעם מה מועיל דעת אחרת מקנה אותם גבי מתנה למימר אף כי רץ אחריהן ואין מגיען, אלא ודאי היינו טעמא דגבי מציאה בעינן רץ אחריהן ומגיען כדי לעשותו חצר המשתמרת וכו' דאי אינו מגיען א"כ אינה משתמרת, ובעינן שתהא משתמרת אפילו עומד בצד שדהו משום דליכא דעת אחרת מקנה ולכן בעינן שיהא רץ אחריהן ומגיען. אבל במתנה דדעת אחרת מקנה אותה לא עכ"ל. ויש לעיין בדברי רבנו פרץ דבמתנה משתמר החפץ למקבל והוי ליה כחצר המשתמרת, דהרי כתב דבצבי שבור ואינו יכול להגיען מהני דעת אחרת מקנה אותו ואע"פ שאינו משתמר דיכולים אחרים לטלו, וצ"ב א"כ מדוע הו"ל כחצר המשתמרת. ונראה דרבנו פרץ ס"ל דהגדר של משתמר היינו שהחפץ שמור לקונה ואין אחרים יכולים לזכות בו - ובדעת אחרת מקנה הו"ל כחצר המשתמרת משום דאי לא קנה ע"י החצר יחזור החפץ למקנה, ומכיון שהוא רוצה להקנות החפץ לקונה י"ל שיתן לו החפץ באופן אחר דמהני - וא"כ החפץ הוא שמור לקונה. משא"כ במציאה דאי לא זכה בעל החצר בחפץ - הוי החפץ הפקר ואינו משומר להקנותו לקונה.

ויתכן לומר דהא דס"ל לרבנו פרץ דבמציאה לא קנה אא"כ הויא חצר המשתמרת אינו משום דאם אין החצר משתמרת אין החפץ נחשב כמונח בתוך החצר, אלא דס"ל דבמציאה חל קנין מיוחד ל"מוצא", ורק בחצר המשתמרת חל לבעל החצר חלות שם "מוצא מציאה". ואם החצר אינה משתמרת - אזי אין לבעל החצר חלות שם "מוצא מציאה", והדין דבעי חצר המשתמרת אינו דין בקנין חצר או בהנחת החפץ בחצר אלא הוא דין במציאה - דחל במציאה קנין מיוחד לחלות שם "מוצא מציאה". ואי החצר משתמרת אזי בעל החצר הוי "מוצא מציאה", ואי אינה משתמרת לא קנה אא"כ עומד בצדה דאזי הוא נחשב ל"מוצא מציאה". דהנה עיין ברמב"ם (בפ"ד מהל' זכיה ומתנה ה"ח) שכתב וז"ל זכין לקטן אפילו בן יום אחד, ולגדול בין בפניו בין שלא בפניו. וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שאינו עומד שם כיון שהגיע המתנה לחצירו כאילו זכה בה אחר עכ"ל. ויש לדקדק דהרמב"ם כלל את ההלכה שחצר של אדם קונה לו שלא מדעתו ביחד עם הדין שזכין לאדם שלא בפניו, וכן דימה קנין חצר שלא מדעתו לקנין דזכייה, וכמש"כ "כיון שהגיע המתנה לחצר כאילו זכה בה אחר". אולם עיין ברמב"ם (בפי"ז מהל' גזלה ואבדה ה"ח) וז"ל חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו ואם נפל בה מציאה הרי היא של בעל החצר בד"א בחצר המשתמרת אבל בשדה וגינה וכיוצא בהן אם היה עומד בצד שדהו ואמר זכתה לי שדי זכה בה וכו' עכ"ל. וצ"ע מדוע הביא הרמב"ם דין קנין חצר פעמיים. ועוד יש לדייק דבהל' גזלה ואבדה לא הזכיר הרמב"ם

דין זכייה, ולא דימה קנין חצר לדין זכין לאדם שלא בפניו, ואילו בהל' זכייה ומתנה הרמב"ם כלל את ההלכה שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו עם ההלכה שזכין לאדם שלא בפניו, ועוד כתב דהחצר קונה "כאילו זכה בה אחר", וצ"ע. ונראה לומר דבהל' גזלה ואבדה מיירי בקנין של מציאה, והרמב"ם סובר דחל קנין מיוחד לחלות שם "מוצא", ובחצר המשתמרת בעל החצר הוי "מוצא" ואי אין החצר משתמרת אזי בעינן שיעמוד בצד חצירו בכדי שיהא נחשב ל"מוצא". אמנם בהל' זכייה ומתנה מיירי הרמב"ם במתנה, וס"ל דחל קנין במתנה מדין זכין לאדם שלא בפניו. ולפי"ז יתכן לפרש בסברת רבנו פרץ דבמציאה בעינן חצר המשתמרת או שיעמוד בצד חצרו דעי"ז חל חלות שם "מוצא מציאה", וחל קנין מיוחד ל"מוצא מציאה", ואי אינה משתמרת לא הוי "מוצא" ולא קנה האבידה. משא"כ במתנה דחל הקנין מדין זכין לאדם שלא בפניו, ומשו"ה לא בעינן חצר המשתמרת וחל הקנין ע"י דעת מקנה בלבד.

והנה עיין בתוס' ד"ה חצר (דף יב.) שכתבו וז"ל ובמידי דזכות כמו מתנה קנה ואפילו אינו עומד בצד חצרו ואפילו אינה משתמרת וכו' עכ"ל, והגר"א כתב ע"ז (בהגהת הגר"א אות ב') וז"ל כרב פפא, ורמב"ם פסק כההוא מרבנן עכ"ל. ובאמת שיטת הרמב"ם צ"ע דבפ"ד מהל' זכיה ומתנה (ה"ח - ה"ט) כתב וז"ל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שאינו עומד שם כיון שהגיע המתנה לחצירו כאילו זכה בה אחר. במה דברים אמורים בחצר המשתמרת, אבל בחצר שאינה משתמרת וכו' עד שעומד בצדה ויאמר זכתה לי שדי עכ"ל. ומבואר דלזכות במתנה בחצר שאינה משתמרת בעינן שיעמוד בצד החצר ויאמר תזכה לי שדי, ולכאורה היינו דלא כרב פפא - דס"ל דבדעת אחרת מקנה אותו חל קנין בחצר שאינה משתמרת אפילו כשאינו עומד בצד שדהו, ומשמע לכאורה דהרמב"ם פסק כשיטת ההוא מרבנן, וכדברי הגר"א בהגהות. אמנם עיין ברמב"ם (פי"ז מהל' גזלה ואבדה הי"א) וז"ל מי שראה אחרים רצים אחר המציאה והרי היא צבי שבור או גוזלות שלא פרחו אם היה עומד בצד שדהו שהן בתוכה ואילו היה רץ אליהן היה מגיען ואמר זכתה לי שדי זכתה לו שדהו. ואם אינו יכול להגיען הרי אלו כצבי שרץ כדרכו וכו' ולא אמר כלום אלא כל הקודם בהן זכה. ואם במתנה נתנו לו הואיל ואחר הקנה אותן לו והרי הן מתגלגלין בתוך שדהו קנתה לו שדהו וכו' עכ"ל. ומבואר דבמתנה אע"פ שרץ ואחריהן ואינו מגיען קנה, ולכאורה היינו כשיטת רב פפא דדעת אחרת מקנה אותו שאני, וצ"ע.

ונראה הרמב"ם מחלק בין מציאה למתנה, דלגבי מתנה פסק כשיטת ר' ירמיה דקנה אע"פ שרץ אחריהן ואינו מגיען (כדאיתא בגמ' דף יא:), אמנם ר' ירמיה סובר דבעינן

שיעמוד בצד שדהו ויאמר תזכה לי שדי (משא"כ רב פפא ס"ל דמהני אף אם אינו עומד בצד שדהו משום דדעת אחרת מקנה אותו שאני ולא קיי"ל כוותיה), וזה מבואר במה שפסק בפ"ד מהל' זכיה ומתנה (ה"ט). ואילו בפי"ז מהל' גזו"א הי"א מיירי לענין מציאה, ובמציאה קונה רק אם יכול להגיען. ונראה דהביאור בזה הוא דהרמב"ם סובר דבמציאה חל קנין מיוחד למי שחל עליו חלות שם "מוצא", וס"ל דאם אינו יכול להגיען לא חל בו חלות שם "מוצא", ואילו לגבי מתנה פסק דבחצר המשתמרת חל קנין מאליו, ואי אינה משתמרת צריך שיעמוד בצד חצירו ויאמר תזכה לי חצרי, (ודלא כרב פפא דס"ל דחל קנין ע"י דעת מקנה בלבד). ונראה דלפי הרמב"ם יש ב' דינים בחצר המשתמרת: א) דמשום דמשתמרת חל לבעל החצר חלות שם "מוצא", ב) דע"י דמשתמרת חל תפיסת החצר בחפץ, ואם אינה משתמרת חל תפיסת הבעלים בחפץ ע"י שהבעלים עומדים בצד החצר ואומרים תזכה לי חצרי. ובמתנה אין דין קנין ל"מוצא" ואם אינה משתמרת בעינן שיעמוד בצד החצר ויאמר תזכה לי חצרי בכדי שיחול תפיסה בחפץ, דהבעלים תופסים את החפץ ע"י החצר.

ט.

בדין זרק ארנקי

עיין בגמ' (דף יב.) "בעי רבא זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר מהו אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי או לא וכו' לאו היינו מתניתין ראה אותן רצין אחר המציאה ואמר ר' ירמיה אמר ר' יוחנן והוא שרץ אחריהן ומגיען ובעי ר' ירמיה במתנה היאך וקיבלה מיניה רבי אבא בר כהנא במתנה אע"פ שרץ אחריהן ואין מגיען, אמר ליה מתגלגל קאמרת שאני מתגלגל דכמונח דמי". ופירש רש"י (בד"ה זרק ארנקי) וז"ל והפקירו לכל הקודם עכ"ל. ובתוס' (ד"ה ויצא) כתבו וז"ל לא גרסינן ואפקריה דהא חשיב ליה דעת אחרת מקנה אותו דמייתי ראיה ממתנה, ואי אפקריה א"כ מיד כשיצא הארנקי מידו היה הפקר ובשעת זכייה ליכא דעת אחרת, אלא ל"ג ואפקריה ולעולם היא שלו עד שזכה בה אחר עכ"ל. ויש להעיר דלכאורה מוכח מדברי התוס' שלא פירשו דין דעת אחרת מקנה אותו כשיטת רבנו פרץ, דלדעת רבנו פרץ בדעת אחרת מקנה אותו משתמר החפץ לקונה, ואילו הכא בזרק ארנקי דרך פתח זה ויצא בפתח אחר אין החפץ משומר ביד המקנה עבור הקונה דהמקנה אינו יודע מי הוא הקונה - הראשון או השני. וצ"ל דהתוס' חולקים על רבנו פרץ וס"ל דהא דדעת אחרת מקנה מועיל אע"פ שאין החצר משתמרת הוא משום דדעת אחרת מקנה מצרף הזכייה להבעלים.

ויש לדייק בלשון רש"י שכתב "והפקירו לכל הקודם" דמהי כוונתו בזה. וי"ל דר"ל דלא הפקירו מיד כשיצא מידו אלא שהפקירו דוקא בשעת זכייה, וכיון שהפקירו בשעת זכייה משו"ה חלה דעת אחרת מקנה בשעת קנין החצר. מאידך תוס' לא גרסו "ואפקריה" וס"ל דהויא מתנה לכל מי שיזכה בו. וס"ל דשייך לתת מתנה לכל א' שבעולם הרוצה לזכות בו והויא חלות שם מתנה ולא חלות הפקר. אולם נראה דרש"י חולק ע"ז וס"ל דאם נתן מתנה לכל א' שבעולם שרוצה לזכות בה אזי חל חלות דין הפקר אלא שההפקר חל בשעת הזכייה ומשו"ה הו"ל דעת אחרת מקנה לענין קנין חצר. ויש להוסיף דאבידה הוי הפקר וחצר שאינה משתמרת אינה קונה אותה מן ההפקר דהוי חב לאחרינא הרוצים לזכות במציאה מן ההפקר. משא"כ כשהחצר משתמרת אין הקנין חב לאחרינא דאחרים אינם יכולים לקנותה מאחר דמשתמרת המציאה לבעל החצר. ונראה דאף באופן דאיכא דעת אחרת מקנה אין קנין החצר חב לאחרינא דהא המקנה הקנה המתנה רק לבעל החצר בלבד ולא לשאר אינשי. וי"ל דזוהי סברת רבינו פרץ (המובא לעיל באות ז').

ולפי"ז נל"ב דברי רש"י דמכיון דהפקיר את הארנקי רק בשעת הזכייה הרי הפקירו לראשון שקונה אותו ואין בזה חב לאחרינא דהא לראשון בלבד יש זכות זכייה דהבעלים הפקירו לראשון שיזכה בו ומשו"ה אין קנין החצר חב לאחרינא, ושפיר קונה לו. ויל"ע בזה דהרי קיי"ל דהפקר לעניים ולא לעשירים אינו הפקר (פ"ו פאה מ"א וברמב"ם פ"ב נדרים הט"ו), וא"כ היאך ס"ל לרש"י דההפקר חל לראשון לבדו הזוכה בו, והא הו"ל כהפקר לעניים ולא לעשירים. ונראה דשאני הכא דכל א' שבעולם יכול לזכות ולהיות הראשון לזכות בו משא"כ הפקר לעניים ולא לעשירים אין כל אדם יכול לזכות בו ומשו"ה לא הויא הפקר.[83]

י.

הערות נוספות בסוגיא דקנין חצר (דף י: - יב א)

א) עיין בגמ' (דף י:) "והתניא בידו אין לי אלא ידו גגו וחצירו וקרפיפו מנין ת"ל המצא תמצא מכל מקום" וברש"י (ד"ה גגו וחצירו) כתב וז"ל שאם נכנסה שם ונעל בפניה לגונבה שהוא חייב עכ"ל. ויש לדקדק דהרי לכו"ע חצר המשתמרת קונה לבעליה כשהוא עומד בצדה מבלי שיעשה הבעלים שום מעשה בגופו, וא"כ צ"ע למה כתב רש"י דנעל בפניה כדי לגונבה, דלמה אין הגנב קונה את הגניבה בקנין חצר דעלמא מבלי שינעול בפניה. ונראה דשאני גניבה דאע"פ שחל קנין חצר בלי מעשה גברא דנעילת

[83] ולפי"ז מבואר דרש"י ס"ל כשיטת רבנו פרץ אמנם עיין לעיל בשיעורים דנתבאר דרש"י סובר כשיטת הר"ן ועיין היטב בלשון רש"י (בד"ה גבי) ודו"ק.

הדלת, מ"מ אין קנין זה בעצמו נחשב למעשה גניבה המחייב, דכדי שיתחייב הגנב בגניבה צריך הגנב לעשות מעשה גניבה בגופו בקום ועשה, ומשו"ה כתב רש"י שנעל הדלת בפניה כדי לגונבה. דמאחר שעשה הגנב מעשה גניבה בקום ועשה לפיכך מתחייב הגנב בקנין שהחצר עושה לקנות את הגניבה עבורו.

ב) ובהמשך הגמ' איתא "ואי ס"ד חצר משום שליחות איתרבאי א"כ מצינו שליח לדבר עבירה וקיימא לן אין שליח לדבר עבירה". ולכאורה דברי הגמ' צ"ב, דפשיטא שאפילו למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי אין החצר שליח ממש של בעל החצר, ומהי כוונת הגמ' דאי חצר משום שליחות איתרבאי א"כ מצינו שליח לדב"ע. ונראה לבאר דיסוד הדין דאין שליח לדבר עבירה הוא שאין הגברא מתחייב בעבירה אם הוא עצמו לא עשה אותה. ולכן אי חצר משום יד איתרבאי, דקנין החצר נחשב למעשה קנין של בעל החצר - דקונה ע"י חצרו דהוי ליה כידו, אזי ניחא דחייב, דנחשב כמו שבעל החצר עשה בעצמו את מעשה הגניבה ומשו"ה חייב. משא"כ אם חצר משום שליחות איתרבאי י"ל דלא נחשב כאילו בעל החצר עשה את מעשה הקנין, אלא דהחצר קונה מאליה עבור בעל החצר, דאזי י"ל שהחצר עושה את מעשה הקנין ומעשה הגניבה ורק חלות הקנין מתייחס לבעל החצר, ולפי"ז א"א לחייב את בעל החצר בעבירת הגניבה מכיון שהוא עצמו לא עשה מעשה גניבה, וא"א לחייב אדם על מעשה עבירה שהוא לא עשה. ואם חצר משום שליחות איתרבאי א"כ מצינו שליח לדבר עבירה.

ג) ועיין בהמשך הגמ' (שם) "אמר רבינא היכא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה היכא דשליח בר חיובא אבל בחצר דלאו בר חיובא הוא מתחייב שולחו, אלא מעתה האומר לאשה לעבד צאו גנבו לי דלאו בני חיובא נינהו ה"נ דמחייב שולחן, אמרת אשה ועבד בני חיובא נינהו והשתא מיהא לית להו לשלומי". ונראה דאליבא דההו"א העונש של השליח פוטר את המשלח מלהענש, ומשו"ה סד"א דאשה ועבד דאינן נענשים ואינם חייבים לשלם אינם פוטרים את המשלח. ולמסקנא נקטינן דהחיוב דרמי על השליח פוטר את המשלח, ואשה ועבד בני חיובא נינהו ואע"פ שאינם נענשים עכשיו הרי הם חייבים. ומשמע מזה דהדין דאין שליח לדבר עבירה הוא רק דין בעונש בלבד ולא בעבירה עצמה, דלגבי העבירה חל שליחות לייחס העבירה למשלח.

ועיין במס' קידושין (דף מג.) "האומר לשלוחו צא הרוג את הנפש הוא חייב ושולחיו פטור שמאי הזקן אומר משום חגי הנביא שולחיו חייב שנא' אותו הרגת בחרב בני עמון וכו' ואב"א לעולם דריש ומאי חייב חייב בדיני שמים מכלל דת"ק סבר אפילו מדיני שמים נמי פטור אלא דינא רבה ודינא זוטא איכא בינייהו". וברש"י (ד"ה דינא רבה

ודינא זוטא וכו') פירש וז"ל לשמאי מחייב בדינא רבה בעונש גדול ולת"ק לא מיענש כולי האי כהורג עצמו אלא כגורם עכ"ל. ומשמע דלכו"ע יש שליח לדבר עבירה לענין שהעבירה מתייחסת למשלח אלא דת"ק סובר שאין עיקר העונש חל על המשלח דאינו אלא כגורם.[84]

אמנם יתכן דדינא זוטא חל רק ברציחה עפ"י גזה"כ "אותו הרגת בחרב בני עמון" ולא בעבירות אחרות, דבשאר עבירות קיי"ל אין שליח לדבר עבירה כלל בין לענין עצם העבירה ובין לענין עונשין. וכן משמע מהרמב"ם (פ"ב מהל' רוצח ה"ב - ה"ה) וז"ל השוכר הורג להרוג את חבירו או ששלח עבדיו והרגוהו וכו' שופך דמים הוא ועון הריגה בידו וחייב מיתה לשמים ואין בהן מיתת ב"ד, ומנין שכן הוא הדין שנא' מיד האדם מיד איש אחיו אדרוש את נפש האדם זה השוכר אחרים להרוג את חבירו ובפירוש נאמר בשלשתן לשון דרישה הרי דינם מסור לשמים וכו' עכ"ל. ואילו בנוגע לשאר עבירות כתב הרמב"ם (פ"ז מהל' מעילה ה"ב) וז"ל ובכל התורה כולה אין שליח לדבר עבירה עכ"ל. ומסתימת לשונו משמע קצת דס"ל דבשאר עבירות אין שליח לדבר עבירה כלל, בין לענין העבירה ובין לענין העונש. ובשאר עבירות ליכא למשלח אפילו דינא זוטא, דרק לגבי רציחה דחל מעשה עבירה למשלח הוא נענש בדינא זוטא.

ד) ובהמשך הגמ' איתא "היכא אמרינן דאשלד"ע היכא דאי בעי עביד אי בעי לא עביד אבל חצר דבעל כרחיה מותיב בה מחייב שולחו". ונראה דר"ל דמעשה גברא של אדם א' אינו מצטרף לאדם שני לחייבו, משא"כ מעשה דחצר דאינו מעשה גברא שפיר מחייב את בעל החצר בעבירה. ולישנא דבר חיובא סברי דרק כשהמעשה הוי מעשה עבירה לשליח אזי אין המעשה מצטרף למשלח לחייבו, ואילו אם לגבי השליח המעשה הוי מעשה היתר מצטרף המעשה למשלח לחייבו. ברם מעשה דחצר אינו מעשה גברא כלל ושפיר מצטרף ומתייחס לבעל החצר.

ה) גמ'. (דף יא.) "לא ילפינן מציאה מגט". יתכן לבאר החילוק שבגמ' עפ"י שיטת הקצה"ח (סימן ר' ס"ק ה') דבגט לא צריך חלות הקנאת הגט לאשה אלא רק מעשה נתינה בעלמא וכדקיי"ל דיכול לגרשה בגט הכתוב על איסוה"נ דא"א להקנותו לה דאיסה"נ אינם שלו (עיין בגמ' גיטין דף ס.). וי"ל דאי חצר משום יד איתרבאי אזי מועיל חצר לגרשה משום דהוי מעשה נתינה לידה לגרשה אבל אין להוכיח מכאן דהוי כידה לגבי חלות קנין.

ע"כ ענין קנין חצר

[84] ועיין לעיל באות ב' מש"כ בשם הגר"ח זצ"ל.

דף כו:

תוס' ד"ה שנפל בא"ד. וז"ל וי"ל דטוען ברי לפי שלא היה שם אחר כי אם הוא עכ"ל. לכאורה נראה דלא הוי טענת ברי ממש דהא לא יודע בבירור שהשני לקחו אלא שטוען כך מחמת שיש לו אומדנא דמוכח, וטענה מחמת אומדנא דמוכח מהוה טענה לחייב שבועת היסת. ועיין במשנה (שבועות דף מה.) "ואלו נשבעין שלא בטענה השותפין והאריסין והאפוטרופין וכו'", ויש לעיין האם התקינו החכמים שבועות אלו בספק טענה בעלמא, או"ד דרק כשהטוען יש לו אומדנא דמוכח לחשוד בחבירו שגזלו אזי תיקנו חיוב שבועה. ועיין ברמב"ם (פ"ג מהל' טוען ה"ז) וז"ל הורו רבותי שהנשבעין ונוטלין אינן צריכין טענת שתי כסף ואני אומר שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין ואח"כ ישבע התובע בתקנת חכמים ויטול, שהרי הנשבעין בטענת ספק צריך שיהיה ביניהם כפירת שתי מעין ואח"כ ישבע מספק עכ"ל. ונראה דאליבא דרבותיו של הרמב"ם דין שתי כסף הוי דין בטענה המחייבת שבועה ולא חל בנשבעין ונוטלין. מאידך להרמב"ם ב' כסף הוא דין בחפצא דשבועת הדיינים דזקוקה לב' כסף וחל אפילו בשבועת הנוטלין. והרמב"ם מביא ראייה מהנשבעין בטענת ספק דליכא שם טענה המחייבת ומ"מ צריכין ב' כסף, ומוכח דב' כסף הוא דין בשבועת הדיינים. ועיין בראב"ד שהשיג וז"ל אבל הדמיון שדימה והלמוד שלמד מן הנשבעין בטענת ספק שהצריכו להם כפירת ב' כסף אינו דמיון כלל שזה נשבע להפטר ועל כרחו הוא נשבע וזה נשבע ליטול מדעתו הוא נשבע כדי ליטול ואפילו על פרוטה עכ"ל.

ובביאור השגת הראב"ד נראה דהנה עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ז) וז"ל קטן שהפקיד ביד גדול או השאילו הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן. הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת הקטן כדי שנאמר אין נשבעין על טענת קטן שכל השומרים שבועתן שמא הן עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם נקט דשומרים נשבעין שלא בטענה ומספק. והראב"ד (שם) השיג עליו וז"ל ורבותי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפילו היסת שאין נתינת קטן כלום וכו' ועוד על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין עכ"ל. ומבואר דלהראב"ד טענת שמא הוי טענה לחייב שבועת השומרים, אולם קטן לאו בר טענה הוא, כדחזינן דעל ודאי שלו אין נשבעין וכש"כ דעל ספק שלו אין נשבעין. ולפי"ז נראה לבאר השגת הראב"ד בשבועת ספק (בפ"ג מהל' טוען ונטען ה"ז), דס"ל דנשבעין בטענת ספק משום דטענת ספק שלהם שמה טענה מדרבנן בנוגע לשבועת המשנה.

ולפי מה שנתבאר דלהראב"ד טענת ספק שמה טענה לגבי שבועת השומרים ובשבועות המשנה, יתכן לומר דלא הוי טענת ספק בעלמא אלא שטוען שבלבו ברור לו מחמת אומדנא דמוכח לחשד בחבירו שגזלו ואינה טענת ספק ושמא בעלמא, אלא טענה ספק מחמת דיש לו אומדנא דמוכח, וכמו שביארנו בתוס' דידן, וצ"ע בזה.

גמ'. ואמר רבא ראה סלע שנפלה נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה עבר בכולן משום לא תגזול ומשום השב תשיבם ומשום לא תוכל להתעלם ואע"ג דחזרה לאחר יאוש מתנה הוא דיהיב ליה ואיסורא דעבד עבד. נטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה עובר משום השב תשיבם. המתין לה עד שנתיאשו הבעלים ונטלה אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד. ונראה לבאר דהלאו דלא תוכל להתעלם חל משעת ראיית האבידה, וכמוש"כ ברש"י (ד"ה המתין לה) וז"ל בשעה שראה אותה ולא נטלה להחזירה עובר בלא תוכל להתעלם שהרי העלים עיניו עכ"ל. אמנם יל"ע האם חל העשה דהשב תשיבם משעת ראיה או משעת ההגבהה. והנה רבא חידש דבנטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה עובר משום כולן ואף משום השב תשיבם, דקס"ד דמכיון שהוא גזלן אינו עובר משום השב תשיבם דהריהו חייב בהשבה מדין והשיב הגזילה אשר גזל ומדין גזלן, ולכאורה א"כ אינו חייב נמי בהשבה מדין השבת אבידה ומצות השב תשיבם, ולא חשיב השבת אבידה אלא השבת גזילה. ובשלמא לשיטת הרמב"ם (פי"א מהל' גזלה ואבדה ה"א) דמצות השב תשיבם חלה משעת ראייה וכמש"כ וז"ל השבת אבידה לישראל מצות עשה שנאמר השב תשיבם. והרואה אבידת ישראל ונתעלם ממנה והניחה עובר בלא תעשה שנאמר לא תראה את שור אחיך והתעלמת מהם ובטל מצות עשה ואם השיבה קיים מצות עשה עכ"ל, ומבואר דחלות חיוב העשה חלה משעת ראייה, י"ל דדין גזלן אינו חל אלא משעת קנין דהיינו מהגבהה ואילו מצות השב תשיבם כבר חלה עליו משעת ראייה, ומשו"ה עובר נמי בהשב תשיבם. אמנם לפי שאר הראשונים דס"ל דמצות השבת תשיבם חלה משעת הגבהת המציאה י"ל דרבא קמ"ל דאע"פ שנטלה ע"מ לגוזלה וחל קניני גזילה משהגביה החפץ מ"מ עובר נמי משום השב תשיבם. ומבואר דחל בחפץ חיובי גזילה וחיובי אבידה בב"א דכל גזילה נמי הויא אבידה. (וכן מבואר מדברי הרמב"ן במלחמות ה' דף יד: בדפי הרי"ף ד"ה אמר רבא)

גמ'. ואמר רבא ראה סלע שנפלה נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה עבר בכולן משום לא תגזול ומשום השב תשיבם ומשום לא תוכל להתעלם ואע"ג דחזרה לאחר יאוש מתנה הוא דיהיב ליה ואיסורא דעבד עבד.

א.

ביאור הגמ' לפי שיטת התוס' ובדין העשה דהשב תשיבם והלאו דלא תוכל להתעלם עיין בתוס' ד"ה מתנה דהקשו וז"ל וא"ת והלא לאו דלא תגזול מיקרי ניתק לעשה וכו' א"כ כיון דלענין גזילה 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. ומבואר דתוס' סברי דמש"כ בגמ' דאיסורא דעבד עבד היינו לענין הלאו דלא תוכל להתעלם, אמנם לגבי הלאו דלא תגזול ומצות השב תשיבם מכיון שהחזיר האבידה תו לא עבר ותיקן הלאו דלא תגזול והעשה דהשב תשיבם. ולכאורה מבואר דתוס' ס"ל דהלאו דלא תוכל להתעלם והעשה דהשב תשיבם אינם תלויים זה בזה, דאפשר לעבור על הלאו דלא תוכל להתעלם ולקיים את העשה דהשב תשיבם. ולולא דבריהם היה נראה לומר דאם קיים העשה דהשבה תו לא קעבר על הלאו דלא תוכל להתעלם. ועיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזלה ואבדה ה"א) וז"ל השבת אבידה לישראל מצות עשה שנא' השב תשיבם, והרואה אבידת ישראל ונתעלם ממנה עובר בלא תעשה שנא' לא תראה את שור אחיך והתעלמת מהם ובטל מצות עשה עכ"ל. ומבואר דלשיטת הרמב"ם חובת קיום העשה דהשב תשיבם חל בב"א עם הלאו דהעלמה - בשעת ראיית האבידה. אמנם עיין ברש"י (ד"ה עובר) וז"ל לא תוכל להתעלם אינה אזהרה אלא לכובש עיניו ונמנע מלהציל וכו' אבל השב תשיבם איכא משנטל עד שישיבנה עכ"ל. ומבואר דאליבא דרש"י הלאו דלא תוכל להתעלם חל בשעת ראייה ואילו העשה דהשבה חל משעת נטילה. ומשמע דהרמב"ם ורש"י נחלקו האם הלאו והעשה תלויים זה בזה או לא.[85]

[85] והנה מצינו עוד מצות שיש בהן לאו ועשה ויש לדון האם העשה והלאו תלויים זה בזה או לא, דעיין ברמב"ם (פ"א מהל' חגיגה ה"א) וז"ל שלש מצות עשה נצטוו ישראל בכל רגל משלש רגלים ואלו הן, הראייה שנא' יראה כל זכורך וכו' הראייה האמורה בתורה היא שנראה פניו בעזרה ביום הראשון של חג ויביא עמו קרבן עולה וכו' ומי שבא לעזרה ביום ראשון ולא הביא עולה לא דיו שלא עשה מצות עשה אלא עובר על לא תעשה שנא' לא יראו פני ריקם, ואינו לוקה על לאו זה שהרי לא עשה מעשה עכ"ל. והטורי אבן הקשה דלכאורה ביאה ריקנית לעזרה הו"ל מעשה וא"כ מדוע אינו לוקה והרי קעבר על הלאו ע"י מעשה. וביאר הגר"ח זצ"ל דלהרמב"ם הלאו דביאה ריקנית אינו עצם מעשה הביאה ריקנית למקדש, אלא דגוף הלאו הוא אי קיום העשה של הבאת הקרבן בשעת ביאה למקדש, ועיקר עבירת הלאו הוא שאינו מקיים את העשה. והמניעה מקיום העשה הוי לאו שאין בו מעשה, והרמב"ם סובר דדין לאו שאין בו מעשה תלוי בגוף האיסור ולא בהיכי תימצי האם עבר הגברא על האיסור על ידי מעשה או לא (ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"א בענין לאו שאין בו מעשה). ויתכן לומר דזה מדויק בלשון הרמב"ם שכתב "לא דיו שלא עשה מצות עשה אלא עובר על לא תעשה" דמשמע קצת דגוף הלאו דלא יראו פני ריקם הוא ביטול העשה דיראה כל זכורך, והלאו והעשה תלויים זה בזה, אמנם בנוגע לצדקה עיין ברמב"ם (פ"ז מהל' מתנות עניים ה"א - ה"ב) שכתב וז"ל מצות עשה ליתן צדקה לעניים כפי מה שראוי לעני אם היתה יד הנותן משגת שנא' פתוח תפתח את ידך וכו' וכל הרואה עני מבקש והעלים עיניו ממנו ולא נתן לו צדקה עבר בל"ת שנא' לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ את ידך מאחיך האביון עכ"ל. ומשמע דהרמב"ם מחלק בין העשה להלאו, דהלאו חל רק באופן שהעני מבקש ממנו ומעלים עיניו ממנו ואילו העשה חל בכל אופן שיודע דיש עני שצריך צדקה, ואע"פ שאין העני מבקש ממנו. ומשמע דאין העשה והלאו בצדקה תלויים זה בזה. ועיין בתוס'

ב.

שיטת בעל המאור בביאור הגמ' "מתנה הוא דיהיב ליה ואיסורא דעבד עבד" ובדין האם קיום השבת הגזילה עוקר את הלאו דלא תגזול

ועיין בבעה"מ (דף יד: בדפי הרי"ף ד"ה אמר רבא) וז"ל ואיכא דקשיא ליה כיון דאהדריה היכי עבר משום בל תגזול והא מיתקן לאויה שהרי קיים עשה שבה והשיב את הגזילה וגזלן מצוה בהשבה לעולם ואפילו לאחר יאוש ואע"פ שקנה ביאוש נפ"מ שקנויה היא אצלו הגזלה עצמה אבל דמים משלם לעולם וא"כ מיתקן לאויה. ונ"ל מאי עובר משום בל תגזול דקאמרינן שכבר עבר קודם השבה דומיא דעובר משום השב תשיבם דקאמרינן בנטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכון לגוזלה הוה ליה גזלן וקונה ביאוש וליכא מצות השב תשיבם וכו' אלא מאי עובר שכבר עבר עכ"ל. ומבואר דס"ל לבעה"מ דמקיים העשה דוהשיב את הגזילה אף ע"י תשלומי דמים. אמנם מ"מ כשמחזיר הגזילה אינו עוקר את הלאו למפרע, ועדיין קא עבד איסורא. והגר"ח זצ"ל אמר דהא דאין לוקין על לאו הניתק לעשה אינו משום שקיום העשה עוקר את הלאו והו"ל כאילו לא עבר על הלאו, אלא דחל דין מסוים דאין לוקין על לאו הניתק לעשה משום דלא הוי דומיא דלאו דחסימה. אמנם יש לעיין לפי"ד הבהע"מ מדוע קתני שאם החזירה לאחר יאוש איסורא דעבד עבד, דלכאורה הוא הדין נמי אם החזירה לפני יאוש י"ל דאיסורא דעבד עבד דאינו עוקר את הלאו למפרע. ונראה דכשגזל חפץ והוציאו מרשות הבעלים אזי אמרינן דאפילו אם החזירו קודם שניתאשו הבעלים ותיקן הלאו מ"מ איסורא דקא עבד עבד, דאינו עוקר את מעשה הגזילה. אמנם הכא מיירי באבידה שנטלה ע"מ לגוזלה ולא הוציאה מרשות הבעלים, וליכא איסור גזילה מדין לקיחה אלא שחל איסור גזילה משום שהוא כובש ממון חבירו תחת ידו, ונראה דבכבישת ממון ליכא מעשה גזילה ע"י מחשבה בלבד לכבוש ממון חבירו תחת ידו, וחל הגזילה רק ע"י יאוש הבעלים. ולכן אם החזיר הממון לפני יאוש הבעלים ליכא איסור גזילה כלל, ומש"ה קתני דדוקא כשהחזירה לאחר יאוש לא עקר את הלאו ואיסורא דעבד עבד, דלפני יאוש לא קא עביד איסורא כלל.

ב"ב דף ח: (ד"ה אכפיה) דהקשו היאך אכפיה רבא לרב נתן ושקיל מיניה ד' מאות זוזי לצדקה והא צדקה הוי מ"ע שמתן שכרה בצדה ותירצו בתוס' כמה תירוצים א) דמיירי דכפייה בדברים ב) דמיירי דקבלו עליהם שיכופו אותן גבאי ג) הר"י מתרץ דכופין על צדקה משום דאית בה לאו דלא תאמץ את לבבך. וצ"ב במה פליגי התירוצים שבתוס' ומשמע דהר"י סובר דהלאו והעשה תלויים זה בזה ומשו"ה נקט דכופין על הצדקה מחמת הלאו. משא"כ התירוצים האחרים שבתוס' ס"ל כהרמב"ם דאין העשה והלאו תלויים זה בזה. (רבנו זצ"ל)

ג.

שיטת הריטב"א בביאור הגמ' "מתנה הוא דיהיב ליה ואיסורא דעבד עבד"

ועיין בריטב"א וז"ל מתנה הוא דיהיב ליה ואיסורא דעבד עבד, והלשון הזה לא נהירא, חדא דמאי מתנה יהיב ליה, אין זה אלא מחזיר לבעלים גזל שגזל וכו' ועוד בשלמא בלא תוכל להתעלם מאי דעבד עבד, והשב תשיבם נמי, מאי דעבד עד השתא בהשב תשיבם לית ליה תקנה ולא מתקן בהשבה דהשתא אבל לאו דלא תגזול לעולם מתקן בחזרה דלאו שניתק לעשה הוא וכו' ויש לדחוק דהא דאמר איסורא דעבד עבד על לא תוכל להתעלם והשב תשיבם בלחוד קאי ולגביה הא קאמר דחשיב כמתנה, דלא לתקוני איסורא דעבד וכו' עכ"ל. ויתכן לומר דהריטב"א סובר דאי אפשר לתקן העשה דהשב תשיבם לאחר יאוש, דמכיון שלא השיב את החפץ לאלתר וגרם לבעלים להתיאש, ונגמר שם אבוד בחפצא, עבר על העשה ובטלה ותו אי אפשר לתקנה. דהמצוה היא לטרוח ולחפש אחרי הבעלים מיד ולהשיב להן את האבידה, ומאחר שהמתין מלהשיב עד לאחר שכבר נתיאשו הבעלים, ונגמר שם אבוד בחפצא ע"י היאוש תו אי אפשר לקיים מצות השבת אבידה דכבר ביטל העשה ואי אפשר לתקנה. ועוד נראה לומר דהריטב"א מחלק בין האיסור דגזילה לבין מצות השבת אבידה, וס"ל דרק לענין גזילה מקיים העשה דוהשיב את הגזילה אשר גזל אף כשמחזיר החפץ לאחר יאוש. משא"כ באבידה ס"ל דלאחר יאוש אינו מקיים מצות השבת אבידה. וי"ל דהביאור בזה הוא דיאוש גומר חלות שם אבידה בחפץ ומפקיע מהחפץ דין ממון הבעלים. והרי אם נאבד החפץ מהמוצא הראשון וימצאנו מוצא שני לאחר שנתיאשו הבעלים הריהו שלו דבהיתרא אתי לידיה, ומאחר דהיאוש מפקיע ממון הבעלים לגבי אדם שני תו לא שייך לקיים מצות השבת אבידה כשמחזיר את האבידה להבעלים.

ד.

שיטת הר"ר יהונתן

ובשיטמ"ק כתב בשם ה"ר יהונתן וז"ל וא"ת והיאך עובר משום בל תגזול, הא קיים והשיב את הגזילה. י"ל כי היכי דלא קיים השב תשיבם כיון שהמתין להחזירה לאחר יאוש כמו כן לא קיים והשיב את הגזילה כיון שהמתין להחזירה עד שנתיאש עכ"ל. ונראה לבאר שיטת ה"ר יהונתן דקיי"ל דיאוש ושינוי רשות קונה ויש להסתפק בביאור הלכה זו, דיתכן דיאוש גרידא לא קני אמנם יאוש ושינוי רשות ביחד קני, או"ד י"ל דבאמת יאוש בכדי קני אולם מכיון שביאסורא אתי לידיה דהגזלן אין הגזלן קונה ביאוש, ורק השני שלקח ממנו דבהיתרא אתי לידיה קני ע"י היאוש. ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל'

גניבה ה"ג) וז"ל נתייאשו הבעלים מן הגניבה בין שנתייאשו ואחר כך מכר הגנב בין שנתייאשו אחר שמכר, קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות ואינו מחזיר הגניבה עצמה לבעליה אלא נותן להן הדמים אם לקח מגנב מפורסם וכו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל כל זה אין לו שורש ולא ענף והוא שיבוש המעתיק עכ"ל. ונראה דנחלקו האם הלוקח משלם דמים לבעלים או לגזלן, דהרמב"ם סובר דהלוקח קונה מהבעלים ולכן צריך לשלם לו הדמים, וס"ל דביאוש ושינוי רשות עצם הקנין חל ע"י היאוש לבדו והא דבעינן שינוי רשות הוי רק תנאי, דאע"פ דיאוש בלבד קני מ"מ הגזלן אינו קונה דבאיסורא אתי לידיה, משא"כ הלוקח ממנו קונה ביאוש מכיון דבהיתרא אתי לידיה, ומשו"ה הלוקח חייב לשלם הדמים להבעלים. ואילו הראב"ד סובר דהלוקח משלם דמים להגזלן, דס"ל דהגזלן קונה ע"י יאוש ושינוי רשות ביחד, דע"י שהגזלן מקנה החפץ ללוקח חל קנין להגזלן בב"א עם היאוש ושינוי רשות. וכן מבואר מדברי הרשב"א (גיטין דף נה:) וז"ל ואי קשיא אי ייאוש כדי לא קני היכי מצי מקדיש ליה, וי"ל כיון דשינוי השם אי נמי שינוי רשות קני, הקדשו וקנייתו באין כאחד עכ"ל. והנה מבואר ברמב"ם דיאוש ושינוי רשות קונה בין אם חל היאוש ואח"כ השינוי רשות או דחל שינוי רשות ואח"כ יאוש. ואילו שאר ראשונים חולקים וסוברים דהקנין חל רק אם מייאש לפני שינוי רשות. ונראה לבאר דהרמב"ם לשיטתיה דס"ל דביאוש ושינוי רשות עצם הקנין חל ע"י היאוש בלבד אלא דיש תנאי דבעינן נמי שינוי רשות, והלוקח דבהיתרא אתי לידיה קונה ע"י היאוש. ולכן סובר דאף אם חל השינוי רשות לפני יאוש קנה הלוקח ע"י היאוש. ואילו שאר הראשונים ס"ל דיאוש ושינוי רשות ביחד קונין וע"כ בעינן דוקא יאוש ואח"כ שינוי רשות, דהיאוש נותן לגזלן את הכח להקנות ולהחיל שינוי רשות דדוקא הקנאת הגזלן עושה שינוי רשות[86]. ולפי מש"כ י"ל דרבנו יהונתן סובר דיאוש בלבד קונה ללוקח כיון דבהיתרא אתא לידיה, ומשו"ה ס"ל דאם החזיר הגזלן את החפץ לאחר יאוש לא קיים מצות השבת הגזילה, דפקע ממון הבעלים ע"י היאוש (לגבי לוקח) וע"כ אינו מקיים מצות השבת הגזילה כשמשיב את הגזילה לאחר יאוש. משא"כ תוס' ס"ל דחל הקנין ע"י יאוש ביחד עם שינוי רשות, וע"כ סברי דאף כשמחזיר הגזילה לאחר יאוש מקיים מצות השבת הגזילה מכיון דעדיין לא חלה שינוי רשות ולא נגמר הקנין להגזלן לא פקע ממון הבעלים ושפיר מקיים מצות והשיב את הגזילה בהשבה לבעלים. ברם יעויין בתוס' ב"ק (דף סז: ד"ה רבא) וז"ל והא דאמר רבא בפרק אלו מציאות (כו:) גבי מציאה נטלה לפני יאוש ע"מ לגזלה עובר בכולן ואע"ג דאהדריה בתר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה

[86] עיין בקצות החשן סימן שס"ב ס"ק א'.

אע"ג דיאוש לא קני מ"מ כיון דהואיל יאוש למוכרה או להקדישה חשיב גזלן עכ"ל. ומבואר דאע"פ דבעינן יאוש ואח"כ שינוי רשות כדי לקנות מ"מ הואיל היאוש לתת לגזלן כח להקנות, וזה גופא מהוה הפקעת ממון הבעלים ומשו"ה אינו מקיים מצות השבת הגזילה כשמחזירה לאחר יאוש ואינה אלא מתנה.[87]

ה.

שיטת הרמב"ן

ועיין ברמב"ן (במלחמות ה' ד"ה אמר רבא) וז"ל ואיכא דקשיא ליה כיון דאהדרא היכי עבר משום בל תגזול והרי קיים עשה שבו וכו' ונ"ל מאי עובר משום בל תגזול שכבר עבר קודם השבה. איני יודע מהו שח, שהרי הגאון אומר בפירוש דמתנה בעלמא היא וא"א לתקן איסורא והרי הוא מעוות לא יוכל לתקון ואם עדיין ניתק לעשה אמאי הרי קיים עשה שבו והיכי הוה מתנה אטו אנן מימרא דרבא קשיא לן וכו' אלא פירושיה דגאון קשיא לן דהא מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה ולאו השבה היא, וכן נמי לא היה ראוי לומר עובר שכבר עבר בלאו שניתק לעשה וקיימו. ואף ה"ר משלם ז"ל שאמר כגון שהחזירה שלא לדעת ואבדה ברשות בעלים, דמהשבת אבידה איפטר ליה, לא דבר נכונה שאם היה צריך להשבת אבדה אין זו מתנה בעלמא, ואם הרב סובר שאינו צריך השבה לאיסור אבידה אלא לדין גזילה ולא קיימו עדיין הדבר קשה ואינו מתקבל, וכי לא היה לו לגאון לומר שאם החזיר קיים עשה שבגזילה ולא קיים בהשבת אבידה כלום והתימה היאך לא פ' הגאון ז"ל ולא גילה הסוד. ועוד דבגזילה נמי שלא לדעת השבה היא וכו' אלא כל הני מילי ליתנהו והכי הוא סברא דגאון דגזילה ואבידה היא זו, ואבידה נקנית ביאוש היכא שלא נטלה, וגזילה אינה נקנית ביאוש מדאורייתא לעולם, ואם תמצא לומר נקנית דמים מיהא משלם, וזו כיון שנטלה לגוזלה לא להשיבה הרי הוא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה, דבשלמא היכא שנטלה בתורת אבידה ולא ע"מ לגוזלה קודם יאוש דא"א לקנותה ביאוש מפני שידו כיד הבעלים וש"ש שלהם הוא הלכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים, אבל בזו שע"מ לגוזלה נטלה הרי היא לבעלים כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא אבידה

[87] לכאורה צ"ע דהרי שיטת התוס' (מכות דף טז. ד"ה התם) היא דמקיימים מצות השבת הגזילה בתשלומי דמים, וא"כ מהי הנפ"מ דפקע מקצת קנין הבעלים בחפצא ביאוש, הא עדיין יכול לקיים מצות השבה בהשבת הדמים. וצ"ל דתוס' בב"ק פליגי על התוס' במכות וס"ל כשיטת הרמב"ם (פ"א מהל' גניבה ה"א) דליכא קיום מצות השבה אלא בהשבת הבעין בלבד ולא ע"י תשלומי דמים. א"נ י"ל דס"ל דעיקר מצות השבה היא בהשבת החפצא דבזה תיקן את הלאו, ותשלומין אינה אלא מצוה טפילה ומועילה לפטור ממלקות אך לא תיקן את הלאו ע"י תשלומין, (ועיין בבעה"מ).

לאחר יאוש, ואינו חייב לשלם דמים כלל כדי לקיים והשיב את הגזילה שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה עכ"ל.
ונראה לבאר דהרמב"ן סובר דמוצא אבידה נעשה שומר אבידה להבעלים ולפיכך אינו קונה את האבידה ביאוש היכא דבאיסורא אתא לידיה, דידו כיד הבעלים והו"ל כיאוש על חפצא שנמצא ברשות הבעלים שאינו מועיל. ונראה דהרמב"ן סובר דיאוש מועיל להפקיע ממון הבעלים רק בחפצא שהיא אבידה, וכשהחפץ נמצא ברשות הבעלים פקע מיניה חלות שם אבידה, ומשו"ה אינו מועיל בו יאוש. אולם כשנטלה ע"מ לגוזלה לא פקע מיניה שם אבידה, ואע"פ שבהגבהתו נתחייב לשמור את האבידה ולהחזירה לבעלים, מ"מ מאחר שנתכוין לגוזלה ואינו תופס את החפץ עבור הבעלים לא חל על רשותו חלות שם רשות הבעלים כבאבידה דעלמא, והחפץ עדיין הוי אבוד, ונקנה ביאוש למוצא לגמרי כדין מוצא אבידה לאחר יאוש שאינו צריך לשלם דמים לבעלים. אך צ"ע דאע"פ שאינו משלם מחמת הקנין מדהוי קנין אבידה ולא קנין גזילה, מ"מ אמאי אינו משלם דמי הגזילה כגזלן המחוייב לשלם כשעת הגזילה כשנאבדה הגזילה מדין אחריות, וה"ה כאן למה אינו משלם מדין אחריות דגזילה. ובביאור הטעם דאינו חייב בתשלומים מדין אחריות דגזילה י"ל דבגזילה מן האבוד (בנטל אבידה ע"מ לגוזלה) חל איסור גזילה, אולם ליכא חלות קניני גזילה, וחיוב אחריות וחובת תשלומין מדין אחריות דגזילה תלוי בקניני גזילה. ודומה לדין הגוזל קרקע מחבירו ושטפה נהר דאינו חייב בתשלומין דאין בגזילת קרקע קניני גזילה אלא דעבר על איסור גזילה, וחלות חיוב תשלומין מדין והשיב את הגזילה תלוי בקניני גזילה ולא באיסור גזילה. ומשו"ה הרמב"ן סובר דבנטלה ע"מ לגוזלה קנה המוצא את האבידה ביאוש לגמרי, ואינו חייב בתשלומים מדין השבת הגזילה. ועוד יתכן לומר דגזלן חייב באחריות רק אם קנה הגזילה בקנין איסור, משא"כ כאן באבידה דקנה את החפץ בקנין היתר דקנין אבידה ולפיכך ליכא חיוב תשלומין מדין השבת הגזילה. ויתכן שזהו כוונת הרמב"ן במש"כ "שהרי נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה" דר"ל דמאחר שקנה את החפצא בתורת אבידה חל פטור מתשלומי גזילה. ועוד י"ל דהרמב"ן סובר דחיוב אחריות ותשלומי דמים דגזלן חל מדין והשיב את הגזלה אשר גזל ומאחר דהוי החפץ אבוד וגזול בב"א, וחל היאוש להפקיע חובת השבת אבידה ה"ה דמפקיע נמי ופוטרו מחובת השבת הגזילה ותשלומי גזילה, וההפצא נקנית לו לגמרי מטעם יאוש דאבידה.
ואילו שאר ראשונים ס"ל דאע"פ שנטלה ע"מ לגוזלה מ"מ הוי שומר אבידה והחפץ חשיב ברשות הבעלים דיד שומר כיד הבעלים. ואע"פ שאינו מקיים השמירה שהרי הוא

נטל את החפץ לגוזלה מ"מ חלה חלות דין שומר אבידה, ודין יד שומר כיד הבעלים תלוי בחלות דין שמירה ולא בקיום שמירה בפועל. משא"כ הרמב"ן סובר דמאחר שאינו מקיים את השמירה בפועל החפץ הוי אבוד מהבעלים, ושפיר חל בו יאוש דאבידה להפקיע ממון הבעלים. ונראה דלפי שיטת הרמב"ן שקונה החפץ בקנין יאוש דאבידה י"ל שכל מי שיעשה מעשה קנין לאחר היאוש יזכה בו דיאוש באבידה מפקיע ממון הבעלים והוי הפקר לכל, ואין כאן קנין מיוחד למוצא בלבד. משא"כ ביאוש דגזילה י"ל דחל קנין מיוחד מהנגזל לגזלן ולא לאדם אחר.[88]

ו.

שיטת רבנו משולם

ובבעה"מ כתב בשם רבנו משולם וז"ל ושמעתי מפי ה"ר משולם ברבי בפירוק קושיא זו כגון שהחזירה שלא לדעת ואבדה ברשות הבעלים, דמהשבת אבדה איפטר ליה ומהשבת גזילה לא איפטר כדר"א דאמר הכל צריכין דעת חוץ מהשבת אבדה שהתורה ריבתה בו השבות הרבה וכו' עכ"ל. ומבואר דרבנו משולם ס"ל דמיירי בהשבה שלא לדעת הבעלים דמועילה לענין השבת אבדה אבל אינה מועילה לגבי השבת גזילה. וכתב ע"ז הרמב"ן (במלחמות ה') וז"ל ואף ה"ר משלם ז"ל שאמר כגון שהחזירה שלא לדעת ואבדה ברשות בעלים, דמהשבת אבידה איפטר ליה, לא דבר נכונה שאם היה צריך להשבת אבדה אין זו מתנה בעלמא, ואם הרב סובר שאינו צריך השבה לאיסור אבידה אלא לדין גזילה ולא קיימו עדיין הדבר קשה ואינו מתקבל, וכי לא היה לו לגאון לומר שאם החזיר קיים עשה שבגזילה ולא קיים בהשבת אבידה כלום והתימה היאך לא פ' הגאון ז"ל ולא גילה הסוד. ועוד דבגזילה נמי שלא לדעת השבה היא וכו' אלא כל הני מילי ליתנהו והכי הוא סברא דגאון דגזילה ואבידה היא זו, ואבידה נקנית ביאוש היכא שלא נטלה, וגזילה אינה נקנית ביאוש מדאורייתא לעולם וכו' עכ"ל. ומדברי הרמב"ן משמע דס"ל דלרבנו משולם אי אפשר שיהא דין גזילה ואבידה בבת אחת בחפץ, וע"כ דין גזילה מפקיע דין אבידה. ואילו הרמב"ן חולק עליו וס"ל דחל דין גזילה ואבידה בבת אחת, ונקנית לו ביאוש מטעם אבידה.[89]

ז.

שיטה מקובצת

[88] ועיין בתוס' ב"ק דף סט. ד"ה כל וברשימות שיעורים לב"ק עמ' תכ"ד.

[89] ברם יתכן לבאר שיטת רבנו משולם באופן אחר דבאמת חייב בהשבה בין משום גזילה ובין משום אבידה אלא דאי אפשר לקיים חובת השבה במקצת מדין אבידה ולא מדין גזילה דצריך לקיים כל ב' חובות השבה בהדדי מדעת בעלים ודלא כהרמב"ן.

ועיין בשיטמ"ק שכתב וז"ל ובשטה כתוב וז"ל ולי נראה שדעת הגאון הוא כן דס"ד אמינא כיון דלא גזל ליה מידיה או מרשותיה, אלא ממונו שמצא הולך לאיבוד לקח, כל זמן דמהדר ליה האבידה בעצמה קיים מצות השבת אבידה, ואע"פ שנתכוון מתחילה לגוזלה, כיון שלא עשה שום מעשה אלא הכוונה בלבד לאו מילתא היא, קמ"ל דכיון דתפסה בתורת גזילה עד שנתייאשו בעליו כמאן דגזל ליה מידיה או מרשותיה דמי, ובטלה מכאן תורת אבידה, ועבר בלאו דלא תוכל להתעלם ובהשב תשיבם וחזר להיות כגזילה דעלמא שמחוייב בה משום והשיב את הגזילה בלחוד וכי מחזירה הוי כמתנה בעלמא כלומר שאין זו כמחזיר אבידה לבעלים אלא כנותן מתנה בעלמא לענין השבת אבידה, שכבר בטלה מכאן תורת אבידה כדפרישית אבל לגבי לאו דלא תגזול תקן כמשיב גזילה דעלמא ואפילו אכלה ושלם דמים וכו' עכ"ל. ונראה לבאר דלפי השיטה חלות דין גזילה סותרת חלות דין אבידה, והגזילה מפקיע חלות שם אבידה והחפצא הוי רק גזילה ולא אבידה, ודלא כהרמב"ן שסובר דהוי גם גזילה וגם אבידה בבת אחת. והשיטה ס"ל כשיטת ה"ר משולם אליבא דהרמב"ן.

ועוד כתב השיטמ"ק וז"ל מורנו הרב נר"ו בתשובת שאלה וכו' ונראה לי כי עשה של השב תשיבם ודאי לא נתקן דלא נקרא השבה אלא קודם יאוש שאז נקראת אבידה וחייב בהשבתה אבל אחר יאוש אין זו השבת אבידה אלא מתנה עכ"ל. ונראה לבאר דבריו דע"י היאוש חל הפקעת ממון לגבי אדם שני דבהיתרא אתא לידיה ויכול לקנותה ומשו"ה פקע מהחפצא חלות דין אבידה ומצות השבת אבידה, וע"כ כשמחזיר את החפץ לאחר יאוש אינו אלא מתנה.

והשיטמ"ק ממשיך וז"ל והשתא דאתינן להכי לאו זה דגזילה לא נתקן דבשלמא לאו דגזילה גרידא נתקו הכתוב לעשה דוהשיב את הגזילה אבל לאו דאבידה דגזילה לא נתקו הכתוב אלא להשב תשיבם לו דכתיב גביה וכיון דהשב תשיבם לו לא נתקן כדכתבינא איך יתוקן לאו דגזילה אשר נתקו הכתוב להשב תשיבם לו עכ"ל. ונראה דשיטה זו סוברת דהחפצא הוי גם גזילה וגם אבידה ביחד אלא שצריך לקיים מצות השבת גזילה והשבת אבידה ביחד כדי לתקן את הלאו, ולאחר יאוש א"א לקיים מצות השבת אבידה ומשו"ה לוקה. ומשמע מכאן דהעשה דהשבת אבידה הוי מצוה שבממון דאי הויא רק מצוה בעלמא אזי לא שייך שתנתק איסור גזילה דהוי איסור שבממון, ומוכח דהשבת אבידה הוי מצוה שבממון ומשו"ה מועיל לנתק הלאו דגזילה.[90]

[90] ונ"מ לפסול רשע דחמס דרק איסור שבממון מחיל חלות שם רשע דחמס ולא איסור בעלמא.

גמ'. ואמר רבא ראה סלע שנפלה וכו' נטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה עובר משום השב תשיבם. המתין לה עד שנתיאשו הבעלים ונטלה אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד.

א.

שיטת רש"י ותוס'

וברש"י ד"ה עובר משום השב תשיבם כתב וז"ל לא תגזול לא שייך אלא בשעת נטילה כמו ויגזול החנית מיד המצרי כדאמר בב"ק (עט:) לא תוכל להתעלם אינה אזהרה אלא לכובש את עיניו ונמנע מלהציל, הלכך הנוטלה ע"מ להחזיר ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה אין כאן מתעלם אבל השב תשיבם איכא עד שישיבנה עכ"ל. ומבואר דכדי לעבור על איסור ד"לא תגזול" בעינן לקיחה מרשות הבעלים וכדכתיב ויגזול החנית מיד המצרי, וא"כ צ"ע מדוע בנטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה עובר אף משום לא תגזול, והרי לא נטל את החפץ מרשות הבעלים. ועל כרחך צ"ל דאע"פ שהחפץ הוי אבוד מ"מ קודם יאוש עדיין נחשב החפץ ברשות הבעלים דלקיחתו הוי מעשה גזילה. אולם אם נטלה ע"מ להחזירה ואחרי יאוש התכוון לגוזלה אינו גזלן דלא עשה מעשה לקיחת גזילה מרשות הבעלים. ולכאורה צ"ע דהרי מוצא אבידה נעשה שומר אבידה ולכאורה אם לקחה ע"מ לגוזלה הו"ל שולח יד בפקדון דהוי גזלן. וצ"ל דרש"י מיירי שלא שלח בו יד כלומר שלא עשה מעשה גזילה בידים אלא רק נתכוון לגוזלה, דהיינו שחשב לשלוח בו יד ועדיין לא עשה מעשה ולכן אינו גזלן דאנן קיי"ל כב"ה (דף מד.) דהחושב לשלוח יד בפקדון אינו גזלן.

ועיין בתוס' (ד"ה אינו) שהקשו מדוע קיי"ל דבנטלה לאחר יאוש אינו עובר משום לא תגזול דמ"ש מכובש שכר שכיר וז"ל וא"ת ואמאי ליכא לאו דלא תגזול אי משום דבהיתרא אתא לידיה הלא בכובש שכר שכיר איכא לאו וי"ל דהתם כשמתכוין לגזול לא נתיאשו הבעלים והכא כבר נתיאשו עכ"ל. ולכאורה כמו"כ נמי יש להקשות מכופר בפקדון, דהוי גזלן אע"פ שלא נטל את החפץ מרשות הבעלים. ונראה דבכופר בפקדון עצם הכפירה בפני הבעלים חשיב למעשה גזילה וכלקיחה מהבעלים ומשו"ה לא הקשו התוס' אלא מכובש שכר שכיר.

ונראה ליישב את קושיית התוס' על רש"י עפי"ד הרמב"ם (פ"א מהל' גזילה ה"ב - ה"ד) וז"ל ואסור לגזול כל שהוא דין תורה אפילו עכו"ם אסור לגוזלו או לעשקו וכו' אי זהו גוזל זהו הלוקח ממון האדם בחזקה, כגון שחטף מידו מטלטלין או שנכנס לרשותו שלא ברצון הבעלים ונטל משם כלים. או שתקף בעבדו ובבהמתו ונשתמש

בהן וכו' וכל כיוצא בזה הוא גוזל, כענין שנאמר ויגזול את החנית מיד המצרי. אי זהו עושק זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו, כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או שכירות והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה, ועל זה נאמר לא תעשוק את רעך עכ"ל. ומבואר מדברי הרמב"ם דכדי לעבור על הלאו ד"לא תעשוק את רעך" בעינן שיתבעוהו הבעלים ושיכבוש את ממונם תחת ידו בחזקה ואין הבעלים יכולים להוציא מהכובש את הממון. ומשמע דאם אין הבעלים תובעים ממונם אזי אינו עובר ב"לא תעשוק את רעך"[91]. ולפי"ז י"ל דבנטלה ע"מ להחזיר את האבידה ולאחר יאוש נתכוון לגוזלה ליכא תביעת בעלים ומשו"ה אינו עובר על הלאו דלא תעשוק אע"פ שכובש את הממון תחת ידו. ועוד י"ל דרש"י סובר דהלאו דלא תעשוק חל רק בשעבודים כבכפירת הלואה ושכירות ולא בכובש חפץ שבעין תחת ידו, דבבעין אין איסור גזילה אלא בלקיחת החפץ מרשות הבעלים.

והנה רש"י אינו מחלק בין נתכוין לגוזלה לפני יאוש או לאחר יאוש כתוס', דבכל אופן לא עבר על האיסור דגזילה במחשבה בעלמא לגזול בלי מעשה גזילה של לקיחת החפץ. והא דאיתא בגמ' דגזלה לאחר יאוש יש לפרש עפ"י הרמב"ן דברגע שהתכוון לגוזלה החפצא חוזר להיות אבוד דהא אינו מקיים חובת השמירה לשומרה בעד הבעלים, ולכן כשנתכוין לגוזלה קונה עם היאוש מדין אבידה. ומשו"ה ליכא איסור גזילה דהא קונה בב"א מדין אבידה, אך הוא ביטל מצות השב תשיבם כיון דעשה מעשה גזילה כדי לקנותה במקום להשיבה. ואילו אליבא דרש"י י"ל דאם התכוון לגוזלה לפני יאוש אזי למפרע נעשה הלקיחה ללקיחת גזילה ורק אם התכוון לגוזלה אחרי יאוש ליכא מעשה גזילה ופטור מגזילה.

והנה הרמב"ן במלחמות ה' (ד"ה אמר רבא) כתב דיאוש אינו מועיל באבידה היכא דבאיסורא אתא לידיה משום דהמוצא הוי שומר אבידה וידו כיד הבעלים ומשו"ה אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים. והנה תוס' (ד"ה אינו עובר) כתבו דבנטלה ע"מ להחזירה והמתין עד לאחר שנתיאשו הבעלים ונתכוין לגוזלה אינו עובר משום לאו דגזילה משום דכבר נתיאשו הבעלים ולאחר יאוש ליכא גזילה, ודבריהם צ"ע דהרי המוצא הוי שומר אבידה ולפי"ד הרמב"ן האבידה עדיין נחשבת ברשות הבעלים ולא חל היאוש כלל, וא"כ היאך פקע איסור גזילה, והרי שומר שגזל פקדון ושלח בו יד הוי גזלן.

[91] ואע"פ שהרמב"ם מחייב את הכופר בפקדון אפילו בלי תביעה (בפ"ז מהל' שבועות ה"ה) י"ל דשאני התם שכפר והכפירה עצמה מהוה מעשה גזילה, משא"כ הכובש שכר שכיר שאינו כופר בחיובו אלא שאינו משלם דהוי גזילה רק אם תבעו לשלם.

ולכאורה מוכח מזה דהתוס' חולקים על הרמב"ן וס"ל דגם ברשות המוצא הו"ל אבידה וחל בה יאוש אע"פ דבאיסורא אתא לידיה, דדין באיסורא אתא לידיה מונע קנין המוצא דכבר התחייב בהשבה ואינו נפטר מחיוב השבה ע"י יאוש. אולם יהיה נפ"מ לגבי אדם אחר שלא נטל את המציאה דמכיון דחל היאוש יכול לקנות את האבידה דלגביו הו"ל בהיתרא אתא לידיה. אולם לפי הרמב"ן י"ל דהיאוש אינו חל כלל ואפילו לגבי אדם אחר היאוש אינו מועיל. ולפי"ז נל"ב מש"כ התוס' דלאחר יאוש ליכא איסור גזילה דהיאוש חל להתיר את האבידה לשאר העולם ורק לגבי המוצא לא חל היאוש דכבר נתחייב בחיוב השבה. ומכיון דלגבי שאר בני אדם חל היאוש להפקיע ממון הבעלים דלגבם הוי בהיתרא אתא לידיה י"ל דאף לגבי המוצא ליכא איסור גזילה.[92]

ועיין בגמ' ב"ק (דף קיא:) ובתוס' (ד"ה גוזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה) שכתבו וז"ל אבל נתייאשו אין גובה אלא מן הראשון כיון דאכלו האחרון ואפילו היכא דאילו לא אכלו היה חייב להחזיר וכו' ומסברא מחלק רב חסדא בין לפני יאוש בין לאחר יאוש דלא הוי כ"כ ברשות מריה אחר יאוש כמו לפני יאוש שנקל לצאת מרשות בעלים בשינוי רשות או בשינוי השם עכ"ל. ומבואר מדבריהם דבגזילה לאחר יאוש לא חל חיוב מזיק כשבא אחר ואכלו, דיאוש מועיל אף כשבאיסורא אתא לידיה להפקיע ממון הבעלים עד כדי כך שאינו מחייב חיוב מזיק, ואע"פ שהגזלן עצמו חייב להשיב את הגזילה. ונראה דתוס' בסוגיין ס"ל דה"ה באבידה יאוש מועיל להפקיע ממון הבעלים להתיר האבידה לגבי שאר בני אדם אע"פ דבאיסורא אתא לידיה המוצא. ולפיכך סברי דממון הבעלים נפקע במקצת דאף המוצא עצמו אינו עובר באיסור גזילה אם נטל האבידה לעצמו אחרי יאוש. אולם נראה דכ"ז יתכן אליבא דתוס' שהשוו יאוש באבידה ליאוש דגזילה בדין איסורא אתא לידיה. משא"כ אליבא דהרמב"ן דס"ל באבידה דבאיסורא אתא לידיה האבידה הו"ל ברשות הבעלים, וליכא חלות יאוש כלל לא לגבי המוצא ולא לגבי שאר בני אדם. וצ"ל דהרמב"ן מפרש כרש"י דחסר כאן מעשה לקיחת גזילה ויש רק כבישת ממון אחרים תחת ידו בלי תביעה דמשו"ה פטור מגזילה. והנה מבואר ברש"י דבנטלה ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה אינו עובר בלאו דלא תוכל להתעלם, משום דלא העלים עיניו ממנה דהרי נטלה ע"מ להחזירה. אמנם הבעה"מ (סוד"ה אמר רבא) חולק על רש"י שכתב וז"ל והוי יודע דהא דאמרינן נטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה עובר משום השב תשיבם ה"ה

[92] ולכאורה לפי"ז יוצא דאף דין שומר פקע אחרי יאוש הבעלים דמאחר דממון הבעלים פקע גם חלות שמירה פקעה, דחיוב ההשבה דרמיא על המוצא הוי חיוב מצוה בעלמא אבל ליכא עליו חיוב השבת ממון מדין שומר, וצ"ע.

דלאו דלא תוכל להתעלם ומשום השב תשיבם ולמטה קאמר לאפוקי משום לא תגזול דלא עבר דיקא נמי דקאמר בסיומא דשמעתא אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד מכלל דבמציעתא עובר בעשה ולא תעשה וה"ר שלמה לא פירש כן עכ"ל. ונראה דהבעה"מ סובר שיתכן לעבור על האיסור דלא תוכל להתעלם בב' אופנים: א) כשרואה אבידה ומתעלם ממנה ואינו נוטלה, ובכה"ג עובר על האיסור בשב ואל תעשה, ב) בנטלה ולא החזירה, ואפילו אם נטלה ע"מ להחזירה ואח"כ שינה את דעתו ונתכוין לגוזלה ולא החזירה עבר על לאו דלא תוכל להתעלם בקום ועשה. ויתכן לומר דרש"י חולק על הבעה"מ משום שסובר דלאחר יאוש אין מוצא האבידה עובר על הלאו דלא תוכל להתעלם, דמאחר דהבעלים נתיאשו ופקע ממון הבעלים במקצת דלגבי לוקח שני חל היאוש כדי שיקנה את החפץ מהמוצא משום דבהיתרא אתי לידיה, פקע נמי הלאו דהעלמה[93]. מאידך הבעה"מ סובר דמכיון דליכא הפקעת ממון לגבי המוצא האיסור דלא תוכל להתעלם לא פקע.[94] ואילו שיטת ה"ר יהונתן שבשיטמ"ק (שהובא לעיל) ס"ל דלאחר יאוש פקע נמי מצות השב תשיבם - דמאחר דחל הפקעת ממון לגבי לוקח שני פקע נמי מצות השב תשיבם.

ב.

שיטת הרמב"ן

ועיין ברמב"ן במלחמות ה' (שם) שדחה את שיטת הבעה"מ וז"ל ועוד פירש (הבעה"מ) הא דאמרינן נטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה עובר משום השב תשיבם לאחיך דמהשב תשיבם ולמטה קאמר. וזה הפירוש אינו כלום וכי פסוק אחד הוא כדי שיאמר דהתחיל לאומרו ולא גמרו. ועוד במס' קידושין פ"ק חשיב השבת אבידה מצות עשה שאין הזמן גרמא דאלמא אין בה ל"ת אלא עשה גרידא היא, ולא משכחת לה אלא בזו בלבד שיש בה משום השב תשיבם ואין בה משום לא תוכל להתעלם וכו', ומה שדקדק מדלא קאמר בלבד פתוי דברים הוא, דבשלמא בהמתין לה עד לאחר שנתיאשו הבעלים שלא קיימו מצות השב תשיבם הוצרך לומר שלא עבר עליו אע"פ שלא קיימו, אלא בנוטלה ע"מ להחזיר שלא העלים עיניו ממנה כלל מה הוצרך לומר שלא עבר וכו' עכ"ל. ונראה לבאר דהרמב"ן מקשה דאמרינן בגמ' דנשים חייבות

[93] אולם פשטות לשון רש"י משמע דהלאו דהעלמה חל רק "לכובש את עיניו ונמנע מלהציל" ואי לא כבש את עיניו ונטלה להחזירה תו לא עבר בלאו דהעלמה ואף אם גזלה לפני יאוש.

[94] ועוד י"ל דהבעה"מ סובר דא"א להבחין בין העשה לבין הלאו דמי שעבר על העשה דהשבה ממילא עובר נמי על הלאו, דביטול העשה מחייב בלאו. ואילו רש"י מחלק בין העשה לבין הלאו. ועיין לעיל בשיעורים בתוס' ד"ה מתנה.

במצות השבת אבידה דהויא מ"ע שאין הזמן גרמא, וצ"ע דתיפוק ליה דחייבות משום שהן בכלל הלאו דלא תוכל להתעלם. ועל כרחך דמיירי בכה"ג דנטלה ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה דאזי ליכא לאו דלא תוכל להתעלם ואין בכה"ג אלא מצות עשה דהשב תשיבם, ודלא כהבעה"מ דס"ל דאף בכה"ג עובר משום לא תוכל להתעלם. ומבואר מדברי הרמב"ן דבנטלה ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה לא עבר בלא תוכל להתעלם משום שלא העלים עיניו ממנה. והרמב"ן מפרש דבהמתין לה עד שנתיאשו הבעלים דקדקה הגמ' לומר שלא עבר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד דקס"ד דביטל נמי העשה דהשב תשיבם, וקמ"ל דבהמתין עד שנתיאשו הבעלים לא ביטל את העשה - אלא רק שלא קיימו. כלומר שקיום מצות השבת אבידה חלה בראיית האבידה אך האיסור עשה וביטול המצוה חל רק בהגבהה, ומש"כ בגמ' "אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם" ר"ל דזהו האיסור היחידי שעבר אמנם חסר לו קיום מצות עשה דהשבת אבידה.[95] ומהרמב"ן (במלחמות ה') משמע דלא תוכל להתעלם חל רק אם העלים עיניו ולא הגביה את האבידה כלל אבל משהגביה ע"מ להחזירה תו אינו עובר על לא תוכל להתעלם ואפילו אם נתכוון אח"כ לגוזלה.

והנה עיין בחידושי הרמב"ן (בדף ל. ד"ה קרא למאי אתא לכהן והוא בבית הקברות פשיטא עשה ול"ת הוא) וז"ל וקשיא להו השבת אבדה נמי עשה ול"ת הוא, וניחא להו שאין ל"ת מועיל לדחות אלא עשה הוא דקא דחי, וקשיא לן האי נוסחא ופירושה השבת אבדה ל"ת בלחוד היא כדאמרינן לעיל המתין לה לאחר שנתיאשו הבעלים ונטלה אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד, והכא נמי שהאבדה בבית הקברות ואינו מחזיר אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם, ותו דאמרינן לקמן הא לאו הכי ה"א צייתא ליה עשה ול"ת הוא ואין עשה דחה ל"ת ועשה, ופירשו רבנן דאהשבת אבדה קשיא ליה דעשה ול"ת הוא, והיכי משכחת לה אם בהגביהו משום השב תשיבם בלחוד עובר, אם בשהעלים עיניו ולא נטלה כלל משום לא תוכל להתעלם עובר. ויכלוני לומר דהני בשהגביה ע"מ להחזירה ולפני יאוש נמלך שלא להחזיר שעובר בלאו ועשה, הואיל ולפני יאוש מעלים עיניו ממנו ואינו מחזיר וכו' עכ"ל. ומבואר דהרמב"ן סובר דאם נתכוין לגוזלה לפני יאוש עבר בלאו דלא תוכל להתעלם דהעלים עיניו ממנה קודם

[95] מדברי רבינו זצ"ל יוצא דיש נפ"מ בין ביטול עשה המהווה מעשה עבירה ואיסור שאינו חל בראיית האבידה לבין חסרון קיום חובת המצוה דחל גם בראיית האבידה דלא קיים חובתו אך מ"מ לא עשה מעשה איסור. ועיין ברשימות שיעורים למס' סוכה בענין מצות ישיבה בסוכה דחילק רבינו חילוק כעין זה בין אכילה מחוץ לסוכה דהוי ביטול מצוה ואיסור ובין שאר ישיבות מחוץ לסוכה דאינן אלא חסרון קיום חובה ולא מעשה איסור כאכילה חוץ לסוכה.

שנתיאשו הבעלים ממנה, והאיסור להעלים עין חל גם אחרי הנטילה כל זמן שהבעלים לא נתיאשו, משא"כ בנטלה ע"מ להחזיר ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה דאזי תו לא עבר בלא תוכל להתעלם (והרמב"ן כאן דומה לשיטת רש"י הנ"ל).

ועיין בנ"י (דף טז. בדפי הרי"ף ד"ה עשה) שכתב וז"ל ואיכא דמקשו היכי אמרינן הכא דהשבת אבדה עשה והא כל שלא נטלה כזו שהיא בבית הקברות לא עבר אעשה כלל אלא אלאו דלא תוכל להתעלם כדאמרינן לעיל המתין לה עד שנתיאשו הבעלים אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם דאלמא עשה דהשב תשיבם לא חייל אלא על מי שנטלה שיחזירנה אבל מי שלא נטלה אינו עובר על עשה כלל. ותירץ הרנב"ר ז"ל דכל הרואה אבדה והולך לו עובר בעשה ול"ת, וכי אמרינן לעיל בהמתין לה לאחר שנתיאשו הבעלים ונטלה דאינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם היינו טעמא לפי שהמתין לה ולא הניחה באבדתה ועדיין היה יכול להשיבה ולקיים עשה שבה, דודאי הרואה אבדה ולא נטלה מיד כיון ששמר אותה לא עבר על עשה שבה אלא כשבטלו והלך לו, וכשנתיאשו הבעלים ממנה מחמת הבעלים נתבטל עשה זו ולא מחמתו של מוצא זה והרי הוא לענין זה כאילו נטלה להחזירה ואמרו בעלים אי אפשי בה שאע"פ שלא נתקיים עשה מ"מ לא נתבטל וכו' נמצאת אתה למד שכל הרואה אבדה ולא החזירה והלך לו עבר על עשה ול"ת כך הם דברי הרמב"ם ז"ל פי"ח מהל' גזלה וכו' ומ"ש בחידושי הרמב"ן בתירוץ קושיא זו רחוק בעיני אע"פ שגדולי האחרונים סמכו עליו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ן והר"ן נחלקו בהמתין לה עד שנתיאשו הבעלים, דלפי הרמב"ן לא ביטל את מצות העשה דהשבת אבדה אלא דלא קיימה, משא"כ הר"ן סובר דאם הניחה והלך לו ביטל את העשה דהשב תשיבם. והר"ן מפרש דבהמתין לה עד שנתיאשו לא עבר בעשה משום שלא הניחה ושמר עליה והיה יכול לקיים השבה, ורק כשהלך לו אזי ביטל את העשה. ונראה דהר"ן סובר דהעשה תלוי בלאו ומכיון דבהלך לו עבר על הלאו דהעלים עיניו ממנה נחשב ג"כ שביטל את העשה. משא"כ הרמב"ן סובר דהעשה חלוק מהלאו ובהלך לו אע"פ שעבר על הלאו, לא נחשב ביטול עשה אע"פ שמ"מ לא קיים את העשה מ"מ לא ביטלה. ויל"ע אליבא דהר"ן והרמב"ם דס"ל דחל מצות השבת אבידה בראיית האבידה בלבד האם ס"ל דחל רק קיום העשה וביטולו בראיית האבידה או"ד דחל אף האיסור עשה. דיתכן לומר דהאיסור עשה חל רק משהגביה את המציאה, דהאיסור עשה הוי איסור שבממון וחל רק בהגבהת האבידה עם חלות דין שמירת האבידה. משא"כ קיום העשה דהשב תשיבם הויא מצוה דרמיא על קרקפתא דגברא לחפש את הבעלים

ולהחזיר להן את האבידה, והיא מצוה בעלמא כשאר מצות דחלה בראיית האבידה ביחד עם האיסור דלא תוכל להתעלם.
ועוד יל"ע במש"כ הר"ן שאם נטל את האבידה ע"מ להחזירה והבעלים אמרו אי אפשי בה דלא נתקיים העשה, דאם מיירי שהביא את האבידה לבעלים ואמרו אי אפשי בה אמאי לא קיים את העשה דהשבת אבידה דהרי החזיר את האבידה להבעלים אלא שהבעלים נמנעו מלקחתה. ומ"ש מתן מנה לפלוני ואקדש אני לך או זרוק מנה לים ואקדש אני לך דמקודשת מאחר שנתקיים רצונה. וצ"ל דמיירי שלא הביא את האבידה לבעלים ושלא בפניו אמרו אי אפשי בה. אמנם עדיין צ"ע דליחשב כהשבה מדין חזרה קרן לבעלים (ב"ק סח ב) דאם הבעלים הקדישו או הפקירו שלא בפני הבעלים אליבא דהצנועין חשיב להשבה, ומ"ש אי אפשי בה ויאוש מהקדש או הפקר. וצ"ל דרק דעת מקנה כהקדש או הפקר חשובה להשבה ואז חזרה קרן לבעלים. משא"כ יאוש ואי אפשי בה דאינן אלא דעת סילוק, וצ"ע.

דף כז.

תוס' ד"ה מה וז"ל וא"ת ואבידה גופה מנלן וי"ל דמהכא נפקא לן דמה שמלה מיוחדת שיש בה סימן ואין הבעלים מתייאשין אלא תובעין שיחזירוה להם בסימנין אפילו אי סימנין לאו דאורייתא ואין מחזירין אלא בעדים מ"מ ילפינן משמלה דדוקא דבר שיש בו סימן חייב להחזיר וכו' אבל דברים שאין בהן סימן הוי שלו לפי שהבעלים נתייאשו וכו' ומיהו בירושלמי יליף מניין ליאוש מה"ת אמר רב יוחנן אשר תאבד ממנו מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם וכו' עכ"ל.
ונראה דהבבלי והירושלמי פליגי לא רק לגבי מהו המקור לדין יאוש, אלא דנחלקו בעצם הגדר דחלות דין יאוש. דאם ילפינן דין יאוש משמלה י"ל דיאוש הוי חלות דין קנין, דהיאוש נחשב למעשה קנין מדעת לסלק את בעלות של בעל האבידה. משא"כ לפי הירושלמי דילפנין לה מדין אבודה ממנו ומכל אדם י"ל דיאוש חל כדי לגמור את חלות השם אבידה שבחפצא, וממון הבעלים פקע מחמת חלות שם אבידה גמורה שבחפצא (ועיין לעיל בשיעורים בסוגיא דיאוש שלא מדעת שדן רבנו בחקירה זו באריכות).
בא"ד. אי סימנין לאו דאורייתא וכו' עכ"ל. יש ג' דרגות דסימנין: א) סימן מובהק ביותר כגון נקב יש בצד אות פלוני דלכ"ע מועיל מדאורייתא ואפילו בגט. ונראה דבסימן זה יש רוב גמור ומיעוט שאינו מצוי דאינו שלו. ב) סימן בינוני (אמצעי) ובזה פליגי בגמ' אי סימנין דאורייתא או דרבנן, ויש כאן רוב עם מיעוט המצוי. ג) סימן גרוע שאינו מועיל

כלל, דליכא רוב וכמחצה על מחצה דמי ואינו מועיל לכ"ע בין מדאורייתא ובין מדרבנן. והנה לכאורה צ"ע בדיון שבגמ' אי סימנין דאורייתא או דרבנן, דהרי קיי"ל בכהת"כ דאזלינן בתר רוב אפילו כשיש מיעוט המצוי, ובדיני ממונות קיי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב. ולכאורה השבת אבידה הוי דיני ממונות, וא"כ צ"ע למה מועיל סימן אמצעי מדאורייתא להשבת אבידה למ"ד סימנין דאורייתא. וי"ל דהא דקיי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב היינו היכא דהרוב הוא כנגד חזקת ממון, כגון חזקת תפיסה או חזקת מרא קמא. משא"כ בהשבת אבידה מועיל הרוב דסימנין מדאורייתא משום שאין הרוב נגד חזקת תפיסה או חזקת מרא קמא. ועוד י"ל דרוב אינו מועיל בדיני ממונות כשמתנגד לטענת "בעל דבר", משא"כ בהשבת אבידה ליכא טענת "בעל דבר" כנגד הרוב דהמוצא אינו "בעל דבר" ולית ליה טענה כלל, ומשו"ה מועיל בה הרוב דסימנין מדאורייתא. וסברא זו כנגד דברי הגר"ח זצ"ל (עיין בשיעורי רבנו חיים הלוי ב"מ כב ב ד"ה מאי מכריז מקום) דבהשבת אבידה אנן טענינן עבור מי שאינו לפנינו שיכול לבוא ולטעון דזוהי אבידתו, דלכאורה לפי"ד הגר"ח זצ"ל חל חלות שם "בעל דבר" בהשבת אבידה מדין טענינן. ועוד נראה לתרץ דהשבת אבידה שאני משאר דיני ממונות דהתורה נתנה לטוען נאמנות למי שטוען דזוהי אבידתו וכדחזינן דמשיבין אבידה לצורבא מרבנן בטביעות עין, אע"פ דבשאר דיני ממונות אין לצורבא מרבנן יותר נאמנות בטענתו משאר בנ"א. ויתכן דה"ה לנותן סימן דאע"פ דיש מיעוט המצוי ובעלמא קיי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב, מ"מ השבת אבידה שאני דיש לטוען שנותן סימנין נאמנות לומר דזוהי אבידתו, בדומה לדין נאמנות באבידה דצורבא מרבנן.

גמ'. ולכתוב רחמנא שור וכ"ש שה לגיזותיו. עיין בתוס' (ד"ה לגיזת זנבו) וז"ל וא"ת אם יש בה שוה פרוטה פשיטא ואם אין בה שו"פ הא ממעטינן לקמן מהשבה, וי"ל דאיצטריך שחייב לגוזזה בעתה אע"פ שאין בה שו"פ בשעה שגוזזה עכ"ל. לכאורה יש לבאר דברי התוס' בכמה אנפי: א) יתכן דר"ל שהגיזה שפחות משו"פ מצטרפת עם השור או השה שהן שוה פרוטה, ולכן חייב בהשבה דחייב להשיב אף פחות משו"פ כשהוא מצטרף לאבידה שהיא שו"פ, והשור וגיזותיו הויין אבידה אחת ששוה יותר משו"פ (ועיין בחידושי הריטב"א בסוגיין). ב) יתכן דר"ל דהגיזה בשעה שגוזזה היא פחות משו"פ אבל היא עומדת להתייקר ולהיות שו"פ, ומצות השבת אבידה היא להציל בעל האבידה מהפסד ממון שעתיד לבא עליו, וכדחזינן מהגמ' (לקמן דף לא.) "ראה מים ששוטפין ובאין הרי זה גודר בפניהם", ומאחר שעומדת הגיזה להיות שו"פ חל בה דין השבת אבידה אע"פ שעכשיו היא שוה פחות משוה פרוטה, דחייב להציל

מהפסד שו"פ מלבא בעתיד[96]. ג) יתכן לפרש דברי התוס' לפי"ד הרא"ש (סימן י"ב) וז"ל שחייב להתעסק בשבח אבידה לגוז הזנב כשיגע זמנו לגזוז כדי שיחזור ויגדל עכ"ל. ובביאור דבריו נראה לומר דחל דין מיוחד בחיוב דשומר אבידה לשבח את האבידה כמו שהבעלים היו עושים. ולכאורה זה נמי יסוד ההלכה שבמשנה לקמן (כח:) "כל דבר שעושה ואוכל יעשה ויאכל". ומסתבר דדין זה נוהג רק בשומר אבידה ולא בשאר שומרים שקבלו על עצמם חובת שמירת גוף הפקדון ולא להתעסק בו כדי לשבחו, וזהו יסוד הגזה"כ דשור לגיזת זנבו.

ועיין ברבנו חננאל שפירש וז"ל אם השור שיש לומר הוא הניחו שרוב השוורים שעושים מלאכה בהן אין נמסרין לרועה הזהירה תורה להשיבן שה לא כל שכן עכ"ל. ויש לדקדק דמשמע מדבריו דאם הרועה הניח הבהמה ליכא דין הינוח וחל דין הינוח רק ע"י הנחת הבעלים. וכן יש לדייק בשיטת הרמב"ם (פט"ו מהל' גזלה ואבדה ה"א - ה"ב) דס"ל דבודאי הינוח לא יטול אפילו כשיש בו סימן והוי במקום שאינו משתמר כלל משום שנאמר "נדחים בדרך" (ודלא כתוס' דף כה: ד"ה אחר), וצ"ע מדוע ס"ל דלא יטול, וכי יש יותר אפשריות שהבעלים יחזרו ויטלו את החפץ מזה שיבוא אחר ויטלנו לעצמו והרי החפץ נמצא במקום שאינו משתמר כלל, ואמאי לא יטול כדי לשומרה ולהחזירה לבעלים. ועל כרחך צ"ל דהרמב"ם סובר דמגזה"כ ד"נדחים בדרך" נלמד דהינוח הוי פוטר דמפקיע חובת השבת אבידה. ולפי"ז נראה לומר דרק הנחת הבעלים פוטרת מחיוב השבה ולא הנחת הרועה, והדין דבעינן נדחים בדרך הוי תנאי בחיוב השבת אבדה דאם החפץ מונח ליכא מצות השבת אבידה ואף אם הוא מונח במקום שאינו משתמר. אמנם רק הנחת הבעלים פוטרת ממצות השבה ולא הנחת רועה.

גמ'. ת"ר אשר תאבד פרט לאבדה שאין בה שוה פרוטה ר' יהודה אומר ומצאתה פרט לאבידה שאין בה שוה פרוטה וכו' אלא פרוטה שהוקרה והוזלה והוקרה איכא בינייהו מאן דאמר אשר תאבד איכא ומאן דאמר ומצאתה בעינן דאית בה שיעור מציאה משעת אבידה ועד שעת מציאה. ונראה לבאר דילפינן מ"אשר תאבד" ומ"ומצאתה" פרט לשאין

[96] ולכאורה יהיה נפ"מ בזה היכא דמצא חצי פרוטה שעתידה להתיקר להיות שו"פ האם חל בה מצות השבת אבידה או לא די"ל דמאחר דבעתיד יהא שו"פ חל ע"ז חיוב הצלת ממונו והשבת אבידה. אמנם יתכן לומר דאין חיוב השבה בחצי פרוטה אפילו אם היא עומדת להתיקר, דבמצות השבת אבדה חל שיעור שו"פ, ושאני גיזת זנבו דמכיון דנתחייב בהשבה על השה חייב נמי בהשבה על גיזת זנבו שעומד להתיקר (וכפי הפירוש הראשון), ואם יש שוה פרוטה ועוד חצי פרוטה העומדת להתיקר מאחר שחייב בהשבת הפרוטה מחייב נמי על החצי פרוטה העומדת להתיקר, והיא מעכבת בקיום מצות השבת אבדה, דאי לא מחזיר אף את החצי פרוטה לא קיים מצות השבת אבדה בהשבת הפרוטה. ושני פירושים האלו חלוקים האם חל חיוב השבת אבדה על חצי פרוטה העומדת להתיקר או רק שאם מצא בבת אחת פרוטה ועוד חצי פרוטה העומדת להתיקר, אזי השבת החצי פרוטה מעכבת בקיום מצות השבת אבדה. (רבינו זצ"ל)

בה שוה פרוטה שתי הלכות: א) דאבידה שאין בה שו"פ אין בה חובת השבת אבדה, ב) דמותר ליקח אבידה שאין בה שו"פ לעצמו. דאע"פ דבעלמא חל איסור גזילה בפחות משוה פרוטה כדמבואר ברמב"ם (פ"א מהל' גזלה ואבדה ה"ב) וז"ל אסור לגזול כל שהוא דין תורה עכ"ל, מ"מ באבידה שהיא פחות משו"פ חל היתר ממון ומותרת למוצא. ולכאורה מוכח מכאן דחלות שם אבידה בחפצא מפקיע ממון בעלים אילולי דחל חיוב השבה, ובפחות משו"פ דליכא חיוב השבה ממילא פקע ממון הבעלים מדין אבידה.

והנה מבואר בסוגיא דבעינן שתהא המציאה שו"פ בשעה שנאבדה ובשעת המציאה. ויל"ע מהי שעת מציאה האם הכוונה היא לשעת מציאת האבידה או שעת השבת האבידה. ועיין בטור (חו"מ רס"ב סעיף א') שכתב וז"ל כל אבידה שאינה שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת השבה אינו חייב בה, אפילו היתה שוה פרוטה בשעת אבידה והוזלה או שלא היתה שוה פרוטה בשעת אבידה והוקרה אינו חייב, אבל אם שו"פ בשעת אבידה ובשעת השבה אפילו הוזלה באמצע חייב עכ"ל. ומבואר דהטור ס"ל דשעת מציאה היינו שעת ההשבה, ואי הוזלה לפני ההשבה פטור מהשבה אא"כ לבסוף הוקרא והויא שו"פ בשעת ההשבה דאזי חייב בהשבה. אולם עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' גזו"א ה"א) וז"ל המוצא אבדה שהוא חייב להחזירה חייב להכריז עליה ולהודיעה וכו' אפילו היתה שוה פרוטה בעת המציאה והוזלה חייב להכריז עליה וכו' עכ"ל. ומבואר דס"ל דבעינן רק שתהא שו"פ בשעת האבדה ובשעת מציאה אבל אם הוזלה אח"כ לפני שהחזירה עדיין חייב להכריז ולהחזירה. ונראה לבאר דהרמב"ם סובר דהא דאמרינן בגמ' דבעינן שיהא שו"פ בשעת אבדה ובשעת מציאה היינו לענין המחייב של השבה, דהחיוב מתחיל משעת האבידה ונגמר בשעת מציאה, ואם היתה שו"פ בשעת אבידה ולא היתה שו"פ בשעת מציאה או להיפך ליכא חלות חיוב של השבת אבידה. אולם אם הוזלה לאחר שעת מציאה י"ל דמאחר שכבר חל חיוב השבה שפיר חל קיום השבת אבדה אף בפחות משו"פ, ולכן הרמב"ם סובר שאם הוזלה לאחר שעת המציאה עדיין חייב להכריז. ואילו הטור ס"ל דאף קיום השבה בעי שו"פ, ומשו"ה ס"ל דבעינן שתהא שו"פ בשעת ההשבה. ולפי"ז י"ל דהרמב"ם והטור נחלקו האם דין שו"פ הוי הלכה בחיוב השבת אבידה - דפחות משו"פ ליכא חיוב השבה (שיטת הרמב"ם), או דחל דין שו"פ בקיום מצות השבת אבידה - דפחות משוה פרוטה ליכא קיום השבה (הטור). אולם יתכן לומר דאף הרמב"ם מודה דחל דין שו"פ בקיום השבה, ושיעור שו"פ אינו שיעור רק בחיוב השבת אבדה אלא אף בקיום מצות השבת אבידה. ואעפ"כ הרמב"ם סובר דאם היתה שו"פ בשעת אבידה ובשעת מציאה ואח"כ הוזלה הריהו חייב להכריז, משום

דס"ל דדין קיום השבה חל משעת מציאה, דמשעת הגבהה נעשה שומר אבידה ונחשב כהתחלת קיום מצות השבה. ומכיון דבשעת מציאה היתה שו"פ והתחיל קיום ההשבה כשהיה החפץ שו"פ אע"פ שהוזלה אח"כ חייב לגמור את ההשבה, ומשו"ה פסק דחייב להכריז. משא"כ הטור ס"ל דצריך שתהא שו"פ עד שמחזיר וגומר את המצוה, ואם הוזלה לפני שהחזיר אזי פקע מצות השבת אבידה.

והנה עיין בגמ' ב"ק (דף קה.) "אמר רבא גזל שלש אגודות בשלש פרוטות והוזלו ועמדו על שתים, אם החזיר לו שתים חייב להחזיר לו אחרת, ותנא תונא גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך וכו' הכא נמי אע"ג דהשתא לא שוה פרוטה כיון דמיעקרא הוי שוה פרוטה בעי שלומי. בעי רבא גזל שתי אגודות בפרוטה והחזיר לו אחת מהן מהו מי אמרינן השתא ליכא גזילה או דילמא לא הדר גזילה דהואי גביה, הדר פשטה גזילה אין כאן השבה אין כאן, אי גזילה אין כאן השבה יש כאן, הכי קאמר אע"פ שגזילה אין כאן מצות השבה אין כאן". ועיין בתוס' ד"ה מצות השבה אין כאן וז"ל נראה דלא בעי למיפשט אלא דלא מעכב מצות השבה ומצות השבה מיהא לא קיים עכ"ל. ומבואר דבגזל ב' אגודות בפרוטה דכל אחת היא פחות משו"פ אם החזיר אחת ואח"כ החזיר את השנייה לא קיים מצות השבה, דכל אחת בפ"ע היא פחות משו"פ וליכא צירוף ביניהם. ועיין ברמב"ם (פ"א מהל' גזלה ואבדה ה"ו) וז"ל הגוזל פחות משוה פרוטה אע"פ שעבר אינו בתורת השבת גזלה. גזל שלש אגודות שוות שלש פרוטות והוזלו והרי שלשתן שוות שתי פרוטות והחזיר לו שתים חייב להחזיר השלישית, הואיל ובתחילה היתה שוה פרוטה. גזל שתים שוות פרוטה והחזיר אחת גזלה אין כאן מצות השבת גזלה אין כאן עכ"ל. ובמגיד משנה (שם) כתב "ופירוש שלא קיים מצות השבה ואע"פ שאין כאן גזילה חשובה במה שהוא מעכב לעצמו אם בא לקיים מצות והשיב את הגזילה יחזיר הכל כיון שבתחילה היתה הגזילה פרוטה". ומבואר דהרמב"ם סובר כתוס' דבהשבת הגזילה יש הלכה דבעי השבת שוה פרוטה וליכא צירוף בהשבת הב' אגודות שכל אחת שוה חצי פרוטה בזה אחר זה, דליכא קיום השבה בפחות משוה פרוטה. אמנם צ"ע מדוע ליכא צירוף בהשבת שתי חצי פרוטות בזה אחר זה להיחשב השבת גזילה דשוה פרוטה. ויתכן לומר דאם השיב חצי פרוטה וכשהשיב החצי פרוטה היה ברצונו להשיב גם את השאר אזי הויא השבה מעליא, אולם הכא מירי דהשיב חצי פרוטה אחת ועיכב בידו החצי פרוטה השנייה ע"מ לגוזלה, וי"ל דמשו"ה ליכא צירוף בהשבת הב' חצאי פרוטות - דמכיון שמעכב החצי פרוטה השנייה ע"מ לגוזלה חל מעשה גזילה בפ"ע שמפקיע הצירוף בין ההשבות. ונראה דזוהי כוונת הגמ' "גזילה

אין כאן מצות השבה אין כאן", דצ"ע מהי כוונת הגמ' "גזילה אין כאן" והרי מיירי בשעת השבה ולא בשעת הגזילה. ונראה לבאר דר"ל דאע"פ שבדיני ממונות גזילה אין כאן - דליכא חיובי גזילה בגזילת פחות משו"פ, מ"מ חל מעשה גזילה בפ"ע משום דבעת שהחזיר החצי פרוטה הראשונה עיכב בידו חצי פרוטה השניה ע"מ לגוזלה, ומשו"ה "השבה אין כאן" - דהיינו שאין צירוף בין הב' חצאי פרוטות להיות ביחד השבת שו"פ דמעשה הגזילה של החצי פרוטה השנייה מחלק את ההשבה לשתים. אמנם עכ"פ מבואר בסוגיא דליכא קיום מצות והשיב את הגזילה בהשבת חצי פרוטה. ויש להעיר דלפי מש"נ לעיל הרמב"ם סובר לגבי השבת אבידה דאם הוזלה המציאה אחרי שעת מציאה חייב להכריז משום דס"ל דחל קיום השבת אבידה בפחות משו"פ, וא"כ צ"ע מ"ש מצות השבת אבידה ממצות השבת גזילה, דבגזילה ס"ל דליכא קיום השבה בפחות משו"פ. ולכאורה מזה יש להוכיח כהצד השני שכתבנו בביאור שיטת הרמב"ם, דס"ל דאף בקיום השבת אבידה חל דין שו"פ, אולם הרמב"ם סובר דקיום מצות השבת אבידה מתחיל משעת מציאה דנעשה שומר אבידה, ומכיון שהיה החפץ שו"פ בשעת מציאה חייב להכריז אף אם הוזלה אח"כ לפני החזרה. ולפי"ז אין חילוק בין מצות השבת אבידה ומצות השבת הגזילה דבתרווייהו חל דין דאין קיום השבה בפחות משוה פרוטה.

ונראה ליישב את שיטת הרמב"ם שאף אם נאמר דס"ל דבאבידה ליכא דין דבעי שו"פ בקיום מצות השבת אבידה מ"מ ס"ל דבגזילה חל דין דבעי שו"פ בהשבת הגזילה. דעיין בגמ' (שם) "אמר רבא גזל שלש אגודות בשלש פרוטות והוזלו ועמדו על שתים, אם החזיר לו שתים חייב להחזיר לו אחרת, ותנא תונא גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך וכו' הכא נמי אע"ג דהשתא לא שוה פרוטה כיון דמיעקרא הוי שוה פרוטה בעי שלומי". וברש"י (ד"ה חייב להחזיר לו) פירש וז"ל אגודה אחרת ואע"פ דהשתא לא שויא פרוטה כיון דבשעת גזילה הוי שוה פרוטה בעי לאהדוריה ולהוליכה אחריו עכ"ל. ונראה דקיום מצות השבת גזילה תלויה בחיוב הדמים דמעיקרא, דמאחר שחל החיוב מעיקרא על הג' אגודות משום שבשעת הגזילה היו כל אחת שו"פ, אזי אף אם בשעת ההשבה האגודה השלישית הוי פחות משוה פרוטה מ"מ חל מצות השבת גזילה בהשבת חפץ שהוא שוה עכשיו פחות משו"פ, שהרי חייב לשלם עליו פרוטה כשיוויו בשעת הגזילה, ואם אינו משיב את החפצא יתחייב לשלם שו"פ כשעת הגזילה, ומקיים את חיוב ההשבה בהשבת החפצא שנגזל, דחל חלות שם פרעון ההתחייבות בהשבת החפצא. וכן מוכח מהא דקיי"ל שאם גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך, דאע"פ שחמץ אסור בהנאה והוי פחות משו"פ, מ"מ מכיון דבשעת

הגזילה היה שוה פרוטה וחל חיוב השבה על דמי החפצא של החמץ, ומשו"ה חל קיום מצות השבת הגזילה גם בהשבת גוף החמץ לאחר הפסח ואע"פ שאינו שו"פ דאל"ה היה חייב לשלם דמי פרוטה כשיווי דשעת הגזילה. ונראה לומר דעיקר החיוב דגזילה הוא שעבוד ממון וחיוב לשלם דמים וכשמחזיר את החפצא בעין חל פרעון ההתחייבות והשעבודים. משא"כ באבידה דחל חיוב השבת החפצא של האבידה בעין וליכא חיוב של פרעון דמים, דשומר אבידה שאבד החפצא בפשיעה חייב בתשלומין מדין שומר ואינו מקיים בתשלומין מצות השב תשיבם - דמצות השבת אבידה היא רק בהשבת הבעין. ומשו"ה סובר הרמב"ם שחל קיום השבת אבידה אף בחפץ דהוי פחות משו"פ, דהא דבעינן שתהא האבידה שו"פ הוא רק תנאי בחלות החיוב בשעת אבידה ובשעת מציאה, אך קיום השבת אבידה מתקיימת בהשבת הבעין ואף כשהוא פחות משוה פרוטה. מאידך בגזילה קיום מצות השבה היא חלות פרעון, והיא תלויה בשעבוד ממון והתחייבות הממון של הגזלן דמעיקרא דחל בשעת הגזילה. ואם חיוב התחייבות הדמים אינו שו"פ וכגון שגזל ב' אגודות ושתיהן יחד הן שוות פרוטה והחזיר אחת מהן, אזי י"ל דליכא התחייבות ממון דלא חל חיוב השבה על פחות משו"פ, וממילא פקע נמי מצות השבת הבעין כי עיקר חיוב השבת הבעין הוא בתורת פרעון ההתחייבות לשלם דמים. משא"כ בגזל ג' אגודות שהן שלש פרוטות והוזלו והרי שלשתן שוות שתי פרוטות והחזיר לו שתים דחייב להחזיר השלישית אע"פ שהיא פחות משו"פ, הואיל ובתחילה היתה שוה פרוטה עדיין חייב דמים בשוה פרוטה, דחל התחייבות דמים, וחל קיום פרעון ההתחייבות הזו אפילו באגודה שבעין שהיא פחות משוה פרוטה, דבלאו הכי היה מחוייב לשלם דמי פרוטה כשעת הגזילה, ושפיר חל קיום מצות "והשיב את הגזילה אשר גזל" דחל פרעון ההתחייבות בהשבת הבעין אע"פ שעכשיו היא שוה פחות משוה פרוטה.

ובכתבי מרן הגר"ח זצ"ל משיעוריו בוואלאזין (עיין בס' שיעורי רבנו חיים הלוי מס' ב"מ דף ל: ד"ה הכישה חייב בה) דימה הגר"ח זצ"ל הדין דהכישה במקל חייב בה ואע"פ שהוא זקן ואינו לפי כבודו - דמכיון שהתחיל להשיב נתחייב להחזירה (כדמבואר ברש"י דף ל: ד"ה הכישה וברמב"ם פי"א מהל' גזלה ואבדה הי"ד), להדין שאם האבדה היתה שו"פ בשעת האבידה ובשעת המציאה ואח"כ הוזלה דחייב להחזירה אע"פ דבשעת החזרה אין החפץ שוה פרוטה. ומשמע מזה דס"ל להגר"ח זצ"ל דדין קיום מצות השבת אבידה חל משעת מציאה, דמשעת הגבהה נעשה שומר אבידה ונחשב כהתחלת קיום מצות השבה, ומכיון דבשעת מציאה היתה שו"פ והתחיל קיום ההשבה כשהיה החפץ

שו"פ אזי אע"פ שהוזלה אח"כ והוי פחות משו"פ חייב לגמור את ההשבה, ומשו"ה פסק הרמב"ם דחייב להכריז. ולפי"ז לא קשיא כלל מהשבת הגזלה דאין שום הוכחה דהרמב"ם סובר שחל קיום השבת אבידה בפחות משו"פ. וי"ל דהטור סובר דאין לדמות ההלכה דהכישה במקל דחייב בה לדין אבידה שהוזלה, דהכישה במקל חל לחייב זקן שאינו לפי כבודו - דהוי חלות פטור בגברא שפטור ממצות השבת אבידה, אולם החפצא הויא אבידה הניתנת להשבה. וע"כ קיי"ל שאם הכישה במקל והתחיל הזקן להשיבה נתחייב להחזירה ופקע ממנו הפטור גברא דזקן ואינו לפי כבודו. משא"כ באבידה שהיא פחות משוה פרוטה דהוי חלות פטור בחפצא של האבידה דאינה חלות שם אבידה הראויה להשבה, דליכא למימר דמכיון שהתחיל להשיבה חייב להשיבה אע"פ שהיא פחות משוה פרוטה, דליכא קיום השבה בחפצא שהיא פחות משוה פרוטה.

גמ'. ת"ר אשר תאבד פרט לאבדה שאין בה שוה פרוטה ר' יהודה אומר ומצאתה פרט לאבידה שאין בה שוה פרוטה וכו' אלא פרוטה שהוקרה והוזלה והוקרה איכא בינייהו מאן דאמר אשר תאבד איכא ומאן דאמר ומצאתה בעינן דאית בה שיעור מציאה משעת אבידה ועד שעת מציאה.

א.

ביסוד דין שומר אבידה

יש לעיין בגדר יסוד הדין דילפינן מ"אשר תאבד" דבעינן שתהא האבידה שוה פרוטה בשעת האבידה, דמהו יסוד הך הילכתא, דמדוע אינו מספיק שהאבידה היא שו"פ בשעת מציאה. ולכאורה משמע מכאן דהבעלים מהווים מחייב דהשבת אבידה, דמהא דבעינן שתהא האבידה שוה פרוטה בשעת האבידה ולא רק בשעת מציאה מוכח דשעת האבידה מהוה מחייב דהשבת אבידה - ומשמע דהבעלים מהווים המחייב דהשבת אבידה, ודלא כדברי מרן הגר"מ זצ"ל שנקט דשומר אבידה נעשה שומר מחמת חיוב התורה - דהתורה הטילה עליו חיוב שמירה ומצות השבה ואינו מחוייב מצד הבעלים, משא"כ בשאר שומרים דחלה חלות שמירה ע"י מסירה ודעת הבעלים. והגר"מ זצ"ל אמר דהנפ"מ בזה דשומר אבידה אינו מחוייב בנזקין, וכגון שמצא שור אבוד והשור הזיק, די"ל שאין השומר נכנס תחת הבעלים אא"כ נעשה שומר מכח מסירת הבעלים, משא"כ שומר אבידה דהתורה הטילה עליו חיוב שמירה דלא נכנס תחת הבעלים. ועוד נפ"מ לשיטת הראב"ד (פ"ב מהל' שכירות ה"ז) דקטן שהפקיד פקדון אצל אחר אין השומר נשבע כלל משום שאין נתינת קטן כלום ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן, וס"ל דהגזה"כ "וכי יתן איש פרט לקטן" מפקיעה כל חלות שמירה בפקדון של

קטן, אמנם נראה דאף לשיטת הראב"ד חל חלות דין שומר אבידה באבידת קטן, דאינו נעשה שומר מחמת מסירת הבעלים אלא דהתורה הטילה עליו חלות חיוב שמירה. ועוד נפ"מ דלר' יוסף שומר אבידה הוי שומר שכר דמרויח שכר פרוטה שאינו נותן להעני, והנה בשומר שכר בעלמא אינו נעשה שומר שכר אא"כ הבעלים משלמין לשומר את השכר, ואם מקבל שכר ע"י אדם אחד עבור שמירת חפץ של אדם שני אין השומר נחשב לשומר שכר[97], ועכצ"ל דשאני שומר אבידה דהוי ש"ש מדין פרוטה דר' יוסף אע"פ שאין הבעלים משלמין לו שכר משום שהתורה הטילה עליו חיוב שמירה ואינו נעשה שומר מחמת מסירת הבעלים ודעת המתחייב, עכ"ד הגר"מ זצ"ל.

והנה פעם באסיפת רבנים נפגשו מרן הגר"ח זצ"ל והגאון ר' מאיר שמחה מדבינסק זצ"ל, ודנו ביניהם מה הדין בשומר אבידה לגבי שמירת נזקין האם נכנס תחת הבעלים כשאר שומרים וחייב בשמירת נזקין או לא. וכן דנו האם חל דין בעליו עמו בשומר אבידה לפוטרו מתשלומין. והגאון ר' מאיר שמחה זצ"ל טען דשומר אבידה חייב בשמירת נזקין משום שהאבידה היא ברשותו, ודינו דומה לגזלן ושאר שומרים דחייבין בשמירת נזקין כי המזיק נמצא ברשותם. וכ"כ התוס' (ב"ק דף נו: ד"ה פשיטא) לגבי גזלן וז"ל דסברא הוא דגזלן נכנס תחת הבעלים דכיון שהוציא מרשות בעלים שהיו חייבין בשמירה ואין הבעלים יכולים לשומרה לפי שנגזלה מהם יש על הגזלן לשומרה, דלענין נזקין איקרי בעלים כל מי שבידו לשומרה וכו' ועוד כיון דגזלן קמא ליה ברשותיה גם לענין אונסין יש להחשב בעלים יותר משותף וכו' עכ"ל. ולכאורה לפי מש"כ התוס' דגזלן חייב בשמירת נזקין משום דכל מי שבידו לשומרה איקרי בעלים לענין נזקין י"ל דה"ה נמי בשומר אבידה דאיקרי בעלים לענין נזקין, וחייב בשמירת נזקין כשאר שומרים. ובנוגע לשאלה האם חל דין בעליו עמו לפטור שומר אבידה כשבעל האבידה עמו במלאכתו אמר האור שמח שמסתבר לומר דליכא פטור בעליו עמו ושומר אבידה חייב לשלם. די"ל דהפטור דבעליו עמו חל דוקא בשאר שומרים דשעת משיכה מחייבם לשמור ואם היו הבעלים במלאכה בשעת משיכה חל פטור בעליו עמו. וכדמבואר במשנה לקמן (צד.) "השואל את הפרה ושאל בעליה עמה וכו' פטור. אבל שאל את הפרה ואח"כ שאל את הבעלים חייב וכו'" עכ"ל. אמנם נראה לומר דשומר אבידה אין המחייב שעת הגבהת המציאה דוקא אלא כל רגע ורגע שהמציאה תחת ידו חל מחייב להשיב המציאה לבעלים. ומשום כך י"ל שאע"פ שהיו הבעלים במלאכה בשעת המציאה ופוטרים אותו באותה שעה

[97] עיין בנימוקי יוסף (דף כד. בדפי הרי"ף ד"ה אנא) שהביא מחלוקת בראשונים בדין אפוטרופוס שמינוהו ב"ד אי הוי ש"ח או ש"ש בההיא הנאה שמקבל שכר מבית דין או לא. ונראה דהשיטה שסוברת דהוי ש"ח ס"ל דאינו נעשה ש"ש אא"כ מקבל שכר מהבעלים ולא כשמקבל שכר ע"י אחר.

מ"מ כשיעזבו מלאכתם אח"כ יחול מחייב חדש דשמירה והשבה. אולם הגאון ר' מאיר שמחה זצ"ל אמר דיש לדחות ראיה זו, דהגמ' בדף (צח:) מסתפקת בדין שאלה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים האם שכירות בשאלה מישך שייכי או לא, ומשמע דשאלה בשאלה בודאי מישך שייכי ושפיר חל פטור בעליו עמו. וא"כ י"ל דשומר אבידה הוי כשאלה בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים דשאלה בשאלה מישך שייכי ופטור.

והגר"ח זצ"ל חלק על האור שמח וטען דבשתי הנידונים שומר אבידה יהיה פטור. דבנוגע לשמירת נזקין וחיוב אחריות נזקין אמר הגר"ח זצ"ל שאין לדמות שומר אבידה לגזלן, דשאני גזלן שיש לו קניני גזילה בהחפץ המחייבים אותו בשמירת נזקין כדין הבעלים ומש"כ התוס' "דלענין נזקין איקרי בעלים כל מי שבידו לשומרה" ר"ל דיש לגזלן קניני גזילה ומשו"ה בידו לשומרה. משא"כ בשומר אבידה שאין לו קניני גזילה אינו חייב בשמירת נזקין. ועוד אמר הגר"ח זצ"ל דשאני שומר אבידה משאר שומרים וגזלן, דבגזלן ושאר שומרים הבעלים אין יכולים לשמור את בהמתן מלהזיק מאחר שהגזלן והשומר הוציא את הבהמה מרשות הבעלים, ומכיון שהבעלים נמנעו על ידם מלשמור המזיק נכנסו הם תחת הבעלים. משא"כ בשומר אבידה הבעלים לא היו יכולים לשמור המזיק הואיל ונאבד, והמוצא אבידה לא הוציא את האבידה מתחת יד שמירת הבעלים, ומשו"ה אינו נכנס תחת הבעלים בשמירת נזקין.

ובנוגע לשאלה האם חל פטור דבעליו עמו בשומר אבידה אמר מרן הגר"ח זצ"ל דאם היו הבעלים במלאכת השומר בשעת מציאה שפיר חל פטור דבעליו עמו אע"פ שלא היו עמו במלאכה כל שעה שהאבידה תחת ידו, די"ל דשעת המציאה היא השעה המחייבת בהשבת אבידה ולא חל חיוב השבה חדש בכל רגע ורגע שהאבידה תחת ידו, ודלא כסברת האור שמח. והגר"ח זצ"ל אמר דהראייה לכך מהגמ' (כו:) "נטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוון לגוזלה עובר משום השב תשיבם, המתין לה עד שנתיאשו הבעלים ונטלה אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד" ומשמע דרק שעת המציאה היא המחייבת במצות השב תשיבם ומחילה חובת השבה על המוצא. ולפי"ז אם היו הבעלים עמו במלאכה בשעת מציאה חל פטור דבעליו עמו אע"פ שלא היו עמו במלאכה כל זמן שהאבידה נמצאת תחת יד המוצא.

אולם הגר"מ זצ"ל אמר די"ל דליכא פטור דבעליו עמו בשומר אבידה, דבגמ' (ב"ק דף נו:) איתא דלר' יוסף שומר אבידה הוי כשומר שכר משום דרחמנא שעבדיה, ומשמע מזה דשומר אבידה אינו שומר של הבעלים ואין הבעלים מהווים מחייב דהשבת אבידה, אלא דחל על המוצא חיוב שמירה וחיוב השבה מחמת מצות התורה דרחמנא שעבדיה.

וא"כ י"ל דליכא דין בעליו עמו אלא בשומר דהוי שומר מחמת הבעלים דאזי חל על הבעלים חלות שם בעלים של השומר והוי "בעליו עמו", ולא בשומר אבידה דנעשה שומר מחמת שהתורה הטילה עליו חיוב שמירה[98]. ויש להעיר על דברי הגר"מ זצ"ל דמסוגיין לכאורה משמע דהבעלים הויין מחייב דהשבת אבידה, דבעינן שתהא האבידה שוה פרוטה בשעת אבידה ולא רק בשעת מציאה, ולפי"ד הגר"מ זצ"ל צריך לומר דיש גזה"כ בעלמא דבעינן שתהא האבידה שוה פרוטה אף בשעת האבידה, אבל באמת אין הבעלים מהווים מחייב דהשבה וחל חיוב שומר אבידה מחמת שהתורה הטילה עליו חיוב שמירה ולא מחמת הבעלים, וצ"ע.

והנה יל"ע בדין עכו"ם שאבד אבידה ונתגייר בין שעת האבידה לשעת מציאה, האם חל חיוב השבה בשעת מציאה, או"ד דכי היכי דילפינן דבעינן שתהא האבידה שוה פרוטה משעת האבידה עד שעת מציאה, וחזינן דשעת האבידה הוי חלק של המחייב א"כ י"ל דבכה"ג ליכא מצות השבת אבידה, דומיא דאבידה שלא היתה שו"פ בשעת אבידה והוקרה לשוה פרוטה בשעת מציאה. וכן יש להסתפק בדין ישראל שהיה מומר בשעת האבידה וחזר בתשובה בשעת מציאה דקיי"ל שאין משיבין אבידה למומר (עיין ברמב"ם פי"א מהל' גזלה ואבדה ה"ב), ויל"ע האם חל חיוב השבה בכה"ג או לא. ונראה דיש לחלק בין הדין דבעינן אבידה שהיא שוה פרוטה דהוי דין בחלות שם חפצא של האבידה, לבין פטור השבה באבידת עכו"ם ומומר דהוי חלות פטור גברא, דאין מצות השבה לגברא זה. וי"ל דהפטור גברא תלוי בשעת מציאה בלבד דאזי נגמר וחל חובת השבת אבידה, ואם הוי הגברא בר חיובא בשעת מציאה חל חובת השבה ואפילו אי לא היה בר חיובא בשעת אבידה. משא"כ חלות שם חפצא של אבידה תלוי בשעת אבידה ובשעת מציאה, ואם אין החפצא שוה פרוטה בשעת אבידה אינו חפצא של אבידה המחייב בהשבה.[99]

ב.

בענין אבידת הקדש

והנה בגמ' (ב"ק דף קיג:) וכן פסק הרמב"ם (פי"א מהל' גזלה ואבדה ה"ג) ממעטים אבידת עכו"ם ממצות השבת אבידה דכתיב "אבידת אחיך" והריהי מותרת למוצאה. אולם לא מצינו בגמ' היתר באבידת הקדש וכן לא הובא ברמב"ם דין כזה. ולכאורה

[98] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"ב עמ' ע - עג, ובס' רשימות שיעורים למס' ב"ק ח"ב עמ' תרס"ה - תרס"ט.

[99] ועיין בגמ' ע"ז דף כז: דהדין דאין משיבין אבידה לעכו"ם ומומר הוא מדין מורידין ולא מעלין ומשמע דאינו דין פטור מהשבה אלא איסור השבה ולפי"ז י"ל דתלוי בשעת ההשבה ולא בשעת האבידה.

צ"ע דהרי לגבי שבועה ואונאה דכתיב "רעך" ממעטינן עכו"ם וגם הקדש, וא"כ קשה דבאבידה כתיב "אחיך" וממעטינן אבידת עכו"ם, דה"נ הו"ל למעוטי אבידת הקדש. והנה באבידה ממעטינן עכו"ם וכן מומר (רמב"ם פי"א מהל' גזו"א ה"ב), וצ"ע דלא מצינו דממעטינן מומר מאונאה ומשבועה. אולם לגבי שחיטה ממעטינן מומר כמו עכו"ם. וצ"ע מ"ש אבידה ושחיטה דממעטינן מומר מאונאה ומשבועה דלא ממעטינן ליה למומר.

ונראה לומר דאונאה ושבועה ממעטינן עכו"ם מפני שאינו גברא דישראל, אמנם מומר הוי גברא דישראל ומשו"ה לא ממעטינן מומר משבועה ואונאה. משא"כ בהשבת אבידה ובשחיטה ממעטינן עכו"ם מחמת רשעותו ומשום דהוי עובד ע"ז, ומשו"ה ממעטינן אף מומר דאף במומר חל רשעות דע"ז. ולפי"ז י"ל דממעטינן להקדש משבועה ואונאה דהתם בעינן גברא דישראל ורשות הקדש אינה גברא דישראל. אמנם לא חל בהקדש מיעוט לגבי השבת אבידה דממעטינן עכו"ם מהשבת אבידה מחמת רשעות ומשום דהוי עובד ע"ז, דזה לא שייך בהקדש. ויש להביא סמך למש"כ דאבידת עכו"ם נתמעטה מהשבת אבידה מחמת רשעות ומשום דהוא עובד ע"ז מדברי הרמב"ם (פי"א מהל' גזו"א ה"ג) וז"ל אבדת עכו"ם מותרת שנא' אבדת אחיך והמחזירה הרי זה עובר עבירה מפני שהוא מחזיק ידי רשעי עולם עכ"ל, ומשמע דיסוד ההיתר דאבידת עכו"ם הוא משום רשעות דגוי ולא סתם מיעוט מפני שאינו ישראל. ונראה דמשו"ה חל דין עכו"ם לגבי אבידת מומר דמומר נמי הו"ל רשע כעכו"ם, וכן משמע ממש"כ הרמב"ם (פי"א מהל' גזו"א ה"ב) וז"ל אבל אוכל נבילה להכעיס הרי הוא אפיקורס והאפיקורסים ועובד עכו"ם ומחללי שבת בפרהסיא אסור להחזיר להן אבדה כעכו"ם עכ"ל, ומבואר דיסוד האיסור להחזיר אבידה לישראל מומר הוא משום דחל בו שם רשע כעכו"ם.

והנה באבידת הקדש שיטת הרשב"א (חולין דף קלט. ד"ה אבל קדשי בדק הבית) היא דדבר שאין בו סימן מותר למוצא מפני שהגזבר מתייאש. וצ"ע מניין ליה לגזבר בעלות כדי להתייאש ולהפקיע ממון הקדש שנאבד, דהא דיש לגזבר כח למכור הקדש אינו מדין בעלים אלא מדין פדיון. ועכצ"ל דהרשב"א סובר דיאוש לא הוי מעשה המפקיע ממון הבעלים אלא דהיאוש חל לגמור חלות שם אבידה שבחפצא, וממון בעלים פקע מחמת חלות שם אבידה גמורה שבחפצא. ומשו"ה אם החפצא של הקדש אבוד כ"כ דאילו היה של הדיוט הבעלים היו מתייאשים ממנה אזי פקע ממון הקדש מעצמו מבלי שהבעלים מתייאשים בפועל, דחל בחפצא חלות שם אבידה גמורה וממילא פקע ממון הקדש. אמנם יל"ע בזה דא"כ מדוע קיי"ל דאבידת קטנים אסורה דקטנים לאו בני מחילה

נינהו, דה"נ נימא דאילו היתה אבידת גדול היו הבעלים מתייאשים א"כ החפצא הויא אבידה גמורה וממון הבעלים פקע מאליו מחמת חלות שם אבידה שבחפצא בלי יאוש בפועל. ואולי י"ל דשאני הקדש מקטן, דקטן אינו בן דעת וא"כ ידיעתו אינה ידיעה לשוויה לאבידה גמורה, דרק בידיעת הבעלים חל בחפצא חלות שם אבידה גמורה, (חוץ מאבידה האבודה ממנו ומכל אדם דחל בה שם אבידה גמורה אף בלי ידיעת הבעלים). משא"כ בהקדש חל חלות ידיעת הבעלים שהאבידה נאבדה, אלא דליכא בהקדש מעשה יאוש. ומאחר שאילו היה של הדיוט היו הבעלים מתייאשים ממנה חל בה חלות שם אבידה גמורה, ומשו"ה אבידת הקדש מותרת.

ובשיטת הרשב"א דס"ל דחל יאוש בהקדש ע"י שמתייאש הגזבר נראה דיש לחלק בין קדשי בדק הבית לקדשי מזבח, דבדק הבית הוי ממון הקדש וקנינו, ומשו"ה בקדשי בדק הבית חל דין שהגזבר הוי במקום הבעלים להקנות ולהתייאש. משא"כ בקדשי מזבח דהוי ממון הדיוט אלא דחל ביה מצות הקרבה לגבוה (וכנתבאר ברשימות שיעורים לב"ק דף ו. ברש"י ד"ה שור רעהו, וברשימות שיעורים למס' שבועות ענין צדקה אות ז') מסתבר לומר דבעינן יאוש דבעל הקרבן ויאוש דגזבר אינו מועיל. אמנם לכאורה יותר מסתבר לומר דאף להרשב"א אין יאוש דגזבר המפקיע דממון הקדש אלא דמועיל להחיל חלות שם אבידה גמורה בחפצא, וממילא פקע ממון הקדש.

והנה יל"ע מהו הדין באבידת ממון של צדקה, דהנה המל"מ (פ"ב מהל' שכירות ה"ג) הקשה על שיטת הרמב"ם דשומר שפשע בהקדש חייב לשלם ואילו בשומר של צדקה פסק שאם פשע פטור (פ"ה מהל' שאלה ופקדון ה"א). ונראה לתרץ דהקדש מהווה בעלים המחייב שומר בשמירה, משא"כ צדקה אינה חלות דין בעלים גמורים דהו"ל ממון שאין לו תובעים, והוי חלות שם בפ"ע דרשות צדקה, ומשו"ה לא חלה עליה שמירה כלל. ומשו"ה לא חל בצדקה דין פושע כמזיק, דהדין דפושע כמזיק הוא דין מסוים בשומר, ובצדקה דליכא חלות שם בעלים גמורים ליכא חלות דין שמירה כלל. משא"כ בהקדש חל חלות שמירה ומשו"ה חל בה דין דפושע כמזיק הוא[100]. ולפי"ז לכאורה י"ל דליכא באבידת צדקה מצות השבת אבידה דליכא בצדקה חלות שם בעלים גמורים, משא"כ בהקדש דבדק הבית דהקדש הוי בעלים על הממונות י"ל דחל ביה מצות השבת אבידה. וי"ל"ע לפי"ז בדין ממון צדקה דנאבד דאע"פ שאין בו מצות השבת אבידה לכאורה חל בו דין דאסור למוצא ליטלה לעצמו מאחר דחל בממון צדקה דין ליחלק

[100] יסוד זה ביאר רבנו זצ"ל כמה פעמים בשיעורים, עיין ברשימות שיעורים לב"ק עמ' רנ"ד, וברשימות לשבועות ח"ב עמ' ע"ב.

לעניים, והמצוה לחלק לעניים אוסר את האבידה למוצא.[101] אמנם יתכן דצדקה אינה בעלים לחייב בשמירה דעלמא דצדקה הו"ל חלות שם בפני עצמו, ומ"מ חל בצדקה דין בעלות לחייב אבידת צדקה בהשבה מדין מצות השבת אבידה. אמנם נראה דאין יאוש חל בצדקה ואפילו אי נימא דחל יאוש בהקדש, דהקדש הו"ל בעלים גמורים וי"ל דהגזבר הו"ל במקום הבעלים וחל דעת מקנה ודעת יאוש ע"י הגזבר. משא"כ בצדקה י"ל דאין הגזבר בעלים כלל דיש לעניים זכות ממון בצדקה דהו"ל ממון שאין לו תובעים, והעניים אינם יכולים להתייאש או להקנות הצדקה משנאבדה, וצ"ע.[102]

גמ'. ת"ש והיה עמך עד דרוש אחיך אותו וכי תעלה על דעתך שיתננה לו קודם שידרשנו אלא דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי מאי לאו בסימנים לא בעדים. עיין בתוס' ד"ה דרשהו אם הוא רמאי וז"ל וא"ת דבמתני' (לקמן כח ב) דריש מהאי קרא דלא יחזיר אף בסימנים וי"ל דאסמכתא היא כדתני עלה בברייתא משרבו הרמאים התקינו אבל הכא משמע ליה שהיא דרשה גמורה מדקאמר וכי תעלה על דעתך וכו'. ועוד י"ל דמתני' מיירי בידוע שהוא רמאי לכך צריך עדים אבל הכא מיירי בסתם בני אדם עכ"ל. ונראה דלפי הדיעה הראשונה בתוס' בין אם הוא רמאי או אינו רמאי אי סימנים מה"ת מחזירין לו בסימנים, ואי סימנים לאו דאורייתא מחזירין רק בעדים. והא דאיתא לקמן דמחזירין לרמאי רק בעדים היינו תקנה מדרבנן שהתקינו משרבו הרמאים. אמנם לפי הדיעה השנייה בתוס' יש חילוק בין מי שידוע כרמאי דאין מחזירין לו בסימנים אלא בעדים, משא"כ סתם שאר בני אדם מחזירין להן בסימנים. ומבואר דנחלקו האם ודאי רמאי נוטל בסימנים אי סימנים הם מה"ת. ונראה לומר דנחלקו ב' הדיעות שבתוס' בגדר דין סימנים - דלפי הדיעה הראשונה סימנים מהווים חלות בירור בפני עצמן ומועילים אף לרמאי. משא"כ לדיעה השנייה סימנים מועילים רק בצירוף עם נאמנות הבעל דבר שטוען שהוא בעל האבידה, דהסימנים חלין בתורת סיוע להאמין לטענתו, ומשו"ה אינם מועילים אלא לסתם בני אדם ולא לרמאי שאין לו נאמנות. ונראה דהפקעת נאמנות דרמאי הוא דין מסוים שחל בהשבת אבידה בלבד עפ"י גזה"כ "עד דרוש אחיך" דרשהו אם הוא רמאי

[101] אמנם י"ל דדין מצות צדקה תלוי בדין ממון, ואם דין ממון דצדקה פקע ממילא מדין אבידה אזי גם מצות צדקה ליחלק לעניים נמי פקע. וי"ל דזה תלוי במחלוקת הראשונים האם ספק צדקה הוי ספק ממון או ספק איסור, עיין בר"ן בנדרים דף ז. ד"ה ולענין הלכה.

[102] וליכא למימר דהעניים יכולים להתיאש מצדקה וכדחזינן דמתיאשים מלקט (לעיל דף כא:), דנתבאר לעיל בשיעורים דלקט שאני מצדקה דלקט הוי ממון השותפין ויש לו תובעים ומשו"ה שפיר יכולים העניים להתיאש ממנו כמו שותפין בעלמא דמתיאשים ממונם. משא"כ ממון צדקה הוי ממון שאין לו תובעים ואין לו בעלים מסוימים שיכולים להתייאש.

או לא, כי בשאר דיני ממונות מצינו רק דין דחשוד אממונא חשוד אשבועתה, וליכא הפקעת נאמנות משום רמאי אלא בהשבת אבידה בלבד.

ועיין בבעה"מ (דף טו. - טו ב בדפי הרי"ף ד"ה ת"ש עד דרוש אחיך וכו') וז"ל וקשיא לי לפ' ה"ר שלמה ז"ל שפירש בעדים שהיא שלו למה לי עד דרוש תיפוק ליה משמלה דלא אתיא אלא ליש לה תובעין ולא לסימנים וכיון דלית ליה סימנים דאורייתא הוא ודאי בעדים מהדר ונ"ל בעדים שיביא שאינו רמאי אלא שהוא צורבא מרבנן וכו' ונטל בטביעות עינא. וה"ר שלמה ז"ל פירש אע"פ שהוא ידוע רמאי דרשהו אם הוא רמאי באותה אבידה אם לאו. מאי לאו בסימנים דלא יהבינן ליה אלא בסימן מובהק הא לשאר בני אדם שאינן ידועין רמאין יהבינן אפילו בסימן שאינו מובהק וש"מ סימנין דאורייתא, לא לרמאי הידוע לא יהבינן ליה אלא בעדים ולשאר בני אדם יהבינן להו בסימן מובהק וכו' עכ"ל. ומבואר דהבעה"מ מפרש אליבא דרש"י דבהו"א נקטה הגמ' דיהבינן ליה לרמאי בסימנים - היינו בסימן מובהק ביותר ואילו לשאר בני אדם נותנין בסימן בינוני, ומזה מוכח דסימנים מה"ת דאל"ה לא היו מחזירין לסתם בני אדם בסימן בינוני. ולפי"ז יש לתרץ קושיית התוס' הנ"ל מהמשנה לקמן (בדף כח:), די"ל דהא דאין מחזירין לרמאי בסימנים היינו בסימן שאינו מובהק ביותר אלא בסימן בינוני. והגמ' דוחה "לא בעדים" - דלרמאי ידוע אין מחזירין אלא בעדים, ולשאר בנ"א מחזירין רק בסימן מובהק ביותר וסימנים בינונים לאו מה"ת. והנידון בגמ' אי סימנים מה"ת או לא הוא בנוגע לאיזה סוג סימן מועיל בשאר בני אדם - אי מועיל סימן בינוני או רק סימן מובהק. והנה לפי ההו"א דסימנים מה"ת ודאי רמאי נוטל אבידה בסימנים מובהקים ולא בסימן בינוני, ונראה לומר דס"ל דסימן מובהק הוי מברר בפ"ע, משא"כ סימן בינוני אינו חל כמברר בפני עצמו אלא חל בצירוף עם נאמנות הבעל דבר, שהסימן מחזק את טענתו, ומאחר דהוי רמאי אין לו נאמנות ואינו מועיל סימן בינוני. משא"כ אי סימנים אינם מה"ת אזי מועיל לודאי רמאי רק עדים, ואף סימן מובהק ביותר דלכ"ע הוי סימן מדאורייתא כנקב יש בצד אות פלוני אינו חל כבירור בפ"ע אלא דחל רק בצירוף לנאמנות בעל דבר, ורמאי אינו נוטל האבידה אפילו עם הסימן המובהק ביותר מאחר דלית ליה נאמנות דטענה.

ועיין ברמב"ם (פי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"ב - ה"ה) וז"ל וכן מכריז מי שאבד לו כסות או בהמה או שטרות יבוא ויתן סימנים ויטול, ואינו חושש מפני שהודיע מין האבדה לפי שאינו מחזירו עד שיתן סימנים מובהקים. בא בעל האבדה ונתן סימנים שאינם מובהקין אין מחזירין לו עד שיאמר סימנים מובהקין. והרמאי אע"פ שאמר סימנים מובהקין אין מחזירין לו עד שיביא עדים שהיא שלו אמרו חכמים והיה עמך עד דרוש

אחיך עד שתחקור אחריו אם הוא רמאי אם לאו וכו' הסימנים המובהקין סומכים עליהן ודנים על פיהם בכל מקום דין תורה. והמדה או המשקל או המנין או מקום האבדה סימנים מובהקין הן עכ"ל. ועיין במגיד משנה (בהל' ג') שביאר דיש ג' מיני סימנין, א) סימן מובהק ביותר כנקב יש בצד אות פלוני, ועפ"י סימן כזה מחזירין אבידה לכו"ע דהוי כעדים. ב) סימן חשוב כמדת ארכו ורחבו ומשקלו ולזה כיוון הרמב"ם במש"כ סימנין מובהקין (והוי באמת סימן בינוני), ובזה מספק"ל בגמ' אי סימנים דאורייתא, ופסק הרמב"ם דמועיל סימן בינוני משום דסימנן מה"ת. ג) סימן גרוע שאין מחזירין על פיהם אבידה כחיורי וסומקי וארוך וגוץ. ועיין בהשגת הראב"ד (הלכה ג') שהשיג עמש"כ הרמב"ם שאין מחזירין לרמאי בסימנין מובהקים אלא בעדים, "א"א סימן מובהק לגמרי", וביאר המגיד משנה דהראב"ד סובר שאין מחזירין לרמאי אפילו אם אמר סימן מובהק ביותר כנקב יש בצד אות פלוני, דאין מחזירין לרמאי אלא בעדים. ומבואר לפי"ז דהראב"ד סובר כשיטת הבעה"מ דסימנין אינם חלות מברר בפ"ע אלא הן חלין בצירוף לנאמנות בעל דבר, ומשו"ה אינן מועילים לרמאי.

והנה עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' גירושין הכ"א) וז"ל מצאוהו הרוג או מת אם פחדתו וחוטמו ופרצוף פניו קיימין והכירוהו בהן שהוא פלוני מעידין עליו, ואם ניטל אחד מאלו אע"פ שיש שם סימנים בגופו ובכליו אפילו שומא אין מעידין עליו שמא אחר הוא וכו' עכ"ל. ומבואר דסימנים אינם מועילים בעדות אשה. ועיין בכס"מ שם שהקשה דהרמב"ם פסק (בפ"ז מהל' נחלות ה"ג) וז"ל מי שטבע במים שאין להם סוף ובאו עדים שטבע בפניהם ואבד זכרו אע"פ שאין משיאין את אשתו לכתחילה הרי היורשין נוחלין על פיהם וכן אם באו עדים שראוהו נופל לגוב אריות ונמרים וכו' או שנהרג ולא הכירו פניו אבל היו לו סימנים מובהקים בגופו והכירו אותם בכל אלו הדברים וכיוצא בהן אם אבד זכרו אח"כ יורדין לנחלה בעדות זו אע"פ שאין משיאין את אשתו שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת אבל לענין ממון אם העידו העדים בדברים שחזקתן למיתה והעידו שראו אותן הדברים ואבד זכרו ואח"כ נשמע שמת הרי אלו נוחלין על פיהם וכו' עכ"ל. ומבואר שאין מתירין אשה להנשא עפ"י סימנים ואפילו אם העידו עפ"י סימנים מובהקים, וא"כ צ"ב מדוע כתב הרמב"ם בהל' גירושין שאם העידו עפ"י סימנים שבגופו ו"אפילו שומא" אינה מותרת והא שומא הוי סימן גרוע. ועוד הקשה הכס"מ דבפי"ג מהל' גזלה (ה"ה) פסק הרמב"ם דסימנים דאורייתא, וא"כ צ"ע מדוע אין מועיל סימנים בעדות אשה. ועוד צ"ע דפסק (בפ"ג מהל' גירושין הי"א) שמחזירין גט עפ"י סימן שנקב יש בצד אות פלונית, וחזינן דמתירין אשה להנשא עפ"י

סימנים. וביאר הכס"מ דיש ג' דרגות בסימנים: א) סימנים מובהקים ביותר כנקב יש בצד אות פלוני, ב) סימן מובהק קצת (סימן בינוני), ג) סימן גרוע. והרמב"ם סובר דסימן מובהק ביותר כנקב יש בצד אות פלוני הוי סימן מה"ת וסומכים ע"ז אפילו להתיר איסור אשת איש מה"ת. ואילו בסימן גרוע ביותר כגוץ וארוך אין סומכים עליו כלל אפילו בדיני ממונות. וס"ל דהספק בגמ' אי סימנים מה"ת הוא לגבי סימן מובהק קצת (סימן בינוני). ולפי"ז ביאר דמש"כ הרמב"ם בפ"ז מהל' נחלות (ה"ג) מיירי בסימנים מובהקים קצת דהיינו סימן בינוני - דאין סומכים עליהן להתיר אשה להנשא, אולם בסימן מובהק ביותר מתירין אשה להנשא. ועיין במגיד משנה (בהל' ג') שכמו"כ כתב דיש ג' מיני סימנין, א) סימן מובהק ביותר כנקב יש בצד אות פלוני, ועפ"י סימן כזה מחזירין אבידה לכו"ע דהוי כעדים. ב) סימן חשוב כמדת ארכו ורחבו ומשקלו ולזה כיוון הרמב"ם במש"כ סימנין מובהקין (והוי באמת סימן בינוני), ובזה מספק"ל בגמ' אי סימנים דאורייתא, ופסק הרמב"ם דסימנן דאורייתא. ג) סימן גרוע שאין מחזירין על פיהם אבידה כלל כחיורי וסומקי וארוך וגוץ. ומבואר מדבריו דהרמב"ם פסק דסימנין דאורייתא ומחזירין אבידה אף בסימן בינוני כמדה ומשקל. וצ"ע א"כ מדוע מצריך הרמב"ם סימן מובהק ביותר בעדות אשה להנשא (פ"יג מהל' גירושין הכ"א), ובגט (פ"ג מהל' גירושין הי"א), ולמה אין מועיל בגט ובעדות אשה אף סימן בינוני, דהרי לענין אבידה פסק שסימן בינוני מועיל מה"ת, ובסוגיין איתא דהנפ"מ אי סימנים דאורייתא או לא הוא להתיר אשה להנשא (וכן הקשה הלח"מ בפי"ג מהל' גירושין הכ"א).

ונראה דהרמב"ם פסק דסימן מובהק (סימן בינוני) חל מדאורייתא, אולם אין הסימן מועיל כמברר וראייה בפני עצמו, אלא הסימן חל בצירוף עם טענת ונאמנות בעל דבר, וחל רק בדיני ממונות דחל בהם חלות דין טענת ונאמנות דבעל דבר. משא"כ בעדות שמת בעלה ובגט סובר הרמב"ם שסימן בינוני אינו מועיל להתיר אשה להנשא, דעדות להתיר אשה להנשא הוי חלות דין איסור והיתר ודבר שבערוה וליכא בזה חלות שם בעל דבר וטענת בעל דבר, ולכן בעינן סימן מובהק ביותר דהוי חלות בירור בפ"ע דמועיל כמו עדים גם בלי טענת בעל דבר אף בדבר שבערוה.[103]

והנה כתב הרמב"ם (בפ"ג מהל' גירושין הי"א) וז"ל היה לעדים בגט סימן מובהק כגון שאמרו נקב יש בו בצד אות פלוני וכו' הרי זה בחזקתו ותתגרש בו וכו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל ואפילו לשליח עכ"ל. ויתכן שהרמב"ם סובר דרק עדים צריכים סימנים

[103] לכאורה משמע מהרמב"ם בהל' נחלות דהדין במת בעלה הוי חומרא בעלמא מדרבנן, אך רבינו זצ"ל נקט דהוי חומרא מדאורייתא.

מובהקים ביותר, אולם שליח נאמן אף בסימן בינוני. והביאור בזה דבגט שנאבד יש ב' נידונים: א) דין בדיני ממונות למי שייך עצם השטר, ב) דין דבר שבערוה לגבי הכשר הגט. ונראה דמצד הדיני ממונות ודין השבת אבידה השליח נאמן בסימן בינוני, דהשליח הוי בעל דבר בזה ויש לו דין טענה, ומיגו שנאמן לגבי הממונות ה"נ נאמן אף לענין כשרות הגט. משא"כ בעדים דאין להם דין טוען בדיני ממונות אינם נאמנים אא"כ נתנו סימנים מובהקין ביותר. אלא דיש להעיר ע"ז דלכאורה בגט בעינן בירור ועדות דאין דבר שבערוה פחות משנים, משא"כ לגבי דיני ממונות דבאבידה סימנים אינם אלא הוכחה לנאמנות הטענה וסימנים מועילים עם נאמנות הטענה, וא"כ איך נאמר מיגו דנאמן השליח בסימנים לגבי הדיני ממונות ה"נ דנאמן לגבי הכשר הגט.

והנה בנוגע לדין שליח שנאבד לו גט ומצאו כתב הרמב"ם (פ"ג מהל' גירושין ה"ט) וז"ל המביא גט ואבד ממנו ומצאו וכו' או שמצאו בכלי שהניחו בו ויש לו טביעות עין בארכו ורחבו של גט שהיה כרוך הרי הוא בחזקתו ותתגרש בו עכ"ל. ועיין במגיד משנה שם שהאריך בביאור דין זה ובשיטות הראשונים. והמ"מ נקט דהרמב"ם מצריך ב' דברים להכשיר גט ששליח אבדו ומצאו, שמצאו בכלי שהניחו בו ויש לו טביעות עין בגט. ולכאורה כשמצאו בכלי שהניחו בו הו"ל סימן בינוני, ומצורפת לזה טביעת עין של השליח אע"פ שאין השליח צורבא מרבנן. ברם יש ראשונים דס"ל דרק לצורבא מרבנן מועלת טביעות עין בגט כמו באבידה דעלמא. אך מסתימת לשון הרמב"ם משמע דמיירי בכל שליח הגט ואע"פ שאינו צורבא מרבנן, ושיטתו צ"ע דלמה מועיל טביעות עין בשליח הגט אף כשאינו צורבא מרבנן. ונראה דמדאורייתא שליח להולכה הוי בעל השטר דהגט, ויש לו כח ונאמנות דבעל השטר מדאורייתא בכל מה שנוגע להגט. וראייה לכך דפסק הרמב"ם (פ"ז מהל' גירושין ה"ב) שאם בעל האשה בא ומערער על הגט שהוא מזוייף שהגט בטל מדאורייתא עד שיתקיים בחותמיו, אולם הרבנן תיקנו דשליח להולכה נאמן לומר בפני נכתב ובפני נחתם לקיים את הגט, והשליח נאמן להכשיר את הגט אף כנגד ערעור הבעל מדאורייתא. ומוכח שנאמנות השליח בכשרות הגט חלה מדאורייתא. ונראה דהטעם בזה הוא משום דהשליח להולכה עפ"י דין נחשב לבעל השטר, ומשו"ה השליח נאמן להכשיר הגט כנגד ערעור הבעל. ולפי"ז י"ל דמשו"ה חל דין נאמנות לשליח הולכה בהדי סימן בינוני להחזיר לו את הגט.

ועוד יתכן לומר דהדין דשליח נאמן בטביעת עין הוא מדין בעל השטר ודומה לכל דין בעל השטר שתופס את השטר, דהשטר מעיד שהכל בהכשר נעשה. ולפי"ז היה נאמן בטביעת עין מדין נאמנות דבעל השטר אף בלי ליתן סימן, ומש"כ הרמב"ם שמצאו בכלי

שהניחו בו אין זה מעכב, אלא דבא למעט דאם נמצא הגט בכלי אחר הרי זה ריעותא, ומשום כך אין להכשיר את הגט. אך אם ליכא ריעותא וכגון שנאבד ולא היה מונח בכלי כלל י"ל דהשליח נאמן בטביעת עין או בסימן בינוני בלבד לומר שזהו הגט שנאבד לו, משום דיש לשליח נאמנות דבעל השטר וחלה הנאמנות בין בטביעת עין ובין בסימן. ולפי"ז י"ל דהרמב"ם סובר דבמיתת הבעל אין אנו סומכים על סימן בינוני מכיון דאין בזה חלות דין נאמנות. משא"כ בהכשר הגט סמכינן על השליח בסימן בינוני או כשמכיר השליח את הגט בטביעת עין, דהסימן מצטרף לטענתו שטוען מדין בעל השטר, ונאמן כמו בעל השטר ליתן סימן בינוני או להכיר את הגט בטביעת עין.

גמ'. ת"ש אין מעידים אלא על פרצוף הפנים עם החוטם אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו ש"מ סימנים לאו דאורייתא אמרי גופו דארוך או גוץ כליו דחיישינן לשאלה. ומבואר בגמ' דבעדות שמת בעלה העדים מעידים שהכירו בפרצופו כי המת הוא בעלה, ולא ע"י סימנים דכליו, וקס"ד דמוכח מכאן דסימנין לאו דאורייתא, דאי סימנין מועילים מדאורייתא אזי יועיל סימן שבגופו ובכליו להוכיח שזה הבעל. ויש להעיר דלכאורה הא דאינו מועיל סימנים דגופו וכליו במיתת הבעל הוא משום דסימנים חלין בצירוף עם נאמנות בעל דבר דחלה רק בדיני ממונות, דבדיני ממונות חל חלות שם בעל דבר וטענת בעל דבר, ואילו בעדות שמת בעלה ליכא נאמנות בעל דבר אלא דין ע"א נאמן באיסורים גרידא, וא"כ צ"ע מהי הראייה דסימנים לאו דאורייתא מהא דאין סימנים מועילים בעדות דמת בעלה. ומשמע מהגמ' דס"ל דסימנים הויין חלות מברר בפני עצמן וא"כ קס"ד שיועילו אף בעדות דמת בעלה, ומזה שאין מועילים מוכח דסימנים לאו דאורייתא. אמנם צ"ע בזה דאי סימנים הויין חלות מברר בפ"ע אמאי אין מועיל סימן לרמאי. ונראה דבדיני ממונות דאבידה סימנים חלין רק בצירוף לטענת הבעל דבר ונאמנות דבעל דבר, וחל חלות שם טענת בעל דבר למי שטוען שזוהי אבידתו ונתן בה סימן, דהגר"ח זצ"ל ביאר דבהשבת אבידה חל דין דטענינן לאדם אחר שאיננו בפנינו כנגד מי שבא ונתן סימן, דשמא אדם אחר ג"כ אבד אבידה עם סימן כזה. ובהשבת אבידה חל דין תורה בין שני בעלי דברים בין זה שלפנינו שטוען דזוהי אבידתו ובין אדם אחר שיכול לבוא ולטעון דזוהי אבידתו. ולפי"ז נראה דסימנים אינם מועילים באבידה בתורת חלות מברר בפ"ע אלא דחלין בצירוף עם טענת ונאמנות בעל דבר. ונראה דמשו"ה אין הסימנים מועילים לודאי רמאי שאין לו נאמנות בעל דבר. משא"כ בעדות שמת בעלה דהוי חלות איסור והיתר דעלמא וליכא בה חלות דין טענת בעל דבר ומשו"ה י"ל דסימנים חלין בעדות אשה בתורת מברר בפ"ע.

דף כח.

גמ'. אמר רבא אם תמצא לומר סימנים דאורייתא וכו' סימנים וסימנים יניח, סימנים ועדים ינתן לבעל העדים.

ונראה דאע"פ דסימנים מדאורייתא מ"מ עדים עדיפי מסימנים משום דסימנים חלין בצירוף לנאמנות בעל דבר להאמין את טענתו, וכי היכי דמיגו במקום עדים לא אמרינן - דאע"פ שמיגו הוי סברא להאמין טענת הבעל דבר מ"מ כשיש עדים כנגד המיגו אין נאמנות לבעל דבר, ה"נ י"ל בסימנים ועדים. אי נמי י"ל דסימנים חלין מדין בירור, אולם הבירור חל מדין רוב וכשיש עדים כנגד סימנים עדים עדיפי משום דהעדים מקיימין את המיעוט, ומפרשים דהמציאות היא כמו המיעוט. ונמצא דהעדים אינם מכחישים את הסימנים כלל אלא הם מפרשים אותם[104]. ועוד י"ל דסימנים מהני רק היכא דיש ספק אבל אם יש עדים שהחפץ שייך לפלוני אין כאן ספק, ואין מועילים הסימנים שהביא השני. ונראה דעדים עדיפי אפילו מסימנים מובהקים משום דאף בסימן המובהק ביותר יש עדיין מיעוט דאינו שלו והעדים מקיימין את המיעוט[105]. אי נמי י"ל שהעדים מבטלים את הספק וממילא אין מקום לסמוך על הסימנים.

ועיין ברא"ש (סימן י"ג) וז"ל סימנין ועדים ינתן לבעל עדים ואפילו סימן מובהק דעדים עדיפי טפי כיון שמעידין שממנו נפל ואפילו לא ראו הנפילה אלא שמעידין שהיה שלו מחזיקין ליה בחזקתו ולא אמרינן שמכרו עכ"ל. אליבא דהדיעה הראשונה שברא"ש מיירי בעדי נפילה ולפי עדותם היה לא' חזקת מוחזק ותופס בשעת הנפילה, ומשו"ה נותנין לו האבידה דאע"פ דהשני נתן סימן, הסימנים רק מבררים שהיה לו חזקת מרא קמא לפני הנפילה, אך יתכן שמכרה לראשון שממנו היא נפלה. ומכיון שעפ"י הגדת עדים הראשון הוי מוחזק ותופס בשעת הנפילה הריהו נאמן לומר שהשני מכרה לו כדין כל תופס הטוען לקחתי כנגד חזקת מרא קמא דסימנים. אולם הדיעה השנייה ברא"ש צ"ע, דפירש דמיירי דליכא עדי נפילה אלא דיש עדים שהיה לראשון חזקת מרא קמא בעלמא, וא"כ מדוע עדים עדיפי מסימנים, והרי הסימנים מבררים שהיה לשני נמי חזקת מרא קמא. ונראה דהרא"ש סובר דחזקת מרא קמא שהוחזקה ע"י עדים אלימתא מחזקת מרא קמא שחלה ע"י סימנים, דס"ל דבחזקת מרא קמא שחלה עפ"י עדים חל דין שהוא מוחזק אף השתא דאמרינן דחזקת מרא קמא דמעיקרא קיימת עד השתא. ולפי"ז היה

[104] ומצינו דעדות חלה לפרש המציאות וכגון עדים שמעידים ששטר מלוה פרוע, דע"י עדותם מפרשים את השטר שאין השטר מעיד שהחוב אינו פרוע מדין שטרך בידי מאי בעי ולא הוי כתרי ותרי משום דהעדים אינם מכחישים את השטר אלא עדותם חלה לפרש את השטר. (רבינו זצ"ל)

[105] עיין בש"ך חו"מ סימן רס"ז ס"ק ז'.

מוחזק ותפוס בשעת הנפילה, והו"ל כאילו הם העידו שממנו נפלה. משא"כ חזקת מרא קמא דחלה ע"י סימנים קובע רק דיש לו חזקת מרא קמא דהיה שלו מלפני כן אבל אינו קובע שהיה מוחזק ותפוס בשעת הנפילה. ולפיכך המוחזק עפ"י עדים זוכה במציאה דחזקת מרא קמא דידיה עדיפא דחל דין מחמתה שהיה מוחזק ותופס גם בשעת הנפילה, משא"כ חזקת מרא קמא עפ"י סימנים קובע רק שהיתה לו פעם חזקת מרא קמא אבל אינו נחשב מחמתה למוחזק בשעת הנפילה. ולפי"ז נראה דה"ה אם א' הביא עדי אריגה והשני הביא סימנים, דעדים עדיפי דע"י חזקת מרא קמא עפ"י עדים חל דין דהו"ל מוחזק בשעת הנפילה, דהוי כאילו העידו העדים שממנו נפלה, משא"כ בנותן סימנים אע"פ דיש לו חזקת מרא קמא אינו נעשה לתפוס ומוחזק בשעת הנפילה.[106]

ועיין בשיטה מקובצת (ד"ה סימנים ועדים) שכתב וז"ל ואע"ג דהוו סימנים דאורייתא אפילו הכי עדים עדיפי דאפשר דמתחילה היתה של בעל הסימנים ועכשיו מכר וראוה עדים בידו כמה פעמים עכ"ל. ונראה דר"ל דכיון דראו העדים החפץ בידו כמה פעמים הו"ל תופס בחפצא, ומכיון שהוא התופס והמוחזק הו"ל כאילו העדים מעידים שממנו נפל, ואילו השני שנותן סימנים אינו תופס אלא דיש לו חזקת מרא קמא בלבד, וחזקת מוחזק ותופס עדיפא מחזקת מרא קמא. ונראה דלפי השיטמ"ק עדי אריגה אינן מחזיקין אותו לתופס אלא למוחזק בחזקת מרא קמא בלבד, וא"כ אם יש לא' עדי אריגה ולשני סימנים יניח. משא"כ לפי הרא"ש י"ל דעדי אריגה קובעים אותו לתופס ומוחזק בשעת הנפילה דחזקת מרא קמא שעפ"י עדים חל נמי כחזקה דהשתא, ולפי"ז י"ל דאף בעדי אריגה וסימנין ינתן למי שיש לו עדי אריגה.

ועוד נראה לבאר דברי הרא"ש דעדים אלימי מסימנים משום דהעדים מפרשים את הסימנים כמיעוט כנגד הרוב, דאליבא דעדותם זה שהביא את הסימנים אינו מוחזק אלא ע"פ הרוב שהנותן את הסימנים אינו רמאי, אך לפי העדות נקטינן כהמיעוט דהוא רמאי ולא היה מוחזק כלל. ולפי"ז י"ל דגם בעדי אריגה נגד סימנים ינתן למי שיש לו עדים ואף אם לא הוי תפוס עפ"י עדותם דעדי אריגה, דהעדות מכחישה את הסימנים ומחמת העדות נקטינן דמי שהביא הסימנים הוי רמאי דהוא מהמיעוט שיודעים הסימנים משום דהם רמאים.[107]

[106] אולם אם הביא א' סימן ישן שהיה בחפץ מלפני הרבה זמן והשני נתן סימן חדש י"ל דהדין יהיה דיהא מונח דלשניהם יש חזקת מרא קמא בעלמא שהוחזק עפ"י סימן ולא עדיף אחד מחבירו כי אין לא' מהם דין שהיה המוחזק ותופס בשעת הנפילה. משא"כ בהוחזק עפ"י עדים דחל דין דהו"ל המוחזק ותופס בשעת הנפילה דהוי כאילו העידו שראו שממנו נפל. (רבינו זצ"ל)

[107] ועוד יתכן לבאר דהרא"ש והשיטמ"ק לא נחלקו האם חלה דין תופס ומוחזק בשעת הנפילה מחמת חזקת מרא קמא שחלה ע"י עדים, דהשיטה כתב דהעידו "שראוה בידו כמה פעמים" והרא"ש כתב "שמעידין שהיה

גמ'. סימנים וסימנים ועד אחד עד אחד כמאן דליתא דמי ויניח. והנה נחלקו הראשונים בדין סימנים וסימנים ועד א' דהרא"ש (פ"ב סימן י"ג) סובר דאותו שכנגד העד צריך לישבע דעד א' מחייב שבועה, ואם ישבע יניח ואם לאו יתנהו לבעל העד. ואילו הרמב"ם פסק (פי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"ו) וז"ל זה נתן סימנים וזה נתן סימנים ועד אחד הרי העד אחד כמו שאינו ויניח עכ"ל. ומסתימת לשונו משמע דאין העד א' מחייב שבועה וחל דין שיניח עד שיבא אליהו, וצ"ב ביסוד פלוגתתם. ועיין בנימוקי יוסף (דף טו. בדפי הרי"ף ד"ה אמר המחבר עד אחד) וז"ל עד אחד כמאן דליתא ואינו מחייב שבועה לומר שהכלי שלו אע"פ שזה מעיד כנגדו משום דאפילו ישבע להכחישו לא נעמיד הכלי בידו, ואמאי ישבע אלא כמאן דליתא הוא כן נ"ל עכ"ל. ונראה דהנימוקי יוסף סובר דעד אחד אינו מחייב שבועה היכא דאף לאחר שנשבע יהיה הדין דיניח, ונשבע רק היכא דע"י השבועה חל דין שהממון ינתן לבעל השבועה. ונראה דהרא"ש סובר דעד א' מחייב שבועה להכחיש את העד ואף אם הנשבע לא יטול את הממון לאחר השבועה מ"מ חייב להישבע כנגד העד. דהרא"ש סובר דיסוד השבועה היא בכדי שהתובע עם העד לא יטול, וא"כ אף היכא שיהא הדין דיניח חייב הנתבע לישבע מחמת העד. ועוד יתכן

שלו" ולא מיירי דהעידו שראו שנפלה ממנו. ומשמע דס"ל דחזקת מרא קמא שנקבעת ע"י עדים אלימתא מחזקת מרא קמא שנקבעה ע"י סימנים משום דהעדים מעידים על זמן מסוים דראוה בידו ושהיה לו באותו זמן חזקת מרא קמא. משא"כ חזקת מרא קמא ע"י סימנים אינו על זמן מסוים מתי היה החפץ בחזקתו. ומשו"ה חזקת מרא קמא שע"י עדים עדיפא מחזקת מרא קמא שע"י סימנים. ונותנים את האבידה למי שהביא עדים ונוקטים דהוא קנה את החפצא ממי שיש לו סימנים, דחזקת מרא קמא שיש לה זמן עדיפא מחזקת מרא קמא שאין לה זמן מסוים. ויתכן נפ"מ כשאחד הביא עדי אריגה והשני הביא סימן בציור שבודאי נפל הסימן בבגד אחרי האריגה (וכגון סימן שהבגד קרוע), דחזקת מרא קמא שע"י סימנים מאוחרת לחזקת מרא קמא שע"י עדי אריגה. דאי אזלינן בתר זמן החזקה ינתן למי שהביא סימנים שחזקת מרא קמא דידיה מאוחרת מחזקת מ"ק דעדי אריגה. משא"כ אי נימא דאזלינן בתר דין תופס שהוחזק ע"י עדים י"ל דינתן למי שהביא עדי אריגה, דנעשה תפוס ע"י עדותם ולא לזה שהביא סימנים, דסימנים מחילים רק חזקת מרא קמא בעלמא ולא חזקת תפוס ומוחזק כמו חזקת מרא קמא שע"י עדים.

וע"ע בשיטמ"ק שכתב בשם הראב"ד וז"ל עדי אריגה ועדי נפילה תנתן לעדי נפילה כי עדי אריגה אינה עדות שהיא שלו אימר אומן הוא עכ"ל. ומשמע דס"ל דאילולי הסברא ד"אימר אומן הוא" היה חל דין תופס עפ"י עדי אריגה כמו בעדי נפילה. ולכאורה צ"ע בזה דבשלמא בעדי נפילה יש עדות שהיה תופס ממש בשעת הנפילה והיה לו חזקה דכל מה שתחת יד אדם הוא שלו, ולכן עפ"י עדי נפילה אנו מפרשים את העדות דעדי אריגה שהיה לו חזקת מרא קמא בלבד אך לא הוי בחזקת תופס בשעת הנפילה, ומשו"ה תינתן למי שיש לו עדי נפילה. אמנם מהראב"ד משמע שאף ע"י עדים בעלמא חל דין דהו"ל מוחזק ובחזקת תופס בשעת הנפילה, ואילו בעדי אריגה לא חל חזקת תפיסה משום דשמא אומן היה ומכרה. וצ"ע להראב"ד כשא' לבדו מביא עדי אריגה אמאי מחזירין לו את האבידה דנימא שמא אומן היה. ונראה דרק בתרי כנגד תרי אמרינן דלמא אומן היה כדי שלא תהיה הכחשת עדים ושנקיים מצות השבת אבידה ע"י עדי נפילה. משא"כ כשא' מביא עדי אריגה לבדו מחזירין לו את האבידה ולא אמרינן דלמא אומן היה משום דלא חיישינן לזה מדליכא הכחשת עדים, ואדרבה מחזיקין אותו למוחזק בחזקת מרא קמא כדי לקיים מצות השבת אבידה עם עדי האריגה. ועוד י"ל דלראב"ד לא חל דין תופס גם בעדי נפילה ממש כי עכשיו החפצא היא אבידה ואינה ברשות הבעלים ומשו"ה א"א להחשיבו כאילו הוא תופס בחפצא, ומה שהיה תפוס בשעת הנפילה אינו מחשיבו לתופס עכשיו, ובכן יש לשניהם חזקת מרא קמא בלבד, והא דמועילים עדי נפילה כנגד עדי אריגה הוא משום דאמרינן דלמא אומן היה כדי שלא תהיה תרי כנגד תרי.

לומר בשיטת הרמב"ם דס"ל דאין עד אחד מחייב שבועה אא"כ הוי שבועת הנפטרין ואילו הכא הוי שבועה ליטול[108]. ובשיטמ"ק כתב בשם הריצב"ש (ד"ה אם תמצא לומר) דליכא שבועת עד אחד דמכיון דסימנים דאורייתא חל הכחשה ע"י סימנים וסימנים ואין העד יכול להכריע ביניהם וכמאן דליתא דמי ואינו מחייב שבועה. ומשמע מדברי הריצב"ש דס"ל דסימנים וסימנים הויא כתרי ותרי דהסימנים הויין כתרי עדים, וא"כ צ"ב מדוע בסימנים ועדים ינתן לבעל העדים דלכאורה סימנים לא גרעי מעדים. וצ"ל דהריצב"ש סובר דהעדים מקיימין את המיעוט ומפרשים את הסימנים. ועוד יתכן לומר דעדים עדיפי מסימנים משום דסימנים רק מוכיחים דמעיקרא היה של בעל הסימנים ויש לו חזקת מרא קמא. אמנם העדים מעידים דראוה בידו כמה פעמים ומסתבר שבעל הסימנים מכרה לו, וזה שנותן הסימנים רמאי הוא שכבר מכרה לבעל העדים, (וכ"כ בשיטמ"ק דף כח. ד"ה סימנים ועדים).

והנה יש לדון מה הדין בסימנים ועד אחד, ונראה דלהרא"ש יהיה חייב לישבע כדין סימנים וסימנים ועד א'. אולם לפי הריצב"ש י"ל דהסימנים מכחישים את העד וליכא חיוב שבועת עד אחד, ויתן לבעל הסימנים בלי שבועה. ולפימש"נ דבסימנים וסימנים ועד א' אינו נשבע משום דהו"ל נשבע ונוטל י"ל דה"ה דבסימנים ועד אחד אינו נשבע. אמנם לפי סברת הנימוקי יוסף י"ל דחל חיוב שבועה בסימנים ועד א', דמכיון שאם היה נשבע בעל הסימנים הריהו נוטל את החפץ, שפיר חל דין שבועה, ולא דמי לסימנים וסימנים ועד אחד דלאחר שנשבע הדין יהיה דיניח, דאזי ליכא חיוב שבועה. אך יתכן לומר דאף להנימוקי יוסף אין נשבעין שבועת עד א' אלא היכא שאחרי שנשבע זוכה הנתבע בממון מחמת השבועה, משא"כ כאן דזוכה בממון מחמת הסימנים יתכן דלא חל דין שבועה. ונראה שאם בעל הסימנים אינו רוצה לישבע (בציור דסימנים ועד א') אזי ליכא דין דינתן החפץ לבעל העד אחד, די"ל דכ"ז שחל דין תורה בין מי שהביא עד אחד למי שהביא סימנים הם הויין הבעלי דברים וחל חיוב שבועה מחמת העד. אמנם כשאמר בעל הסימנים שאינו רוצה לישבע הרי הוא סילק את עצמו מהדין תורה על החפץ וכאילו הודה שאין החפץ שלו, אולם יתכן שיש בעל דבר אחר בעולם שיטעון שהחפץ שלו, ומוצא האבידה שומר את האבידה עבורו, ולכן בסימנים ועד אחד ובעל הסימנים מסרב לישבע אי אפשר ליתן את החפץ לבעל העד אחד. דעד א' אינו נאמן להוציא את האבידה מידי המוצא השומר את האבידה עבור הבעלים שאיננו לפנינו,

[108] ולכאורה יל"ע האם הוי נשבע ונוטל משום דנוטלו מהמוצא, או"ד דאינו נחשב לנשבע ונוטל דהמוצא אינו בעל דבר, אלא הוא שומר עבור בעל האבידה וכשנשבע הרי נתברר דהוא בעל האבידה והמוצא שומר עבורו את האבידה ולכן הוי נשבע ונפטר דהאבידה היא ברשותו מחמת שמירת המוצא.

דהמוצא טוען עבור הבעלים שאינו לפנינו שהעד שקרן, ומשו"ה העד אינו נאמן להוציא את האבידה מידי המוצא. אמנם יש לדחות דיתכן דחל דין טענינן דהמוצא טוען עבור א' שבעולם דשמא הוא הבעלים רק היכא דליכא דין תורה בין ב' בעלי דברים לפניו, משא"כ כאן דיש דין תורה בין שני בעלי דברים שהם לפניו שא' הביא סימנים והשני הביא עד א' י"ל דלא חל דין טענינן עבור אדם אחר בעולם שיתכן שנאבד לו חפץ כזה, ולכן אם יסרב בעל הסימנים לישבע חל דין מתוך ונותנים את האבידה למי שהביא עד א' שהאבידה היא שלו, ויל"ע בזה.

והנה בסימנים וסימנים פסק הרמב"ם (פי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"ו) וז"ל באו שנים זה נתן סימני האבדה וזה נתן סימניה כמו שנתן האחר לא יתן לא לזה ולא לזה אלא תהיה מונחת עד שיודה האחד לחבירו או יעשו פשרה ביניהן עכ"ל. וממש"כ הרמב"ם שיכולים לעשות פשרה ביניהם מבואר דרק הם הויין בעלי דברים וחל שם בע"ד על שניהם, ולא חיישינן שמא יבוא אדם שלישי ויטעון שזה החפץ שלו, דאל"ה איך אפשר שיעשו השניים פשרה ביניהם. ודלא כדברי הגר"ח זצ"ל שנקט (בשיעורי רבנו חיים הלוי ב"מ דף כב: ד"ה מאי מכריז מקום) דהא דאמרינן דסימנים מדרבנן הוא משום דחיישינן שמא יש אדם אחר בעולם שאבד חפץ כזה ויתכן שהוא בעל האבדה, וכל העולם הויין בעלי דבר[109].

גמ'. מדת ארכו ומדת רחבו תנתן למדת ארכו דמדת רחבו שיעורי קא משער לה כד מכסי לה מרה וקאי וכו' מדת ארכו ומדת רחבו ומדת משקלותיו ינתן למדת משקלותיו. ונראה דמדת ארכו ומדת משקלותיו הויין סימן מובהק ביחס למדת רחבו, ואם אחד נותן סימן מובהק והשני סימן שאינו מובהק הסימן מובהק עדיף (וכ"כ בשיטמ"ק דף כח. בשם הר"ר יהונתן). אמנם יל"ע דמדת רחבו בעלמא הוי סימן בינוני כארכו ומשקלותיו ומדוע סימן א' עדיף מהסימן השני. וצ"ל דסימנים אינם מבררים בפני עצמן אלא שחלין עפ"י אומד בית דין, ומשו"ה יש דרגות בסימנים דב"ד משערין ואומדין איזה סימן עדיף. ונראה דמשו"ה בסימנים ועדים ינתן לבעל העדים, דסימנים חלין עפ"י אומד ב"ד משא"כ עדות דחלה בלי אומד ב"ד. אמנם עיין בשיטמ"ק (דף כח. ד"ה וכתב הראב"ד) שכתב בשם הראב"ד וז"ל מדת ארכו ומדת רחבו תנתן למדת ארכו והא ודאי לסימנים דרבנן דאי לסימנא דאורייתא אע"ג דהאי מובהק טפי מהיאך, יניח קאמרינן עכ"ל. ונראה דהראב"ד סובר דאי סימנים מדאורייתא אזי סימנים הויין חלות בירור וראייה בפני עצמן כעדים ואי אפשר לחלק בין סימן אחד לשני, משא"כ אי סימנים דרבנן אזי הסימנים חלין עפ"י

[109] עיין בספר שיעורי רבנו חיים הלוי למס' ב"מ דף כב. ד"ה מאי מכריז מקום.

אומד ב"ד, ושפיר אמרינן דהסימן המובהק יותר עדיף. ברם אף לפי"ד הראב"ד אפילו אם סימנים הם מדאורייתא בסימנים ועדים ינתן לבעל העדים, וצ"ל דהעדים מבטלין את הסימנים. אמנם הרמב"ם פסק (בפי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"ה) דסימנים מה"ת ופסק נמי (בפי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"ז) דמדת ארכו ומדת רחבו ינתן למי שנתן מדת ארכה, וחזינן דלשיטתו אף אם סימנים מדאורייתא הם חלין עפ"י אומד בית דין, ודלא כהראב"ד.

עיין ברמב"ם (פ"ז מהל' נחלות ה"ג) וז"ל מי שטבע במים שאין להם סוף ובאו עדים שטבע בפניהם ואבד זכרו, וכו' שנדקר במלחמה ומת או שנהרג ולא הכירו פניו אבל היו לו סימנים מובהקין בגופו והכירו אותם, בכל אלו הדברים וכיוצא בהן אם אבד זכרו אח"כ יורדין לנחלה בעדות זו אע"פ שאין משיאין את אשתו, שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת אבל לענין ממון אם העידו העדים בדברים שחזקתן למיתה והעידו שראו אותן הדברים ואבד זכרו ואח"כ נשמע שמת הרי אלו נוחלין על פיהם עכ"ל. וצ"ע דאם יש סימנים מובהקים שמת למה אין יורדין לנחלה מיד ומדוע מצריך הרמב"ם להמתין עד שיאבד זכרו. ומשמע מכאן דסימנים אינם חלין אלא עפ"י אומד ב"ד, ובהשבת אבידה ב"ד אומדים ומחזירין את האבידה מיד לנותן הסימן. משא"כ בירושה דצריכים להוריד אותם לנחלה כנגד החזקת חי דהמוריש, ובזה ב"ד ממתינים עד שיאבד זכרו כדי שיהיה אומדנא דמת כנגד חזקת חי שיוכלו לסמוך על הסימן שמצאו בגוף המת. וכן במים שאין להם סוף אע"פ שיש רוב שנטבע ומת מ"מ יש נמי חזקת חי ואין יורדים לנחלה עד שאבד זכרו. ודין זה הוא משום דמורידין לנחלה עפ"י אומדנא. ומוכח דסימנים חלין בנחלה עפ"י אומד ב"ד, וי"ל דה"ה באבידה הסימנים חלין עפ"י אומד ב"ד, ואינם חלין בפני עצמם ולכן ב"ד מבחינים בין סימן לסימן דיש דרגות בסימנים וב"ד משערין ואומדין איזה סימן עדיף.

ועיין ברמב"ם (פכ"ד מהל' סנהדרין ה"א) וז"ל יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אע"פ שאין שם ראיה ברורה וכו', וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צואה ונתן סימנין מובהקין ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים, וכל כיוצא בזה שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין אמת וכו' עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק דב"ד יכולים להשתמש בסימנים כדי להוציא ממון מידי המוחזק אם דעתן נוטה לכך, ומשמע דסימנים חלין

עפ"י אומד ב"ד ואינם מבררים בפני עצמם.[110]

משנה. ועד מתי חייב להכריז עד שידעו בו שכניו דברי ר"מ ר' יהודה אומר שלש רגלים ואחר הרגל האחרון שבעה ימים כדי שילך לביתו שלשה ויחזור שלשה ויכריז יום אחד. לכאורה היה נראה לבאר המחלוקת בין ר"מ ור"י האם חייבין להכריז רק עד כדי שישמעו שכני מקום שנמצאה האבידה או להכריז בג' רגלים עבור כל העולם, דר"מ סובר דאזלינן בתר רוב לענין חיוב השבה עצמה, ומכיון דעפ"י רוב האבידה נפלה משכני מקום שנמצאה שם מכריז המוצא רק להן. ואילו ר' יהודה סובר דכיון דחל חיוב השבה דהויא דבר שיש בו סימן חייב להכריז עבור כל העולם, אע"פ שעפ"י רוב נפל משכני מקום האבידה. ודומה קצת לשיטת הראב"ד (מובא בשיטמ"ק דף כג: ד"ה לא צריכא לאהדורי לצורבא מרבנן) דבדבר שאין בו סימן חייב להכריז לצורבא מרבנן שיכיר את האבידה בטביעות עין, דאע"פ שעפ"י רוב אי אפשר לקיים מצות השבת אבידה בטביעת עין אעפ"כ מכיון דבאיסורא אתא לידיה דהגביהה קודם יאוש ונתחייב בהשבה חייב להכריז עבור המיעוט שהם ת"ח. וכמו כן סובר ר' יהודה דמכיון שחל חיוב השבה והכרזה חייב להכריז אף עבור המיעוט שהאבידה היא משאר באי העולם ולכן חייב לעלות לירושלים בג' רגלים ולהכריז.[111]

דף כח:

משנה. והרמאי אע"פ שאמר סימניה לא יתן לו שנאמר עד דרוש אחיך אותו עד שתדרוש את אחיך אם רמאי הוא אם אינו רמאי.

עיין בגמ' לעיל (דף כז:) "ת"ש והיה עמך עד דרוש אחיך אותו, וכי תעלה על דעתך שיתננו לו קודם שידרשנו, אלא דרשהו אם הוא רמאי או אינו רמאי מאי לאו בסימנים לא בעדים", ופירש רש"י (בד"ה בעדים) וז"ל שיביא עדים שהוא שלו עכ"ל. ובסוגיין איתא "ת"ר בראשונה כל מי שאבדה לו אבידה היה נותן סימנין ונוטלה משרבו הרמאין התקינו שיהיו אומרים לו צא והבא עדים דלאו רמאי את וטול". ובפשטות הטעם דאין מחזירין לרמאי עפ"י סימנים הוא משום דחיישינן שמא חיפש ובירר סימני החפץ ברמאות לאחר ששמע על האבידה (עיין ברש"י דף כח: ד"ה חיישינן לרמאי), וכגון ששמע שזה מכריז אבידה מצאתי והלך והכריז ברמאות גם הוא שמצא אבידה כזו ובאו בני אדם ואמרו לו סימניה ואח"כ הולך באלו הסימנים ליטול את האבידה מהמוצא.

[110] ועיין בש"ך חו"מ סימן רס"ז ס"ק י' וס"ק י"ב.

[111] יש לעיין האם החיוב לחשוש למיעוט כדי לקיים מצות השבת אבידה הוא דין מסוים במצות השבת אבידה או דהוא דין בכל המצוות שבתורה דצריך לחשוש למיעוט כדי לקיימן.

ובירושלמי (ב"מ פ"ב ה"ז) איתא עוד טעם דחיישינן שמא היה החפץ פקדון תחת ידו מקודם, ומשו"ה הכיר את סימניה. ונפ"מ דאם נתן סימנים ואח"כ באו עדים והעידו שראו חפץ זה תחת ידו מעיקרא, דאי חיישינן שמא היה פקדון אצלו אזי אף אם הביא עדים אינו מועיל. משא"כ אם החשש הוא דשמא שמע את הסימנים מאחרים לאחר ההכרזה, י"ל דמכיון שהעידו העדים שהיה החפץ בידו מעיקרא לפני ההכרזה שפיר מהני הסימנים. ועיין בר"ן (מס' חולין דף עט: ד"ה סימנים) שכתב בשם הרמב"ן דסימנים הם מדרבנן משום דיש ג' חששות בסימנים: א) שמא שמע את הסימנים, ב) שמא איכא ב' אבידות שוות, ג) שמא היתה שלו מעיקרא ומכרה. ולכאורה לפי הטעם הראשון שברמב"ן י"ל שאם באו עדים והעידו שהיה לו חפץ כזה מעיקרא, ונתן הוא סימניה אזי אין לחשוש שמא שמע את הסימנים מאדם אחר שהוא בעל החפץ, ושפיר חלין הסימנים מה"ת. ולפי"ז אמר הגר"ח זצ"ל (בשיעוריו בוואלאזין) דיל"פ את הגמ' "מאי לאו בסימנים לא בעדים", דאי סימנים הן מדרבנן צ"ע מדוע רק לרמאי אין מחזירין בסימנים אלא בעדים דה"ה לשאר בני אדם אין מחזירין אלא בעדים. וביאר הגר"ח זצ"ל דהגמ' ר"ל דהיכא דהעדים מעידים שהיה לו חפץ כזה מעיקרא אזי בכה"ג מהני סימנים מה"ת וס"ד דיועילו הסימנים. ומשני דמ"מ לא מהדרינן לרמאי אלא בעדים משום דחיישינן שמא היה בידו פקדון של אחרים מעיקרא ונותן הסימנים ברמאות, דבכה"ג לא מהני אלא א"כ העדים מעידים שהחפץ הוא שלו, (ועיין בשיעורי רבנו חיים הלוי עמ"ס ב"מ דף כח: ד"ה והרמאי אע"פ שאמר סימניה וכו').

ועיין בתוס' (דף כז. ד"ה מה שמלה) וז"ל דמה שמלה מיוחדת שיש בה סימן ואין הבעלים מתייאשים אלא תובעין שיחזירוה להם בסימנין אפילו אי סימנים לאו דאורייתא ואין מחזירין להם אלא בעדים מ"מ ילפינן משמלה דדוקא דבר שיש בו סימן חייב להכריז, דע"י שיש בו סימן ימצא עדים שיאמר להם מכירים אתם שמלה שלי שהיו בה סימנין כך וכך, וגם המוצא לא יוציא השמלה להראותה לכל אדם אלא למי שיתן בה סימנים אע"פ שאינו מחזירה לו בכך מ"מ דומה שהיא שלו ומראה אותה לעדים וכו' עכ"ל. ונראה שיש לפרש דברי התוס' בב' אופנים: א) דהעדים מעידים שהאבידה היא שלו ע"י טביעות עין והסימנים אינם אלא ההיכי תימצי לעורר את העדים שיעידו עפ"י טביעות עין שהם מכירים דהאבידה היא שלו. ב) י"ל דהעדים אינם מעידים עפ"י טביעות עין דהאבידה היא שלו אלא מעידים עפ"י הסימנים, דחפצא כזה עם סימנים כאלו היתה ברשותו, ולכן נותנין לו החפץ אפילו אי סימנין דרבנן דמכיון שהיה מוחזק בחפצא אין חשש שמא רימה דשמע על הסימנין לאחר שנאבד החפץ כיון דהיה החפצא אצלו לפני

שנאבד ולפקדון לא חיישינן כלל, ומשו"ה מחזירין לו החפצא בסימנים שנאמרו ע"י העדת עדים. אולם במי שהוא רמאי חיישינן שמא היה פקדון אצלו לפני כן ולכן עדות שהיה בידו לפני שנאבד אינה מועילה, דלרמאי אינו מועיל חזקת מרא קמא בלי נאמנות הטענה. אך לפי"ז צ"ע דמשמע דסימנים אינם מועילים מדאורייתא באבידה משום דחיישינן דלמא שמע את הסימנים אחרי שנאבד החפץ, וקשה דטעם זה לא שייך במת בעלה, והרי הגמרא השווה סימנים לאו דאורייתא באבידה עם סימנין לאו דאורייתא במת בעלה.

ונראה דאי סימנין דאורייתא אזי הולכים בתר הרוב דהסימנים מבררים שהוא הבעלים ולא חיישינן למיעוט כלל. אך אי סימנים לאו דאורייתא אזי חיישינן למיעוט כנגד הרוב דבסימן. ואילו באבידה חיישינן רק למיעוט אחד דשמא שמע את הסימן אחרי שנאבד החפצא אך לא חיישינן דלמא היה אבידה אחרת עם אותם הסימנים ודלמא פקדון היה אצלו. אמנם נראה דכ"ז באבידה דהוי דיני ממונות בעלמא וגם מצותה להשיבה לבעליה, משא"כ במיתת הבעל דהוי דבר שבערוה חיישינן אף למיעוט דלמא יש גוף של אדם אחר עם אותו הסימן כמו שהיה לבעלה ולכן במת בעלה סימנים אינם מועילים מדאורייתא אפילו בלי החשש של רמאות.

רש"י ד"ה כל דבר וז"ל אם אבידה זו דבר שיכולין להאכילו את שכר מעשיו וכו' יעשה ויאכל ולא ימכור אותו המוצא אם שהו בעליו מלדרשו שכל אדם נוח לו בבהמתו שהכירה בו כבר ולימדה לרצונו עכ"ל. ונראה דרש"י מבאר את חובת הטיפול באבידה שעושה ואוכל דהמוצא חייב לטפל באבידה ולהחזירה לבעלים ולא למכרה ולהחזיר את הדמים משום שיותר נוח לבעלים בבהמתו שהכירה בו כבר ולימדה לרצונו. ולכאורה צ"ע למה ליה הך טעמא דתיפוק ליה שאסור למוצא למכרה משום דאינה שלו. ונראה דקס"ד דיהא מותר למוצא למכרה משום דדרשינן "והתעלמת פעמים שאתה מתעלם" וקס"ד דהטירחא לטפל בבהמה מתרת לו למוכרה דבכה"ג דאיכא טירחא לטפל באבידה יש לו רשות להתעלם מהשבת הבעין ולקיים מצות השבת אבידה בדמים, קמ"ל דמאחר שנוח להם לבעלים לקבל בחזרה את בהמתם שהכיר בו ולימדה לרצונו משו"ה חייב המוצא לטרוח ולטפל בה ולקיים מצות השבת אבידה עם הבהמה עצמה ולא בדמים. והנה בסיפא של המשנה איתא "ודבר שאינו עושה ואוכל ימכר שנא' והשבותו לו ראה היאך תשיבנו לו", ופרש"י (בד"ה ראה) וז"ל שלא תאכלינו חצי דמיו שא"כ אין זו השבה עכ"ל. ולכאורה הגזה"כ ד"והשבותו לו ראה היאך תשיבנו לו" קאי נמי אריש ומחייב את המוצא לטרוח ולטפל בבהמה כפי הזמן והשיעור שקבעו חז"ל כל זמן שאינו מפסיד

דמים משלו. אך מרש"י משמע שחובת הטיפול הוא מעצם מצות השבת אבידה דהשב תשיבם ואילו החיוב למכור דבר שאינו עושה ואוכל נלמד מגזה"כ והשבותו לו.[112]

גמ'. שם דמיהן ומניחן. ופרש"י (בד"ה ש**ם**) וז"ל מוכרן ומניח הדמים אצלו עכ"ל. אולם עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' גזלה ואבדה הט"ו) וז"ל אם היה דבר שעושה ואוכל כגון פרה וחמור מטפל בהן שנים עשר חדש מיום המציאה ומשכירן ולוקח שכר ומאכילן, אם היה שכרן יתר על אכילתן הרי היתר לבעלים וכן התרנגולין מוכר ביציהן ומאכילן כל י"ב חדש מכאן ואילך שם דמיהן עליו והרי הן שלו ושל בעלים בשותפות כדין כל השם בהמה מחבירו עכ"ל. וכתב הראב"ד וז"ל א"א יפה אמר שהרי שנינו שמין פרה וחמור וכל דבר שהוא עושה למחצית שכר הילכך כל מה שיוכל להחזיר ליד בעלים מחזיר עכ"ל. ונראה דפליגי במצות השבת אבידה, דלרש"י לאחר י"ב חדש חל פטור טיפול ומותר למכור את האבידה. משא"כ להרמב"ם חל דין טיפול לאחר י"ב חדש למחצית שכר, דהמוצא מקבל שכר על טיפולו באבידה. ורש"י והרמב"ם נחלקו האם מצות השבת אבידה נוהגת בעד שכר, דלרש"י ליכא מצוה בעד שכר, משא"כ הרמב"ם סובר דאף בעד שכר מקיים מצות השבת אבידה.[113]

דף כט.

גמ'. במחלוקת ר"ט ור"ע אליבא דרבה ורב יוסף. רבה ס"ל דשומר אבידה ש"ח הוי והיתר התשמיש בדמי האבידה לר"ט משוהו לש"ש, ואילו לרב יוסף שומר אבידה הוי ש"ש והיתר תשמיש בדמים משוהו לשואל ולוה (עיין בתוס' ד"ה והוי). ונראה דכדי שיהיה שואל או לוה צריך לזכות בדמים בקנין ולא רק בהיתר תשמיש. ויוצא דבזה פליגי רבה ורב יוסף אליבא דר"ט, דאליבא דרבה יש לו היתר להשתמש בדמים אך לא זכה גם בקנין כל זמן שלא השתמש בם ולפיכך בלי השתמשות אינו שואל ולוה אלא

[112] ויתכן דנפ"מ בזה אם אינו מטפל באבידה כפי השיעור ומכרה לפני הזמן דלפי רש"י ביטל את עצם מצות עשה דהשבת אבידה (ויתכן שאף עבר על הלאו דלא תוכל להתעלם). ומאידך אם הזמן של חובת הטיפול נלמד מגזה"כ דוהשבותו לו י"ל דקיים העשה דהשב תשיבם אלא דלא קיים את המצוה כתיקונה.

[113] ועוד יתכן לבאר דנחלקו בחקירה האם שומר אבידה הוי שומר דהבעלים או"ד דמשמיא קא רמיא עליה דין שמירה והוי שומר דשמים. דאם שומר אבידה הוי שומר של הבעלים יתכן שיקבל שכר מהבעלים על טיפולו ועל שמירתו כאריס קבלן דעלמא, ומשו"ה פסק הרמב"ם דמקבל מחצית שכר. ואילו רש"י סובר דהוי שומר דשמים ואינו יכול לקבל שכר מהבעלים על שמירתו (חוץ מפרוטה דר' יוסף). ועוד יתכן לומר דרש"י סובר דא"א להיות אריס קבלן למחצית שכר דא"כ מטפל באבידה לעצמו לקבל מחצית השכר ומצות השבת אבידה מחייבת שיטפל באבידה עבור הבעלים בלבד. משא"כ הרמב"ם סובר דמאחר שהבעלים מרוויחים לבסוף שמקבלים הם את הבעין שנאבד ולא רק הדמים לכן אף טיפול למחצית שכר הוי קיום מצות השבת אבידה.

רק ש"ש בלבד. ומאידך רב יוסף סובר דזכה בדמים בזכות קנין ולכן הו"ל שואל ולוה גם בלי השתמשות.

והנה לקמן (דף מג.) פליגי רב הונא ורב נחמן בהיתר השתמשות במעות שאינן צרורין שהופקדו אצל שולחני, דלרב הונא היתר ההשתמשות משווהו ללוה וחייב באונסין, ולרב נחמן אינו אלא ש"ש כל זמן שלא השתמש בהן. ועיי"ש בסוף הסוגיא דלרב הונא אם נתן גזבר דהקדש מעות הקדש לשולחני מעל. ולכאורה מוכח דחל בשולחני זכות קנין דאילו היה רק היתר השתמשות בלי זכות קנין לא היה מועל. וא"כ י"ל דה"ה בסוגיין לרב יוסף חיוב אונסין חל מחמת קנין ולא מחמת היתר השתמשות בלבד.

ועיין בראשונים שנתחבטו האם הסוגיות תלויות זו בזו לגבי פסק ההלכה, דבפשטות בשולחני קיי"ל כרב נחמן דאינו אלא ש"ש (דהלכתא כר"נ בדיני). ולכאורה יוצא דבשומר אבידה נמי הלכה כרבה דהיתר השתמשות בדמים משווהו לש"ש, ואילו שומר אבידה דעלמא הוי ש"ח בלבד. אמנם עיין ברמב"ם (פ"ז מהל' שאלה ה"ו) שפסק דשולחני שיש לו היתר השתמשות במעות שאינן צרורין הו"ל ש"ש. ואילו בשומר אבידה שמכר את האבידה פסק דרשות השתמשות בדמים משווהו לשואל וחייב באונסין, ואזיל לשיטתו דפסק כרב יוסף דשומר אבידה בעלמא הוי ש"ש משום פרוטה דר' יוסף (פי"ג מהל' גזלה ואבדה ה"י), ולכן היתר השתמשות בדמים מחייבו באונסין (פי"ג מהל' גזלה ואבדה הי"ז), וצ"ע.

ועיין בבעה"מ (דף טו: מדפי הרי"ף ד"ה הלכה כר"ט) וז"ל כתב ה"ר אפרים וכו', ואנן עיינינן בה ואנהרו לן מן שמיא פירוקא דלא למדחיה לר"נ דלא דמיין להדדי ולא קשיא חד על חברתה, דהתם לגבי דמי אבידה אבידה גופיא מעידנא דאשכחה שומר שכר הוה עלה כרב יוסף וקאמרינן נמי דמתהני פרוטה דרב יוסף אע"ג דלא מיתהני מינה כלום כי קא מזבן לה וה"ל אהניתא מינה נפק ליה משומר שכר והדר ליה שואל, אבל פקדון כיון דשומר חנם הוא עליה בדליכא הנאה כי הוי זוזי דאית בהו הנאה לא מפקינן ליה מתורת ש"ח למהוי שואל אלא מש"ח לש"ש ומש"ש לשואל אלו דברי הרב ז"ל ונראין דבריו עכ"ל. ועיין בתוס' (דף כט. ד"ה והוי) שהשיגו על תירוץ זה וכתבו, וז"ל ואין לומר דהכא הוי שומר אבידה דבלא היתר תשמיש הוי ש"ש השתא דשרו ליה לאישתמושי בהו הוי שואל אבל התם דלא מיירי באבידה משום הנאת היתר תשמיש לבד לא הוי אלא ש"ש, לא היא כיון דבשביל היתר תשמיש לבד לא הוי אלא ש"ש כרב נחמן א"כ בשביל שיש לו עוד פרוטה דרב יוסף משום שמירת אבידה אין סברא שיהא לו דין שואל

דאטו אם מוסיפין שכר לשומר יהיה לו דין שואל עכ"ל. ומשו"ה פסקו התוס' כרבה ולא כרב יוסף וס"ל דשומר אבידה ש"ח הוי. ודברי ה"ר אפרים צ"ב.

ונראה דפרוטה דרב יוסף אינו שכר הבא מהמפקיד לשומר באופן ישיר כשכר ש"ש דעלמא. דההנאה דעוסק במצוה פטור מן המצוה משמיא קא ממטי לידיה, וזהו כוונתם במש"כ "אע"ג דלא מיתהני מיניה כלום", אלא דכיון דשומר אבידה נעשה שומר משמיא דהתורה הטילה על המוצא חיוב שמירה גם השכר דפרוטה דר' יוסף דקא אתי משמיא מצטרף אל השמירה ומשווהו לש"ש. ואילו ההנאה שבאה לו מההיתר להשתמש בדמים הו"ל שכר דעלמא שבא ישיר מהמפקיד לשומר דהא נהנה באופן ישיר מדמי הבעלים, ולכן ההנאה של היתר השתמשות אינה מצטרפת להנאת פרוטה דרב יוסף דזו באה משמיא וזו באה מהמפקיד, ומכיון דהוי ש"ש משמיא ההנאה הבא לו ישירות מהבעלים משווהו לשואל. ולפי"ז מבואר דבשולחני שאני דהשכר של היתר השתמשות מקבל השולחני ישירות מהבעלים ומשו"ה נחשב לשכר שמירה בעלמא והו"ל ש"ש, דלא קבל את המעות כדי להשתמש בהן כשואל אלא לשומרם והיתר השתמשות הוי שכרו. משא"כ בשומר אבידה דכבר הוי ש"ש משמיא דאזי ההנאה הנוספת של היתר השתמשות הבאה לו ישירות מהבעלים אינה מצטרפת לשכר השמירה דמשמיא ולכן הוי שואל מחמתו. ועוד י"ל דמכיון דהוי שומר משמיא התורה רצתה להחמיר עליו ולעשותו כשואל כדי לחייבו ביותר וכדאיתא בב"ק (נו:) דרחמנא שעבדיה בעל כורחיה בחיוב היותר חמור. ולפי"ז י"ל דמשמיא מקבל היתר השתמשות ונעשה שואל.

ועוד נראה דמכיון דשומר אבידה הוי שומר משמיא ולא מהבעלים אזי רק פרוטה דרב יוסף דנמי הוי שכר משמיא מצטרפת לשמירתו ומשווהו לש"ש. משא"כ היתר השתמשות בדמים דאינה שכר משמיא אלא הנאה ישירה מהבעלים למוצא האבידה שאינה מצטרפת לשמירת האבידה דחלה משמיא, דא"א לבעלים לשלם לשומר האבידה ישירות בעד שמירתו מכיון דמשמיא קא משווי ליה לשומר. ומכיון דא"א לצרף את ההנאה מהבעלים של השתמשות בדמים לשמירת האבידה דחלה משמיא נעשה לשואל על הדמים. משא"כ בשולחני דהוי שומר של הבעלים דאזי היתר השתמשות במעות שפיר נחשב לשכר מהבעלים עבור שמירתו אך אינו שואל כי לא קבל המעות כדי להשתמש בם אלא לשומרם. וכ"ז מבואר עפ"י מה שנתבאר כמה פעמים בשיעורים בשם מרן הגר"ח זצ"ל דדין בעליו עמו לא חל בשומר אבידה מאחר דאינו נעשה שומר ע"י מסירה מהבעלים אלא נעשה שומר משום דהתורה הטילה עליו חלות דין שומר.

וגם יתכן דאם בעל האבידה הוא קטן מ"מ חל דין שומר אבידה דנעשה שומר משמיא ולא מחמת מסירת הבעלים.

ועיין בשיטמ"ק שהביא תירוץ אחר בשם הר"ן וז"ל ולא תיקשי לך ההיא דפרק המפקיד דהתם ה"ט לפי שאין אדם נעשה שואל ולוה בעל כרחו וכיון שכן שולחני זה שהופקדו אצלו מעות מותרין נהי דע"כ ש"ש הוי שהרי מקבל שכר בשמירתן דהיינו ההיא הנאה שאם רצה משתמש בהן, מאן אמר לך שדעת ללוותן שאתה עושה אותו כלוה מעכשיו דלמא אין דעתו ללוותן שמא יבא מפקיד ליטלן הימנו בשעה שאין מעות מצויות אצלו ובדעתו להחזירן למפקיד כדי שיצא מחיוב גניבה ואבידה כיון דברצונו הוא תלוי להחזירן בכל שעה שירצה, אבל מעות אבידה שאין הדבר תלוי בו להחזירן שהרי אינו יודע בעליהן שמו חכמים דעתן של בני אדם שכל אדם רוצה ללוותן ולהתחייב באונסין ולא להעמידן בעין לעולם ושיהיה חייב בהן בגניבה ואבידה עכ"ל. הר"ן ביאר דלשולחני יש היתר תשמיש אך אין בדעתו לקנות ולהתחייב ורק זכות וקנין תשמיש משווהו שואל. ואילו שומר אבידה אכן רוצה לקנותן ולהתחייב. אך נראה לומר דבשולחני ליכא דעת קנין דהשולחני לקנות את המעות ולהתחייב כלוה. אך שאני שומר אבידה דנעשה שומר משמיא ולכן י"ל דכשמכר את האבידה אזי התורה הקנתה לו את הדמים בע"כ מדין לוה כדי לחייבו ביותר, וכדאיתא בב"ק (דף נו:) דהתורה החמירה על שומר אבידה, וכאן נמי חל קנין מסוים וחיוב חמור לשלם את הדמים כלוה מדין השבת אבידה. דמכיון שמכר את הבעין התורה מחייבת אותו לקיים מצות השבת אבידה בכל אופן וקונה את הדמים כלוה בע"כ וחייב לשלם כלוה[114].

ועיין בשיטה שכ' בשם הריטב"א וז"ל דהתם מדעת בעלים באו לו ומן הסתם כך היה דעת שניהם שלא יתחייב אלא בגניבה ואבידה מפני הנאת שימור אבל הכא שלא באו המעות לידו ברשות הבעלים וב"ד הוא דיהיב ליה רשותא להנפוקינן דאלו מדינא לא היה לו ליגע בהן לא רצו חכמים לתת לו רשות אא"כ הן אצלו מעכשיו במלוה גמורה להתחייב באונסין עכ"ל. כלומר דבשומר אבידה הו"ל תקנתא דרבנן שיקנה כדי לחייבו כלוה מיד.

ועוד נראה לתרץ דשולחני קבל היתר השתמשות שלו בשעת הפקדת הפקדון אצלו ולכן נחשב ההיתר לשכר השמירה והו"ל ש"ש ולא שואל. משא"כ באבידה דמקודם חלה דין

[114] ונראה דחיובו דומה לגזלן המחוייב לשלם דמים בקנין שינוי דאף שומר אבידה כשמוכר את האבידה קונה בקנין הדמים כלוה כדי להתחייב לשלם את דמי האבידה לבעלים ובכך לקיים מצות השבת אבידה בתשלומי דמים, וכמו גזלן המקיים מצות השבת גזלה בתשלומין כשאינו משיב את הבעין וכשקנהו בשינוי, והוא חידוש דין במצות השבת אבידה.

שומר משעת המציאה ורק אח"כ כשמכר את האבידה קבל היתר השתמשות בדמים, ולכן היתר ההשתמשות אינו מצטרף לשמירה ומחייבו כשואל. אך לכאורה צ"ע בזה דפסק הרמב"ם (פ"ז מהל' שואל ופקדון ה"א וה"ה) וז"ל המפקיד פירות אצל חבירו ה"ז לא יגע בהן וכו' אבל אם חסרו יותר מכדי חסרונן מוכרן בב"ד מפני שהוא משיב אבידה לבעלים וכו' כל המוכר פקדון ע"פ ב"ד ה"ז מוכר לאחרים וכו' והדמים יהיו מונחים אצלו ויש לו להשתמש בהן לפיכך הרי הוא עליהן שומר שכר אע"פ שעדיין לא נשתמש בהן עכ"ל. וקשה מ"ש משומר אבידה שמכר את האבידה דהוי שואל על הדמים (וכדפסק בפי"ג מהל' גזו"א הי"ז). ונראה דשאני התם דקבל הפירות כפקדון מהבעלים וכשמוכרם ע"פ ב"ד הו"ל כאילו הבעלים עצמם אמרו לו למוכרם, דהב"ד עומדים במקום הבעלים והדמים שקבל מהמכירה כאילו הופקדו אצלו מידי הבעלים, והיתר השתמשות הו"ל שכר שמקבל מהבעלים לטפל בפקדון ולשמור הדמים בשבילו ולכן הו"ל ש"ש שקבל שכרו מהבעלים. משא"כ בשומר אבידה שאינו שומר של הבעלים אלא שומר דשמיא וזכות השתמשות בדמים אינה שכר שמקבל מהבעלים אלא זכות השתמשות מדין מסוים דהשבת אבידה ולכן קונה את הדמים לגמרי להתחייב מיד בתשלומין ובהשבה וכדמבואר לעיל.

תוס' ד"ה והוי וז"ל תימה דהו"ל למימר והוה לוה עלייהו וכו' וי"ל דנקט שואל משום דנקט אונסין וכו' עכ"ל. עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' גזלה ואבדה הי"ז) וז"ל מה יעשה בדמים ינתנו למוצא ויש לו רשות להשתמש בהן, לפיכך אם נאנסו כגון שטרפם גייס או טבעו בים חייב לשלם ואע"פ שלא נשתמש בהן שכיון שיש לו רשות להשתמש בהן הרי הן אצלו כשאלה עכ"ל. ומבואר דלהרמב"ם דינו כשואל, ואילו בתוס' משמע שדינו כלוה. ובביאור פלוגתתם נראה דהרמב"ם סובר דדין לוה חל רק מדעת המתחייב, ואילו כאן שומר האבידה קבל זכות ההשתמשות בלי שיתחייב מדעת ובכן אינו לוה אלא שואל. דחיובי שואל חלין אף בלי התחייבות מדעת וכדמצינו למ"ד שואל שלא מדעת שואל הוי אע"פ שלא התחייב מדעת, דנעשה שואל משום דאית ליה קנין השתמשות אף בלי דעת המתחייב, וה"ה כאן. ולכאורה סברת הרמב"ם מסתברא טפי, ויתכן דכוונת התוס' היא דנעשה לוה מדרבנן.

בא"ד. ר"ח וה"ג פסקו דהלכה כרב יוסף דהלכה כרב יוסף מההיא דאין בין המודר וכו' ואין זו ראייה דגם רבה מודה דבשעה שמתעסק באבידה שפטור וכו' עכ"ל. ונראה דבה"ג סובר דרבה חולק על רב יוסף משום דסובר דפרוטה דרב יוסף אינו ממון שמגיע ישיר מבעל האבידה לשומר האבידה אלא דהוי ממון שבא לו ממילא משמים. ולכן אינו

נחשב לתשלומי ש"ש כי דמי שמירה צריכים להגיע מהמפקיד לנפקד ולא משמים. ורב יוסף פליג דס"ל דאף פרוטה זו מצטרפת לבעל האבידה והוי כאילו בעל האבידה נתן את הפרוטה ישיר לשומר ומשו"ה הו"ל שכר שמירה ונעשה לש"ש.[115] ולפי"ז גם דין מודר הנאה תלוי במחלוקת שבין רבה ורב יוסף, דאיסור מודר הנאה חל דוקא כשההנאה מגיעה ישיר מהמדיר למודר, אך הנאה צדדית הבאה ממילא לא נאסרת באיסורי נדר שבין מדיר למודר, וכמו דין וויתור שמותר במודר הנאה. ולכן אליבא דרב יוסף דהפרוטה מצטרפת לבעל האבידה וכאילו נתנה לשומר חל איסור מדיר ומודר. ואילו לרבה דההנאה לא מצטרפת לבעל האבידה לא חל איסור מודר הנאה. וא"כ הגמ' בנדרים אזלא דוקא כר' יוסף ולא כרבה.

בא"ד. והא דלקמן (לא.) מוקי רבא וכו' אין ראיה דהלכה כרב יוסף דרבה גופיה הדר ביה וכו' ולרבה אית ליה מסברא וכו' עכ"ל. ונראה דהר"ח ובה"ג ס"ל דרבה לא הדר ביה דאה"נ דאית ליה לרבה דהוי ש"ח מסברא כי הפרוטה דרב יוסף לא מצטרפת לבעל האבידה להוות שכר שמירה ומ"מ עדיין צריך רבה את הפסוק דמקיים מצות השבה לגינה שאינה משומרת. דבשלמא בבית שומר סגי ליה בשמירה פחותה דש"ח דהא עכ"פ ישנה ידיעת השומר על דברים שבביתו ובזה יוצא יד"ח לשמור כש"ח. אך כשהשיב את האבידה לגינת בעל האבידה שאינה משומרת בלי דעת הבעלים הרי לא רק שיש שמירה פחותה אלא גם חסרה ידיעת שומר על הפקדון דהא השומר הסתלק מהשמירה לגמרי. וע"ז אף רבה צריך גזה"כ שיכול השומר להשיבה לגינה שאינה משומרת, ורבא לקמן (לא.) דרש בקרא כרב יוסף ולא כרבה.

בא"ד. דאמר ר"א ישבע שאבד המשכון ויטול מעותיו ר"ע אומר אבד המשכון אבד מעותיו וכו' ומסיק דפליגי בשומר אבידה וקאמר לימא רב יוסף תנאי היא וכו' עכ"ל. לכאורה צ"ע דהגמ' (לקמן פב ב) השוותה דין מלוה על המשכון אי הוי ש"ח או ש"ש עם דין שומר אבידה אי הוי ש"ח או ש"ש דגם במשכון מצוה קא עביד, וקשה דבאבידה המוצא נעשה לשומר משמיא בלי קבלת אחריות מדעתו ולכן הפרוטה דרב יוסף דהוי שכר משמיא משווהו לש"ש. ואילו במלוה על המשכון המלוה קבל על עצמו מדעתו לשמור את המשכון עבור הלוה והיאך נחשבת פרוטה דרב יוסף שכרו להיותו ש"ש הרי השכר הזה לא בא לו ישיר מהלוה אלא ממילא משמיא. וי"ל דאף במשכון התורה עשתה את המלוה לשומר המשכון בלי קבלת התחייבות מדעת המלוה ומכיון דנעשה

[115] לכאורה י"ל דס"ל דהתורה נתנה לו הדמים עפ"י דין זכייה וכאילו הבעלים עצמם מסרו לו ושלמו לו את הפרוטה דרב יוסף. וזה שלא כדברי הגר"ח זצ"ל דחל דין שמירה משמים, אלא דחל דין שמירה מהבעלים.

שומר משמיא לפיכך הפרוטה דרב יוסף הבאה משמיא משוהו לש"ש כמו בשומר אבידה. א"נ י"ל דהפרוטה דרב יוסף נחשבת לתשלומי שכירות ישיר מהמפקיד לשומר ומשו"ה מועלת להשוותו לש"ש גם בשמירה דחלה מדעת המתחייב בשומר משכון.[116]

דף כט:

גמ'. ביד רחבה הוה ליה הנהו זוזי דיתמי.

צ"ב בשקלא וטריא שבסוגיא. ונראה דההו"א סבר דבדמים אין נ"מ איזה דמים מחזיר דהא מעות להוצאה ניתנו ומה לי הדמים דמעיקרא או דמים אחרים. אך כשיש מפקיד מדעת המפקיד הקפיד על השומר שלא להוציא את הדמים שהפקיד וחייב להחזירם לו הדמים בעין. משא"כ באבידה דליכא מפקיד מדעת סד"א דליכא חיוב להחזיר את הדמים דמעיקרא בעין אלא רק להשיב את השווית בדמים אחרים. וה"ה בזוזי דיתמי דלית בהן דעת מפקיד המקפיד על החזרת הזוזים בעין ולכן סד"א דיכול להשתמש בם ולהחזיר דמים אחרים. ולבסוף מסקינן בגמרא דגם בדמי אבידה חלה השמירה על גוף הדמים בעין וחייב להחזירם בעין כפי שמצאם ורק כשמכר את האבידה וקבל מעות אחרות אזי מותר להשתמש בהם ולהחזיר דמים אחרים דליכא מצות השבת בעין רק השבת שווית. משא"כ בזוזי דיתמי דהויין החפצא דמעות דהופקדו מעיקרא דחייב להחזירם בעצמם בעין.

ובסברא כעין זו מבואר נמי החילוק שבין שולחני דהיתר ההשתמשות משוויה ליה לש"ש בעלמא, ואילו בשומר אבידה היתר ההשתמשות בדמים משווה ליה לשואל. והנ"מ ביניהם דבשולחני מיירי בדמי הפקדון עצמם, ומשו"ה חל חיוב השבה על החפצא של הדמים בעין, והיתר ההשתמשות אינו זכות וקנין בחפצא אלא רק היתר בעלמא ולכן כל זמן שלא השתמש בהם הו"ל ש"ש על דמי הפקדון ולא שואל ולוה. משא"כ בשומר אבידה שמכר את האבידה עבור דמים, דליכא החפצא דאבידה עצמה ברשותו אלא רק דמיה דחייב לשלמם לבעל האבידה, ולכן בהיתר ההשתמשות חל זכות קנין והו"ל שואל ולוה מכיון שקנה את הדמים להשתמש בם ולהוציאם. ברם קשה ע"ז מהרמב"ם

[116] וידידי הרה"ג ר' מיכל שורקין שליט"א העיר דיתכן לתלות את שני הצדדים בשיעור במחלוקת בין הראב"ד והרשב"א (שמובא בנימוקי יוסף פרק השוכר את האומנין דף נא. בדפי הרי"ף), דלרשב"א המצוה במשכון היא עצם מעשה ההלואה דבאותה שעה נשכר בפרוטה דר' יוסף דמשוותו לש"ש. ואילו להראב"ד המצוה היא שהמלוה ממתין לו ואינו מוכר את המשכון ליפרע ממנו ומרוויח פרוטה דר' יוסף בכל רגע ורגע של ההלואה. וי"ל דאם הפרוטה מגיעה למלוה בשעה הראשונה כשהלוה נותן לו את המשכון אזי נחשבת הפרוטה כשכירות ישירה שבאה מהלוה למלוה. ומאידך אם הפרוטה מגיעה לו בכל שעה ושעה כששומר את המשכון הו"ל שכירות שבאה לו משמיא ולא מהלוה והוי שומר משמיא כמו שומר אבידה והשכירות משמיא משוותו לש"ש.

פ"ז מהל' שאלה ופקדון (ה"א וה"ה) שמוכר את הפקדון שהחסיר חל היתר השתמשות בדמים ואינו אלא ש"ש. ונראה דזכות השתמשות דנעשה קנין שאלה ומלוה חלה רק בדמי אבידה דאבידה עצמה אינה ברשות בעליה ולכן חל קנין וזכות השתמשות בדמי האבידה למוצא. משא"כ בפקדון שהחסיר דהוי פקדון דעלמא דגם אחרי שמכרה דמיה הריהם ברשות המפקיד דאזי אין לשומר זכות וקנין בם אלא רק היתר בעלמא והו"ל רק ש"ש ולא שואל ולוה. ואע"פ שהרמב"ם מתיר המכירה משום דהוי משיב אבידה אך אין זה רק מצות השבת אבידה להציל הבעלים מהפסד, אך החפצא דפקדון ברשותו הוא ואינו דומה לאבידה דעלמא שנאבדה ואינה ברשות בעליה.

רש"י ד"ה גוללן וז"ל מתחלתן לסופן שיכנס בהן האור עכ"ל. וצ"ע מה בא רש"י להשמיענו. ונל"ב דיעויין במס' ב"ב (יד.) "כל הספרים נגללין מתחלתן לסופן" ולכן חובת השומר לקיים מצות גלילת החפצא כדינה ולא רק לגוללה גלילה בעלמא כדי שיכנס בה אויר. ועיי"ש דס"ת נגללין לאמציעתו וא"כ י"ל דשומר אבידה צריך להזהר שלבסוף הגלילה שיהיה הס"ת נגלל לאמציעתו ולא לתחילתו.

רש"י בתחלה וז"ל מה שלא למד מפני שצריך להשהותה לפניו עכ"ל. ונראה לבאר דבריו דר"ל שאם שהה הספר לפניו וקורא בו הו"ל שולח יד בפקדון וחייב, דמותר לקרות בו רק בשעת הגלילה לצורכה. ואין איסור זה משום חשש שמא יקרע אלא מדין שולח יד בפקדון.

רש"י ד"ה שאין דרכו ליטול וז"ל שגנאי הוא לו שאדם חשוב הוא ואין דרכו ליטול קופה שלו להכניסה מן החוץ לבית שמור לא יטול ופטור מהשבת אבידה דילפנין מוהתעלמת עכ"ל. ונראה דרש"י מגדיר את גדר הדין ד"אינו לפי כבודו" דר"ל שאין דרכו לעשות מעשה כזה אף בשביל חפץ שלו ומשו"ה הריהו פטור מלעשותו באבידה דאחרים.

גמ'. אמר שמואל המוצא תפילין בשוק שם דמיהן ומניחן לאלתר מתיב רבינא מצא ספרים קורא בהן א' לשלושים יום ואם אינו יודע לקרות גוללן, גוללן אין שם דמיהן ומניחן לא. אמר אביי תפילין בי בר חבו משכח שכיחי. יש לעיין מדוע חל דין שאם מצא תפילין לאלתר שם דמיהן, והרי בשאר אבידות שאינן מתחסרות אסור למוכרן מיד, דחייב בהשבת הבעין. והנה עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' גזלה ואבדה הי"ד) שכתב וז"ל מצא תפילין שם דמיהן ומניחן עליו שדבר מצוי הוא ביד הכל ואין עשויין אלא למצוותן בלבד עכ"ל. ונראה דלפי הרמב"ם חל דין שאם מצא חפצא העומדת לקיום מצוה - חל חיוב על המוצא לראות שיתקיים קיום המצוה שבחפצא. ומשו"ה פסק הרמב"ם דשם

דמיהן ומניח התפילין עליו - דלמצוותן הן עשויין. דהנחת תפילין אינה רק מצוה דרמיא על קרקפתא דגברא אלא אף קיום בחפצא של התפילין העומדים להנחה כמצוותן. ומבואר דבחפצא של מצוה העומדת לקיום מצותה חל דין שאסור להניחה בטלה מבלי להשתמש בה למצותה, ומשו"ה הרמב"ם סובר שחל דין מיוחד שמוכר את התפילין מיד ומניחן עליו כדי לקיים מצותן. ולפי"ז נראה לבאר המשך השקו"ט בגמ' דמקשינן א"כ מדוע קיי"ל שאם מצא ס"ת אם אינו יודע לקרות גוללן, דלמה אינו מוכר את הס"ת מיד כדי שתתקיים מצותו כמו שעושין בתפילין. וע"ז משני הגמ' דתפילין בי בר חבו משכח שכיחי, דתפילין מצויין לקנות משא"כ ס"ת. ויש לדקדק דהגמ' רק שאלה מדוע כשאינו יודע לקרות גוללן, וצ"ע דלמה לא הקשה על עצם הדין דביודע לקרות קורא בהן. ונראה לתרץ דמהא דביודע לקרות קורא בהן לא קשיא מידי משום דהקריאה מהווה קיום מצוה שבחפצא של הספר, ושומר אבידה חייב לדאוג שתתקיים הקיום מצוה שבחפצא. אמנם מרש"י (דף כח: ד"ה שם דמיהן) משמע ד"שם דמיהן ומניחן" - היינו שמניח את הדמים אצלו, ומשמע שאין השומר יכול להשתמש בתפילין בעצמו, ודלא כהרמב"ם.[117]

גמ'. אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר. יש לעיין בדין שאין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר האם זה משום חסרון בבעלות או"ד דיש לו הבעלות להשאיל אלא דאסור להשאיל. ונפ"מ אם עבר והשאיל האם השני קנה או לא. ונראה דיש לשואל או לשוכר בעלות להשאיל ולהשכיר אלא דאסור לעשות כן מדיני שומר. ונראה דיש כמה ראיות לזה: א) הרמב"ם פסק (פ"ה מהל' שכירות ה"ה)

[117] לרש"י המוצא מוכר את התפילין מיד כדי לקיים מצותן שבחפצא כמו להרמב"ם אלא דלרש"י מוכרן לאדם אחר ואילו להרמב"ם מוכרן לעצמו בשומא. ויתכן דרש"י סובר דעדיף למכור את התפילין לאדם אחר מלעשות שומא לעצמו משום שלא יחשדו בו שלא שמם כפי שוויותם האמיתי. מאידך הרמב"ם סובר דעדיף לשום התפילין לעצמו דאז עדיין התפילין ברשותו ויכול להחזיר את הבעין להבעלים באותה שומא ששמם לעצמו, ותתקיים מצות השבת אבידה בבעין ולא רק בדמים. ויתכן דרש"י חלוק ע"ז דס"ל דאם המוצא שם את התפילין וקנאם לעצמו, אין כאן מצות השבת אבידה כשחוזר ומחזירן לבעלים באותה שומא ששמם, דהרי כבר קנאם המוצא והוי מכירה בעלמא. משא"כ הרמב"ם סובר דמאחר שהבעלים מקבלים בחזרה את החפצא של תפילין שהיה שלהם מעיקרא הו"ל קיום מצות השבת אבידה. ולפי"ז יתכן דרש"י והרמב"ם נחלקו האם חל קיום מצות השבת אבידה בבעין לאחר שקנה המוצא את האבידה, ונפ"מ למי שמחזיר אבידה לאחר שכבר קנה אותה ביאוש בעלים האם מקיים מצות השבת אבידה או לא. ויתכן דיש לחלק דכאן הריהו נתחייב בהשבה מעיקרא ושם את התפילין מלכתחילה כדי להחזירם לבסוף משא"כ כשמצא אבידה לאחר יאוש ליכא מצות השבת אבידה כלל. ושמעתי מאחי הרה"ג ר' ברוך שלום רייכמן שליט"א די"ל דאליבא דהרמב"ם כשבעל האבידה בא לבסוף ורוצה את התפילין שלו בחזרה אזי בטלה כל השומא למפרע, דלכאורה יש להקשות מנין למוצא הזכות למכור תפילין שאינם שלו דהרי ליכא במכירה קיום השבת אבידה דאדרבה מחמת המכירה א"א להחזיר את הבעין לבעל האבידה. ולכאורה צ"ל דיש אומדנא דבעל האבידה רוצה שתתקיים מצוה בממונו ורוצה שיתקיים המצוה שבחפצא של התפילין שיניחום, ומשו"ה יש רשות למוצא למכרן ולפי הרמב"ם לשום אותם לעצמו. אמנם לבסוף כשבעל האבידה בא ורוצה את התפילין בחזרה הוברר הדבר למפרע שמעולם לא הסכים שימכרו התפילין שלו, ואע"פ שהסכים למפרע שיניחם המוצא לא הסכים למפרע לשומא ולמכירתן. ולפיכך כל השומא בטלה למפרע וכשמקבל את התפילין בחזרה מתקיימת מצות השבת אבידה בבעין. (וע"ע בשיעורים לעיל דף כב. ד"ה אמימר).

וז"ל מכאן אני אומר שהמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו משכיר לאחרים אם יש בני בית כמנין אנשי ביתו וכו' שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין שהרי אומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אבל בקרקע או בספינה שהרי בעלה עמה אין אומר כן וכו' עכ"ל. ומבואר מהרמב"ם שהדין דאין השוכר רשאי להשכיר חל רק במטלטלין ולא בקרקע ובתים, ומוכח דאין זה מחמת חסרון בעלות אלא משום דחל איסור מאחר דהבעלים אומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר דהוי טענה בשמירת מטלטלין ולא בקרקע ובתים. ב) עוד יש ראיה מהמחלוקת דר' יוסי ורבנן (לה:) בשוכר פרה והשאילה לאחר למי משלם השואל, דלרבנן משלם לשוכר ולר"י תחזור הפרה לבעלים. ומוכח דיש לשוכר בעלות להשאיל. ג) עיין ברא"ש (פ"ק דקידושין סימן כ') שנסתפק האם חלו קידושין במקדש בטבעת שאולה, ומוכח דיש לשואל הבעלות להקנות את זכותי השאלה שיש לו בטבעת לאשה כדי לקדשה. (והספק ברא"ש הוא האם קנין שאלה הוי קנין כסף או לא דיתכן שבקנין כסף צריך לקנות בגוף הכסף, ואכמ"ל). ולפי"ז אם השואל עבר והשאיל לאחר את החפצא אין בזה איסור גזילה אלא דעבר על איסור שמירה, (ועיין בסוגיא לקמן לה ב).

גמ'. מהו דתימה ניחא ליה לאינשי ליעבד מצוה בממוניה קמ"ל. עיין בשיטה מקובצת שכתב בשם הריטב"א דכ"ז בס"ת שהבעלים מקפידים משום קלקול הספר, משא"כ בטלית ותפילין דאינם מתקלקלים ניחא להו לבעלים דעביד מצוה בממונם. ולולי דמיסתפינא מדברי הראשונים לכאורה היה נראה לומר דבאינש דעלמא קיי"ל דניחא ליה לאינש דקאעביד מצוה בממוניה, משא"כ בשומר פקדון אסור לו לתת פקדון לאחר כדי לעשות בו מצוה משום דמדיני שמירת הפקדון אסור לו לתת הפקדון לאחר להשתמש בו ואפילו לצורך מצוה. ולפי"ז אף שומר של טלית ותפילין אינו יכול להשאילם לאחר להשתמש בהם לצורך מצוה. וזוהי חומרא מיוחדת בהלכות שמירת פקדון. ולכאורה יש קצת ראייה לזה דבתפילין קיי"ל דשם דמיהן ומניחן כדי לקיים מצותן דהנחה, וצ"ע למה ליה למכרם והרי ניחא ליה לאינש דליעבד מצוה בממוניה וא"כ ישאיל המוצא לאחר כדי לקיים מצותן. ונראה מזה דמכיון דהמוצא הוי שומר אסור לו ליתן לאחר להשתמש בהן ואפילו לצורך מצוה, ומשו"ה חייב למוכרם.

גמ'. ת"ר השואל ס"ת מחבירו הרי זה לא ישאילנו לאחר פותחו וקורא בו ובלבד שלא ילמוד בו בתחילה ולא יקרא אחר עמו. וכן המפקיד ס"ת אצל חבירו גוללו כל י"ב חדש פותחו וקורא בו אם בשבילו פותחו אסור סומכות אומר בחדש שלושים יום בישן י"ב

חדש ר"א בן יעקב אומר אחד זה ואחד זה י"ב חדש וכו' ר"א בן יעקב אומר אחד זה ואחד זה י"ב חדש ר"א בן יעקב היינו ת"ק, אלא אימא ר"א בן יעקב אומר אחד זה ואחד זה שלושים יום. עיין ברש"י (ד"ה אימא) וז"ל ומתני' נמי דקתני קורא בהן אחת לשלושים יום ולא מפליג בין ישן לחדש ר"א בן יעקב היא עכ"ל. ומבואר דלרש"י אין חילוק בין אם הס"ת הוי אבידה או פקדון, דקורא בו וגוללו אחת לל' יום. אמנם עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' גזלה ואבדה הי"ג) שפסק באבידה כסתם מתני', וז"ל מצא ספרים קורא בהן אחת לשלושים יום ואם אינו יודע לקרות גוללן כל שלושים יום עכ"ל. ואילו לענין פקדון פסק (בפ"ז מהל' שאלה ופקדון ה"ד) וז"ל המפקיד ס"ת אצל חבירו גוללו פעם אחת לי"ב חדש ואם כשהוא גוללו פותחו וקרא בו מותר אבל לא יפתח בגלל עצמו ויקרא והוא הדין לשאר ספרים עכ"ל. וצ"ב מ"ש בין מציאה לפקדון דלכאורה שיעור הזמן דבעי לגלול בו תלוי בטבע הספר ועיפושו, ולא אי הוי מציאה או פקדון. ועוד יש לדקדק דבמשנה איתא "מצא ספרים קורא בהן אחד לשלושים יום" דמשמע דבמציאה חל חיוב לקרות בהן כדי שלא יתעפשו. ואילו לגבי פקדון איתא בגמ' "אם כשהוא גוללו פותחו וקורא בו מותר" - דהיינו שאם פתח עבור הס"ת אזי חל היתר לקרות בו.

ונראה לבאר דלפי הרמב"ם יש חילוק בין חיוב שמירה דשומר פקדון לחיוב שמירה דשומר אבידה. דבפקדון השומר נתחייב רק בשמירת גוף החפץ, ומשו"ה חל חיוב לגלול הס"ת רק פעם אחת בי"ב חדש כדי שלא יתעפש, ואם פתחו להנאת הס"ת חל היתר לקרות בו. משא"כ שומר אבידה נתחייב נמי בשמירת ההפץ לקיום מצותה, דהשומר אבידה חייב להשגיח ולדאוג שחפצא של מצוה העומדת למצותה שתתקיים מצותה שניתנת לכך. ונראה דמשו"ה שומר אבידה חייב לקרות בס"ת פעם אחת לל' יום - דקיום מצות הס"ת היא לקרות בה לכה"פ פעם אחת בל' יום, ומכיון שחל חיוב בחפצא דהס"ת לקרות בה פעם בל' יום אם אינו יודע לקרות חל חיוב לגוללה פעם אחת בל' יום. שהרי אם היה קורא בה כדינה פעם אחת בל' יום היה נמי גוללה, ומשו"ה חייב לגוללה פעם אחת בל' יום. ונראה להוסיף ביאור בזה דשומר פקדון נתחייב מחמת דעת המתחייב וקבלת אחריות, וי"ל דנתחייב רק על שמירת גוף החפץ. משא"כ שומר אבידה דרחמנא שעבדיה ועשהו כבעלים דחייב נמי בקיום הניתן למצוה של החפץ.

והנה עיין בשיטמ"ק (ד"ה גוללו כל י"ב חדש וכו' מאי עבדתיה גביה) שכתב בשם הרשב"א וז"ל למה גוללו דקס"ד דחייב לגלול כדרך שהוא חייב במוצא ומשו"ה אקשינו מאי עבדתיה גביה ולמה מחייבין אותו לגלול יבא בעל הפקדון ויגלול את שלו ואם אינו עושה כן אבידה מדעת היא וכו' ופרקינן דלאו להתחייב בגלילתו קאמר אלא ה"ק

אם רצה לגוללו ורצה לקרות בו כשהוא גוללו מותר עכ"ל. ומבואר דהרשב"א חולק על הרמב"ם וס"ל דאין הנפקד חייב בגלילת הס"ת. וצ"ל דהרמב"ם מפרש את קושיית הגמ' "מאי עבדתיה גביה" כדפרש"י (בד"ה מאי עבדתיה) וז"ל קס"ד לצורכו קאמר ולא לצורך ס"ת דהא לצורך ס"ת תנא ליה גוללו כל י"ב חדש, להכי פרכינן מאי עבדתיה דהאי גבי ס"ת לקרות בו לצורך עצמו עכ"ל. וצ"ב בפלוגתת הרשב"א והרמב"ם, דמשמע שנחלקו מהו הדעת המתחייב של שומר ס"ת אי התחייב לגלול הספר תורה או לא, וצ"ע וכי פליגי באומדנא מה היה בדעתו. ונראה לומר דבאמת אף הרמב"ם סובר דאין השומר חייב בגלילת הספר מחמת דעת המתחייב וקבלת אחריות, והא דס"ל דחל על השומר פקדון חיוב גלילה הוא מדין הצלת ממון חבירו ומצות השבת אבידה, וכן משמע מלשון הרמב"ם (פ"ז מהל' שאלה ופקדון ה"ד) וז"ל המפקיד ס"ת אצל חבירו גוללו פעם אחת לי"ב חדש וכו' שזו חובה עליו משום השב אבידה לבעלים בד"א בפקדון שהלכו בעליו למדינת הים אבל אם היו עמו באותה הארץ ה"ז לא יגע בו וכו' עכ"ל.[118]

והנה עיין בגמ' לקמן (דף ל.) "המוצא כלי עץ משתמש בהן בשביל שלא ירקבו וכו' כדרך שאמרו באבידה כך אמרו בפקדון, פקדון מאי עבדתיה גביה. אמר רב אדא בר חמא אמר רב ששת בפקדון שהלכו בעליהן למדינת הים". וברש"י ד"ה מאי עבדתיה פירש "מה לו להשתמש בו יבא בעליו וישתמש בו". ומבואר בגמ' דהשומר פקדון שהלכו בעליהן למדינת הים חייב להשתמש בכלים כדי שלא ירקבו, וצ"ע להרשב"א שפירש דבס"ת אין השומר חייב לגלול הספר אלא שאם רצה לגוללו גולל ואם רצה קורא בו כשהוא גוללו, וצ"ע מ"ש ס"ת מכלים. וצ"ל דבכלים הוי ברי היזקא אי לא משתמשים בהם ומשו"ה חל חיוב על השומר פקדון להשתמש בם, משא"כ בס"ת דלא הוי ברי היזקא, ולכן אין הנפקד חייב בגלילה. אולם שומר אבידה חייב בגלילה אע"פ דלא הוי ברי היזקא דחובתו לשמור את האבידה מכל אפשרות של נזק. אך עדיין צ"ע ברשב"א דלכאורה אף בספק נזק חל מצות הצלה והשבת אבידה וא"כ מדוע ס"ל בס"ת דאם רצה גולל ואם רצה אינו גולל, דמ"ש מכלים. ויתכן לתרץ דהרשב"א סובר דהו"ל להבעלים להודיע לשומר שצריך לגלול הס"ת פעם בי"ב חדש ומכיון שלא הודיעהו הו"ל אבידה מדעת, דליכא חיוב הצלה כשהבעלים בעצמם הזניחו את החפץ.[119]

[118] אך נראה דאע"פ שחל עליו מצות הצלת ממון חבירו ומצות השבת אבידה מ"מ אינו נעשה שומר אבידה אלא הריהו שומר פקדון בעלמא, ומשו"ה אינו חייב לדאוג לקיום המצוה שבחפצא של הס"ת ולקרוא מהס"ת פעם אחת לל' יום, דמדין הצלת ממון חבירו חייב רק לגוללה פעם אחת בי"ב חדש ותו לא.

[119] ויתכן דהרשב"א סובר דמשום יוקרא דס"ת הו"ל להבעלים להודיע לשומר לגוללו פעם בי"ב חדש ומדלא אמרו לו הו"ל אבידה מדעת דהבעלים הזניחו את הס"ת. משא"כ הרמב"ם סובר דאינה אבידה מדעת משום דהס"ת נמצא ברשות שומר ורק כשהחפץ מוזנח ברה"ר הו"ל אבידה מדעת. אולם הרמב"ם סובר דכשהבעלים נמצאים

גמ'. ולא יקראו בו ג' בכרך אחד הא שנים קורין אמר אביי לא קשיא כאן בענין אחד כאן בשני ענינים. ופרש"י (בד"ה בענין אחד ובד"ה בשני ענינים) וז"ל בפרשה אחת אין קורין בשני ענינים זה בדף זה וזה בדף זה קורין דלא אתי לשמוטי מהדדי עכ"ל. ובהגהות הגר"א אות א' כתב שהרמב"ם פירש להיפך. וכן מבואר ממש"כ הרמב"ם (פי"ג מהל' גזלה ואבדה הי"ג) וז"ל מצא ספרים קורא בהן אחת לל' יום ואם אינו יודע לקרות גוללן כל ל' יום, ולעולם לא ילמוד בהן לכתחילה וכו' ולא יהיו שנים קורין בב' ענינים שמא ימשוך זה וימשוך זה ויבלה הספר, אבל קורין הן בענין אחד ולא יהיו ג' קורין בספר אחד ואפילו ענין אחד עכ"ל. וצ"ב ביסוד המחלוקת בין רש"י והרמב"ם, וכי נחלקו במציאות מתי יש לחשוש בשנים שקורין דשמא זה ימשוך וזה ימשוך ויקרע - אי חוששין לזה בב' שקורין בענין אחד או בב' ענינים, וצ"ע.

ואולי יתכן לומר דרש"י סובר דהיכא שנתקיים קיום מעליא במצוה שבחפצא של הס"ת אזי לא חיישינן לקריעה. ומשו"ה ס"ל דבב' בנ"א שקורין בס"ת יש חילוק אם קורין בענין אחד או בב' ענינים - דבב' ענינים הוי קיום מעלייתא במצוה שבחפצא של הס"ת ללמוד ממנה בכל ענייניו ולא חיישינן לקריעה. משא"כ בקריאה בענין אחד אינו קיום מעולה בחפצא של הס"ת דאז חיישינן לקריעה. דמדין קיום מצות ת"ת של הגברא ליכא נפ"מ בין אם קראו בענין אחד או ב' בנ"א קראו בב' ענינים, ונפ"מ הוא רק לענין הקיום שבחפצא דהס"ת, דבקיום מצות הניתן דהחפצא של הס"ת עצמה חל קיום מעלייתא כשקורין בו בב' ענינים. משא"כ הרמב"ם סובר דחל קיום מצות ת"ת מעלייתא כשב' גברי עוסקים ביחד בענין אחד - וכדאיתא בגמ' (במכות דף י) "חרב על הבדים ונואלו - חרב על ת"ח שעוסקים בתורה בד בבד". ולכן ס"ל דאם ב' בנ"א קוראים בענין אחד מותר, משא"כ ב' בנ"א בב' ענינים אסור דל"ה קיום ת"ת מעליא כמו ב' שעוסקים בתורה בצוותא בענין אחד[120] וי"ל עוד בזה.

אין חיוב על השומר לגלול הספר, ורק כשהלכו הבעלים למדינת הים חל חיוב הצלה לגלול הס"ת. אולם עיין בתוס' (דף ל. ד"ה לצורכו) דס"ל דהשומר חייב לגלול הספר אף כשלא הלכו הבעלים למדינת הים (וכן משמע מפרש"י בסוגיין). ונראה דתוס' ס"ל דגלילה היא מחיובי כבוד ס"ת דכ"ע חייבים בו ולא רק הבעלים. ונראה דהרמב"ם סובר דכשהבעלים כאן הם מקפידים לגלול הס"ת בעצמם מחמת יוקרא דס"ת ואינם רוצים שיגללנו השומר. ואילו בסברת הרשב"א י"ל דס"ל דגלילת הס"ת הוא מחיובי שמירה ולא מדין כבוד ס"ת.

[120] דכשלומדים תורה בצוותא לומדים בהבנה יותר מעולה דמחדדין זה את זה, ועיקר קיום מצות ת"ת תלוי בהבנת התורה. ולפי הרמב"ם המתיר הוא איכות קיום מצות תלמוד תורה בס"ת.

דף ל.

גמ'. איבעיא להו לצורכו ולצרכה מאי וכו' ת"ש הכניסה לרבקה ודשה כשירה בשביל שתינוק ותידוש פסולה והא הכא דלצורכו ולצרכה הוא וקתני פסולה שאני התם דאמר קרא אשר לא עובד בה מ"מ, אי הכי אפילו רישא נמי, הא לא דמיא אלא להא דתנן שכן עליה עוף כשירה עלה עליה זכר פסולה מאי טעמא כדרב פפא, דאמר ר"פ אי כתיב עובד וקרינן עובד הוה אמינה אפילו ממילא, ואי כתיב עבד וקרינן עבד הו"א עד דעבד בה איהו, השתא דכתיב עבד וקרינן עובד בעינן עובד דומיא דעבד, מה עבד דניחא ליה אף עובד דניחא ליה.

יש לעיין בביאור האיבעיא "דלצורכו ולצרכה מאי", ובביאור השקו"ט שבסוגיא. ולפום ריהטא היה נראה לפרש דהיכא שהשומר אבידה שטח את הבגד לצורכו, הוי ליה משתמש בכסותו של חבירו. אולם מ"מ איבעיא לן האם נחשב השומר לנוטל ולוקח ממון של חבירו. דבכל גזילת תשמישין כגון בשואל שלא מדעת בעינן ב' דברים כדי לחייב המשתמש מדין גזלן: א) מעשה השתמשות ב) לקיחת ממון מהנגזל, דהפסיד ממון מהבעלים כיון שהתשמישים שווים ממון, דהבעלים היו נוטלים שכר עבור השתמשות בחפץ שלהן. ובשומר דעלמא השתמשות לצורכו הוי שליחות יד. אולם הגמ' מפסק"ל בשומר אבידה ששטח את האבידה לצורכו ולצרכה אי אסור או לא, דמאחר דבלאו הכי חייב לשוטחה כדי לקיים מצות השבת אבידה י"ל דהויא השתמשות בלי לקיחת ממון ומותר, או"ד דנחשב כלקיחת ממון ואסור. אמנם יש לעיין לפי"ז בהמשך הסוגיא מהו הדמיון לפרה אדומה, דבפרה אדומה אין הנידון אי הוי רק השתמשות בלי לקיחת ממון או לא, אלא הנידון הוא אי נחשב כמשתמש בה או לא.

ולכאורה היה נראה לפרש האיבעיא בגמ' באופן אחר, דדילמא היכא שנשתמש בחפץ לצורכו ולצרכה אזי לא חשיב כמשתמש בחפץ של חבירו, דההשתמשות לצרכה מפקיע את ההשתמשות לצורכו, ונחשב כאילו לא נשתמש בה כלל. או"ד דחל מעשה השתמשות מאחר שנשתמש בה נמי לצורכו. ולפי"ז אתי שפיר הא דהגמ' מדמה לה לדין פרה אדומה, דס"ד דרק אם הגברא עשה בפרה חלות שם מעשה עבודה והשתמשות אזי הפרה נפסלת, ומהא דחזינן דלצורכו ולצרכה הפרה נפסלת מוכח דחל מעשה עבודה והשתמשות שלו אע"פ דהוי נמי לצורכה. והוא הדין בשומר אבידה לצורכו ולצרכה נמי אסור דנחשב כהשתמש בה. וע"ז דוחה הגמ' דבפרה אדומה הפסול תלוי בניחא ליה ולא במעשה עבודה של הגברא, ואף אם לא עבד בה אלא ניחא ליה שנעבדה הפרה פסולה, משא"כ בשומר אבידה דלהתחייב משום גזילה בעי מעשה השתמשות

בחפץ של חבירו, ויתכן דבלצורכו ולצרכה - ההשתמשות לצרכה מפקיע את המעשה השתמשות של השומר.
אמנם עיין בתוס' (ד"ה לצורכו ולצרכה) שפירשו דמיבעיא לן בלצורכו ולצורכה דילמא לא ישמרנה כראוי דיניחנה שטוחה יותר מכדי צורכה עד שתקלקל והוי איסור דרבנן. ולפי"ז צ"ע מהו הדמיון לפרה אדומה והרי בפרה אדומה אין חשש זה, והא דפסולה היינו מה"ת. ונראה דאי נימא כהפירוש הראשון שכתבנו דבלצורכו ולצרכה הוי משתמש בשל חבירו אלא דאינו נחשב לנוטל ממון חבירו, אזי שפיר ניחא הא דגזרו רבנן איסור בכה"ג דילמא לא ישמרנה כראוי, דעכ"פ הוי משתמש בחפץ של חבירו ושפיר שייך למיגזר דילמא יבוא לקלקל את החפץ. אולם אי נימא דבלצורכו ולצרכה לא חשיב מעשה דידיה כהשתמשות בשל חבירו כלל צ"ע אמאי יחול איסור דרבנן דילמא יקלקל את החפץ, דלמה יתקנו רבנן איסור כזה והא לא נחשב השומר כמי דעביד מידי דאינו משתמש בשל חבירו כלל. ויתכן לפרש דהגמ' מספק"ל בהא גופא האם לצורכו ולצורכה מותר משום דלא חיסר ממון של חבירו ואע"פ שנשתמש בשל חבירו, או"ד דמותר משום דלא נחשב כלל כשמשתמש בממון חבירו. והגמ' הביאה הוכחה מהא דקיי"ל בפרה אדומה שהכניסה בשביל שתינוק ותידוש פסולה דעל כרחך אין הפירוש דבלצורכו ולצורכה לא חשיב כמעשה דידיה והוי כלא נשתמש בה כלל, דא"כ צ"ע בפרה אמאי פסולה. ועל כרחך הטעם דלצורכו ולצורכה מותר הוא משום דאע"פ שהשומר השתמש בחפץ מ"מ ליכא חסרון ממון. ובפרה פסולה משום דאין פסול הפרה תלוי בהפסד ממון אלא בהשתמשות דעבד בה עבודה. ומכיון דחלה השתמשות אזי בשומר בלצורכו ולצרכה גזרו בה רבנן איסור דילמא יקלקל את החפץ. וע"ז מתרצת הגמ' דבאמת הטעם דלצורכו ולצרכה מותר בשומר הוא משום דלא נחשב כאילו השתמש בה כלל, ובפרה חל פסול משום דלא בעינן מעשה דיליה וגם אם נעבדה בה מעשה בעלמא וניחא ליה נמי פסולה. והנה עיין ברמב"ם (פ"א מהל' פרה אדומה ה"ז) וז"ל יתירה פרה על הקדשים שהעבודה פוסלת בה שנאמר אשר עלה עול ובעגלה ערופה אומר אשר לא עובד בה אשר לא משכה בעול מה עול האמור בעגלה עשה שאר עבודות כעול אף עול האמור בפרה יפסול בה שאר עבודות כעול וכו' נעשית בה מלאכה מאליה או שעלה עליה עול מאליו אם לרצונו פסולה שנאמר אשר לא עובד בה שאם עובד בה לרצונו הרי זה כמי שעבד בה וכו' עכ"ל. ומבואר מלשון הרמב"ם דס"ל דיסוד הפוסל בפרה אדומה הוא עבודת הבעלים בפרה, והיכא דנעשה בה עבודה ממילא וניחא להו לבעלים חשיב כאילו הבעלים עצמם עבדו בה וכמש"כ "הרי זה כמי שעבד בה". וכן מבואר נמי מדברי הר"ח בסוגיין וז"ל ודחי רב

פפא ואמר כל מילתא דניחא ליה אע"ג שלא עשאה בידים מעשיו הן וכו' עכ"ל. ולפי"ז אין לפרש השקו"ט בגמ' כדפירשנו לעיל, דלפמש"נ הגמ' מתרצת דבפרה אדומה חל פסול משום דניחא ליה, אבל באמת בלצורכו ולצרכה לא נחשב כאילו הוא השתמש בה, ומשו"ה בשומר אבידה מותר. אמנם לפי הרמב"ם אי אפשר לומר הכי דהרמב"ם סובר דלמסקנא אי עובד בה וניחא ליה הו"ל כאילו הוא עצמו עבד בה. והנה עיין בתוס' (ד"ה בשביל שתינק וכו') וז"ל ובסיפא דתוספתא קתני לצורכו פסולה לצרכה כשירה וכו' עכ"ל. אמנם יעויין ברמב"ם (פ"א מהל' פרה אדומה ה"ד) וז"ל זה הכלל כל שהוא לצרכה כשירה לצורך אחר פסולה עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דבפרה אף אם לא עבד בה לצורכו אלא לצורך דבר אחר נמי פסולה, ורק אם עבד בה לצרכה בלבד הריהי כשירה. ולפי"ז י"ל דאליבא דהרמב"ם היכא דקעביד בפרה לצרכה ולצורך דבר אחר אין הלצרכה מפקיע את הפסול - דהאיסור ופסול הוא מה שנעשה בה עבודה שלא לצרכה, דרק עבודה לצורכה בלבד כשירה, ומאחר שנעשה בה עכ"פ עבודה לצורך דבר אחר אע"פ שגם הוי לצורכה חל פסול. משא"כ אם האיסור והפסול בפרה היה תלוי בעבודה לצורכו ולהנאתו ממש אזי י"ל דאי הוי לצורכו ולצרכה הפרה כשירה, דהעבודה לצורכה מפקיע את הלצורכו - דלא נחשב שעבד בה עבודה להנאתו גרידא. ובזה חלוק דין שומר מפרה אדומה, דבשומר איסור גזילה תלוי בהשתמשות לצורכו ולהנאתו ממש וע"כ אי עבד בה לצורכו ולצורכה מותר. משא"כ בפרה אדומה דהפסול חל מחמת שעבד בה שלא לצורכה אזי פסולה אף כשעבד בה לצורכו ולצרכה. ולפי"ז נל"ב השקו"ט בגמ' אליבא דהרמב"ם, דהגמ' קס"ד דמפרה אדומה מוכח דאי עבד בה לצורכו ולצורכה חשיב כמעשה דידיה, דס"ד דהפסול בפרה חל מחמת מעשה עבודה דיליה - דרק אם עשה הגברא מעשה השתמשות ועבודה הפרה נפסלת והביאה הגמ' ראייה מהברייתא דקתני "בשביל שתינוק ותידוש פסולה", דאע"פ דהוי לצורכו ולצרכה מ"מ נחשב כאילו הוא עבד בה. וא"כ הוא הדין בשומר אבידה לצורכו ולצרכה נמי אסור דנחשב כהשתמש בה. וע"ז דוחה הגמ' דבפרה אדומה כתיב עבד וקרינן עובד דבעינן עובד דומיא דעבד מה עבד דניחא ליה אף עובד דניחא ליה, והיכא דנעשה בה עבודה ממילא וניחא ליה הו"ל כאילו הוא עצמו עבד בה ופסולה. ומכל מקום שאני פרה אדומה משומר, דבפרה אדומה כתיב "אשר לא לא עובד בה" מ"מ, וחל בה פסול כ"ז שאין העבודה לצרכה בלבד, משא"כ בשומר בנוגע לאיסור גזילה דהאיסור חל רק כשעשה בה עבודה לצורכו ולהנאתו בלבד, ואי הוי לצורכו ולצרכה מותר.

גמ'. היה כהן והיא בבית הקברות וכו' לכך נאמר והתעלמת מהם. למאי איצטריך קרא אילמא לכהן והיא בבית הקברות פשיטא האי עשה והאי לא תעשה ועשה ולא אתי עשה ודחי את ל"ת ועשה. וברש"י ד"ה ל"ת ועשה כתב וז"ל לנפש לא יטמא (ויקרא כ"א:א') קדושים יהיו (שם) עכ"ל. ומבואר דס"ל דהעשה דטומאת כהנים נלמד מקרא ד"קדושים יהיו". והנה שיטת הרמב"ם בסה"מ (שורש רביעי) דאין מונין לאו או עשה שבכללות, ויש להסתפק האם עשה שבכללות רק אינו נמנה במנין המצוות או"ד דעשה שבכללות חלוק ביסוד דינו משאר מצות עשה בעלמא. ולכאורה יש להוכיח דעשה שבכללות לא חשיב לעשה לענין ההלכה שאין עשה דוחה ל"ת ועשה, דהיכא דחל עשה כללי ביחד עם ל"ת העשה דוחה ל"ת, ולא חשיב כל"ת ועשה. דהרי יש מצות עשה כללית בכהת"כ ד"קדושים תהיו כי קדוש אני ה' אלוקיכם"[121], וי"ל דבכל לאו דקעבר ביטל נמי העשה דקדושים תהיו וגו', ואי נימא דעשה כללי ולאו הויא עשה ול"ת אזי לא יהא אפשר לומר עשה דוחה ל"ת בכהת"כ, דכל ל"ת הוי ל"ת ועשה, דחל בכהת"כ עשה כללי דקדושים תהיו וגו'. ועל כרחך מוכח דאין העשה דקדושים תהיו חשיב כעשה לענין ההלכה דאין עשה דוחה ל"ת ועשה. וי"ל דהטעם בזה הוא דבעשה כללי ד"קדושים תהיו" ליכא חפצא של עבירה ומעשה עבירה מסוים, והוי רק חלות איסור כללי שחל על הגברא. דעיין ברמב"ן עה"ת (ריש פ' קדושים) שכתב וז"ל והענין כי התורה הזהירה בעריות ובמאכלים האסורים והתירה הביאה איש באשתו ואכילת הבשר והיין א"כ ימצא בעל התאוה מקום להיות שטוף בזמת אשתו או נשיו הרבות, ולהיות בסובאי יין ובזוללי בשר למו וידבר ברצונו בכל וכו' והנה יהיה נבל ברשות התורה לפיכך בא הכתוב אחרי שפרט האיסורים שאסר אותם לגמרי וצוה בדרך כלל שנהיה פרושים מן המותרות ימעט במשגל וכו' ולא ישמש אלא כפי הצריך בקיום המצוה ממנו, ויקדש עצמו מן היין במיעוטו וכו' עכ"ל. ונראה לומר שאם א' שותה יין ומשתכר וביטל העשה ד"קדושים תהיו" דליכא חפצא של עבירה ומעשה עבירה מסוים דאין מעשה עבירה בעצם שתיית יין ובשכרות, אלא דקעבר הגברא על איסור עשה כללי ד"קדושים תהיו". משא"כ בשאר מצות עשה י"ל דאי ביטל העשה קעביד מעשה עבירה וחפצא של עבירה מסוימת. ולפי"ז נראה לומר דמשו"ה לא חל דין אין עשה דוחה ל"ת ועשה היכא שחל עשה כללי וכגון העשה דקדושים תהיו - דליכא בהך עשה מעשה איסור מסוים, ורק בעשה מסוים דביטולו הוי מעשה איסור חל הדין דאין עשה דוחה ל"ת ועשה. אולם לפי"ז צ"ע בסוגיין ד"קדושים יהיו" נמי הוי עשה שבכללות, וא"כ לכאורה לא יחול הדין

[121] כדנקט הרמב"ם בספה"מ שורש ד', ודלא כשיטת הרמב"ן עה"ת ריש פ' קדושים.

דאין עשה דוחה ל"ת ועשה בכה"ג, ומדוע קאמרינן בגמ' דאין עשה (דהשב תשיבם) דוחה ל"ת (לא יטמא) ועשה (דקדושים יהיו), דמ"ש העשה ד"קדושים יהיו" לגבי כהנים מהעשה ד"קדושים תהיו" דחל בכהת"כ.

ונראה דהמצות עשה ד"קדושים יהיו לאלוקיהם ולא יחללו שם אלוקיהם וגו'" הוי איסור עשה שלא יחללו הכהנים את קדושת כהונתם, והוי חלות איסור פרטי ומסוים שלא לחלל קדושת הכהונה ע"י טומאה ונישואין לנשים האסורות להם. משא"כ המצות עשה ד"קדושים תהיו" הוי מ"ע כללית להיות פרושים וחל אף בדברים המותרים ואינו איסור מסוים. ולכן בכהנים חל דין אין עשה דוחה ל"ת ועשה דאין העשה דהשב תשיבם דוחה הלאו ד"לא יטמא" והעשה ד"קדושים יהיו". ברם עיין ברמב"ם (במנין המצות הקצר ריש הלכות אבל) שלא מנה העשה ד"קדושים יהיו" ורק מנה הלאו ד"לא יטמא" ומשמע דס"ל דהעשה הוי עשה שבכללות ואיסור כללי, וצ"ב לשיטתו בביאור דברי הגמ' דבכהן שראה אבידה בבית הקברות אין העשה דהשב תשיבם דוחה ל"ת ועשה, דלשיטת הרמב"ם העשה ד"קדושים יהיו" הוי עשה כללי. ונ"ל דהרמב"ם סובר דבכלל העשה ד"וקדשתו" נלמד שאסור לכהן ליטמא, דבגמ' יבמות (סא:) איתא דוקדשתו על כרחו - שאם היה כהן נשוי לגרושה הלקהו ויסרהו עד שיגרשה, ונראה דהרמב"ם סובר שהעשה ד"וקדשתו" אינו חל רק על ב"ד אלא שחל חיוב על הכהן שלא יחלל קדושתו וב"ד כופין אותו לקיים מצותו. דעיין ברמב"ם (פ"ד מהל' כלי המקדש ה"א - ה"ב) שכתב וז"ל הכהנים הובדלו מכלל הלוים לעבודת הקרבנות ומצות עשה להבדיל הכהנים ולקדשם ולהכניסם לקרבן שנאמר וקדשתו כי את לחם אלוקיך הוא מקריב. וצריך כל אדם מישראל לנהוג בהן כבוד הרבה ולהקדים אותם לכל דבר שבקדושה, לפתוח בתורה ראשון ולברך ראשון וליטול מנה ראשון עכ"ל. ונראה דמבואר מהרמב"ם דיש ב' דינים במצוה דוקדשתו: א) דין לכבד את הכהנים לפתוח בדבר שבקדושה ראשון, ב) דין להבדיל הכהנים ולקדשם ולהכניסם להקרבת קרבנות. ונראה דהרמב"ם סובר דמשו"ה בכלל המצות עשה ד"וקדשתו" הוא שלא יטמא הכהן למת, דאם נטמא למת אינו מוכן להקרבת קרבנות. ולפי"ז י"ל דהעשה שלא יטמא הכהן היינו המ"ע ד"וקדשתו" ודלא כרש"י שפירש שהעשה הוא "קדושים יהיו לאלוקיהם וגו'". אמנם עיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזו"א הי"ח) וז"ל כהן שראה האבדה בבית הקברות אינו מטמא להחזירה שבעת שקיים מצות עשה של השב אבדה מבטל עשה של קדושים יהיו ועובר על ל"ת של לא יטמא בעל בעמיו ואין עשה דוחה ל"ת ועשה עכ"ל, ומבואר להדיא דהרמב"ם פירש כרש"י דהעשה הוא מקרא ד"קדושים יהיו", וס"ל דמ"קדושים יהיו" ילפינן איסור עשה

לכהן ליטמא למת, והוי איסור מסוים שלא לחלל קדושת כהן ע"י טומאת מת. אמנם לפי"ז צ"ע מדוע השמיט הרמב"ם הך עשה ממנין המצות, וצ"ע.

ועיין בתוס' (ד"ה הא אין עשה דוחה ל"ת) וז"ל וא"ת דבפ"ב דיבמות (כא.) ובפ' כ"ג (סנה' יט א) לא חשיב אלמנה לכה"ג אלא ל"ת גרידא ואמאי והא איכא עשה דקדושים יהיו (ויקרא כ"א) וי"ל דלא קאי עשה דקדושים יהיו אלא אמאי דכתיב בההיא פרשה עכ"ל. ודבריהם צ"ב דמשמע דס"ל דחל העשה רק על איסור טומאה ואיסור כהן בגרושה וזונה דכתיב בפרשה ולא באיסור אלמנה לכה"ג דלא כתיב התם בפרשה. אמנם קצת צ"ע איך מחלקים בין איסורי אישות דכהן הדיוט שחל בהם איסור עשה מקרא דקדושים יהיו לאיסורי אישות דכהן גדול דליכא איסור עשה, וצ"ע. ונראה לבאר דברי התוס' באופן אחר דס"ל דהעשה דקדושים יהיו הוי איסור עשה שלא יחללו הכהנים קדושתם, וכדכתיב בקרא "קדושים יהיו לאלוקיהם ולא יחללו שם אלוקיהם כי את אשי ה' לחם אלוקיהם הם מקריבים והיו קדש". ויש להסתפק אי הכהנים מחללין קדושתן רק ע"י שנטמאו למת או אף ע"י נישואין באיסור, וי"ל דהתוס' סברי דחל חילול קדושת כהונה רק ע"י טומאה למת, והקרא דקדושים יהיו הוי איסור עשה על טומאת כהנים ואינו איסור עשה כללי שלא לעבור על איסורי כהונה.

ויש להוכיח דחל חילול קדושת כהונה ע"י טומאת כהן למת מדברי הרמב"ם (פ"ב מהל' אבל ה"ו) וז"ל כמה חמורה מצות אבילות שהרי נדחת לו הטומאה מפני קרוביו כדי שיתעסק עמהן ויתאבל עליהן שנאמר כי אם לשארו הקרוב אליו וכו' לה יטמא מצות עשה כו' במה דברים אמורים בזכרים שהוזהרו על הטומאה אבל הכהנות הואיל ואינן מוזהרות על הטומאה כן אינן מצוות להתטמא לקרובים אלא אם רצו מתטמאות ואם לאו לא מטמאות עכ"ל. וצ"ב מדוע אין כהנת חייבת להתטמא לקרוביה והרי פשיטא שכהנת חייבת להתאבל על קרוביה כמו כהן זכר. והנה שיטת הרמב"ם (בפ"ב מהל' אבל הט"ו) היא דטומאת כהנים לקרוביהם הוי דחויה ולא הותרה. ומבואר דהרמב"ם סובר שהמצוה להתאבל על קרוביו דוחה את האיסור ליטמא למת. ויש להוסיף דהרמב"ם סובר שעיקר מצות האבילות שחלה על הכהן היא לחלל את קדושת כהונתו ע"י שמתטמא לקרובו שמת. וחילול קדושתו לשם אבילות על קרובו מהוה קיום מצות האבילות. משא"כ בכהנת שאינה מוזהרת על טומאת מת ואם נטמאה למת אין טומאתה מהוה חילול קדושת כהונה ומשו"ה אין טומאתה מהוה קיום אבילות ואינה חייבת להתטמא למת.[122]

[122] ועיין עוד בס' רשימות שיעורים למס' יבמות עמ' נ"ח - ס"ג בענין טומאת כהנים לקרובים.

גמ'. היה כהן והיא בבית הקברות וכו' לכך נאמר והתעלמת מהם. למאי איצטריך קרא אילמא לכהן והיא בבית הקברות פשיטא האי עשה והאי לא תעשה ועשה ולא אתי עשה ודחי את ל"ת ועשה. עיין בשיטמ"ק שכתב בשם הרמב"ן (ד"ה קרא למאי אתא וכו') שהקשה והרי קיי"ל דעשה דוחה ל"ת רק אי הוי בעידנא, דהיינו דבשעה שמקיים את העשה קא עקר ללאו, ואילו הכא הכהן עבר בלאו דטומאה כשנכנס לבית הקברות ונטמא ואילו העשה אינו מקיים עד דמהדר את האבידה לבעלים. ועוד הקשה דאפילו אם שקל את האבידה מיד וכגון דקיימא בפתח בית הקברות מ"מ לא מקיים את העשה עד שמחזיר את האבידה להבעלים וא"כ היאך תדחה העשה דהשב תשיבם את הלאו דטומאה הא לא הוי בעידנא. ומקושיית הרמב"ן לכאורה משמע דס"ל דבעדל"ת קיום העשה דוחה את הלאו ולא מעשה המצוה, ומשו"ה הקשה דלא הוי בעידנא דקיום העשה אינו חל אלא לבסוף כשמשיב את האבידה להבעלים. ולכאורה יש לתרץ קושיית הרמב"ן דאע"פ שקיום מצות העשה דהשבה אינו אלא כשמחזיר את האבידה להבעלים, מ"מ כשמגביה את החפץ ונעשה שומר אבידה קא עביד מעשה מצוה דהשבת אבידה, דמכיון דהוי שומר אבידה ונחשב רשותו לרשות הבעלים חל מעשה מצוה דהשבת אבידה[123], ואף מעשה מצוה מועיל להחיל דחייה דעדל"ת. ולכאורה יש להביא ראייה דאף מעשה מצוה מועיל לחלות דין עדל"ת מהא דקיי"ל דמילה דוחה צרעת (פ"א מהל' מילה ה"ט) ואע"פ שהאיסור חל מיד בהסרת הצרעת ואילו קיום מצות מילה חל רק לבסוף לאחר הפריעה כשהוא מהול, ועל כרחך מוכח מהדין דמילה דוחה צרעת דמעשה המצוה דוחה את הלאו וכל מעשה המילה מהוה מעשה מצוה לדחות הלאו, וא"כ צ"ע בקושיית הרמב"ן. וצ"ל דהרמב"ן נקט דנטמא לפני ההגבהה ומשו"ה הקשה דלא הוי בעידנא ואיך יחול עדל"ת[124]. אמנם עכ"פ מדברי הרמב"ן מבואר דעצם ההליכה למקום שהחפץ מונח בכדי ליטלו ולהחזירו לא חשיב מעשה מצוה דהשבת אבידה ורק בהגבהת האבידה חל מעשה מצוה דהשבת אבידה. אמנם יעויין בשיטמ"ק (שם) שכתב בשם הר"ן דסובר שהרואה אבידה ולא נטלה עבר על עשה דהשב תשיבם. ונראה דלפי הר"ן עצם ההליכה והטירחא שמתעסק ללכת לקחת את האבידה חשיב מעשה מצוה, ולפי הר"ן לא קשיא קושיית הרמב"ן.

[123] והראייה דנחשב לעוסק במצוה שפטור מן המצוה דחל דין פרוטה דר' יוסף בשעה ששומר את האבידה, ומוכח דעושה מעשה מצוה דהשבת אבידה בשמירת האבידה, ועיין בריטב"א לסוכה (דף כה.) וברשימות שיעורים שם.

[124] ומש"כ הרמב"ן כגון דקיימא האבידה בפתח בית הקברות כוונתו דמ"מ נטמא לפני שהגביה את האבידה, דגם הושטת אצבעו לבית הקברות מטמאתו ואילו מעשה המוצה דהשבת אבידה לא חל עד שנטל את האבידה, והרי עבר על הלאו לפני שעושה מעשה המצוה.

דף ל:

גמ'. אמר רבה הכישה חייב בה.
ופרש"י בד"ה הכישה וז"ל זה שאינו לפי כבודו אם הכישה הכאה אחת להשיבה נתחייב בה לאהדורא הואיל והתחיל עכ"ל. וכן מבואר מדברי הרמב"ם (פי"א מהל' גזו"א הי"ג - הי"ד) וז"ל מצא שק או קופה אם היה חכם או זקן מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידו אינו חייב להטפל בהם ואומד את דעתו אילו היה שלו אם היה מחזירן לעצמו כן חייב להחזיר של חבירו ואם לא היה מוחל על כבודו אפילו היה שלו כך בשל חבירו אינו חייב להחזיר וכו' וכן אם מצא בהמה והכישה נתחייב להטפל בה ולהחזירה אע"פ שאינה לפי כבודו שהרי התחיל במצוה עכ"ל. ולכאורה לפי"ז י"ל דאף בכלים נמי הדין הכי דמכיון שהתחיל במצוה חייב להחזירם. ועיין בכס"מ (שם) דהר"ן תמה על הרמב"ם דמסוגיית הגמ' ב"ב (דף פח.) מבואר דדוקא בבהמה אמרינן דהכישה חייב בה משום דאנקטה נגרי ברייתא - דרגילה לברוח ולילך למרחוק - דע"י שהכישה הוסיף בשם אבוד וגרם לה לברוח למרחוק ומשו"ה נתחייב בהשבה, משא"כ בכלים דליכא הך טעמא ליכא למימר דאם הכישן נתחייב בהשבה. ובכס"מ נקט דבאמת שיטת הרמב"ם היא דרק בבהמה נתחייב בהשבה. ועיין בסוגיית הגמ' ב"ב (דף פז: - פח א) "אלא אביי בר אבין ור' חנינא בר אבין דאמרי תרווייהו הכא במאי עסקינן כגון שנטלה למוד בה וכדרבה דאמר רבה הכישה נתחייב בה. אימור דאמר רבה בבע"ח דאנקטינהו ניגרא ברייתא כי האי גוונא מי אמר וכו'", וברש"י (בד"ה אלא) כתב וז"ל אלא הכא בצלוחית המיוחדת למדה עסקינן ונטלה חנווני מיד תינוק למוד בה לצורך התינוק ואע"ג דאבידה מדעת היא כיון שנטלה נתחייב בשמירתה עד שיחזירנה לידו של בעל הבית וכו' הכישה במקל גבי זקן ואינו לפי כבודו מיירי דאע"פ שאינו חייב להחזירה כיון שהכישה נתחייב בה עכ"ל. ונראה דיש לפרש מסקנת הגמ' "אימור דאמר רבה בבע"ח דאנקטינהו ניגרא ברייתא כי האי גוונא מי אמר" בב' אופנים: א) דרבה לא אמר את דינו אלא בבע"ח אפילו בזקן ואינו לפי כבודו (וכן פירש הר"ן), ב) דרבה אמר את דינו אף באבידה מדעת אולם רק אם ע"י ההכשה הוסיף בשם אבוד דאנקטינהו ניגרא ברייתא ולא בכלים שנאבדו מדעת. ולפי"ז י"ל דזקן ואינו לפי כבודו שאני מאבידה מדעת, דזקן ואינו לפי כבודו הוי פטור גברא מחובת השבה אבל עצם החפץ הוי אבוד וניתן להשבה, ומשו"ה קיי"ל דאם הכישה והתחיל בהשבה חייב להחזירה, דמשהתחיל נתחייב בה, וחייב אף בכלים. משא"כ באבידה מדעת ליכא חלות שם אבידה וליכא חיוב השבה אזי לא אמרינן דהכישה נתחייב בה אא"כ אנקטינהו ניגרא ברייתא. דבכך המוצא עושה אותה אבודה יותר ממה

שהיתה אבודה מחמת הבעלים ומשו"ה נתחייב בהשבה. ונראה דהרמב"ם ורש"י פירשו כפירוש השני ומשו"ה ס"ל דבזקן ואינו לפי כבודו אם התחיל בהשבה הרי הוא חייב להשיב אף בכלים.[125]

גמ'. איבעיא להו דרכו להחזיר בשדה. עיין ברא"ש (סימן כא) וז"ל ורב אלפס כתב דרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר בעיא היא ולא איפשיטא ולא יחזיר בעיר, ונראה דבספרו היה כתוב מי אמרינן בשדה מיהא דרכו לאהדורי או"ד השבה מעלייתא בעינן וכיון דלא מיחייב בעיר לא מיחייב אפילו בשדה, ופסק לחומרא דבשדה מיחייב לחומרא ואינו מזלזל שם בכבודו וכו' דאדרבה הוליכה למקום המשתמר יותר מבשדה עכ"ל. אליבא דהרי"ף הספק שבגמ' הוא האם יש מצוה לעשות מקצת השבת אבידה דהיינו להביא אותה למקום המשתמר יותר בשדה ואע"פ שאינו עושה השבה גמורה להביאה לידי הבעלים בעיר. והרי"ף פסק לחומרא דחייב במקצת השבה. ומסתבר לומר דהחיוב לעשות מקצת השבה חל מחמת האיסור עשה ואע"פ כן קיום העשה אינו מקיים כל זמן שאינו משיב את האבידה לידי הבעלים.

גמ'. אמר רבא כל שבשלו מחזיר בשל חבירו נמי מחזיר וכל שבשלו פורק וטוען בשל חבירו נמי פורק וטוען. יש להסתפק האם הפטור דזקן ואינו לפי כבודו הוי פטור שחל דוקא בת"ח דפטור מדין כבוד התורה, או"ד דחל אף בשאר בנ"א מדין כבוד הבריות. ויל"ע מה יהיה הדין בעם הארץ שאפילו לעצמו לא היה משיב אבידה דחושב שזה אינו לפי כבודו ליטול חפץ כזה בשוק, האם נתחייב בהשבת אבידה או"ד דחל פטור משום שאינו לפי כבודו. ועיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזלה ואבדה הי"ג - הי"ד) וז"ל מצא שק או קופה אם היה חכם או זקן מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידו אינו חייב להטפל בהם ואומד את דעתו אילו היה שלו אם היה מחזירן לעצמו כן חייב להחזיר של חבירו ואם לא היה מוחל על כבודו אפילו היה שלו כך בשל חבירו אינו חייב להחזיר וכו' וכן אם מצא בהמה והכישה נתחייב להטפל בה ולהחזירה אע"פ שאינה לפי כבודו שהרי התחיל במצוה עכ"ל. וממש"כ "אם היה חכם או זקן מכובד" משמע שדין זה אינו חל דוקא בת"ח אלא אף בשאר בנ"א אי אינו לפי כבודו וכגון שהוא זקן מכובד. ועיין ברמב"ם (פ"ו מהל' ת"ת ה"ט) שפסק דיש חיוב לכבד זקן אע"פ שאינו חכם, וז"ל מי שהוא זקן מופלג בזקנה אע"פ שאינו חכם עומדין לפניו ואפילו חכם שהוא ילד עומד מפני הזקן המופלג בזקנה וכו' שנאמר מפני שיבה תקום כל שיבה במשמע עכ"ל. ויתכן

[125] ועיין בס' שיעורי רבנו חיים הלוי עמ"ס ב"מ דף ל: ד"ה הכישה חייב בה שביאר מרן הגר"ח זצ"ל המחלוקת בין הרמב"ם והר"ן באופן אחר.

דשיטת הרמב"ם היא דרק בזקן מופלג שחל חיוב לכבדו ממצות מפני שיבה תקום אזי חל הפטור דזקן ואינו לפי כבודו, ולא בסתם אדם מכובד או באדם המחשיב את עצמו, וזהו כוונתו במש"כ "או זקן מכובד" דהיינו שיש חיוב עפ"י דין לכבדו מכיון שהוא זקן מופלג בשנים, ואע"פ שאינו ת"ח. אך אין הפטור חל באדם חשוב בעלמא שאין דין לכבדו.

אולם עיין ברא"ש (סימן כ"א) שכתב וז"ל ויראה לי שכיון שפטרה התורה את הזקן שאין לו לזלזל בכבודו איסור הוא לגבי דידיה שמזלזל לכבוד תורה במקום שאינו חייב וכו' עכ"ל[126]. ומבואר דס"ל להרא"ש דאסור להת"ח להחזיר את האבידה דאסור לו לזלזל בכבוד התורה, ומשמע דס"ל דהפטור דזקן ואינו לפי כבודו חל רק בת"ח בלבד. ועיין בשיטמ"ק בשם הריטב"א שהביא בזה מחלוקת בין הראשונים (ד"ה זקן ואינו לפי כבודו) וז"ל פירש רבנו זקן בחכמתו ואינה לפי כבודו מפני חכמתו ומשום כבוד תורתו דחי לה. אבל זקן או נכבד דעלמא לא חשיב אינה לפי כבודו אלא או יטפל בה או יתן דמיה (הריטב"א). אבל הרמב"ם כתב פי"א מהל' גזלה ואבדה אם היה חכם או זקן מכובד וכ"כ הר"ן עכ"ל. ומלשון השיטמ"ק משמע דנקט בדעת הרמב"ם דהפטור דאינו לפי כבודו חל בכל בן אדם מכובד דעלמא ולאו דוקא בזקן מופלג בזקנה שחל חיוב עפ"י דין לכבדו. וכן משמע מלשון רש"י לעיל (דף כט: ד"ה שאין דרכו ליטול) וז"ל דבר שגנאי הוא לו שאדם חשוב הוא ואין דרכו ליטול קופה שלו להכניסה מן החוץ לא יטול ופטור מהשבת אבידה דילפינן מוהתעלמת עכ"ל, כלומר דאף אם אינה לפי כבודו משום שהוא אדם חשוב בעלמא חל פטור דזקן ואינו לפי כבודו והוי פטור שחל מדין כבוד הבריות ואין זה פטור בת"ח בלבד מדין כבוד התורה. וכן מבואר מדברי רש"י במס' מגילה (ג:) דאיתא שם "גדול כבוד הבריות שדוחה ל"ת שבתורה", ופירש"י (בד"ה את ל"ת) וז"ל דכתיב לא תוכל להתעלם וכתיב והתעלמת פעמים שאתה מתעלם כגון זקן ואינו לפי כבודו עכ"ל, ומשמע מרש"י דהפטור דזקן ואינו לפי כבודו הוא מדין כבוד הבריות. ולפי"ז י"ל דחל הפטור בכל אדם חשוב בעלמא דאינו לפי כבודו להחזיר את האבידה ולא רק בת"ח ובזקן מופלג.

[126] ולכאורה צ"ע בדברי הרא"ש דקיי"ל דהרב שמחל על כבודו כבודו מחול (קידושין לב. וברמב"ם פ"ה מהל' ת"ת הי"א) וא"כ מדוע אינו יכול למחול על כבודו ולהשיב האבידה. וי"ל דת"ח יכול למחול על כבודו אבל לא על בזיונו וזלזולו (וכן פסק הרמ"א סימן רמ"ב סעיף ל"ב), וי"ל דהטעם בזה הוא דבזיונו וזלזולו אסור מדין מורא רבו דנלמד מקרא ד"את ה' אלוקיך תירא" - לרבות ת"ח, דמורא רבו כמורא שמים, ועל זה לא חלה מחילה דאין הת"ח בעלים למחול, משא"כ על כבודו הוי בעלים למחול.

ועיין בתוס' (ד"ה אלא לזקן ואינו לפי כבודו) שהקשו וז"ל וא"ת תיפוק ליה מולאחותו דכבוד הבריות דוחה וכו' עכ"ל, ומשמע דנקטו דהפטור דזקן ואינו לפי כבודו הנלמד מקרא דוהתעלמת חל נמי מדין כבוד הבריות ואינו פטור מיוחד מדין כבוד התורה. דאי לאו הכי מאי קשיא להו דילמא בעינן קרא דוהתעלמת ללמוד פטור מיוחד מדין כבוד התורה, ונפ"מ לזקן בעלמא שאינו פטור. ומשמע דהתוס' ס"ל דאף הפטור דוהתעלמת דזקן ואינו לפי כבודו חל מדין כבוד הבריות. אמנם יל"ע האם התוס' ס"ל כהרמב"ם דחל הפטור אף בזקן מכובד דעלמא מדין כבוד הבריות או"ד ס"ל דחל הפטור מדין כבוד הבריות רק בזקן ת"ח, משום דדין כבוד הבריות דיליה יותר חמור מכבוד הבריות דסתם בני אדם[127].

ועיין בגמ' ברכות (דף יט:) "ת"ש והתעלמת מהם פעמים שאתה מתעלם מהם וכו' הא כיצד אם היה כהן והיא בבית הקברות או זקן ואינה לפי כבודו או שהיתה מלאכתו מרובה משל חבירו לכך נאמר והתעלמת, אמאי לימא אין חכמה ואין עצה ואין תבונה לנגד ה', שאני התם דכתיב והתעלמת מהם". ומקושיית הגמ' "לימא אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה'" משמע דס"ל דהפטור דזקן ואינו לפי כבודו הוא משום כבוד הבריות ומשו"ה הקשו והא "אין חכמה וכו' לנגד ה'". אמנם יש להסתפק למסקנת הגמ' האם "והתעלמת" הוי גזה"כ דפטור מדין כבוד התורה או דפטור מטעם כבוד הבריות. ונראה דנחלקו בזה הראשונים הנ"ל, ונפ"מ לענין זקן מכובד בעלמא דאם הפטור מדין כבוד הבריות אף זקן מכובד בעלמא פטור משא"כ מדין כבוד התורה רק ת"ח פטור. ועוד י"ל דנפ"מ לענין מחילה דלכמה ראשונים ת"ח אינו יכול למחול על כבודו היכא דהוי בזיון, ואילו מדין כבוד הבריות י"ל דשפיר חל מחילה.

ועיין בגמ' שבועות (דף ל:) "ואמר רבה בר רב הונא האי צורבא מרבנן דידע בסהדותא וזילא ביה מילתא למיזל לבי דינא דזוטר מיניה לאסהודי קמיה לא ליזיל, אמר רב שישא בריה דר' אידי אף אנן נמי תנינא מצא שק או קופה ואין דרכו ליטול הרי זה לא יטול וכו'". והנה הפטור להעיד חל מדין כבוד התורה והגמ' השוותה פטור זה לפטור דזקן ואינו לפי כבודו בהשבת אבידה, ולכאורה מוכח דהפטור דזקן ואינו לפי כבודו חל מדין כבוד התורה ולא משום כבוד הבריות. ולפי"ז הפטור חל רק בת"ח ולא בסתם בן אדם מכובד בעלמא. והנה בנוגע להגדת עדות פסק הרמב"ם (פ"א מהל' עדות ה"ב) וז"ל היה העד חכם גדול והיה בב"ד פחות ממנו בחכמה הואיל ואין כבודו שילך לפניהם עשה

[127] ויתכן דנפ"מ לענין מחילה דאם הפטור דאינו לפי כבודו חל מדין כבוד הבריות יכול ת"ח למחול משא"כ מדין כבוד התורה אינו יכול למחול.

של כבוד תורה עדיף ויש לו להמנע עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר שת"ח פטור מלהעיד מדין כבוד התורה. ולכאורה צ"ע דהרמב"ם פוטר מהשבת אבידה אף זקן מכובד בעלמא (ולפי השיטמ"ק הרמב"ם פוטר מהשבת אבידה כל אדם מכובד בעלמא ואף אם אינו ת"ח ואינו זקן מופלג שחל חיוב עפ"י דין לכבדו) וא"כ למה פוטר רק ת"ח מהגדת עדות והרי הפטור בהגדת עדות נלמד מהשבת אבידה ומקרא ד"והתעלמת".

ונראה דלפי הרמב"ם הפטור דוהתעלמת אינו חל מדין כבוד התורה אלא מדין כבוד הבריות ומשו"ה חל אף בזקן מכובד שאינו ת"ח. אמנם חלות הפטור תלוי במה שנחשב עפ"י דין "אינו לפי כבודו", ולבא להעיד בב"ד הוי "לפי כבודו" באדם בעלמא ואף אם הוא זקן מופלג או אדם מכובד בעלמא, ומשו"ה חייב להעיד בב"ד. משא"כ בחכם גדול בחכמה ד"אינו לפי כבודו" להעיד בב"ד שפחות ממנו, ומשו"ה פטור מלהעיד. משא"כ בהשבת אבידה דנחשב "אינו לפי כבודו" אף למי שאינו ת"ח אלא דהוי אדם מכובד בעלמא או זקן מופלג, ומשו"ה פטור מהשבת אבידה.

ולפי"ז נראה דמש"כ הרמב"ם בפטור דהגדת עדות דעשה של כבוד תורה עדיף ר"ל דהעשה דכבוד התורה משוויה ליה לכבוד הבריות של החכם עדיף מכבוד ב"ד הפחותים ממנו בחכמה. אולם נראה לומר דיסוד הפטור הוא מדין כבוד הבריות של החכם הגדול בחכמה, דכבוד התורה גורם פטור דכבוד הבריות.

והנה הרא"ש כתב שאסור לת"ח לזלזל בכבודו ולהתבזות בהשבת אבידה ויכול לשלם דמיה לפנים משורת הדין. ויל"ע האם ס"ל דחל נמי איסור בזיון לת"ח להעיד בב"ד שפחות ממנו בחכמה או דלמא דאינו אלא פטור מלהעיד בב"ד שפחות ממנו בחכמה ורק בהשבת אבידה ס"ל להרא"ש דיש איסור משום שמזלזל בכבודו, וצ"ע.[128]

גמ'. ר' ישמעאל ברבי יוסי לפנים משורת הדין הוא דעבד וכו'. עיין ברא"ש סימן (כ"א) שכתב וז"ל ויראה לי שכיון שפטרה התורה את הזקן שאין לו לזלזל בכבודו איסור הוא לגבי דידיה שמזלזל לכבוד תורה במקום שאינו חייב ומשום ספק ממון חבירו אם הוא מחוייב בו לא יזלזל בספק איסור. והחכם שבא לעשות לפנים משורת הדין יותר ממונו ויעשה כמו שעשה ר' ישמעאל ברבי יוסי אבל אין לו רשות לזלזל בכבודו עכ"ל. ומבואר דהרא"ש סובר שת"ח שרוצה להחמיר על עצמו ולהחזיר את האבידה אסור לו להחזיר את עצם האבידה דמזלזל בכבודו, ומדין לפנים משורת הדין ישלם שווית האבידה לבעל

[128] ונראה דרבינו זצ"ל נסתפק דיתכן דהרא"ש מחלק בין השבת אבידה להגדת עדות די"ל דהשבת אבידה הוי בזיון לת"ח שאינו לפי כבודו ות"ח אינו רשאי למחול על בזיונו דהוי בזיון התורה. משא"כ הגדת עדות בב"ד לא הוי בזיון לת"ח אלא דאינו לפי כבודו והוי חסרון בדין כבוד ת"ח, ות"ח יכול למחול על כבודו ומשו"ה יכול לבא לפני ב"ד ולהעיד.

האבידה כדעביד ר' ישמעאל ברבי יוסי. אמנם עיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזלה ואבדה הי"ז) וז"ל ההולך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין מחזיר את האבידה בכל מקום אע"פ שאינה לפי כבודו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר שמשום לפנים משורת הדין מחזיר את האבידה עצמה לבעלים. וצ"ב ביסוד מחלוקתם.

ועוד יש לעיין ביסוד הפטור דזקן ואינו לפי כבודו, דהרי כתב הרמב"ם (בפ"ח מהל' לולב הט"ו) וז"ל וכל המשפיל עצמו ומקל גופו במקומות אלו הוא הגדול המכובד העובד מאהבה, וכן דוד מלך ישראל אמר ונקלותי עוד מזאת והייתי שפל בעיני, ואין הגדולה והכבוד אלא לשמוח לפני ה' שנאמר והמלך דוד מפזז ומכרכר לפני ה' וגו' עכ"ל. ומבואר שמה שדוד המלך השפיל את עצמו כשכרכר ופיזז לפני הארון לא היה נחשב לבזיון דעשה כן לכבוד המקום ולכבוד שמים ולא היה נחשב זאת כבזיון המלכות (כפי שסברה אשתו מיכל בת שאול - עיין בשמואל ב' פרק ו פסוקים טז - כ"ב ובמפרשים שם). ולכאורה א"כ י"ל דאף כשמחזיר ת"ח אבידה ואינה לפי כבודו לא הוי ההשבה בזיון ת"ח, דמ"מ הריהו מקיים מצוה ועוסק בכבוד שמים ובזיונו לא חשיב בכה"ג לבזיון. וא"כ צ"ב מדוע באמת יש פטור דזקן ואינו לפי כבודו. וצ"ל דהוי גזה"כ מיוחדת מקרא ד"והתעלמת - פעמים שאתה מתעלם".

והנה יש לעיין לפי"ד הרא"ש דת"ח שרוצה להתנהג לפנים משורת הדין מחזיר את הדמים ולא את עצם החפץ האם מקיים בזה מצות השבת אבידה כתיקונה או לא. ולכאורה נראה דהוי קיום השבת אבידה במקצת דאע"פ דמנע מהבעלים הפסד ממון מ"מ מכיון שלא החזיר להם את עצם הבעין לא הויא השבה מעלייתא. אולם י"ל דבזקן ואינו לפי כבודו שאין עליו חיוב השבה להשיב את הבעין ולפנים משורת הדין חייב רק להחזיר את הדמים מקיים מצות השבה מעלייתא. ונראה לומר דבזה נחלקו הרא"ש והרמב"ם, דהרמב"ם סובר דמחמת חיוב דלפנים משורת הדין חל חיוב השבת אבידה כדמעיקרא וחייב בהשבת עצם החפץ בעין, ואין השבת החפץ האבוד נחשב לבזיון ת"ח מכיון דהוי דבר מצוה וכשמשפיל את עצמו לכבוד ה' אין כאן בזיון אלא אדרבה כבוד שמים וכמש"כ הרמב"ם בהל' לולב. והרא"ש סובר דמחמת חיוב לפנים משורת הדין חל חיוב השבה חדש להשיב את הדמים בלבד. ונראה דאף הרא"ש מודה לסברת הרמב"ם דקיום מצוה לא הוי בזיון אלא דס"ל דזה נכון רק באופן שאי אפשר לקיים את המצוה באופן אחר, אבל הכא מקיים את המצוה בהחזרת הדמים. ופליגי אם מחמת לפנים משורת הדין חל חיוב השבה חדש רק על הדמים (שיטת הרא"ש), או שחל חיוב השבת

אבידה כדמעיקרא - דהיינו שחייב בהשבת הבעין (שיטת הרמב"ם).[129]

גמ'. דתני רב יוסף והודעת להם זה בית חייהם את הדרך זו גמילות חסדים ילכו זו ביקור חולים בה זו קבורה וכו' אמר מר ילכו זה ביקור חולים היינו גמילות חסדים לא נצרכה אלא לבן גילו דאמר מר בן גילו נוטל אחת ששים בחליו ואפילו הכי בעי למיזל לגביה. עיין ברמב"ם בספר המצוות (שורש ב') שהביא שיטת הבה"ג שמנה מצות ביקור חולים ונחום אבלים וקבורת מתים בכלל התרי"ג מצות משום דדרשינן בסוגיין הפסוק "והודעת להם את הדרך אשר ילכו בה - ואמרו את הדרך זו גמילות חסדים ילכו זה בקור חולים בה זו קבורת מתים", ומאחר דדרשינן להו מקראי כל אחת הויא מצוה בפ"ע. והרמב"ם חולק עליו שכתב (שם) וז"ל ולא ידעו כי אלו הפעולות כולם ודומים להם נכנסות תחת מצוה אחת מכל המצוות הכתובות בתורה והוא אמרו ית' ואהבת לרעך כמוך עכ"ל. וכ"כ (בפי"ד מהל' אבל ה"א) וז"ל מצות עשה של דבריהם לבקר חולים ולנחם אבלים ולהוציא המת וללוות האורחים ולהתעסק בכל צרכי הקבורה וכו' ואלו הן גמילות חסד שבגופו שאין להם שיעור. אע"פ שכל מצות אלו מדבריהם הרי הן בכלל ואהבת לרעך כמוך וכו' עכ"ל. והרמב"ן (בספה"מ שורש א') תירץ את שיטת הבה"ג וז"ל אבל בעל ההלכות הוציאן למצות אלו מוהלכת בדרכיו שהיא מצות עשה באמת כתב וללכת בדרכיו ולהלביש ערומים לקבור מתים לנחם אבלים לבקר חולים, ומצוה אחת הן וזה ממה שאמרו בגמ' סוטה (יד.) וכו' מאי דכתיב אחרי ה' אלוקיכם תלכו וכי אפשר לו לאדם ללכת אחר הקב"ה אלא מה הקב"ה מלביש ערומים אף אתה הלבש ערומים מה הקב"ה מבקר חולים אף אתה בקר חולים וכו' מה הקב"ה מנחם אבלים אף אתה תנחם אבלים. מכאן הוציא אותם ומנאן מצוה. והרב מנה מצוה ח' להדמות בו יתברך כפי יכלתנו והוא שנאמר והלכת בדרכיו וכו' וא"כ למה יתמה על בעל ההלכות עכ"ל. ונראה לבאר דלפי הרמב"ם מה"ת חל מצוה כללית דגמילות חסדים ואין בקור חולים ונחום אבלים וקבורת מתים נחשבות למצוות מיוחדות בפ"ע מה"ת אלא מדרבנן. דמה"ת חל חיוב כללי להתעסק בגמילות חסד משום ואהבת לרעך כמוך אבל אין חיוב לעשות מעשה מסוים כגון בקור חולים ונחום אבלים, ואילו מדרבנן חל מצוה מסוימת דבקור חולים ונחום אבלים וקבורת מתים וכו'.[130] ולפי"ז נראה לבאר דברי הגמ' בסוגיין "אמר

[129] וע"ע בשיעורים לעיל כד: ד"ה רב יהודה מש"נ בענין השבת אבידה לפנים משורת הדין.

[130] וכן מבואר מדברי הרמב"ם (פי"ד מהל' אבל ה"א) וז"ל מצות עשה של דבריהם לבקר חולים ולנחם אבלים ולהוציא המת ולהכניס הכלה וללות האורחים ולהתעסק בכל צרכי הקבורה וכו' ואלו הן גמילות חסדים שבגופו שאין להם שיעור. אע"פ שכל מצוות אלו מדבריהם הרי הן בכלל ואהבת לרעך כמוך כל הדברים שאתה רוצה שיעשו אותם לך אחרים עשה אתה אותן לאחיך בתורה ובמצוות עכ"ל. ומבואר דביקור חולים וניחום אבלים והכנסת כלה הם בכלל מצות ואבהת לרעך כמוך מדאורייתא המהווה מצוה כללית בלי מעשה מצוה מסוים

מר ילכו זה ביקור חולים היינו גמילות חסדים לא נצרכה אלא לבן גילו דאמר מר בן גילו נוטל אחת משש בחליו ואפילו הכי בעי למיזל לגביה", דהגמ' קא פריך מדוע איצטריך מצוה מסוימת מדרבנן דבקור חולים דהרי היא בכלל המצוה הכללית מה"ת דגמילות חסדים (ממצות ואהבת לרעך כמוך או משום והלכת בדרכיו). ומשני דקמ"ל דחייב בבקור חולים אפילו בבן גילו דהיינו אע"פ דבבן גילו יש חשש סכנה למבקר - משום שנוטל א' מששים בחליו ואפ"ה חייב הוא למיזל לגביה ולבקרו. ומבואר בגמ' דאי בקור חולים הוי רק מצוה כללית דגמילות חסד אזי לא היה מחויב לסכן את עצמו ולבקר את החולה, אבל מאחר דהוי מצוה מיוחדת ומסוימת דבקור חולים חכמים הטילו עליו חיוב בקור חולים אפילו בגוונא שיש מקצת סכנה למבקר את החולה. וידוע המעשה שאירע בבריסק בעת שהיה מגפת החולירע שמרן הגר"ח זצ"ל התעסק בעצמו ובגופו בטיפול החולים, ואמר הגר"ח זצ"ל דמהגמ' הנ"ל מוכח שיש חיוב לטפל בחולים אפילו במקום שיש חשש סכנה שיתדבק המטפל במחלה. אולם הגר"ח זצ"ל אמר דיש לחלק בין היכא דיש ודאי סכנה להיכא דיש רק חשש וספק סכנה, דהיכא דיש ודאי סכנה אין דוחין נפש בפני נפש ואינו חייב להכניס עצמו לודאי סכנה להציל את חבירו שבודאי סכנה, אמנם במקום שיש רק חשש וספק סכנה י"ל דמחויב להכניס את עצמו לספק סכנה כדי להציל את חבירו הנמצא בודאי סכנה וכדברי הירושלמי שמובא בכס"מ (פ"א מהל' רוצח ושמירת נפש הי"ד).

גמ'. קבורה היינו גמילות חסדים לא נצרכה אלא לזקן ואינו לפי כבודו. יל"ע בביאור דברי הגמ' דלכאורה קשה מהי הסברא לומר דמאחר דחלה מצוה פרטית של קבורת המת ע"כ אף זקן ואינו לפי כבודו חייב בקבורה, ואילו היתה קבורה רק נכללת במצוה הכללית דגמילות חסדים אזי זקן ואינו לפי כבודו היה פטור מקבורה, דמהיכי תיתי לומר שזקן ואינו לפי כבודו יפטר מהחיוב דגמילות חסדים. וצ"ל דמהא דזקן ואינו לפי כבודו פטור ממצות השבת אבידה סד"א דפטור נמי מכל מצוות גמ"ח, דהא אף השבת אבידה מהוה קיום דגמילות חסד לחבירו, וקמ"ל דמאחר דיש מצוה מסוימת דקבורת המת דאף זקן ואינו לפי כבודו חייב בקבורת המת. ויתכן דהטעם בזה הוא דבמקום שחל חיוב כבוד המת בטל כל דין כבוד הבריות דהחיים, ויל"ע בזה.[131]

ומדרבנן קבעו דביקור חולים, וניחום אבלים והכנסת כלה וכו' הויין מצות מיוחדות ומסוימות. אולם הבה"ג סובר דאף מדאורייתא הן מצוות מסוימות בפ"ע. ויתכן דהבה"ג ס"ל דהם מצות דאורייתא שמסרן הכתוב לחכמים להגדיר את הלכותיהן וכמו איסור מלאכה בחוה"מ ומצות שביתה בשבת ויו"ט.

[131] ועוד י"ל דזקן ואינו לפי כבודו הוי פטור מגמ"ח שבממון וכגון להשיב אבידה לחבירו, אך אינו פטור מגמ"ח שבגופו וכגון קבורת המת ובקור חולים וכו' דעושה גמ"ח בגופו של השני ולא רק שמסייע לו שלא להפסיד ממונו. ועיין ברמב"ם (פי"ד מהל' אבל ה"ד - ה"ו) ואמר רבינו זצ"ל דמבואר ברמב"ם דהמבקר את החולה עושה חסד עם

משנה. החזירה וברחה החזירה וברחה אפילו ארבע וחמשה פעמים חייב להחזירה שנאמר השב תשיבם. יש לעיין דמאי קמ"ל קרא, ולמה בעינן גזה"כ לזה, דלכאורה פשיטא שחייב להחזירה אפילו ארבע וחמשה פעמים, דהרי אם חזרה וברחה שוב הויא אבידה חדשה וחל מצות השבת אבידה להשיבה להבעלים. ונראה דקמ"ל קרא שאם חזרה וברחה הקיום השבה דהאבידה קמייתא לא נתקיימה, והא דחייב להחזירה אינו משום שעכשיו שברחה הבהמה חל בה שם אבידה חדשה, וחיוב חדש דהשבת אבידה, אלא דחייב להשיבה מחמת החיוב השבת אבידה הקמייתא[132]. ויתכן שיהא בזה נפ"מ היכא דבאבידה קמייתא לא היה זקן ואינו לפי כבודו ולאחר שהחזירה לפני שברחה פעם שנית נעשה זקן ואינו לפי כבודו, דיל"ע בכה"ג האם הוא חייב להחזירה. ויתכן דמאחר דהחיוב השבה הקמייתא לא נתקיים וחייב להשיב מחמת החיוב הראשון י"ל דחייב בהשבה אע"פ שעכשיו הוא זקן ואינו לפי כבודו. משא"כ אם לאחר שברחה נתחייב בחיוב חדש י"ל דמאחר שבאותה שעה היה זקן ואינו לפי כבודו הריהו פטור מחיוב השבת אבידה.

דף לא.

גמ'. הוכיח חדא זימנא תוכיח תרי זמני א"ל הוכיח אפילו מאה פעמים משמע תוכיח אין לי אלא הרב לתלמיד תלמיד לרב מנין ת"ל הוכיח תוכיח.

ונראה לבאר דיש ב' גדרים במצות תוכחה - א) מחאה - שהמוכיח מוחה על עצם מעשיו הרעים של החוטא, ב) תוכחה ומוסר כדי להחזיר את החוטא למוטב. ונראה דאי היה חייב להוכיח רק פעם אחת אזי י"ל דגדר המצוה היא חלות מחאה בלבד. אולם מהא דקיי"ל דחייב להוכיח אפילו עד מאה פעמים מוכח דגדר החיוב הוא שחייב להוכיחו עד שהתוכחה מועלת, דהחיוב של מצות תוכחה הוא להחזיר את החוטא למוטב[133]. ולפי"ז יל"ע היכא דיודע שלא יקבל החוטא את דברי התוכחה האם חייב להוכיחו מדין

החולה בג' אופנים א)שמסייע לו בגופו ב) שמסייע לו ברוחו שמעודדו ג) בתפילה שמתפלל עבורו, וגם ת"ח חייב בכל אלה כי גומל חסד לגופו של החולה.

[132] ויש לעיין מהו השיעור לומר דלא קיים ההשבה הקמייתא. ונראה דהשיעור הוי ידיעת הבעלים דאם ידעו הבעלים מההשבה אזי נגמרה ההשבה הראשונה ואם ברחה חל חיוב השבה חדש. אך אם השיבה בלי ידיעת הבעלים אע"פ שפטור מאחריות י"ל דלא קיים מצות השבה בשלימות ואם ברחה חייב להשיבה מחמת החיוב הראשון שעדיין לא נתקיים דכל ההשבה שעשה פקע למפרע.

[133] וכן מבואר מדברי הרמב"ם (פ"ו מהל' דעות ה"ז) וז"ל הרואה חבירו שחטא או שהלך בדרך לא טובה מצוה להחזירו למוטב ולהודיעו שהוא חוטא על עצמו במעשיו הרעים שנא' הוכח תוכיח את עמיתך וכו' וידבר לו בנחת ובלשון רכה ויודיעו שאינו אומר לו אלא לטובתו להביאו לחיי העוה"ב, אם קיבל ממנו מוטב ואם לאו יוכיחנו פעם שניה ושלישית וכן תמיד חייב אדם להוכיחו עד שיכהו החוטא ויאמר איני שומע עכ"ל.

מחאה פעם אחת או לא. ועיין בגמ' יבמות (דף סה:) דכשם שמצוה לומר דבר הנשמע כך מצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע, ומשמע דליכא בכה"ג חיוב תוכחה בכלל ואף לא מדין מחאה. אולם עיין בגמ' במס' ביצה (דף ל.) "והא הני נשי דשקלן חצבייהו ואזלן ויתבן אפומא דמובאה ולא אמרן להו ולא מידי, אלא הנח להם לישראל מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין וכו' דהא תוספת יוה"כ דאורייתא הוא ואכלי ושתו עד שחשכה ולא אמרינן להו ולא מידי". ועיין בראשונים שם שנקטו דכ"ז היכא דקא עברו על איסור בשוא"ת ובאיסור שאינו מפורש בתורה, אולם היכא דקא עברי בקום ועשה על איסור המפורש בתורה חייבין להוכיחן ואע"פ שלא ישמעו, ומוכח דחל מצות תוכחה מדין מחאה ואע"פ שלא תועיל התוכחה.

גמ'. ולמה לי למיכתב פריקה ול"ל למיכתב טעינה, צריכי דאי כתב רחמנא פריקה הו"א משום דאיכא צער בעלי חיים ואיכא חסרון כיס אבל טעינה דלאו צער בע"ח איכא ולא חסרון כיס איכא אימא לא, ואי אשמועינן טעינה משום דבשכר אבל פריקה דבחנם אימא לא צריכא, וכו' למה לי למיכתב הני תרתי ולמה לי למיכתב אבידה, צריכי דאי כתב רחמנא הני תרתי משום דצעריה דמרה איתא צערה דידה איתא, אבל אבידה דצערה דמרה איתא וצערה דידה ליתא אימא לא. ואי אשמועינן אבידה משום דליתא למרה בהדה אבל הני תרתי דאיתא למרה בהדה אימא לא צריכא. עיין ברש"י (ד"ה דאיתיה למרה) וז"ל דכתיב עמו אימא יחזור אחר בני אדם וישכור עכ"ל. ומבואר מהגמ' דחייב אדם בפריקה וטעינה אפילו היכא שהבעלים היו יכולים לשכור אנשים אחרים לפרוק ולטעון. ומשמע דכ"ז בפריקה וטעינה אולם באבידה אי היו הבעלים יכולים להשיג את האבידה ע"י שישלמו ממון לאחרים למוצאה ולהשיבה אזי אין המוצא חייב בהשבה, ולא חל בה חלות שם אבידה לחייב במצות השבת אבידה. ונ"ל דהטעם בזה משום דהמחייב דפריקה וטעינה הויא צער דידיה וצער דהבהמה, משא"כ באבידה דהמחייב אינו הצער אלא הפסד הממון שאי אפשר לבעלים להציל את ממונם בלעדיו, אך אם הבעלים יכולים להציל את ממונם בלעדיו ע"י שישכרו אנשים לחפש ולהחזיר את ממונם לא חל בחפצא חלות שם אבידה[134]. ויש להביא ראייה דיסוד המחייב במצות

[134] לכאורה כוונת רבנו זצ"ל הוא דחל פטור השבה אך אין החפצא הפקר דהא הבעלים לא הפקירו ולא נתייאשו, ודומה לדין אבידה מדעת אליבא דהרמב"ם (פי"א מהל' גזלה ואבדה הי"א) דפטור מחיוב השבה אך אסור למוצא ליטלה לעצמו. ועיין בשיעורים לעיל (דף כא:) ד"ה בזוטו של ים. ברם עיין בגמ' לעיל (כב.) "אם היו הבעלים מרדפין אחריהם חייב להחזיר אי ביכולין להציל מאי איריא מרדפין אפילו אין מרדפין נמי" ופרש"י וז"ל דסמכי אהצלה דלמחר וליומא אוחרא ולא מייאשי עכ"ל. ומוכח לכאורה דאע"פ שהבעלים יכולים להציל אך אינם מצילים דהמוצא חייב להחזיר. ויוצא דדין אבידה שוה לדין פריקה וטעינה דחל חיוב השבה גם במקום שהבעלים יכולים להציל בעצמם או לשכור פועלים להציל את האבידה, וצ"ע.

פריקה וטעינה הויא צער הבעלים ממש"כ הרמב"ם (פי"ג מהל' רוצח ושמירת נפש ה"א - ה"ב) וז"ל מי שפגע בחבירו בדרך ובהמתו רובצת תחת משאה בין שהיה עליה משא הראוי לה בין שהיה עליה יותר ממשאה הרי זו מצוה לפרוק מעליה וזו מצות עשה שנאמר עזוב תעזוב עמו. ולא יפרוק ויניחנו נבהל וילך אלא יקום עמו ויחזור ויטעון משאו עליה וכו' ואם הניחו נבהל ולא פרק ולא טען ביטל מצות עשה ועבר על מצות ל"ת וכו' עכ"ל. וממש"כ "ולא יפרוק ויניחנו נבהל וכו' ואם הניחו נבהל ולא פרק ולא טען ביטל מצות עשה וכו'", ומבואר דהמחייב דפרו"ט הוא שהבעל נבהל ובצער. וכן משמע מלשון הרמב"ם במנין המצות הקצר ריש הלכות רוצח ושמירת נפש מצוה ט"ו - י"ז "לפרוק עם מי שנכשל בדרך. לטעון עמו. שלא יניחנו נבהל במשאו וילך לו". ונראה דיסוד מצות פריקה וטעינה היא חיוב לסייע בגופו להסיר צער הבעלים וצער הבהמה, משא"כ השבת אבידה דהחיוב חל מחמת הפסד ממון חבירו. ולפי"ז נראה דבפריקה וטעינה אין שיעור ממון, דאף אם המשא היה פחות משוה פרוטה חל חיוב פריקה וטעינה, משא"כ באבידה פחות משו"פ ליכא מצות השבת אבידה, דהמחייב הוא חסרון כיס והפסד ממון הבעלים, וחל דין שעור ממון דשו"פ. ונראה דזוהי כוונת הגמ' "דאי כתב רחמנא הני תרתי משום דצעריה דמרה איתא צערה דידה איתא, אבל אבידה דצערה דמרה איתא וצערה דידה ליתא אימא לא", דר"ל דאי הוי ילפינן לאבידה מפריקה וטעינה אזי המחייב דאבידה נמי היה צער הבעלים, אולם למסקנה המחייב דאבידה הוי הפסד ממון הבעלים ולא צערו.

אולם עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' רוצח ושמירת נפש הי"ד) וז"ל השונא שנאמר בתורה לא מאומות העולם הוא אלא מישראל והיאך יהיה לישראל שונא מישראל והכתוב אומר לא תשנא את אחיך בלבבך, אמרו חכמים כגון שראהו לבדו שעבר עבירה והתרה בו ולא חזר הרי מצוה לשונאו עד שיעשה תשובה וישוב מרשעו. ואע"פ שעדיין לא עשה תשובה אם מצאו נבהל במשאו מצוה לפרוק ולטעון עמו ולא יניחנו נוטה למות שמא ישהה בשביל ממונו ויבא לידי סכנה. והתורה הקפידה על נפשות ישראל בין רשעים בין צדיקים מאחר שהם נלוים אל ה' ומאמינים בעיקר הדת שנאמר אמור אליהם חי אני נאום ה' אלוקים אם אחפוץ במות הרשע כי אם בשובו מדרכו וחיה עכ"ל. ומבואר דחל מצות פריקה וטעינה אף לרשע ומומר. אמנם עיין ברמב"ם (פי"א מהל' גזלה ואבדה ה"ב) שפסק דאין מצות השבת אבידה לאוכל נבילה להכעיס, ולאפיקורס, ומחלל שבת בפרהסיא. ונראה דהרמב"ם עצמו ביאר (בהי"ד) דהטעם שחלה מצות פריקה וטעינה אף לרשע הוא משום שאדם בהול על ממונו ויש חשש שאם הוא נבהל על משאו שיבוא

לידי סכנת נפשות, והתורה הקפידה על נפשות ישראל בין רשעים ובין צדיקים. ומבואר דהמחייב דפריקה וטעינה אינה צער דהבעלים והבהמה בפני עצמו, אלא החשש שיבוא לידי סכנת נפשות מכיון שמצטער על ממונו, וזהו כוונת הרמב"ם במש"כ (במנין המצות הקצר ריש הל' רוצח ושמירת נפש מצוה י"ז) "ולא יניחנו נבהל", ובפי"ג ה"ב "ואם הניחו נבהל ולא פרק ולא טען ביטל מצות עשה ועבר על ל"ת וכו'", דאם הוא בהול יש חשש שיבא לידי סכנת נפשות וכמש"כ הרמב"ם (בהל' י"ד) "שמא ישהה בשביל ממונו ויבא לידי סכנה. והתורה הקפידה על נפשות ישראל בין רשעים בין צדיקים", והמחייב דמצות פריקה וטעינה הוי שמא יבוא הבעלים לידי סכנת נפשות. ולפי"ז מדוקדק היטב מה שהביא הרמב"ם דיני פריקה וטעינה בהל' רוצח ושמירת נפש - דפריקה וטעינה הוי דין בשמירת נפשות ישראל. ואילו הל' השבת אבידה הביא הרמב"ם בהל' גזלה דהמחייב הוי הפסד ממון הבעלים.[135]

דף לא:

גמ'. מות יומת מכל מקום.

ופרש"י וז"ל במיתה הכתובה בו והיינו סייף כגון שהיה בספינה ובורח ואתה יכול לזרק בו חץ או לטובעו עכ"ל. לכאורה להורגו בחץ הוי מיתת סקילה, וחזינן דמגזה"כ דבכל מיתה שאתה יכול להמיתו הורגין אותו גם במיתה יותר חמורה. וכן נמי משמע מהרמב"ם (פי"ד מהל' סנהדרין ה"ח) וז"ל הורג נפש שנגמר דינו רודפין אחריו בכל דבר וביד כל אדם עד שממיתין אותו עכ"ל. ומשמע דהרוגין אותו אף במיתה שחמורה יותר ממה שנתחייב. וי"ל בזה דהא קיי"ל (סנהדרין עט ב) דכל חייבי מיתות שנתערבו זה בזה נידונין במיתה הקלה, וא"כ צ"ע היאך הורגין רוצח שברח במיתת סקילה החמורה מסייף. וי"ל דזוהי גזה"כ מיוחדת ברוצח. ועוד י"ל דבנתערבו חייבי מיתות זה בזה דשייך להרוג אותם בקלה אזי אין להורגם במיתה החמורה. משא"כ ברוצח שברח דלא שייך לתת לו המיתה הקלה יש להורגו בכל דבר דחיובו מתהפך להרוגו סתם ולא במיתה

[135] והעיר א' מן התלמידים דאי המחייב דפריקה וטעינה הוי פקו"נ א"כ צ"ע מדוע חל פטור דזקן ואינו לפי כבודו מפריקה וטעינה (כדפסק הרמב"ם בפי"ג מהל' רוצח ושמירת נפש ה"ג), והרי פקו"נ דוחה כהת"כ. ונ"ל דיש פטור מיוחד בפריקה וטעינה לזקן ואינו לפי כבודו הנלמד מקרא ד"וחדלת מעזוב לו עזוב תעזוב עמו" (עיין ברש"י שמות כ"ג: ה) ולא ילפינן דזקן ואינו לפי כבודו פטור מפריקה וטעינה מגזה"כ ד"והתעלמת" דכתיב בהשבת אבידה - משום דפריקה וטעינה הוי מחייב בפ"ע משום חשש סכנה שמא יבוא לידי פקו"נ, ולא דמי להשבת אבידה דהמחייב הוא חסרון ממון של חבירו. ועוד נראה דהמחייב דפריקה וטעינה הוא חשש סכנה אך אין זה בגדר פקו"נ דפשיטא דפריקה וטעינה אינה דוחה שבת. ודומה לדינים אחרים שהביא הרמב"ם בפי"א מהל' רוצח כמו עשיית מעקה ומים מגולים וכו' האסורים משום סכנה אך אינם בגדר פקו"נ לדחות שבת ושאר איסורים. וה"ה בפריקה וטעינה דחלה מצוה של הצלה מסכנה אך לא חל דין פקו"נ או ספק פקו"נ. (רבנו זצ"ל)

מסוימת ומשו"ה הורגים אותו אפילו במיתה שחמורה. אולם הרמב"ם (שם) פסק שבכל חייבי מיתות שברחו ואין ב"ד יכולים להמיתו במיתה שנתחייב בה הורגין אותו עדיו בכל מיתה שיכולין להמיתו (ועיין בכסף משנה שם).

גמ'. חבל תחבול אין לי אלא שמשכנו ברשות משכנו שלא ברשות מנין ת"ל חבל תחבול מ"מ. בענין הלאו דלא תחבול בגד אלמנה, עיין ברמב"ם (פ"ג מהל' מלוה ולוה ה"א - ה"ב) וז"ל אלמנה בין שהיא עניה בין שהיא עשירה אין ממשכנין אותה לא בשעת הלואה ולא שלא בשעת הלואה ולא על פי ב"ד שנאמר ולא תחבול בגד אלמנה. ואם חבל מחזירין ממנו בעל כרחו ואם תודה לו תשלם ואם תכפור תשבע. אבד המשכון או נשרף קודם שיחזיר לוקה. וכן המלוה את חבירו בין שהלוהו על המשכון בין שמשכנו אחר הלואה בידו או על פי בית דין לא יחבול כלים שעושין בהם אוכל נפש כגון הרחים והעריבות של עץ וכו' וסכין של שחיטה וכיוצא בהן שנא' כי נפש הוא חובל. ואם חבל מחזיר בעל כרחו. ואם אבד המשכון או נשרף קודם שיחזיר לוקה עכ"ל. ועיי"ש בהשגת הראב"ד וז"ל א"א בשעת הלואה אין זה חובל עכ"ל. ונראה דהראב"ד סובר דבשעת הלואה חל המשכון מדין שעבוד בעלמא שחל להבטיח את המלוה על החוב, והאיסור דלקיחת משכון מאלמנה הוא רק שלא בשעת הלואה דאז לקיחת המשכון חל מדין גבייה. וכן מבואר מדברי הראב"ד (בפ"י מהל' שכירות ה"א) שהשיג על הרמב"ם שפסק דהמלוה את חבירו על המשכון בין שמשכנו בשעת ההלואה ובין שמשכנו אחר ההלואה ה"ז שומר שכר ואם נאנס המשכון ישבע שנאנס ובעל המשכון חייב לשלם את חובו. והשיג הראב"ד וז"ל א"א אנו אין אנו מודים לו ולרבותיו בזה שאם משכנו אחר הלואתו קונה אותו אף לאונסין כרבי יצחק עכ"ל. ומבואר דהראב"ד סובר דבע"ח קונה משכון להתחייב באונסין דוקא כשמשכנו אחר ההלואה. ונראה דהראב"ד סובר דבמשכנו בשעת ההלואה לא חל חלות שם משכון, דהויא רק שעבוד ובטחון בעלמא, וע"כ ס"ל שדינו דר' יצחק דבע"ח קונה משכון חל דוקא כשמשכנו אחר ההלואה, שלקיחת המשכון חלה מדין גבייה. אולם הרמב"ם סובר דחל חלות שם משכון גם בשעת ההלואה ומשו"ה ס"ל דחל הלאו דלא תחבול בגד אלמנה אף במשכון שבשעת ההלואה. אמנם עיין עוד ברמב"ם (פ"ג מהל' מלוה ולוה ה"ה) וז"ל אחד הממשכן את חבירו בב"ד או שמשכנו בידו בזרוע או מדעת הלוה אם איש עני הוא ומשכנו דבר שהוא צריך לו הרי זה מצוה להחזיר לו העבוט בעת שהוא צריך לו, מחזיר לו את הכר בלילה כדי לישן עליו ואת המחרישה ביום כדי לעשות מלאכתו וכו' עבר ולא השיב לו כלי היום ביום וכלי הלילה בלילה עובר בלא תעשה שנאמר לא תשכב בעבוטו וכו' הא למדת

שהממשכן את העני דבר שהוא צריך לו ולא החזירו לו בזמנו עובר משום שלשה שמות משום לא תבוא אל ביתו, ומשום השב תשיב לו את העבוט, ומשום לא תשכב בעבוטו, בד"א שמשכנו שלא בשעת הלואתו אבל משכנו בשעת הלואתו אינו חייב להחזיר לו כלל ואינו עובר בשם מן השמות הללו עכ"ל. ודבריו צ"ב, דמהו החילוק בין משכנו בשעת ההלואה דאז אין מצוה להחזיר לעני את עבוטו למשכונו שלא בשעת ההלואה דאז חל מצות עשה להחזיר לו את עבוטו. ונראה דהרמב"ם נמי סובר דבמשכנו שלא בשעת ההלואה חל חלות שם גבייה וקניני גבייה בחפץ[136], ומשו"ה אף אם המשכון נמצא ברשות הלוה עדיין חל בו קניני גבייה למלוה, ולכן המלוה חייב להחזיר ללוה את המשכון ללילה מכיון דלא פקע קנינו ע"י שמחזיר את המשכון לעני. משא"כ כשמשכנו בשעת ההלואה דחל רק חלות שם משכון בתורת שעבוד ואחריות על החוב, אזי אם יחזיר המלוה את המשכון ללוה יפקע חלות שם שעבוד ממנו, דאין החפץ שבידי הלוה בטוח עבור המלוה כדי להבטיח לו את גביית חובו, ומשו"ה אינו משועבד, דיסוד חלות שעבוד הוא להבטיח את גביית החוב (עיין בהשגת הראב"ד על הרי"ף ריש פרק הנזקין). ומשו"ה סובר הרמב"ם דשעבודא דאורייתא רק בקרקע ולא במטלטלין שבידי הלוה שאין בהם בטיחות להבטיח את גביית החוב, (עיין ברמב"ם פי"א מהל' מלוה ולוה ה"ד, וה"ז). ואילו במשכון שבידי המלוה יש בטיחות וחל שעבוד דאורייתא. ומשו"ה לא חלה בכה"ג מצות עשה להשיב את העבוט לעני. דהתורה לא חייבה להחזיר את המשכון לעני ולבטל את חלות שם משכון והשעבוד מהחפץ, ורק במשכון שלא בשעת הלואה דחל מדין גבייה, ולא יתבטל קנין הגבייה שחל למלוה ע"י שמחזיר את החפץ לרשות הלוה, אזי ס"ל דחלה מצות עשה דהשב תשיב לו את העבוט.

ועיין עוד בדברי הרמב"ם שפסק (בפ"ג מהל' מלוה ולוה ה"ד) וז"ל המלוה את חבירו אחד עני ואחד עשיר לא ימשכננו אלא בבית דין ואפילו שליח בית דין שבא למשכנו לא יכנס לביתו וימשכננו אלא עומד בחוץ והלוה נכנס לביתו ומוציא לו את המשכון וכו' עבר בעל חוב ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף המשכון מידו בזרוע אינו לוקה שהרי ניתק לעשה שנאמר השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש. ואם לא קיים העשה שבה כגון שאבד המשכון או נשרף לוקה ומחשב דמי המשכון לבעליו ותובע השאר בדין עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א שבוש הוא זה אלא מפני שנתחייב באחריותו כדכתיבנא לעיל עכ"ל. ושיטת הרמב"ם צ"ע, דהרי לענין גזילה פסק הרמב"ם (פ"א מהל'

[136] ואע"פ שאינו מחייבו באונסין כר' יצחק אלא בגזלה ואבדה כש"ש מ"מ המלוה קונה בו מקצת קנין בחפצא ואילו בשעת הלואה אינו קונה בו קנין כלל. ועיין בשיעורים לקמן (דף פב.) בענין משכון דר' יצחק.

גזלה ה"א) וז"ל כל הגוזל את חבירו שוה פרוטה עובר בלא תעשה שנאמר לא תגזול, אין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנאמר והשיב את הגזלה אשר גזל זו מצות עשה. ואפילו שרף הגזלה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמיה וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו עכ"ל. וצ"ע מ"ש דבמשכון פסק דלוקה ואילו בגזילה ס"ל שאינו לוקה דהוי לאו הניתן לתשלומין, והרי אם נשרף המשכון או שנאבד חייב המלוה לשלם עבור המשכון, וא"כ לכאורה הוי לאו הניתן לתשלומין כמו גזלה, ואמאי לוקה.

והנה מדברי הרמב"ם (בפ"א מהל' גזלה ה"א) משמע שהמצוה ד"והשיב את הגזלה אשר גזל" מתקיימת רק בהשבת הבעין עצמו ולא בתשלומין, ומשו"ה הוצרך הרמב"ם לומר דכשנשרף הגזלה אינו לוקה מטעם חדש דהוי לאו הניתן לתשלומין, ולא נקט דאף כשנשרף ומשלם דמים הוי ליה לאו הניתק לעשה - שמקיים בתשלומין מצות והשיב את הגזלה אשר גזל. וכן משמע ממש"כ (בפ"א מהל' גזלה ה"ה) וז"ל כל הגוזל חייב להחזיר הגזלה עצמה שנאמר והשיב את הגזלה אשר גזל, ואם אבדה או נשתנית משלם דמיה וכו' עכ"ל, ומשמע דקיום מצות והשיב אינו אלא בהשבת הבעין ולא בתשלומי דמים. והרמב"ם חולק על שיטת התוס' במס' מכות דף טז. (ד"ה התם) דס"ל שאף בתשלומי דמים חל קיום מצות והשיב את הגזלה אשר גזל[137]. אולם יתכן לומר שאף הרמב"ם מודה לתוס' וס"ל שחל קיום מצות השבת הגזלה ע"י תשלומין והא דהוצרך לומר בגזלה שאם נשרפה הגזלה אינו לוקה משום טעם חדש דהוי לאו ניתן לתשלומין ולא משום לאו הניתק לעשה הוא דס"ל דחלות פטור מלקות מדין לאו הניתק לעשה חל רק כשמשיב את הבעין ומקיים מצות השבת הגזלה בשלימותה, משא"כ בתשלומי דמים אע"פ שמקיים מצות והשיב את הגזלה אשר גזל מ"מ לא הויא השבה מעלייתא ולא קיים המצוה בשלימותה, וע"כ הוצרך לטעם נוסף דהוי ליה לאו הניתן לתשלומין. אמנם לפי"ז י"ל דכוונת הרמב"ם במש"כ דהוי לאו הניתן לתשלומין אינו סתם שאינו לוקה מאחר שמשלם ממון, אלא כוונתו היא דחל קיום השבה בתשלומי הממון ומשו"ה אינו לוקה. ולפי"ז י"ל דבזה חלוק התשלומין במשכון שנשרף מתשלומי גזלה שנשרפה, דבמשכון אין התשלומין קיום מצות השבה ואינם אלא תשלומין החלין מדין אחריות דשומר, ומשו"ה לוקה ולא אמרינן דהויא לאו הניתן לתשלומין. ועוד י"ל דהרמב"ם והראב"ד נחלקו בגדר הלאו דלקיחת המשכון שלא כדין, דהרמב"ם סובר דהלאו הוי

[137] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' ב"ק עמ' שכ"ד, שמ"ב, ועמ' ש"ס - בביאור שיטת הרמב"ם והתוס' במצות והשיב את הגזלה אשר גזל.

חלות איסור כשאר איסורי לאוין שבתורה והא דמחויב המלוה בתשלומין הוא רק מדין חיוב שמירה, ואילו הראב"ד סובר דעצם הלאו מחייבו ממון, והוי לאו דממון, ומשו"ה הוי לאו הניתן לתשלומין ואין לוקין עליו.

גמ'. פתח תפתח אין לי אלא לעניי עירך לעניי עיר אחרת מנין ת"ל פתח תפתח מכל מקום. יש לעיין מהו ביאור ההו"א של הגמ' דחייב לתת צדקה רק לעניי עירך ולא לעניי עיר אחרת. וי"ל דכתיב בפרשה של צדקה (דברים טו: ז) "כי יהיה בך אביון מאחד אחיך באחד שעריך", דמשמע דהחיוב הוא רק בעניי עירך. ועוד י"ל דס"ד דיש מחייב של צדקה רק כשהעני מבקש ולכן ס"ד דחל חיוב צדקה רק בעני עירך מפני שבעניי עירך העני מבקש. אמנם נראה דלמסקנת הגמ' שחייב ליתן צדקה אף לעניים של עיר אחרת דחל חיוב לתת צדקה גם בלי שהעני מבקש. ועיין ברמב"ם (פ"ז מהל' מתנות עניים ה"א - ה"ב) וז"ל מצות עשה ליתן צדקה לעניים כפי מה שראוי לעני אם היתה יד הנותן משגת שנאמר פתוח תפתח את ידך לו וכו' וכל הרואה עני מבקש והעלים עיניו ממנו ולא נתן לו צדקה עבר בל"ת שנא' לא תאמץ את לבבך ולא תקפוץ את ידך מאחיך האביון עכ"ל. ומבואר ברמב"ם דעובר על הלאו רק כשהעני מבקש ממנו צדקה ומעלים עין ממנו, ואילו העשה דפתוח תפתח חל בכל עני ואף אם אינו מבקש. והנה יש חיוב להיות רודף צדקה וחסד ולחפש עניים לעזור להם. ונראה דחיוב זה הוא ממצות "והלכת בדרכיו" מה הוא רחום אף אתה היה רחום. ונמצא דיש ג' דינים בצדקה: א) אסור לאו שאסור להעלים עין מעני המבקש ממנו צדקה, ב) מצות עשה דפתוח תפתח אם יודע שיש עני אע"פ שאין העני מבקש צדקה, ג) מצוה לרדוף אחרי עניים לתת להם צדקה ממצות והלכת בדרכיו.

גמ'. אין לי אלא מתנה מרובה מתנה מועטת מנין ת"ל נתן תתן מכל מקום. ופרש"י (בד"ה מתנה מועטת מנין) וז"ל אם אי אפשר לך ליתן מתנה מרובה עכ"ל. ונראה דסד"א דמתנה מועטת יכול אף אדם אחר ליתן לעני ואפשר למצוה להתקיים ע"י אחר, קמ"ל שאין לסמוך על אדם אחר בצדקה ומצות צדקה הבאה לידך אל תחמיצנה וחייב ליתן אף מתנה מועטת אע"פ דאפשר לעני לקבל מתנה מועטת ע"י אדם אחר.[138]

[138] לכאורה הס"ד עדיין מחוסרת ביאור דמה איכפת לן דאדם אחר יכול ליתן מתנה מועטת לעני והרי חל חיוב צדקה על כל יחיד ויחיד. ויתכן לומר דס"ד אמינא דמצות צדקה הוי מצות ציבור ולא רק מצות יחיד, ולכן סד"א דבודאי הציבור יתן מתנה מועטת לעני, ולכן ס"ד דהיחיד פטור מחיובו דיכול לסמוך על הציבור, וקמ"ל דחייב בתורת יחיד ואי אפשר לסמוך על נתינת צדקה של הציבור, והוא חידוש דין במצות צדקה. וע"ע ברשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"א בענין צדקה דהגר"ח זצ"ל ביאר דיש ב' פרשיות במצות צדקה בתורה: א) פתח תפתח דהיא מצות היחיד ב) והחזקת בו שהיא מצות ציבור.

גמ'. יש לו ואינו רוצה להתפרנס. עיין בגמ' (קידושין לב א) דיש מחלוקת האם כבוד אב משל אב או משל בן, ועיי"ש בתוס' (ד"ה אמרו) דהשאילתות פסק דמשל אב, אך היכא דלית ליה לאב ואית ליה לבן חייב הבן "דלא יהא אלא אחר". ולכאורה ר"ל דחייב מדין צדקה. אך לכאורה צ"ע בזה דהרי פשיטא דחייב לבן לתת לאביו צדקה אם אין לאב ממון ד"מבשרך אל תתעלם" ואביו קודם לשאר עניים שבעולם. וי"ל דתוס' ס"ל דחל חיוב לתת לאב מדין כבוד אב ולא רק ממצות צדקה[139]. ועוד צ"ע למ"ד דס"ל דבצדקה אם יש לו ואינו רוצה להתפרנס נותנין לו למה למ"ד בשל אב אם האב אינו רוצה הבן פטור. וי"ל דבצדקה נותנין לו הלוואה ויגבה אותה לאחר מיתת המקבל, משא"כ באב אינו נותן הלוואה אלא מוציא ממון בשביל האב (ועיין בכתובות דף סז:).

גמ'. נותן לו שכרו כפועל בטל מאי פועל בטל אמר אביי כפועל בטל של אותה מלאכה דבטל מיניה. ופרש"י בד"ה כפועל בטל וז"ל כמה אדם רוצה ליטול ולפחות משכרו ליבטל ממלאכה זו כבדה שהוא עוסק בה לעסוק במלאכה קלה כזו, הכל כפי כובד המלאכה וריבוי שכר יש מלאכה שטורחה קל ושכרה רב או חילוף עכ"ל. ועיין בשיטמ"ק שכתב בשם הריטב"א וז"ל ונראה שאין אומדן זה להחמיר על בעל אבידה אלא להקל, שאלו היתה מלאכתו הראשונה קלה ושכרה מרובה ואלו היתה טורח האבידה כבדה ושכרה מועט אין לו אלא שכר שהיה נוטל במלאכה זו, דהא לא אקני ליה אלא מלאכת פועל בלבד וכו' עכ"ל. והנה יל"ע האם משלמין למוצא המציאה שכר פעולה על פעולת ההשבה או"ד דמשלמין לו שכר משום שמפסיד ממון, ומשלמין עבור ההפסד. ולכאורה יהא נפ"מ בזה אי חל בהני תשלומין איסור בל תלין או לא. ומדברי הריטב"א משמע שמשלמין לו שכר פעולה על מלאכת ההשבה. ועיין בתוס' (לקמן סח א ד"ה ונותן) וז"ל וא"ת א"כ הוא נוטל שכרו על השבת אבידה ובהכונס (ב"ק נו ב) אמרינן דטעם דשומר אבידה הוי כשומר חנם משום דמאי הנאה קא מטי ליה וכו' וי"ל דאין לחוש אם נוטל שכר כיון שעוסק במלאכה אחרת ומפסיד עכ"ל. ומשמע דס"ל דמקבל שכר פעולה עבור ההשבה. ועוד כתב הריטב"א דיש אומרים דמשלמין לו כפועל בטל היינו דנוטל שכר כשומר קישואים - שנוטל שכר כמה היה רוצה ליטול להיות בטל ממש. והי"א ס"ל שאין משלמין למחזיר האבידה שכר הפעולה ולא דמי הפסדו, דמכיון שהוא עוסק במצוה וחייב במצות השבת אבידה אין צריך לשלם לו דמי הפסדו או שכר

[139] ויתכן דנפ"מ ביתר מחומש דבצדקה קיי"ל דאל יבזבז יותר מחומש כשאר מצות עשה ואם ההוצאות הן יותר מחומש י"ל דהבן פטור. משא"כ אם חל החיוב מדין כבוד אב אזי י"ל דחל נמי איסור מורא אב ובאיסורים קיי"ל דאין שיעור ופטור דיותר מחומש וחייב אדם לבזבז כל ממונו שלא לעבור על איסור, וא"כ יתכן דהבן יהיה חייב לשלם אף יותר מחומש לפרנס את אביו בכדי שלא לעבור על איסור מורא אב.

על פעולתו - דעל מצוה אין שכר פעולה ואינו חייב נמי ליתן דמי הפסדו דהבעלים לא גרמו להפסדו, ורק תיקנו דמשלם לו שכר בטלה כשומר קישואים. ועיין לקמן (סח.) בהגהות הגר"א אות ב' שהביא מחלוקת ראשונים האם שכרו כפועל בטל הוי דמי הפסדו או דמי הפעולה שעושה. ונראה דהדיון האם הוי דמי הפסד או דמי הפעולה תלוי בב' ספיקות, א) האם מצוה נתפסת בחלות פעולה או לא, ב) האם יש בעלים להיות המשכיר של המשיב אבידה לשלם לו שכר פעולתו, די"ל דזה לא שייך בהשבת אבידה דהמשיב איננו פועל של הבעלים אלא מקיים מצות התורה דקא רמיא עליה להשיב את האבידה לבעלים, ולכן לא שייך שיקבל דמי פעולה אלא דמי הפסדו. או"ד י"ל דאף משיב אבידה הוי פועל של בעל האבידה ומקבל ממנו שכר פעולתו. ועיין בפ' הר"ח דמשלם לו כחייט שאין לו מלאכה דכמה היה לוקח להיות חייט או כובס לבנים. ונראה דלר"ח אינו משתלם על הפסדו ולא על פעולתו אלא מקבל שכר בטלה בעלמא, וחכמים שיערו לתת לו שכר בטלה כחייט שאין לו מלאכה כמה היה לוקח להיות חייט או כובס לבנים. ושיטתו דומה לשיטת הראשונים דנוטל שכר כשומר קישואים אלא דלר"ח תיקנו לו כפי מה שמוכן לקבל כחייט, והוי שכר בטלה בעלמא ודלא כרש"י דס"ל דהוי שכר פעולה. ועיין בשטמ"ק (ד"ה נותן) שכתב וז"ל וא"ת מ"ש הכא דשקיל כפועל בטל של אותה מלאכה והתם (בדיינות) לא שקיל אלא כפועל בטל לגמרי. י"ל דשאני התם משום דמחייב בכל ענין ואפילו היכא דבטל ממלאכתו דדרשינן אני ה' מה אני בחנם וכו' שאין לו ליטול שכר טרחו כלל משו"ה לא שקיל אלא כבטל לגמרי אבל הכא דכשהוא בטל ממלאכה אי בעי לא משיב דכתיב אפס כי לא יהיה בך אביון הילכך שרי ליקח שכר בטלו דאותה מלאכה דבטל מיניה עכ"ל. ונראה דהשיטמ"ק מחלק בין דיינות לבין השבת אבידה, דבהשבת אבידה הפסד הממון דבעל האבידה מחייב את המוצא אך חל פטור "כי לא היה בך אביון", ולכן בעל האבידה מחויב לשלם למוצא את שכר פעולתו כי המוצא עובד עבורו כשהוא משיב לו את אבידתו. משא"כ בדיינות שאין הדיין מתחייב לדון מחמת הפסד הממון של בעלי הדין, ואין בעלי הדין מחייבים אותו לדון אלא התורה עצמה מחייבת אותו לדון, והחיוב חל על הדיין לדון כדי לעשות צדק ומשפט ולא חל פטור "כי לא יהיה בך אביון" ולפיכך אין הדיין פועל של בעלי הדין ואינו משתלם מהם כפועל כלל אלא מקבל דמי חייו כשומר קישואים בעלמא. והשיטה דס"ל דאף שומר אבידה משתלם כשומר קישואים סובר דכל מצוה אינה חפצא של פעולה ויש לו רק דין שמקבל כדי חייו כשומר קישואים בעלמא. ואילו שאר הראשונים ס"ל דבהשבת אבידה המוצא נעשה לפועל של בעל האבידה להחזיר לו אבידתו ומשלם לו

שכר פעולה כי בעל האבידה מחייבו במצות השבה ובפעולת השבה עבורו ולכן מקבל ע"ז שכרו כפועל. ויש עוד שיטה דמכיון דבעל האבידה מחייבו מקבל שכר הפסדו אך מ"מ אינו פועל שלו לקבל דמי פעולה.

תוס' ד"ה אם יש שם ב"ד.

א.

ביאור תוס' ד"ה אם

וז"ל שישלם לו כל מה שישתכר במלאכה שהוא עושה ואם אין ב"ד לא ישיב כיון שאם ישיב לא יהא לו אלא כפועל בטל. ונראה דהמוצא מחוייב להתנות בפני ב"ד ולהשתכר בכדי לקיים חובת המצוה דהשבת אבידה.

בא"ד. וי"ל דנ"מ לכושרא דחיותא או לטרחא יתירא וכו' עכ"ל. ונראה דר"ל דחיוב השבת אבידה מחייב השבת הבעין ואע"פ שאין הבעלים מרוויחים ממון בהשבת האבידה. וכושרא דחיותא וטרחא יתירא הוי סברא לחייבו בהשבת הבעין.

בא"ד. וכה"ג משני בסוף השוכר את הפועלים (דף צג:) עכ"ל. ובסוגיא שם מבואר דש"ח אינו חייב לקדם ברועים ובמקלות אלא בחנם וש"ש חייב בשכר. ונראה דש"ח פטור משום שלא קבל על עצמו אלא שמירה פחותה ופטור מלהוציא מעות ולהשכיר רועים ומקלות דהוי חיוב שמירה מעולה של ש"ש בלבד.

בא"ד. ומסתמא ש"ח נמי שקדם בשכר חוזר ונוטל מבעה"ב עכ"ל. ונראה דדין זה חל מדין משיב אבידה.

בא"ד. ואין משלם לו דמי חמורו שטבע עכ"ל. התוס' הקשו למה לא משלם לו דמי הפסדו. ונראה שאם מפרשים שמקבל שכר בטלה במשיב אבידה דהיינו שכר פעולה ולא דמי הפסד לא קשיא דהתם נמי מקבל שכרו כפועל. ותוס' סברי דתשלומי שכר בטלה היינו דמי ההפסד ולכן הקשו למה אינו מקבל דמי הפסד חמורו.

בא"ד. וי"ל דהתם מיירי כשהיה יכול להציל ע"י הדחק וכו' עכ"ל. ונראה דיש ב' דינים בתשלומי הצלה: א) אם אין הבעלים יכולים להציל כלל אזי משלמים למציל כל הפסדו, ב) אם הבעלים יכולים להציל ע"י הדחק משלמים למציל רק שכר בטלה אך לא כל הפסדו. ועיין בראשונים דהדין לשלם למציל הוי תקנתא דרבנן ולא הוי מדאורייתא.

בא"ד. ולפי"ז אם השר גזל ביתו של ישראל ובא חבירו ישראל ופייס אותו בדמים מועטים אם ירצה בעה"ב ליקח ביתו ישלם דמים לחבירו וכן פסק רבנו גרשום עכ"ל. ועיין בתוס' ב"ק (דף נח. ד"ה א"נ) וז"ל אין לדמותו כלל למבריח ארי דכיון שיצא הבית מחזקת ישראל ובא ליד הנכרי וזה מוציאו מיד הנכרי ומחזירו ליד ישראל לא דמי

למבריח ארי עכ"ל. כלומר דהבית יצא מרשות ישראל לרשות נכרי והוי אבוד והשבת אבידה אינה מבריח ארי. דמבריח ארי היינו להצילו טרם שהוא אבוד ושלא יאבד ומשו"ה פטור. ואע"פ שקרקע אינה נגזלת היינו עפ"י דין דבכל מקום דאיתיה ברשותיה דמרא קמא איתא, אך בהיכי תימצי הקרקע אצל השר אבודה היא. אך לפי"ז צ"ע למה בכל מבריח ארי לא נאמר שהחפצא הוי אבוד מפני הארי המגיע. וצ"ל דיש איזה שיעור בהצלה דאם הארי כבר בא לכאן דיש ברי היזקא אזי חל דין אבידה והמשיב אבידה מן הארי מקבל את שכרו. אבל אם הארי עדיין איננו כאן אלא שיש פחד שמא יבוא הארי דלא ברי היזקא אזי החפצא אינה אבידה ומבריח ארי באופן כזה אינו מקבל שכר. אך קשה להגדיר את השיעור מתי נחשב שהארי כבר כאן ומתי איננו כאן אלא שיש חשש שיבוא, וצ"ע בזה.

והנה התוס' כתבו דבלא ברי היזקא אינו משלם דהבעלים פטורים מלשלם לו מדין מציל עבור הפסדו ושכר פעולתו, אולם בב"ק (נח.) מבואר דמשלם מה שנהנית למבריח ארי אע"פ דלא ברי היזקא אם הבריח הארי שלא מדעתו או שיש לו פסידא. ובביאור שיטת רש"י דהקונה בית מן השר הוי מבריח ארי ויחזיר הבית לבעלים בחנם ואינו מקבל התשלומין דמשיב אבידה ומציל, י"ל דעפ"י דין הבית נחשב ברשות הבעלים דקרקע אינה נגזלת ומשו"ה אין לו דין מציל. אך לכאורה סברא זו קשה דהרי במים ששוטפין ובאים לשדה חבירו נחשב למציל ומקבל שכרו וכדאיתא בתוס' וחזינן שדין מציל אינו תלוי בחלות שם אבידה בחפצא, דהתם מיירי בהצלת הקרקע מהפסד וחל דין מציל אף בקרקע ומוכח דדין מציל תלוי בהיכי תימצי שהבעלים עומדים להפסיד את ממונם ובא א' והציל אותם מהפסד ממון וחל דין מציל גם במציל קרקע מהפסד. ויתכן לומר דרש"י מחלק בין השבת אבידה כשהוציא המוצא מעותיו או הפסיד ממון בכוונה כדי להציל את ממון חבירו דאזי תיקנו שיקבל תשלומין עבור ההצלה שעשה. משא"כ בקנה הבית מנכרי באופן שלא התכוון להציל את ממון חבירו אלא שקנאו לעצמו שלא לשם הצלת ממון חבירו ולבסוף התחרט והחזיר את הבית לבעליו דחייב להחזירו לבעלים בחנם ואינו מקבל תשלומין כי לא התכוון למעשה הצלה מלכתחילה דרק מי שעשה מעשה הצלה בכוונה להציל מקבל שכר מדין משיב אבידה.

בא"ד. וא"ת דפורע חובו דשרי למודר הנאה וכו' וי"ל דהתם נמי אין מציל מן ההפסד דמה שמלוה טורח ממנו אין זה הפסד שהרי נתחייב לו וכו' א"נ וכו' הוינא מפייס ליה ומחיל ליה וכו' עכ"ל.

ונראה דבמודר הנאה רק הנאה שאפשר לקבל עליה תשלומין מהמודר נאסרת אם המדיר מהנהו בזו. ולכן פורע חובו דהוי מבריח ארי ואין בו תשלומי מציל, אין ההנאה דפריעת החוב ע"י המדיר אסור למודר. ופליגי ב' התירוצים בתוס' למה פורע חוב אינו מקבל תשלומי מציל ומשיב אבידה ואע"פ שיש לפורע החוב הפסד. לתירוץ השני בתוס' לא ברי היזקא דיתכן דייפייס הלוה למלוה וימחול את החוב. ולתירוץ הראשון אין הפורע חובו מציל את הלוה מנזק דהא הלוה חייב לשלם למלוה. אלא הפורע הרוויחו בממון שהלוה לא ישלם עכשיו למלוה, ומנע מהלוה הפסד ממון, אך לא הצילו מנזק. ותקנת משיב אבידה ומציל לקבל תשלומין מהנהנה חל רק בהצלה מנזק ולא במניעת הפסד ממון דעלמא שאינו מניעת נזק.

ולענין הלכה עיין בר"ן (נדרים דף לג: ד"ה ולענין הלכה) דלירושלמי החכמים פליגי עם חנן רק במפרנס את אשתו אבל בשאר חובות מודים ליה, וחנן אמר את דינו גם במלוה על המשכון, עי"ש.

ב.

שיטת הרמב"ם בפורע חובו של חבירו

כתב הרמב"ם (פ"ו מהל' נדרים ה"ד) וז"ל ראובן שנאסרה עליו הניית שמעון בין בנדר בין בשבועה מותר לו שיתן על ידו מחצית השקל שראובן חייב בה, וכן פורע חוב שעליו שהרי לא הגיע ליד ראובן כלום אלא מנע ממנו התביעה ומניעת התביעה אינה בכלל איסור הנייה. לפיכך מותר לו לזון את אשתו ואת בניו ועבדיו אפילו הכנענים אע"פ שהוא חייב במזונותיהם עכ"ל. ומבואר דס"ל דפורע חוב של חבירו הוי מבריח ארי, דמנע ממנו תביעה ואין כאן הנאה המחייבת בתשלומין ואינה הנאה מהמדיר למודר במודר הנאה. ומאידך כתב הרמב"ם (פכ"ו מהל' מלוה ולוה ה"ו) וז"ל ערב שקידם ונתן לבעל חוב את חובו הרי זה חוזר וגובה מן הלוה כל מה שפרע על ידו אע"פ שהיתה מלוה על פה או בלא עדים כלל. בד"א כשאמר לו הלוה בעת שנעשה לו ערב ערבני ושלם אבל אם עמד ברשות עצמו ונעשה לו ערב או קבלן או שאמר לו הלוה ערבני ולא הרשהו שיתן ויפרע החוב אין הלוה חייב לשלם לו כלום. וכן הפורע שטר חובו של חבירו שלא מדעתו אפילו היה החוב על המשכון אין הלוה חייב כלום ונוטל משכונו בחנם והרי אבד זה הנותן את מעותיו שמא היה הלוה מפייס את המלוה ומוחל לו עכ"ל. כאן פסק הרמב"ם שהלוה פטור מלשלם לערב מטעם דלמא הוינא מפייס ליה ומחיל ליה. ועיין בראב"ד שהשיג וז"ל דברים שאין הדעת מקבלתן ואין השכל סובלן עכ"ל. וצ"ב במחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד.

ונראה דיש לעיין במי שפרע חוב חבירו האם עפ"י דין חל שם פרעון דנחשב כאילו הלוה עצמו פרע את החוב או"ד דלא חל חלות שם פרעון עפ"י דין - דרק הלוה עצמו יכול לפרוע את החוב, אלא דהמלוה הסכים לא לתבוע את הלוה מכיון שקבל הכסף מהשני. ונראה דבהל' נדרים הרמב"ם מיירי דאדם שני שילם למלוה בלי חלות שם פרעון עפ"י דין ומשו"ה לא הוי אלא מבריח ארי בעלמא דמנע את התביעה ומ"מ לא חל חלות שם פרעון דרק הלוה עצמו יכול לפרוע את החוב. ונראה דהמקור לדין זה הוא מהגמ' בנדרים (דף לג. - לג ב) "אלמא אברוחי ארי בעלמא הוא ושרי מאן תנא אמר רב הושיעא זו דברי חנן היא רבא אמר אפילו תימא דברי הכל גבי מודר הנאה דיהיב ליה ע"מ שלא לפרוע". וצ"ע דאם מיירי שנתן את החוב מלכתחילה ע"מ שלא לפרוע אזי אינו חוב כלל. אך נראה דהרמב"ם מפרש דרבא מיירי שהשני נתן את כספו למלוה ע"מ שהמלוה לא יפרע את החוב מהלוה, דהיינו שמנע במציאות את תביעת המלוה אך לא פרע את עצם החוב, ומשו"ה לכולי עלמא מותר.

מאידך בהל' מלוה ולוה מיירי הרמב"ם באדם שני שעשה את עצמו ערב בעד החוב, ולכן מכיון דהוי ערב כשהוא נותן כספו למלוה חל חלות שם פרעון של החוב. וחלות פרעון החוב נחשבת להנאה ישירה מהערב ללוה המחייבת הלוה בתשלומין לערב ואינו מבריח ארי ומשו"ה פסק הראב"ד דבכה"ג חייב הלוה לשלם לזה שפרע את החוב מדין ערב. ואילו הרמב"ם פסק דמ"מ פטור מלשלם משום דשמא היה מפייס את המלוה והיה מוחלו. ולכן הלוה חייב לשלם רק לערב מדעת הלוה שבעת שנעשה לו ערב אמר לו ערבני ושלם, דאזי הלוה התחייב מדעת לשלם לערב על הוצאותיו. משא"כ בערב שלא לדעת לא התחייב הלוה לשלם לו אלא שמחמת חלות הפרעון רוצה הערב שהלוה ישלם דאזי הלוה פטור מטענתו שמא היה מפייס למלוה והיה מוחל.

ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' נדרים ה"ז - ה"ח) וז"ל אסר בנו בהנייתו וכו' זה הבן אסור בירושת אביו אם נתן ירושת אביו לאחיו או לבניו ה"ז מותר, וכן אם פרעם בחובו או בכתובת אשתו, וצריך להודיעם שאלו נכסי אבי שאסרן עלי שהנשבע שלא יהנה בו חבירו מותר לו לפרוע את חובו כמו שיתבאר עכ"ל. וכל דבריו צ"ע. וכבר השיג עליו הטור (עיי"ש בנושאי כלים) דקשה דנהי דמדיר יכול לשלם חוב של המודר אך פשיטא דמי שאסור בהנאת נכסיו שאסור לו לפרוע מהם את חובו דבזה הוא נהנה בעצמו באופן ישיר מהנכסים האסורים לו בהנאה. ומקור הרמב"ם הוא במשנה (ב"ק דף קטז.) "ואם אין לו לוה ובעלי חוב באים ונפרעים", כלומר דבע"ח גובים מעצמם ובעל כרחו מנכסי המודר ובכך המודר לא עשה מעשה איסור של הנאה ומותר. משא"כ בציור של הרמב"ם

שהתיר לו למודר עצמו לשלם את חובו מנכסים האסורים עליו, וצ"ע. ועוד צ"ע ברמב"ם שכ' "וצריך להודיעם שאלו נכסי אבי שאסרן עלי" דלמה צריך להודיעם את זה, דמה זה נוגע להם, הרי הנכסים מותרים להם. ונראה שהרמב"ם התכוון לומר שהמודר אינו רשאי להשתמש בנכסים האלה האסורים עליו לפרוע את חובו בחלות שם פרעון החוב, שהרי אסור לו ליהנות מהנכסים האסורים עליו. אלא שמותר לו למודר לומר לבע"ח לקחת את הנכסים האלה ולעכבם אצלו כדי להשתמש בהם, ובתנאי שלא יגבה ממנו את חובו משאר נכסיו. והוי בעצם אותה ההלכה שבהל' נדרים (פ"ו מהל' נדרים ה"ד) שמותר למדיר לתת את כספו למלוה ואינו פורע את חוב המודר אלא רק מונע את תביעת המלוה בהיכי תימצי דה"ה כאן שאסור לו למודר לפרוע את חובו מהנכסים אלא שמותר לו לתת את הנכסים לבע"ח כדי למנוע את תביעת החוב בהיכי תימצי דכל זה מותר באיסורי הנאה דנדרים דמכיון דלא חל פרעון החוב נתינת הכסף אינה אלא מבריח ארי בעלמא שמותר. ובכך מבואר מה שצריך המודר להודיע לבעל חובו דאינו פורע את החוב מהנכסים אלא שמונע את תביעת החוב במציאות כי הנכסים אסורים עליו ואסור לו ליהנות מהם בפריעת החוב.

ג.

המשך ביאור דברי התוס' ד"ה אם

תוס' ד"ה אם בא"ד. והא דקרי ליה בפ' ח"ה (ב"ב נג א) מבריח ארי וכו' כלומר אין זו חזקה כיון שאין מתקן השדה עכ"ל. דחזקת קנין צ"ל תיקון לשדה ולא רק מניעת הפסדו. **בא"ד. משום שיכול לומר הייתי מוצא אוהבים הרבה שיפרעו עבורי עכ"ל**. ומשו"ה אינו ברי היזקא. ועיין במשנה נדרים (לג.) "פורע את חובו ושוקל את שקלו" ולכאורה י"ל דגם בשקלו ימצא אוהב שישקול שקל בשבילו. ולפי הדיעה הראשונה בתוס' ג"כ אתי שפיר דכמו במלוה שחייב הלוה לשלם והפורע אינו מצילו מן ההפסד כן הוא בשקלו שהריהו חייב לשלם ואין כאן הצלה מהפסד. וכבר ביארנו דאליבא דהרמב"ם דפורע את חובו מותר היינו רק כשאינו פורע את החוב בחלות שם פרעון אלא שנותן כספו למלוה כדי שהמלוה לא יתבע את הלוה, אבל הלוה עדיין חייב, ומשו"ה הו"ל מבריח ארי בעלמא ואינו מהנהו ומצילו. ולכאורה אליבא דהרמב"ם ה"ה בשוקל את שקלו דאינו פורע את חובו להקדש אלא רק מונע את התביעה ומשו"ה אינו מהנהו.[140]

[140] אמנם צ"ע דבשלמא מלוה הוי בעלים להמנע מלתבוע את חובו אך לכאורה הגזבר אינו בעלים דהקדש וא"כ היאך יכול להמנע מלתבוע את השקל עבור הקדש.

ברם עיין בגמ' כתובות (דף קח.) "שוקל את שקלו וכו' מצוה קעביד דתנן תורמין על האבוד ועל הגבוי ועל העתיד לגבות". ופרש"י (ד"ה ועל) וז"ל ואפילו לא נגבה לאחר מכאן יש לו חלק בתרומה ובקרבנות אלא שחיסר מצוה, נמצא שכר המצוה על הנותן עכ"ל. ועיי"ש בתוס' (ד"ה ועל) דפליגי על רש"י וז"ל והא דאמר הכא שוקל לו את שקלו באבוד וגבוי דלא מיחייבי בעלים באחריות עכ"ל. ונמצא דבין לרש"י ובין לתוס' יש לו חלק בקרבנות גם בלי שחבירו שקל לו את שקלו ולא נהנה מחלק בקרבנות. ולרש"י ותוס' מכיון דיש לו ממ"נ חלק בקרבנות ליכא חיוב ממון להקדש, דחיוב ממון להקדש חל רק כדי שיהיה לו חלק בקרבנות, אך מכיון דתורמין וכו' דעכ"פ יש לו חלק בקרבנות ליכא חוב להקדש וזה ששקל בשבילו לא פרע את חובו כלל, דליכא חיוב ממון אלא רק מצות נתינת מחצית השקל בעלמא. ולפי"ז מסתבר דהשני ששקל את שקלו לא קיים המצוה בשביל הראשון שלא שקל שקלו, דהמצוה היא חובת גברא שיתן בעצמו וכדכתיב "והדל לא ימעיט" ואדם אחר לא יכול לקיים את מצות הנתינה בשבילו. ויתכן שזוהי כוונת רש"י שכתב "נמצא שכר המצוה על הנותן" דהיינו שהמצוה של נתינה קיימה הנותן שנתן שקל נוסף ללשכה יותר מהשקל שלו שחייב לתת, שנתן ב' שקלים ללשכה - שקל א' בשביל עצמו שבזה קנה חלקו בקרבנות ושלם את חובו ושקל שני שנתן בנתינה בעלמא וקיים מצוה נוספת של נתינה ללשכת הקרבנות אך חברו שלא נתן את שקלו לא קיים מצוה כלל. ולפי"ז צע"ק בלישנא "שוקל את שקלו" דמשמע שיש איזו קיום מצות נתינה בשביל זה שלא נתן כלל, ושהשוקל קיים מצוה בשבילו, וצ"ע.

ועיין בגמ' קידושין (דף ז.) "הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני" כלומר דאדם שני יכול לתת כסף קידושין לאשה שתתקדש לפלוני. וה"ה בכל קניני כסף דאדם שני יכול לתת כסף הקנין למקנה עבור קנין הקונה שלא נתן כלום. ויל"ע במחצית השקל כשהשני שוקל את השקל עבור חבירו האם שקלו מועיל מדין עבד כנעני כבקנינים ובקידושין או לא. ולכאורה י"ל דלא חל דין עבד כנעני בנתינת מחצית השקל, דמחצית השקל אינו כסף קנין, דאינו קונה ע"י חלק בקרבנות בקנין כסף כי תרומת הלשכה מזכהו בחלקו בקרבנות הציבור דזכה בו ממצות התרומה, ולא חל בזה קנין כסף דהשוקל. ונראה דזהו היסוד שקבעה הגמ' בכתובות דלא תימא שהשקל הוי כסף קנין ושכהשני שוקל את שקלו חל דין עבד כנעני שקונה בשבילו חלק בקרבנות דבזה הריהו מהנהו ואסור במודר הנאה, דזה אינו דהא תורמין וכו' וגם בלי נתינת השקל יש לראשון חלק בקרבנות ומוכח מזה דהשקל אינו כסף קנין אלא מצוה נפרדת ובכן

שוקל את שקלו במודר הנאה, כי אינו קונה בשבילו חלק בקרבנות אלא רק מקיים מצות נתינת מחצית השקל, ואין בזה הנאה הנאסרת במודר הנאה.

בא"ד. ולפ"ז אם השר גזל ביתו של ישראל ובא חבירו ישראל ופייס אותו בדמים מועטים אם ירצה בעה"ב ליקח ביתו ישלם דמים לחבירו וכן פסק רבנו גרשום אבל רש"י פסק שיחזיר לו ביתו חנם וכו'. ביארנו לעיל דלרש"י אין לו דין מציל לקבל שכרו או הפסדו משום שלא התכוון מלכתחילה להצלה אלא לקנות את הבית לעצמו מן השר. ואילו אם התכוון מלכתחילה להצלה אף רש"י מודה שיקבל שכרו דהא הבית אבוד בהיכי תימצי והוי הצלה גמורה אילולא שכוונתו לא היתה לשם הצלה. וצ"ב בשיטת רבנו גרשום. ונראה דר' גרשום סובר דמכיון דהמציל הוציא ממון וקנה את הבית מהשר מקבל הוא קנינים בחפצא של הבית, ומכיון דהבית קנוי לו יכול לעכבו אצלו עד שיקבל שכרו ודמי הוצאותיו. וכן משמע מתוס' (ב"ק נח א ד"ה אינו) "אנס עכו"ם שאנס ביתו של ישראל ובא ישראל אחר ולקחו ממנו שלא יחזיר לבעלים בחנם". משא"כ לרש"י אע"פ שהוציא מעות לקנות הבית מהשר מ"מ לא קנהו דהו"ל גזילת קרקע שלא נקנה ללוקח אלא שמדין מציל היה לו לקבל שכרו וקבלת שכר אינה אלא זכות תביעת ממון שיש למציל על הבעלים בגלל שהציל את ממונם. אבל כאן מכיון דלא התכוון מלכתחילה להצלה אין לו זכות תביעה על הבעלים, כי זכות תביעה תלויה במעשה הצלה עם כוונת הצלה. ואילו לפי רבנו גרשום יש לו קנין בחפצא ואע"פ שלא התכוון להצלה קנה אותו ומעכבו אצלו עד שהבעלים ישלמו לו את הוצאותיו. ונראה עוד דלר' גרשום יש לו קנין בחפצא רק משום שהוציא ממון, ומתקנה דרבנן קונה את הבית בהוצאת ממונו כששלם לשר. ואילו אם לא הוציא ממון משלו, ורק נתבטל ממלאכתו ולא הרוויח ממון אזי לא קנה קנין בחפצא, אלא שבתורת מציל היה יכול לתבוע את שכר הבטלה שלו מהבעלים, אך מכיון דלא התכוון להצלה אלא לקחת את הבית לעצמו אין לו דין מציל וא"א לו לתבוע את שכר בטלתו מהבעלים.

בא"ד. ועוד נראה אפילו ידוע וכו' נוטל את מה שההנהו עכ"ל. מלשון התוס' "נוטל מה שההנהו" משמע דמקבל דמי מה שנהנית בלבד אך לא כל הוצאותיו והפסדו, ודלא כמש"כ התוס' בשם רבנו גרשום "אם רוצה בעה"ב ליקח ביתו ישלם דמים לחבירו". ויתכן דלא פליגי דלעיל מיירי שרק המציל שהוציא כספו לבדו יכול לקנותו מהשר ולא הבעלים יכולים לקנותו, דבלעדי המציל הבית היה אבוד לגמרי. ואילו כאן מיירי שהבעלים עצמם היו יכולים לשלם לשר ולהוציא מהם את הבית. ונראה דכשהבית אבוד לגמרי מהבעלים אזי קונה המציל קנין בחפצא דהבית ויכול לקבל עבורו כל

הוצאותיו והפסדו. משא"כ באופן שהבעלים עצמם עדיין היו יכולים לשלם ולהציל את הבית מהשר אזי אין המציל קונה קנין בחפצא עבור הפסדו אלא דמדין מציל יש לו זכות תביעת דמי מה שנהנית. וכ"ז הוא שלא כמו שנתבאר לעיל דלר' גרשום ליכא תביעת דמי מציל אלא רק קנין בחפצא כי מסוף דברי התוס' משמע דיש שתי הלכות - קנין בחפצא וגם זכות תביעה.

דף לב.

משנה. פרק וטען אפילו ארבע וחמש פעמים חייב שנא' עזב תעזב.

צ"ע למה לי לגזה"כ לחייבו בפריקה וטעינה אפילו כמה פעמים דלכאורה בכל פעם ופעם יש מחייב חדש לפרוק ולטעון, ומאי קמ"ל. ונראה דהחידוש הוא דכולם מצטרפים לחיוב אחד, ואם אינו פורק וטוען בפעם האחרונה אזי למפרע לא יצא יד"ח פריקה וטעינה כלל ולא קיים מצות פריקה וטעינה אפילו פעם אחת. ונראה להוסיף ביאור בזה עפי"מ שכתב הרמב"ם (פי"ג מהל' רוצח ה"א) וז"ל מי שפגע בחבירו בדרך ובהמתו רובצת תחת משאה וכו' הרי זה מצוה לפרוק מעליה וזו מצות עשה שנא' עזב תעזב עמו עכ"ל. ומשמע מהרמב"ם דהמצוה חלה רק בבהמה הרובצת בדרך, ואילו היתה הבהמה רובצת בחצירו וברשותו של הבעלים אזי לא חלה מצות פריקה וטעינה. ונראה לבאר דין זה עפי"מ שכתב הרמב"ם (שם ה"יד) וז"ל אם מצאו נבהל במשאו מצוה לטעון ולפרוק עמו ולא יניחנו נוטה למות שמא ישהה בשביל ממונו ויבוא לידי סכנה וכו' עכ"ל. ויוצא דלפי הרמב"ם יסוד מצות פריקה וטעינה הוא להציל את הבעלים מסכנת הדרך. ובזה מבואר למה מצות אלו חלות דוקא בדרך דהוי מקום סכנה ולא בחצר הבעלים שאינו מקום סכנה. ואע"פ שגם בחצר יש מצות גמילת חסד בעלמא לעזור לבעלים לפרוק את הבהמה ולהטעינה אך ליכא מצוה מסוימת של פריקה וטעינה. ולפי"ז י"ל דבדרך יש סכנת דרכים אזי הליכת הדרך מתחילתה עד סופה מצטרפת למחייב אחד של פריקה וטעינה כדי שלא יבהל בעל הבהמה ויסתכן ולכן אם אינו עוזר לו לפרוק ולטעון לבסוף אזי כל מה שפרק וטען מתחילה נתבטל ולא קיים מצות פריקה וטעינה כלל מאחר שעדיין יש חשש שמא יבהל בעל הבהמה על ממונו ויסתכן בדרך.[141]

גמ'. אלא מצוה מן התורה לפרוק בחנם ולא לטעון בחנם אלא בשכר ר"ש אומר אף לטעון בחנם וכו' מאי טעמייהו דרבנן דאי ס"ד כר"ש לכתוב רחמנא טעינה ולא בעי

[141] ועיין לקמן דמדדה עמו עד פרסה וכן פסק הרמב"ם (פ"ג מהל' רוצח הה"ה). ונראה דעד פרסה הויא הליכה אחת בדרך א' ויש צירוף משא"כ לאחר פרסה חל הליכה אחרת ונסתיימה מצות פריקה וטעינה הראשונה לגמרי ואין צירף לפריקה אחרת.

פריקה ואנא אמינא ומה טעינה דלית בה צער בעלי חיים וליכא חסרון כיס חייב פריקה דאית בה צער בעלי חיים וחסרון כיס לא כל שכן אלא למאי הלכתא כתביה רחמנא לומר לך פריקה בחנם טעינה בשכר. ורבי שמעון מ"ט משום דלא מסיימי קראי וכו' עכ"ל. עיין בנמוקי יוסף (דף יז: בדפי הרי"ף ד"ה לפרוק בחנם) וז"ל איכא מ"ד דדוקא בשאינו בטל מן הסלע אבל היה בטל נותן לו כפועל בטל דלא עדיף מאבידה וקרי כאן אפס כי לא יהיה בך אביון שלך קודם אלא בבטל קאמרינן דהוי בחנם, ולפי"ז טעינה בשכר אפילו באדם בטל. ואינו מחוור בעיני הרב רבנו ניסים בר ראובן דכיון דאיכא בפריקה צער בעלי חיים אפילו בטל מן הסלע חייב בחנם. אבל טעינה הויא כשאר אבידה דבשכר כל שלא היה בטל, אבל אם בטל בחנם וכו' עכ"ל. ומבואר דאיכא ב' דיעות דלשיטה הראשונה פריקה הוי כאבדה דחייב לעסוק בה בחנם אבל אי מפסיד ממון משלמין לו עבור הפסדו כפועל בטל. אבל טעינה הוי בשכר שלם. והרב ניסים ב"ר ראובן סובר דבפריקה אף אם היה בטל מסלע חייב לפרוק בחנם, וטעינה בשכר היינו כאבידה דנוטל שכר כפועל בטל. ובביאור פלוגתתם נראה לומר דהמחייב דפריקה הוי הצלת הגוף מסכנה וכמש"נ לעיל בדברי הרמב"ם (בפי"ג מהל' רוצח ושמירת נפש הי"ד), ונראה דמשו"ה הרנב"ר ז"ל סובר דאין נוטל שכר כלל עבור פריקה ואף אם היה בטל מסלע ומפסיד ממון חייב לפרוק בחנם, משא"כ בטעינה המחייב הוי הצלת ממון חבירו ולכן נוטל שכר כפועל בטל כבהשבת אבידה דחיובו נמי חל מדין הצלת ממון חבירו. ואילו השיטה הראשונה בנמוק"י ס"ל דפריקה נמי הוי מצוה דהצלת ממון, ומשו"ה ס"ל דנוטל ממון בפריקה כבאבידה. ואילו בטעינה ס"ל דנוטל שכר שלם משום דהתשלומין הם על עצם הפעולה, והשכר הוא תשלומין על פעולת הטעינה. ויתכן לומר עוד דס"ל דאינו נוטל שכר שלם על הפריקה משום דהמחייב של מצות פריקה היא הצלת ממון חבירו מהפסד ואם הבעלים צריכים לשלם לפורק שכר שלם אין מעשה הפריקה נחשב להצלת ממונם, ומשו"ה משלמין לו רק כפועל בטל כמו בהשבת אבידה. ואילו טעינה הוי חיוב מיוחד לעזור לחבירו בטעינה ואינו חיוב הצלה משום הפסד ממון ומשו"ה נוטל שכר שלם על הפעולה. ולפי"ז מבואר דלגבי פריקה נחלקו הראשונים אם המחייב של פריקה הוי הצלת הגוף (סברת הרנב"ר) או הצלת ממון (הדעה הראשונה שבנמוק"י). ואילו לגבי טעינה נחלקו אי המחייב דטעינה הוא הצלת ממון כהשבת אבידה או חיוב חדש בפ"ע.

והנה במס' בכורות (דף כט.) איתא "הנוטל שכרו לדון דיניו בטלים להעיד עדותיו בטלין להזות ולקדש מימיו מי מערה אפרו אפר מקלה וכו' מנה"מ וכו' מה אני בחנם אף אתם

בחנם וכו'". ולכאורה זוהי מקור שלא לקבל שכר שלם בשביל עשיית מצוה אלא לקבל שכר בטלה בלבד (עיי"ש בתוס' ד"ה במה). וצ"ע לפי השיטה הראשונה שבנמוק"י למה מקבל הטוען שכר שלם על פעולתו והרי אין מקבלים שכר על עשיית מצות ומ"ש טעינה משאר מצות שבתורה. ונראה דבאופני המצות שבמשנה דהיינו לדון ולהעיד ולקדש מי חטאת וכו' אין במעשה חלות שם פעולה בפ"ע וכל העשייה היא כדי לעשות את המצוה. ולכן חל דין "מה אני בחנם אף אתם בחנם" שאסור לקבל שכר שלם על העשייה, דעשיית מצוה אינה נחשבת לפעולה המחייבת שכר פעולה. משא"כ בטעינה המהווה חלות שם פעולה בפני עצמה גם בלי שעושה מצוה ולכן מותר לו לקבל שכר שלם עבור פעולת הטעינה אף במקום מצוה. מאידך הר"ן סובר דבמקום מצוה אין מקבלים שכר פעולה ומשו"ה ס"ל דאין מקבלים שכר שלם על הטעינה. ונראה דהר"ן סובר דעשיית מצוה אוסרת שכר פעולה על העשייה. ויתכן דס"ל דהמצוה נחשבת לשכרו ומשו"ה אינו מקבל שכר הפעולה ע"י תשלומי דמים, כי מקבל את שכרו בקיום המצוה דהויא שכרו. ועוד צ"ע בשיטה הראשונה שבנמוק"י דס"ל דבטעינה נוטל שכר שלם על הפעולה מאחר דהוי פעולה אף בלי המצוה א"כ מ"ש דבפריקה אינו נוטל שכר שלם אלא שכר בטלה והרי פריקה נמי הוי חלות שם פעולה בלי המצוה, ומ"ש פריקה מטעינה. ונראה דשאני מצות פריקה ממצות טעינה, דיסוד מצות פריקה היא חיוב להציל את הבעלים מהפסד ממון, משא"כ טעינה המצוה היא לעזור לחבירו להרוויח ממון. וכשהמצוה היא להצילו מהפסד ממון אזי אינו מקבל שכר פעולה שלם כי אם יטול שכר שלם אינו עושה מעשה הצלה אלא מעשה פעולה בעלמא והמצוה היא להציל הבעלים מהפסד ממונם. משא"כ בטעינה דאינה מצות הצלת ממון ומשו"ה מותר לו לקבל שכר שלם כפועל דעלמא. ומצות השבת אבידה נמי יסוד חיובה הוא להציל את הבעלים מהפסד ממון ומשו"ה אינו מקבל עליה שכר שלם. אך לפי שיטה זו משלם בפריקה שכר כפועל בטל כמו בהשבת אבידה דשתיהן הן מצות שיסוד חיובן הוא להציל את הבעלים מהפסד ממון, ואזי יש היתר ליטול שכר כפועל בטל מגזה"כ ד"אפס כי לא יהיה בך אביון". אך נראה דהר"ן סובר כשיטת הרמב"ם (הנ"ל) דיסוד מצות פריקה אינה מצוה של הצלת ממון חבירו אלא חלות שם מצוה של הצלת גוף חבירו מסכנה ובהצלה מסכנה אין לקחת שכר אפילו כפועל בטל דאדרבה המצוה מחייבו להוציא ממון משלו כדי להציל את חבירו שנמצא בסכנה[142].

[142] ויתכן דבהצלת חבירו מסכנה עובר על איסור אם אינו מציל ולכן חייב להוציא ממונו כדי להצילו שלא לעבור על האיסור. משא"כ בהצלת ממונו דהוי חיוב עשה בלבד אינו חייב להוציא ממון כדי לקיים העשה.

והנה עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' רוצח ושמירת נפש ה"א - ה"ב) וז"ל מי שפגע בחבירו בדרך ובהמתו רובצת תחת משאה בין שהיה עליה משא הראוי לה בין שהיה עליה יותר ממשאה הרי זו מצוה לפרוק מעליה וזו מצות עשה שנאמר עזוב תעזוב עמו. ולא יפרוק ויניחנו נבהל וילך אלא יקום עמו ויחזור ויטעון משאו עליה וכו' ואם הניחו נבהל ולא פרק ולא טען ביטל מצות עשה ועבר על מצות ל"ת וכו' עכ"ל. ויש לדייק בדברי הרמב"ם שכתב "ולא יפרוק ויניחנו נבהל וילך אלא יקום עמו ויחזור ויטעון משאו עליה וכו' ואם הניחו נבהל ולא פרק ולא טען ביטל מצות עשה ועבר על ל"ת וכו'" דמשמע דהחיוב של פריקה כולל נמי חיוב טעינה דחל חיוב טעינה ביחד עם חיוב פריקה, דהיכא שפרק חייב לחזור ולטעון הבהמה, ואי לא חזר וטען ביטל מצות עשה דעזוב תעזוב עמו ואף מצות פריקה לא קיים. וכן משמע ממש"כ (בהי"ד) "ואע"פ שעדיין לא עשה תשובה אם מצאו נבהל במשאו מצוה לפרוק ולטעון עמו ולא יניחנו נוטה למות שמא ישתהה בשביל ממונו ויבא לידי סכנה". ולפי"ז י"ל דהיכא שחייב בטעינה בהדי פריקה אזי אף המחייב דטעינה הוי הצלת הגוף מסכנה כפריקה, משא"כ אם נתחייב בטעינה בלבד אזי המחייב דטעינה הוי הצלת ממון. ולפי"ז י"ל דחל חיוב טעינה לרשע משום דיש חשש שיבא לידי סכנה רק היכא שחל חיוב טעינה מחמת חיוב פריקה, דאזי המחייב הוי הצלת הגוף והתורה הקפידה על כל נפשות ישראל, אבל היכא דהוי חיוב טעינה בלבד והמחייב הוי הצלת ממון י"ל דליכא חיוב טעינה לרשע. ולכאורה היה צ"ל נפ"מ בנטילת שכר אך הרמב"ם לא חילק לגבי נטילת שכר ופסק (פי"ג מהל' רוצח ה"ז) וז"ל מצוה מן התורה לפרוק עמו בחנם. אבל לטעון עליו הרי זו מצוה ונוטל שכרו עכ"ל, ומשמע דלרמב"ם יש שיטה שלישית דהיינו דפריקה היא בחנם ואינו נוטל עליה שכר כלל, ואילו טעינה מחייבת שכר פעולה שלם כפועל בעלמא. ושיטתו צ"ע דהא אם יש הצלה מסכנה אף בטעינה כשעושה אותה ביחד עם הפריקה לא היה צריך לקבל שכר על הטעינה כמו שאינו מקבל שכר על הפריקה, וצ"ע.

ונראה דיש להוסיף עוד ביאור בשיטת הרמב"ם בפריקה וטעינה, דהנה הרמב"ם כתב (פי"ג מהל' רוצח ה"ג - ה"ד) וז"ל וכן אם היה זקן שאין דרכו לטעון ולפרוק הואיל ואינה לפי כבודו פטור וכו' ואם היה חסיד ועושה לפנים משורת הדין אפילו היה הנשיא הגדול וכו' פורק וטוען עמו עכ"ל. ואילו (בפי"א מהל' גזו"א ה"ג והי"ז) כתב וז"ל מצא שק או קופה אם היה חכם או זקן מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידו אינו חייב להטפל בהן וכו' ההולך בדרך הטוב והישר לפנים משורת הדין מחזיר את האבידה בכל מקום אע"פ שאינה לפי כבודו עכ"ל. ויש לעיין מהי כוונת הרמב"ם (פי"ג מהל' רוצח

ה"ד) במש"כ "אפילו היה הנשיא הגדול". ועוד צ"ע למה בפריקה וטעינה כתב הרמב"ם דהנוהג לפנים משורת הדין הוא חסיד ולא כתב כן לגבי השבת אבידה. ונראה דמש"כ הרמב"ם "הנשיא הגדול" ר"ל המלך, וצ"ע דקיי"ל דמלך שמחל על כבודו אין כבודו מחול (פ"ב מהל' מלכים ה"ג), וא"כ איך הותר למלך לעשות פריקה וטעינה לפנים משורת הדין, והרי אסור למלך למחול על כבודו. ונראה דהמתיר למלך למחול על כבודו הוא משום דיסוד מצות פריקה היא הצלת גוף הבעלים מסכנה. ואע"פ שפריקה וטעינה הוי טירחא גדולה ובזיון הוא למלך לעשותה מ"מ כדי להציל את ישראל מסכנה התורה התירה למלך לבזות את עצמו ואת המלכות כדי להציל נפש א' מישראל מסכנה. אמנם מלך הנוהג הכי הריהו "חסיד" ואינו רק מי שהולך בדרך הישר והטוב כמש"כ הרמב"ם בהשבת אבידה לפנים משורת הדין, דבהשבת אבידה אין בזיון כ"כ כמו בפריקה וטעינה למלך, וזקן שאינו לפי כבודו המשיב אבידה לפנים משורת הדין נקרא "הולך בדרך הישר והטוב" אבל לא נקרא "חסיד", ואילו מלך הנוהג לפנים משורת הדין ומבזה את עצמו ועוסק בפריקה וטעינה נקרא "חסיד". אולם נראה דמלך אינו יכול למחול על כבודו כדי להשיב אבידה משום דאין זה אלא חיוב הצלת הבעלים מהפסד ממון ואינו משום סכנה כמו בפריקה וטעינה. ועוד יש לדייק דמשמע מהרמב"ם דשאני פריקה וטעינה מהשבת אבידה, כי בפריקה וטעינה כל זקן פטור ואילו בהשבת אבידה רק "זקן מכובד" פטור מהשבה. וי"ל דהטעם בזה הוא דבפריקה וטעינה כל זקן פטור מחמת הטירחא שבמעשה פריקה וטעינה. משא"כ בהשבת אבידה שאין בה טירחא כ"כ י"ל דהפטור הוא רק בזקן מופלג בשנים דיש דין תורה לכבדו ולא בזקן דעלמא.

גמ'. כדי לכוף יצרו עדיף. פשטות הגמ' משמע שאין זה רק ענין של שבירת המדות אלא דהוי דין במצות פריקה וטעינה עצמן דיש הידור מצוה לפרוק ולטעון משא של שונא. וכן צער בע"ח דאורייתא הוי חלק ממצות פריקה עצמה. והגמ' קובעת דהידור מצות פריקה וטעינה בשונא עדיף מצער בע"ח. ועיין ברמב"ם (פי"ג מהל' רוצח הי"ג - הי"ד) וז"ל אם היה אחד שונא ואחד אוהב מצוה לטעון עם השונא תחילה כדי לכוף את יצרו הרע. השונא שנא' בתורה לא מאומות העולם הוא אלא מישראל והיאך יהיה לישראל שונא והתורה אמרה לא תשנא את אחיך בלבבך אמרו חכמים כגון שראהו לבדו עבר עבירה והתרה בו ולא חזר הרי זו מצוה לשונאו עד שיעשה תשובה וישוב מרשעו. ואע"פ שעדיין לא עשה תשובה אם מצאו נבהל במשאו מצוה לטעון ולפרוק עמו ולא יניחנו נוטה למות שמא ישהה בשביל ממונו ויבא לידי סכנה והתורה הקפידה על נפשות ישראל בין רשעים בין צדיקים מאחר שהם נלוים אל ה' ומאמינים בעיקר הדת

שנא' אמור אליהם חי ה' אלוקים אם אחפוץ במות הרשע כי אם בשוב הרשע מדרכו וחיה עכ"ל. ומבואר דלהרמב"ם עיקר יסוד החיוב של מצות פריקה וטעינה הוא משום שאם יעזב אותו בדרך יש חשש דיבא לידי סכנת נפשות משום שהוא בהול על ממונו. אך בדין קדימה בין פריקת אוהב לטעינת שונא דשתיהן במצב של סכנה עושים קודם טעינת השונא כדי לכוף את יצרו הרע.

דף לב:

בשיטת הרמב"ם בדיני פריקה וטעינה

עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' רוצח ושמירת נפש ה"ח) שפסק דאם הבעלים אינו רוצה לפרוק עמו הריהו פטור לגמרי שנא' עמו, ויש לדייק דהרמב"ם לא כתב שחייב לפרוק בשכר משום דצער בע"ח דאורייתא, ומשמע דס"ל דצער בע"ח לאו דאורייתא. אמנם בהי"ג פסק שאם יש לפניו פריקה או טעינה פריקה קודמת משום צער בע"ח, ומשמע דס"ל דצער בע"ח דאורייתא (ועיי"ש בכס"מ בה"ט שדן האם הרמב"ם סובר דצער בעלי חיים דאורייתא או לא). וי"ל דבציור (שבה"ח) כשהבעלים אינם רוצים לפרוק עמו אזי פקע לגמרי חיוב פריקה ואף משום צער בעלי חיים, דהחיוב פריקה משום צער בעלי חיים תלוי במחייב של הבעלים, דהיינו כשהבעלים מחייבים פריקה (כמו בציור שבהל' י"ג) אזי חל נמי חיוב פריקה מדין צער בע"ח ומשו"ה חל דין להקדים פריקה לטעינה. אולם כשחל פטור ממצות פריקה דהבעלים אינם מחייבים פריקה אזי פקע נמי חיוב פריקה מדין צער בע"ח. ולפי"ז יש לבאר נמי את פסק הרמב"ם (בהל' ט') דאין חיוב פריקה וטעינה בבהמת עכו"ם ומשאו, ונראה דחל פטור אף מדין צער בעלי חיים, דהחיוב משום צער בעלי חיים תלוי בבעלים המחייבים פריקה וטעינה. ובעכו"ם ליכא מחייב של הבעלים, ומשו"ה גם צער הבהמה אינו מחייב.

הרמב"ם כתב (בפי"ג מהל' רוצח ה"ח) וז"ל מצא בהמת חבירו רבוצה אע"פ שאין בעלים עמה מצוה לפרוק מעליה וכו' שנא' עזוב תעזוב הקם תקים מכל מקום עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם מחייב בהמת ישראל בפריקה אף כשאין הבעלים מצויים שם. ונראה דס"ל דהבעלים מחייבים פריקה גם כשאינם שם. וי"ל דהטעם בזה הוא משום דחיישינן שהבעלים יבאו ויראו בהמתם רובצת ויבהלו על ממונם ויסתכנו ולפיכך הבעלים מחייבים פריקה ואע"פ שאין הם לפנינו. ומכיון שיש מחייב של בעלים ישראל חל נמי מחייב דצער בעלי חיים. וב(ה"ט) פסק הרמב"ם בבהמת עכו"ם ומשא של ישראל שאם היה עכו"ם מחמר אחר בהמתו שפטור. ונראה דאין כאן בעלים ישראל המחייב פריקה

וטעינה, ומשמע שאם היה בעל ישראל מחמר והוי משא של ישראל אזי חל המחייב של בעל ישראל הנמצא עם משאו ונבהל. אך פשטות הסוגיא היא דלא כהרמב"ם דבגמ' איתא שאם צער בעלי חיים דאורייתא אזי חייב לפרוק בהמת עכו"ם ומשאו משום צער בע"ח, ואילו הרמב"ם פסק שפטור. ובגמ' איתא שאם הבעלים לא רוצים לפרוק אזי השני חייב משום צער בעלי חיים אלא דיכול לגבות את שכרו, ואילו הרמב"ם פסק שפטור לגמרי. ויתכן דהרמב"ם פסק צער בע"ח לאו דאורייתא ומשו"ה פוטר לגמרי בבהמת עכו"ם ובציור שאין הבעלים מסייעים לפרוק. ומ"מ פסק דכשהבעלים מחייבים בפריקה אזי חל אף חיוב מדין צער בע"ח, והוי חלק ממצות פריקה מדאורייתא, ומשו"ה פסק דפריקה קודמת לטעינה. ונראה דהרמב"ם לא פסק כריה"ג אלא סובר דאפילו לרבנן ליכא חיוב משום צער בע"ח כשליכא מחייב מצד הבעלים.

והנה בגמ' שבת (דף קכח:) איתא דבהמה שנפלה לאמת המים מביא כרים וכסתות ומניח תחתיה "והא קא מבטל כלי מהיכנו סבר מבטל כלי מהיכנו דרבנן צער בע"ח דאורייתא ואתי דאורייתא ודחי דרבנן". ועיין ברמב"ם (פכ"ה מהל' שבת הכ"ו) וז"ל בהמה שנפלה לבור או לאמת המים וכו' מביא כרים וכסתות ומניח תחתיה ואם עלתה עלתה ואע"פ שמבטל כלי מהיכנו שהרי משליחו לבור וכו' מפני צער בע"ח לא גזרו עכ"ל. ויש לדייק דהרמב"ם לא כתב דצער בע"ח דאורייתא דוחה איסור דרבנן אלא רק שלא גזרו מפני צער בעלי חיים. ויתכן דשיטת הרמב"ם היא דבעלמא קיי"ל דצער בע"ח לאו דאורייתא, אלא דס"ל דחל דין צער בע"ח דאורייתא במצות פריקה בלבד, דהיינו כשהבעלים מחייבים במצות פריקה מדאורייתא אזי חל נמי דין צער בעלי חיים מדאורייתא בקיום מצות פריקה בלבד ואילו בעלמא ס"ל דצער בע"ח אינו מדאורייתא אלא מדרבנן.

דף לג.

גמ'. ואיזו היא ראייה שיש בה פגיעה וכו' ריס.

עיין ברמב"ם פי"ג מהל' רוצח ושמירת נפש וז"ל מאימתי יתחייב לפרוק ולטעון עמו משיראהו ראייה שהיא כפגיעה שהרי נאמר כי תראה ונאמר כי תפגע וכמה שיערו חכמים וכו' שהוא אחד משבעה ומחצה במיל, היה רחוק ממנו יותר מזה אין זקוק לה עכ"ל. ולכאורה צ"ע דהא הפסוק של לא תפגע לא כתוב אצל פריקה וטעינה אלא כתיב במצות השבת אבידה (שמות כג: ד) ולא מצינו שיעור ריס בחיוב השבת אבידה, דהרמב"ם פסק (פי"א מהל' גזלה ואבדה ה"א) וז"ל והרואה אבידת ישראל ונתעלם ממנה

והניחה עובר בל"ת שנא' לא תראה את שור אחיך והתעלמת וכו' עכ"ל. ומשמע דחיוב השבת אבידה חל בראייה בלבד. וצ"ע למה לא שיערו חכמים לגבי השבת אבידה נמי דהחיוב חל בשיעור ריס כמו דחל בפריקה וטעינה.

ונראה דכוונת לשון פגיעה ביחס לבני אדם היא לפגוש את האדם השני ולא רק לראותו מרחוק. ולפיכך בפריקה וטעינה דמיירי שפגע בבעל הבהמה הרובצת תחת משאה דרשינן דפגיעה אינה ראייה בעלמא אלא פגישה בשיעור ריס. משא"כ כשפגע באבידה דליכא פגישה בבן אדם אלא דפגע בחפצא של אבידה פגיעה היא בראייה בעלמא בלבד.

ועוד י"ל דעיקר קיום המצוה דפריקה וטעינה הוא עשיית חסד עם בעל הבהמה שנבהל על ממונו ומשו"ה משמעות הלשון של פגיעה הוא של פגישה עמו בשיעור ריס. משא"כ בהשבת אבידה דהויא מצוה שבממון דחלה בראייה בלבד ואפילו במרחק שיותר מריס.

שיטת הרמב"ם באבידת אביו ואבידת רבו.

עיין ברמב"ם (פי"ב מהל' גזלה ואבדה ה"ב) וז"ל פגע באבדת רבו עם אבידת אביו אם היה אביו שקול כנגד רבו של אביו קודמת ואם לאו של רבו קודמת והוא שיהיה רבו מובהק שרוב חכמתו של תורה ממנו למד עכ"ל. ומבואר דאבדת אביו קודמת לרבו רק אם היה אביו שקול כרבו בחכמה. אמנם עיין ברמב"ם (פ"ה מהל' ת"ת ה"א) וז"ל כשם שאדם מצווה בכבוד אביו ויראתו כך הוא חייב בכבוד רבו ויראתו יתר מאביו שאביו מביאו לחיי העוה"ז ורבו שלמדו תורה מביאו לחיי העוה"ב ראה אבדת אביו ואבדת רבו של רבו קודמת לשל אביו, אביו ורבו נושאים במשא מניח את של רבו ואח"כ של אביו, אביו ורבו שבויים בשביה פודה את רבו ואח"כ פודה את אביו. ואם היה אביו ת"ח פודה את אביו תחלה. וכן אם היה אביו ת"ח אע"פ שאינו שקול כנגד רבו משיב אבידתו ואח"כ משיב אבידת רבו וכו' עכ"ל. וקשה דכאן פסק שאם אביו ת"ח אע"פ שאינו שקול כרבו דאבידתו קודמת לאבדת רבו, וסותר למש"כ בהל' גזלה דרק כשאביו שקול כרבו אבדת אביו קודמת, וצ"ע. ועיין בכס"מ שתירץ דיש טעות סופר בדברי הרמב"ם בהל' ת"ת וצ"ל אם היה שקול כרבו. ובלח"מ תירץ דבהל' גזלה ואבדה מיירי הרמב"ם באופן שאי אפשר לקיים את שניהם ולכן רק אם אביו שקול כרבו אזי יש קדימה לאביו, ואם אינו שקול יש לרבו קדימה. משא"כ בהל' ת"ת מיירי באופן שאפשר לקיים את שניהם להחזיר לשניהם אבידתן ואזי אביו קודם לרבו אף כשאינו שקול בחכמה כרבו. (עיי"ש בלח"מ ולכאורה פירושו מדויק היטב בלשון הרמב"ם).

ונראה לבאר שיטת הרמב"ם דעיין ברמב"ם (פ"ח מהל' מתנ"ע הי"ז - הי"ח) וז"ל היו לפנינו עניים הרבה או שבויים הרבה ואין בכיס כדי לפרנס או כדי לכסות או כדי לפדות

את כולן מקדימין את הכהן ללוי ולוי לישראל וכו' במה דברים אמורים בשהיו שוין בחכמה אבל אם היה כ"ג עם הארץ וממזר ת"ח ת"ח קודם וכל הגדול בחכמה קודם את חבירו. ואם היה א' מהם רבו או אביו או אע"פ שיש שם גדול מהן בחכמה רבו או אביו שהוא ת"ח קודם לזה שהוא גדול מהם בחכמה עכ"ל. ומבואר דיש דין קדימה לאביו ת"ח לחכם שגדול ממנו אם החכם אינו רבו.

ונראה דיש שני מחייבים בדין קדימה דחלין באביו ורבו: א) מצות כבוד אביו וכבוד רבו וכדמבואר (בפ"ה מהל' ת"ת ה"א), ב) מצות להחיותו וכדחזינן בהל' מתנות עניים, דכהן קודם ללוי וישראל קודם לחלל וחלל לשתוקי וכו' דהוי דין קדימה בחשיבותם וביחוסם דה"ה שיש דין קדימה לאביו ולרבו להחיותם מצד חשיבותם. ולפי"ז י"ל שאם יכול להשיב אבדת אביו וגם אבדת רבו והנידון הוא רק את מי להקדים להחזיר לו אבדתו ראשון אזי חל רק המחייב של מצות כבוד אב בלבד ולא המחייב של מצות להחיותו. דהרמב"ם כתב בדין קדימה שבמצות להחיותו דמיירי שאין מעות בכיס כדי לפדות את כולן, דהקדימה חלה כדי לפדות רק א' מהם ולא השני. ואילו כשמחזיר את ב' האבידות חל רק דין סדר קדימה מחמת מצות כבוד אב וכבוד רבו, ובדיני כבוד אביו ורבו פסק הרמב"ם דיש להקדים אביו שהוא ת"ח אע"פ שאינו שקול כרבו בחכמה. ומכיון דכבוד אביו קודם לכבוד רבו מחזיר את אבידת אביו בראשונה ואח"כ מחזיר את אבידת רבו. ומאידך כשמחזיר רק אבידה אחת דא"א לו להחזיר את שתיהן אזי חל אף המחייב של להחיותם ודין הקדימה נקבע עפ"י חשיבותם ויחוסם, ובזה רב מובהק שגדול בחכמה מאביו דאביו אינו שקול לו בחכמתו חשוב יותר מאביו, והחיוב דלהחיותו מחייב להשיב את אבידת רבו ולא אבידת אביו. אמנם כשהאב שקול לרבו אזי חשיבותם היא שוה ולא חל דין קדימה מפאת מצות להחיותו אלא רק מפאת מצות כבוד, וכבוד אביו קודם לכבוד רבו כשאביו ג"כ ת"ח.

ועיין בשיטה מקובצת בשם הטור שתירץ את הסתירה בדברי הרמב"ם וז"ל וכן כתוב בהדיא בטור סימן רמ"ב וז"ל וא"א הרא"ש ז"ל כתב דלענין לפדותו ולפרק משאו אביו אם הוא חכם קודם אפילו אינו שקול כרבו, אבל לענין השבת אבידתו אינו קודם אא"כ שקול כרבו עכ"ל. ובביאור דבריו נראה דהרא"ש סובר דיש ב' מחייבים בדין קדימה: א) מצות כבוד, ב) מצות להחיותו, וס"ל דשני המחייבים חלין רק בפריקת משא ובפדיון שבויים כשאביו מצטער, ואילו בהשבת אבידה ליכא לאביו צער בגופו אלא רק הפסד ממון בלבד ולא חל בזה המחייב של כבוד אב אלא רק המחייב של מצות להחיותו. וכשאביו ת"ח אע"פ שאינו שקול כרבו אזי כבוד אביו קודם לכבוד הרב, והרא"ש סובר

דקדימת אביו במצות כבוד דוחה את קדימת הרב במצות להחיותו. ולפיכך בפדיון שבויים ובפריקת משא שחל החיוב של מצות כבוד אב מקדימים את האב לרב אף באופן שהאב הוא ת"ח בעלמא ואינו שקול בחכמה לרב. משא"כ באבידה דחל רק המחייב דלהחיותו דתלוי בחשיבותם דאזי רק כשאביו שקול כרבו הריהו חשוב יותר מרבו והאב קודם לרב. ויוצא דהלח"מ והשיטמ"ק חלוקים בתרתי: א) אליבא דהלח"מ חל חיוב כבוד אב גם בהשבת אבידה משא"כ לשיטמ"ק לא חל חיוב כבוד אב בהשבת אבידה[143]. ב) לפי הלח"מ קדימה במצות להחיותו אלימתא מקדימה במצות כבוד אב. משא"כ לפי השיטמ"ק קדימה במצות כבוד אב אלימתא מקדימה במצות להחיותו.

דף מד.

[דף מד ע"א - מה ע"ב]
הזהב קונה את הכסף
בענין פדיון מע"ש

א.

ביאור שיטות הראשונים והרמב"ם בדין מטבע זהב

הרמב"ם (פ"ו מהל' מכירה הל' ג' - ד') פסק שהזהב קונה את הכסף, וז"ל הדינרין של זהב לגבי מטבעות של כסף הרי הן כפירות. וכן המעות של נחשת כמו פירות לגבי מטבע של כסף. כיצד נתן לו דינר של זהב בכ"ה דינר של כסף נקנה הכסף אע"פ שעדיין לא בא הכסף לידו, וחייב ליתן לו כ"ה דינר של כסף כשפסק עמו, אם חדשים חדשים ואם ישנים ישנים. אבל אם נתן לו כ"ה כסף בדינר זהב לא קנה עד שיקח הדינר של זהב. וכל א' מהן יכול לחזור בו עכ"ל. ואילו בנוגע למעשר שני פסק (פ"ה מהל' מע"ש הל' י"ג) וז"ל מעות מעשר שני אם רצה לצרף אותן בדינרי זהב כדי להקל משאן מצרף, ואם צרפן לעצמו אינו מוסיף חומש שאין זה דרך פדייה עכ"ל, כאן פסק הרמב"ם דמחללין מעות כסף מע"ש על דינרי זהב. ולכאורה צ"ע דמדס"ל להרמב"ם דזהב הוי פירא וכסף הוי טבעא בדין מקח וממכר, למה פסק דזהב הוי טבעא בחילול מעות מעשר שני.

ועיין ברי"ף (דף כו. - כו: מדפי הרי"ף ד"ה מתני לה רבי וכו') ובבעה"מ (שם ד"ה מה שכתב הרי"ף) ובמלחמות ה' לרמב"ן (שם). וכתב הבעה"מ וז"ל ושמעינן מהכא שאין דין מעשר ודין מקח וממכר שוין זה לזה, ובמקח וממכר כו"ע לא פליגי דדהבא פירא וכספא טיבעא כזקנותו של רבי דבתר חורפא אזלינן, וטעמייהו דב"ה לענין מעשר משום

[143] וי"ל דפליגי האם חיוב כבוד אב חל רק בהנאת גופו או אף בהנאת ממונו.

דהכסף כסף ריבה ואפילו זהב טיבעא הוי, הלכך כיון דתרוייהו לא שנא כספא ולא שנא דהבא טיבעא הוו אם בא לחלל זה על זה אזלינן בתר חשיבותא משום חשיבותא דמעשר והו"ל כספא פירא ודהבא טיבעא ומחללין פירא אטיבעא, הלכך לא גמרינן למקח וממכר ממעשר, דהכא אזלינן בתר חורפא כזקנותו דרבי והכא אזלינן בתר חשיבותא. ומאן דבעי למימר דלענין מקח וממכר הוי דהבא טיבעא לגבי פירי ומטלטלי צריך הוא להביא ראייה ע"כ, דממעשר לא גמרינן כדאמרן, והיינו טעמיה דרבינו האי ז"ל דאמר דהבא פירא הוי לענין כל מילי ומיקני נמי בחליפין עכ"ל. הבעה"מ מיישב פסקו של רבינו האי גאון הסובר דזהב הוי פירא לענין מקח וממכר בקניית מטלטלין ובחליפין, ואילו בדיני מעשר שני פסק שיש לזהב דין טבעא, וביאר הבעה"מ דגזה"כ הכסף כסף ריבה קובעת דנהי דבמקח וממכר אזלינן בתר חורפא מ"מ בפדיון מעשר שני אזלינן בתר חשיבותא, ומשו"ה בפדיון מע"ש זהב הוי טבעא, ואילו בדינים אחרים בכהת"כ זהב הוי פירא.

מאידך הרמב"ן השיג על שיטת רב האי ובעה"מ וז"ל ועוד נסתרו דברי רבינו הגדול ז"ל מלישנא בתרא דמרבינן דהבא משום דכתיב כסף הכסף ריבה, ואי ס"ד פירא הוי לכל מילי היכי איתרבי מכסף הכסף, והלא אין שם כסף עליו, והו"ל לאוקמיה רבויא לסלעין על סלעין א"נ לפריטי שהם טבעא לענין מקח וממכר, אבל לדהבא ליכא לאוקמיה דהא אמרת פירא הוי לכל מילי אפילו לגבי פירי, אלא ש"מ דהבא טבעא הוי לגבי מטלטלי ושאר מילי, הלכך אע"ג דלגבי כספא לענין מקח וממכר הוי פירא, איתרבי ליה מכסף הכסף ומחללין עליה אפילו כספא וכו' ואומר אני דטעמא דמ"ד אין מחללין משום דבעינן מטבע גמור דומיא דוצרת הכסף בידך, דלא ליתי מעשר לידי פסידא משום זילא, הילכך דהבא אע"ג דטבעא הוא לגבי פירי דחלול כיון שהוא נעשה פירות בסוף בשעה שאתה פורט אותו כסף והוא ניהו דאיתזיל לא מחללין עליה פירות דאזלינן בתר בסוף דהא פסיד בהו מעשר, דלא אמרינן מידי דהוה אכסף לב"ה משום דכסף מעשר א"צ לפרטו בזהב לעולם, אבל זהב צריך הוא לפרטו בכסף בירושלים שאין אדם קונה צורכי סעודה בזהב ונמצא שחלל אמידי דאיתזיל ורחמנא אמר פירי דמיתזלי אכסף דקאי בשויו, ומשו"ה חשיב כפירא לגבי נפשיה דלא קאים בשויו והוי פירא בסוף וכו' הילכך אין מחללין שאין מעשר עומד בטבעא דהא מיתזיל בהו וכו' ומסקנא ר' יוחנן הוא דאמר מחללין ולא חשבינן ביה בתר בסוף דלהוי כפירא משום כסף וכו' אבל הכא מודים לענין מקח וממכר דזהב טבעא הוי לגבי פירות וכו' וכיון דטבעא הוא לענין שום מידי את"ל אין מטבע נעשה חליפין אף זה אינו נעשה חליפין אפילו לגבי כסף דחריף דמ"מ טבעא הוי ודעתיה אצורתה וכו' עכ"ל. הרמב"ן קובע דזהב יש לו דין טבעא בכהת"כ לענין

לקנות פירא דעלמא במקח וממכר ולענין שאינו נקנה בחליפין. ולמסקנא זהב הוי טבעא לענין פדיון פירות מע"ש. והא דלחד לישנא אין מחללין פירות מע"ש על זהב דין מיוחד הוא בפדיון מע"ש דצריכים טבעא בין בתחילה ובין לבסוף, ומכיון דלבסוף זהב הוי פירא דפרטין ליה אכסף בהביאו לירושלים ובכך מע"ש מפסיד את דמי הפירוט, משו"ה חל בזהב דין פירא נמי מעיקרא ואין פודין מע"ש עליו, ואע"פ דטבעא הוי בכהת"כ. אך לדינא זהב נחשב לטבעא לפדות פירות מע"ש עליו. ואילו במקח וממכר כשמחליפין זהב עבור כסף נחשב זהב לפירי משום חורפיה דכסף. ומ"מ מחללין כסף מע"ש אזהב משום גזה"כ כסף הכסף ריבה, עכ"ל.

והנה פשטות דברי הרמב"ם משמע דס"ל כשיטת הרמב"ן ולכן פסק במקח וממכר דבמחליף זהב בכסף דזהב הוי פירי, וגם דפודין פירות מע"ש על זהב, וזהב אינו נקנה בחליפין (פ"ו מהל' מכירה ה"ב), דבכהת"כ יש לזהב דין טבעא. ובדין חילול כסף מע"ש אזהב פסק הרמב"ם דמחללין כסף אזהב כב"ה. אך צ"ע בדברי הרמב"ם שכתב "מעות מע"ש אם רצה לצרף אותן בדינרי זהב כדי להקל משאן מצרף", דלמה לו להרמב"ם לומר שמחללין כסף מע"ש על זהב "כדי להקל משאן", דמה נ"מ למה מחללן, דאילו לפי הרמב"ן מחלל כסף אזהב מגזה"כ דכסף הכסף ריבה, אך מהרמב"ם משמע שיש בדין זה איזו שהיא סברא, ודבריו בזה מחוסרין ביאור.

ונראה דישנן שתי פרשיות בתורה בדין פדיון מעשר שני. בפ' בחוקתי (ויקרא כז: ל"א) כתיב "ואם גאל יגאל איש ממעשרו חמישתו יוסף עליו". ואילו בפרשת ראה (דברים יד: כ"ד - כ"ו) כתיב "וכי ירבה ממך הדרך כי לא תוכל שאתו כי ירחק ממך המקום אשר יבחר ה' אלוקיך לשום שמו שם כי יברכך ה' אלוקיך. ונתתה בכסף וצרת הכסף בידך והלכת אל המקום אשר יבחר ה' אלוקיך בו. ונתתה הכסף בכל אשר תאוה נפשך וגו'". ונראה מזה שיש שני דיני פדיון מע"ש: א) בפ' בחוקתי כתוב דין פדיון מע"ש דחל מדין פדיון קדש דעלמא הדומה לפדיון הקדשות דעלמא הנמנים באותה פרשה, ב) ובפ' ראה כתוב דין פדיון מע"ש דחל מדין הבאת מע"ש לירושלים, שממצות הבאת מע"ש לירושלים חל דין שאפשר לפדות פירות מע"ש ולהביא הכסף לירושלים ובכך לקיים מצות הבאת מע"ש לירושלים כדי לאכלו שם.[144] ומצות הבאת מקום דמעשר שני

[144] ע"ע במש"כ בפ' ראה (דברים יב: ו - ז) "והבאתם שמה עלתיכם וזבחיכם ואת מעשרתיכם ואת תרומת ידכם ונדריכם ונדבתכם ובכרת בקרכם וצאנכם. ואכלתם שם לפני ה' אלוקיכם ושמחתם בכל משלח ידכם אתם ובתיכם אשר ברכך ה' אלקיך". בפרשה זו נכללה כל הקדשים שהבעלים חייבים להביאם לירושלים ולאכלם שם בשמחה כמצותם. ברם בפרשה זו אין עצם ההבאה קיום מצוה בחפצא כמו שמתקיימת בהבאת מע"ש, אלא רק קיום מצות גברא בעלמא להביא את קדשיו לביהמ"ק כמצותן ולשמח באכילתן. משא"כ במע"ש, שמפרשת "וכי ירחק ממך המקום" נלמדת חלות של קיום מצות הבאה המתקיימת בחפצא דמע"ש עצמו שמצותו להביאו

מתקיימת בהבאת כסף פדיון מע"ש לירושלים כדי לקנות פירות בירושלים ולאכלן שם בקדושת מע"ש.

ולפי"ז נראה לבאר דברי הרמב"ם דמחללין כסף מע"ש על זהב "כדי להקל משאן", דר"ל דאע"פ דבמקח וממכר דעלמא כשמוכרין זהב בשביל כסף הזהב נחשב לפירי לגבי הכסף דהוי הטבעא, מ"מ בנוגע לדין חילול מע"ש הדין הוא להיפך, כי עיקר חלות חלול כסף מע"ש חל מדין הבאת מקום, דמדין הבאת מקום פודין מע"ש משום טרחת הדרך, וכדכתיב "וכי ירבה ממך המקום כי לא תוכל שאתו", דלהקל אטרחת הדרך פודין פירות מע"ש על כסף, וס"ל להרמב"ם דמשו"ה מחללין כסף מע"ש אזהב "כדי להקל משאן", דחילול כסף אזהב חל מדין קיום מצות הבאת מעשר שני לירושלים. ויוצא דדין חילול מע"ש הוא הפוך מבכהת"כ, דבפדיון מע"ש נחשב זהב כטבעא וכסף כפירי דמחללין כסף מע"ש על זהב כדי להקל בטרחת הדרך ולקיים מצות הבאת מעשר שני לירושלים. ונראה דזוהי כוונת הרמב"ם במש"כ "אם רוצה לצרף אותן בדינרי זהב כדי להקל משאן מצרף" דהיינו כדי להקל על משא מע"ש לירושלים, וס"ל דיסוד הדין של חילול כסף מע"ש על זהב הוא משום קיום מצות הבאת מקום.

ובדרך זו נמי יש לבאר מש"כ הרמב"ן אליבא דב"ש דאין מחללין כסף מע"ש על זהב, דאע"פ דבכך מקל במשא, ובדין היה שיוכל לחלל כסף מע"ש על זהב מדין הבאת מקום, אך בירושלים גופא מע"ש יפסיד מדלא יוכל לקנות פירות לאכילה עם דינרי הזהב עצמם, דיצטרך מקודם לפרטם אכסף, ומשום הפסד דמי הפירוט יחסר בקיום מצות אכילת מע"ש בירושלים, ומשום כך ס"ל לב"ש שלא ניתן לחלל כסף על זהב. משא"כ ב"ה סברי דכדי להקל ממשאו פודין כסף אזהב ואע"פ שיחסר לו בקיום אכילת מע"ש לבסוף. ונראה בביאור המחלוקת שבין ב"ש ובין ב"ה, דבמצות הבאת מעשר שני לירושלים יש שני קיומים: א) קיום מצות הבאת מע"ש לירושלים, ב) קיום מצות אכילת מעשר שני בירושלים. דבמע"ש חלה חלות מצוה בגופו של החפצא שיאכל בירושלים לבעליו וכלשון הרמב"ם (פ"ב מהל' מע"ש הל"א) וז"ל מע"ש נאכל לבעליו לפנים מחומת ירושלים עכ"ל. וכן כתב לגבי נט"ר (פ"ט שם הל"א) וז"ל ודינו להאכל בירושלים לבעליו כמע"ש עכ"ל. ובמנין המצוות הקצר בריש הלכות מע"ש ונט"ר כתב וז"ל להיות נט"ר

לירושלים ולאוכלו שם וכמצות החפצא (רבינו זצ"ל). ועיין בס' החינוך (מצוה ש"ס) שביאר דמשרשי המצוה של מצות הבאת המעשרות (מע"ש ומעשר בהמה) ונטע רבעי לירושלים הוא כדי שיהיה בירושלים כל השנה כולה אוכל בשפע בשביל בני הישיבות ולומדי התורה בירושלים מפי הכהנים והלויים. ולפי טעמו מבואר למה התורה חייבה מצות הבאת מקום מיוחדת דוקא במעשרות בנטע רבעי ובבכור (עיין לקמן בשיעורים אות ו') ולא בקדשים אחרים וכדמבואר בשיעורים.

כולו קודש ודינו להאכל בירושלים לבעליו כמע"ש עכ"ל. ובסה"מ (מצות עשה קכ"ח) כ' וז"ל ולשון התורה להיות זה המעשר עולה לירושלים ושם יאכלוהו בעליו עכ"ל. וכן כתב (במצות קי"ט) גבי נט"ר וז"ל ודינו שיעלהו לירושלים ויאכלוהו שם בעליו עכ"ל. ומבואר דס"ל להרמב"ם שקיום מצותן של מע"ש ונט"ר דחל בעצם החפצא דמעשר שני ונטע רבעי היא להעלותם ולהביאם לירושלים שיאכלו שם לבעליהם.[145] ונראה דב"ש ס"ל דמכיון דקיום מצות האכילה מהווה עיקר קיום המצוה שבחפצא דמעשר שני, קיום האכילה שבחפצא חשובה יותר מהקלת המשא בקיום ההבאה, ולכן סברי דחייב לטרוח ולהביא כסף מע"ש ולא לחללו על זהב. ומאידך ב"ה סברי דהקלת המשא בקיום ההבאה עדיפא ומחללין כסף אזהב ואע"פ שגורם הפסד מע"ש בקיום האכילה לבסוף. ומחלוקתם טעונה ביאור.

ונראה לבאר פלוגתתם עפי"ד הרמב"ם (סה"מ מצוה קס"ח) שמנה מצות מע"ש הכוללת בתוכה גם הבאת מע"ש לירושלים וגם אכילתו במצוה אחת. וס"ל דיסוד המצוה הוא לקיים מצות החפצא דמע"ש - שיעלה המע"ש לירושלים ושיאכל שם לבעליו. ויל"ע מתי חלה חובת קיום אכילת מע"ש, דיתכן דחלה בשעת הפרשת מע"ש ביחד עם חובת קיום הבאתו לירושלים, ומאידך יתכן לומר דרק חובת ההבאה לבדה חלה משעת ההפרשה, ואילו חובת קיום אכילת מע"ש חלה רק בשעה שנכנס המעשר שני בתוך חומות ירושלים.

ונראה דבזה פליגי ב"ש וב"ה. דב"ש ס"ל דמצות אכילת מע"ש חלה משעת ההפרשה, ומשו"ה אין מחללין כסף על זהב כי הריווח בקיום האכילה עדיפא מהריווח בקיום ההבאה, כי האכילה מהווה עיקר קיום מצות החפצא דמע"ש. ומאידך ב"ה ס"ל דמצות אכילה אינה חלה משעת ההפרשה, דחל מצות אכילת מע"ש רק אחרי שנתקיימה קיום ההבאה לירושלים. ומשו"ה סברי דהריווח בקיום ההבאה בשעתה מלכתחלה עדיף מהריווח בקיום האכילה לבסוף, ומחללין כסף מע"ש על זהב כדי לקיים ביותר את מצות

[145] עיין במנ"ח (מצוה תמ"ב) דחולק ע"ז וסובר דליכא קיום מצוה לאכול מע"ש בירושלים, אלא שחל רק איסור לאוכלו מחוץ לירושלים. ושיטתו תמוהה וכדהוכיח רבינו זצ"ל בשיעורים. ועל מה שהקשה המנ"ח דלמה לא מנו הרמב"ם והרמב"ן קיום מצות אכילת מע"ש כמצוה בפני עצמה, י"ל משום דעיקר קיום מצותו הוי קיום בחפצא, והמצוה שבחפצא כוללת את ההבאה ואת האכילה ביחד בקיום אחד. ויל"ע האם מתקיימת קיום מצות אכילת מע"ש כשנאכל שלא ע"י הבעלים אלא ע"י אדם אחר. ועיין ברמב"ם (פ"ז מהל' ממרים הל"ב) שכשאוכל בן סורר ומורה מע"ש הו"ל אכילת מצוה ופטור, ואע"פ שהחפצא אינו שלו אלא משל אביו שגנבו ממנו. ומשמע שבכל אופן שהחפצא דמע"ש נאכל ואפילו שלא ע"י בעליו מתקיימת קיום מצות החפצא דמע"ש שיאכל. ולכאורה הוא פסוק מפורש (דברים י"ד: כ"ו) "ואכלת שם לפני ה' אלוקיך ושמחת אתה וביתך", דאכילת בני הבית מהווה קיום מצות אכילת מע"ש, ואם אכילת בני ביתו הויא קיום מצוה י"ל דה"ה אכילת אדם אחר. ועיין לקמן בשיעורים אות ו' ובהערות 13 - 12 דיתכן דיש קיום מצות אכילה בחפצא דמע"ש אפילו באכילת נכרי ואע"פ שאינו מצווה כגברא באכילת מע"ש, עיי"ש.

ההבאה, וההפסד במצות האכילה שלאח"כ אינו מעכב וקובע, משום דמצות האכילה עדיין לא חלה טרם קיום מצות הבאת מע"ש לירושלים.

ועיין ברמב"ם (פ"ב מהל' מע"ש הל"ה - ו') וז"ל לא תוכל לאכול בשעריך מעשר דגנך תירושך ויצהרך וכו' אינו לוקה מן התורה עד שיאכלנו אחר שנכנס לחומת ירושלים שנאמר לא תוכל לאכול בשעריך וגו' ואכלת לפני ה' אלוקיך, כיון שנכנס למקום אכילתו ואכלו בחוץ לוקה וכו' עכ"ל. ומכאן משמע דמצות אכילת מע"ש חלה רק לאחר שנכנס המע"ש למקום אכילתו בירושלים ולא מלפני כן, ומשו"ה רק משנכנס למקום אכילתו נאסר לאוכלו מחוץ לירושלים כי יסוד האיסור לאכול מע"ש מחוץ לירושלים הוא שלא לבטלו ממצותו להאכל בירושלים. ומצות מע"ש להאכל בירושלים חלה רק משנכנס המע"ש לתוך העיר. ונראה עוד דקדושת מע"ש משעת ההפרשה אינה קדושה גמורה, שנתקדש למצות הבאה בלבד ולא למצות אכילה, והכניסה בתוך חומות ירושלים מקדשת את החפצא דמע"ש בקדושה גמורה למצות האכילה, ולכן חל אז האיסור לאוכלו מחוץ לירושלים שלא כקדושתו ושלא כמצוותו. ומזה יש סמוכין לשיטת ב"ה דס"ל דבשעת ההפרשה חלה רק מצות ההבאה בלבד ולא מצות האכילה, שלא כשיטת ב"ש, וכמש"נ.

ב.

ביאור שיטת הרמב"ם בדין פדיון שני במעשר שני

והנה נתבאר לעיל שיש שני דיני פדיון מעשר שני: א) פדיון דחל מדין פדיון הקדש דעלמא, וב) פדיון דחל מדין מיוחד של הבאת מע"ש לירושלים. ולפי"ז נראה ליישב נמי שיטת הרמב"ם, דעיין ברמב"ם (פ"ה מהל' מע"ש ה"ג) שכתב וז"ל פדה פירות מעשרו והוסיף חומש וחזר ופדה הפדיון לעצמו פעם שנייה מוסיף חומש שני על הקרן בלבד ואינו מוסיף חומש על החומש עכ"ל. ובפשטות הרמב"ם מיירי באדם שפדה בפדיון הראשון פירות מע"ש על כסף ואח"כ פדה את הכסף על כסף אחר בפדיון שני, דאפשר לעשות כן וכדפסק הרמב"ם (פ"ד מהל' מע"ש ה"ה) וז"ל אין מחללין מעות מע"ש על מעות אחרות בין שהיו אלו ואלו כסף או אלו ואלו נחושת וכו' ואם עבר וחילל הרי אלו מחוללין עכ"ל. ובפדיון שני דכסף על כסף פסק הרמב"ם דמוסיף חומש על הקרן. וצ"ע דבסוגיין כשפדה כסף על זהב פסק הרמב"ם דאינו מוסיף חומש וכדכתב (פ"ה מהל' מע"ש הי"ג) וז"ל מעות מעשר שני אם רצה לצרפם בדינרי זהב כדי להקל משאן מצרפן, ואם צרפן לעצמו אינו מוסיף חומש שאין זה דרך פדייה עכ"ל, וצ"ע מ"ש פדיון כסף אכסף דמוסיף חומש מפדיון כסף אזהב דאינו מוסיף חומש.

ונראה דשאני פדיון כסף אזהב דחל מדין הבאת מקום וכדכתב הרמב"ם "אם רצה לצרפם בדינרי זהב כדי להקל משאן מצרפן". ומאחר שמצרף הכסף על הזהב כדי להקל משאו הו"ל חלות דין פדיון אחד, שהתחיל כשפדה את הפירות על הכסף והסתיים כשפדה וצירף את הכסף על הזהב, ומאחר דהו"ל חלות שם פדיון אחד אינו מוסיף אלא חומש אחד ולא שני חומשים. וזוהי כוונת הרמב"ם בביאורו את הפטור מלשלם עוד חומש "שאין זה דרך פדייה", דר"ל דאינה חלות שם פדיון שני אלא המשך של הפדיון הראשון דחל מדין הבאת מקום. משא"כ כשפודה כסף אכסף דאינו אלא חלות פדיון דעלמא דאינו חל מצד דין הבאת מקום - דכסף אכסף אינו מקל במשאו - ולכן הו"ל חלות שם פדיון שני שחל בפני עצמו, ומדין חלות פדיון בפני עצמו מחייב חומש שני.

ונראה דכ"ז נכון בפדיון מע"ש דחל משני דינים: א) מדין פדיון הקדש דעלמא, וב) פדיון דחל מדין מיוחד של הבאת מע"ש לירושלים, משא"כ בפדיון הקדש דחל רק מדין פדיון דעלמא ולא מדין הבאת מקום. דנראה לומר דאע"פ דפשיטא דאף בהקדש יש מצוה להביא קדשים לירושלים וכדכתיב "שמה תביאו", מ"מ לא חידשה התורה בהקדש דין פדיון מדין הבאת מקום, דפדיון הקדש חל רק מדין פדיון בעלמא. ומשו"ה בפדיון הקדש אין חילוק בין אם הוא פודה כסף אכסף או כסף אזהב,[146] דבכל אופן הו"ל הפדיון חלות שם ומעשה פדיון בפני עצמו וחייב לשלם חומש שני עבור הפדיון השני שעשה מאחר שאין פדיון הקדש חל מדין הבאת מקום כמו דחל פדיון מע"ש.

ג.

נפ"מ לדינא בדין פדיון מע"ש מדין קיום הבאת מקום

ולפימש"נ דחל בפדיון מע"ש דין הבאת מקום מבואר נמי עוד כמה הלכות בפדיון מעשר שני. דעיין ברמב"ם (פ"ד מהל' מע"ש ה"ז) שהביא דין המשנה (פ"ב דמעשר שני מ"ו) וז"ל בשעת הדחק מותר לחלל מעות הכסף על נחשת לא שיקיים כן אלא עד שימצא ריוח ויחזור ויחלל מעות הנחשת על מעות הכסף עכ"ל. וכמו"כ פסק (בפ"ו מהל' מע"ש ה"ב) שכשיש לו מעות נחשת מפדיון מע"ש דחוזרים ומחללים אותם על סלע דכסף. וצ"ע בזה דמאחר שכבר פדה מע"ש על נחשת למה חייב לחלל הנחשת עוד פעם על כסף. ונראה דמצד דין פדיון בעלמא אין חיוב לפדות נחשת פעם נוספת על כסף, דהא כבר פדה הפירות דמע"ש. והא דחייב לפדות שוב את הנחשת על כסף יסוד החיוב הוא משום דין הבאת מקום, דעיקר קיום הבאת מקום דמע"ש מתקיים במטבע של כסף

[146] יל"ע אם אפשר לפדות פדיון הקדש כסף אזהב, דהא כסף טבעא וזהב פירי בקנין כסף דעלמא. ויתכן דבהקדש סדר הפדיון הוא הפוך ממע"ש דהיינו לפדות דוקא הקדש בראשונה אזהב ואח"כ מזהב אכסף, ובפדיון השני מוסיף עוד פעם חומש וכדמבואר בשיעורים.

וכדכתיב "וצרת הכסף", וכדפסק נמי הרמב"ם (פי"ד מהל' מע"ש ה"ט) וז"ל אין פודין פירות מעשר אלא בכסף שנאמר וצרת הכסף עכ"ל, והוא דין מיוחד בפדיון מע"ש מצד דין הבאת מקום.

והנה הרמב"ם פסק (פ"א מהל' מע"ש ה"יד) וז"ל מע"ש הואיל וטעון הבאת מקום אין מביאין אותו מחו"ל כבכור בהמה, לפיכך לא חייבו להפריש מע"ש בסוריא עכ"ל. ולכאורה דבריו צ"ע, דמאחר דחייבו סוריא בתרומות ומעשרות וקידשוה כא"י מדרבנן למה לא תיקנו בסוריא מצות מע"ש מדרבנן.

והנראה מכאן דאין מצות הבאת מע"ש לירושלים דין והיכי תימצי בעלמא, אלא דמצות הבאת מקום חלה בעיקר חלות דין מע"ש. שרק מע"ש שחלה בו מצות הבאת מקום לירושלים מתקדש בקדושת מעשר שני, ואי ליכא חלות מצות הבאת מקום הריהו חולין. ולכן פסק הרמב"ם שאין מע"ש בסוריא, דנהי דקידשו החכמים את סוריא בקדושת א"י, מ"מ לא הפקיעו ממנה חלות שם חו"ל,[147] דמצד דין חו"ל שבסוריא המע"ש אינו ראוי למצות הבאת מקום, וכשאין חלות מצות הבאת מע"ש לירושלים אין מצות מע"ש חלה כלל.[148] ולפי"ז מבואר נמי דפדיון מע"ש אינו חל רק מדין פדיון דעלמא אלא אף מדין מיוחד דהבאת מקום, כי דין הבאת מעשר שני לירושלים הוא מעיקר חלות דין מע"ש ומעכב בעיקר המקדש דמע"ש. ופדיון מע"ש הוי קיום במצות הבאת מע"ש להאכל בירושלים.

ד.

דין פדיון מע"ש ודין חילול מעשר שני

ונראה דיש שני דינים בחליפי מע"ש: א) חלות דין פדיון כשפודה פירות מע"ש על כסף מחוץ לירושלים. ב) חלות דין חילול כשקונה פירות בירושלים בכסף מע"ש. ויעויין

[147] דלכאורה סוריא הויא חלות שם חו"ל וכדחזינן דאית בה טומאת ארץ העמים (גיטין ח א) אלא דנתקדשה בקדושת א"י לגבי תרו"מ מדרבנן. דנ"ל דיש שני דינים בא"י: א) שם א"י, ב) קדושת א"י. ונ"מ לדינים שונים למשל מצות ישוב הארץ דאורייתא דתלויה בשם א"י ולא בקדושת הארץ, ומאידך מצוות תרומות ומעשרות תלויות בקדושת א"י ולא בשם א"י, (עיין לקמן בשיעורים דף נג: בענין ארץ ישראל וקדושתה שדן רבנו זצ"ל ביסוד זה בארוכה). אמנם עיי"ש בשיעורים דנקט רבנו זצ"ל דחל בסוריא שם א"י אולם חסר בה חלות דין קדושת א"י מדאורייתא דקיי"ל כיבוש יחיד לא שמיה כיבוש, ואעפ"כ חל בסוריא מצות ישוב א"י מדאורייתא ומשו"ה כותבין עליו שטר ע"י נכרי אפילו בשבת (עיין בגמ' גיטין ח: וברמב"ם פ"ו מהל' שבת הי"א). ולכאורה יהיה בזה נפ"מ לענין כמה דינים כגון עגלה ערופה וסמיכת זקנים דתלויים בחלות שם א"י ולא בקדושת א"י (עיי"ש בשיעורים), וצ"ע בדברי רבנו כאן דנקט דליכא שם א"י בסוריא. ונראה לומר דיש ג' דרגות: א) חפצא דא"י - דהיינו גבולות הארץ המובטחת לאברהם יצחק ויעקב, ב) חלות שם א"י - דחל מדין קנין ממון ע"י כיבוש, ג) חלות דין קדושת א"י - לגבי מצות התלויות בארץ. ונראה דסוריא הוי חפצא דחו"ל ומשו"ה לא חל בה דין הבאת מקום לגבי בכור ומע"ש ואע"פ שחל בה חלות שם א"י מדאורייתא ע"י כיבוש דהוי קנין ממון של כלל ישראל, וחל בה נמי קדושת א"י לענין תרו"מ מדרבנן.

[148] ע"ע לקמן בשיעורים אות ו', ועיין באגרות הגרי"ד פ"י מהל' מע"ש ה"י (עמ' קס"ד).

בתוס' (ד"ה השתא) וז"ל הא פשיטא ליה שיש חילוק בין ירושלים לחוץ לירושלים, דחוץ לירושלים עיקר חילול הוא פירות על פריטי או על סלעים כדי להקל משאו, ובירושלים עיקר החילול הוא כסף על פירות כדי לאכלם או על פריטי כדי לקנות בהם צורך אכילה וכו' עכ"ל.

ונראה דאין כאן רק דין בעלמא בשינוי סדר חליפי הקדושה, דמחוץ לירושלים הקדושה מתחלפת ועוברת מפירות לכסף, ובירושלים מתחלפת ועוברת מכסף לפירות. אלא שיש כאן שני דינים וחלויות שונים. ונראה דפדיון פירות מע"ש על כסף מחוץ לירושלים חל מדין קנין כסף, דהוא יסוד דין פדיון הקדשות דעלמא וכדמבואר ברש"י (קידושין דף כו. ד"ה דבר תורה מעות קונות) וז"ל כדאשכחן גבי הקדש ונתן הכסף וקם לו עכ"ל. וכמו"כ כתב רש"י לקמן (דף מו. ד"ה סבר) וז"ל דבר תורה מעות קונות כדאשכחן גבי הקונה מן ההקדש שאמרה תורה ונתן הכסף וקם לו עכ"ל. וכן נמי מוכח מהגמרא בקידושין (דף ה.) "מה לכסף שכן פודין בו ההקדש". ומכאן דאף פדיון הקדש חל מדין קנין כסף. ולכאורה נמי משמע הכי מלישנא דמשנה (קידושין כח ב) "רשות הגבוה בכסף ורשות ההדיוט בחזקה", דמשמע דקניני הקדש חלין מדין קנין כסף ואילו בהדיוט מעות אינן קונות אלא חזקה קונה.[149] וה"ה בפדיון מע"ש, חלות דין הפדיון הוא דהפודה קונה את הפירות ממע"ש עם הכסף, ומאחר שקנה את הפירות הקדושה מתחללת מהפירות ומתחלפת ונתפסת בכסף הפדיון שהוא קנוי עכשיו למע"ש, והפירות יוצאים לחולין ביד הפודה שקנאם.

אולם נראה לומר דחילול כסף מעשר שני אפירות בירושלים אינו חל מדין קנין כסף בעלמא, שהרי הרמב"ם פסק דמע"ש ממון גבוה ואין מקדשין בו אשה (פ"ג ממע"ש הלי"ז). ולפי"ז נראה דעיקר הדין דקנין פירות בירושלים בכסף מע"ש חל מפאת מצות מע"ש להאכל בירושלים וכדכתיב "ונתתה הכסף בכל אשר תאוה נפשך", והקנין חל בתורת קיום מצות מע"ש.[150] ונראה דדין מע"ש ממון גבוה אינו קובע דליכא להדיוט חלות בעלות כלל במע"ש, אלא דאע"פ דיש לו חלות שם בעלות, מ"מ בעלותו מוגבלת היא, כי מחוייב הוא לקיים מצות החפצא דמע"ש להביאו ולאוכלו בירושלים. ומשו"ה אינו יכול לקדש בו אשה דאין זה ממצות מע"ש[151]. ברם לצורך מצות אכילה הרי הוא הבעלים של הכסף דמע"ש להוציאו ולחללו אפירות. ונראה דבחילול כסף מע"ש אפירות

[149] עיין בחידושי רבינו חיים הלוי על הרמב"ם (פ"ח מהל' מעשר שני ה"ז) ובחידושי הגר"מ הלוי (פ"ד מהל' עכו"ם הי"ג) וע"ע בספר אבי עזרי על הרמב"ם (פ"ג מהל' אישות ה"א).

[150] ע"ע ברשימות שיעורים למס' סוכה (עמ' קס"ו - קס"ז).

[151] עיין להלן בשיעורים דף נג. בענין מעשר שני אות א', ועיין באגרות הגרי"ד הלוי פ"ג מהל' מע"ש ונט"ר הי"ז.

בירושלים חלה חלות חליפי קדושה מכסף אפירות כמצות מע"ש, כלומר דנכנסין הפירות לקדושה תחת הכסף לשם קיום מצות אכילה, שהקדושה שבכסף מתחלפת ועוברת מהכסף לפירות וחל הקנין ממילא, דהיינו דהכסף עוברת מבעלות ורשות דמע"ש לקנין ההדיוט בעל הפירות, והפירות שנתפסו בקדושה תחת הכסף נכנסין ממילא לרשות מע"ש.[152]

ולכאורה יש עוד ראייה דחלין בזה שני דינים נפרדים ממה שפסק הרמב"ם (פ"ד מהל' מע"ש ה"ג) שכתב וז"ל הפודה מע"ש מברך על פדיון מע"ש. ואם חיללן על פירות אחרות או שחילל מעות על הפירות מברך על חילול מעשר שני עכ"ל. ומבואר דלרמב"ם מברכין שתי ברכות שונות, "על פדיון מע"ש" ו"על חילול מע"ש", והוא משום דס"ל דחלין ב' חלויות שונות - חלות פדיון וחלות חילול. ונראה דחלוקים הם ביסוד דיניהם, דפדיון פירות מע"ש על כסף מהוה חלות קנין ואילו חילול כסף מע"ש על פירות מהוה חלות תמורת קדושה מהכסף לפירות.

ויעויין במחלוקת שבין הרמב"ם והראב"ד (פ"ד מהל' מע"ש ה"ב - ה"ו) דתרווייהו ס"ל דאפילו מחוץ לירושלים אם חילל כסף מעשר על פירות החילול חל בדיעבד ויעלו הפירות ויאכלום בירושלים. אולם נחלקו בדין חילול פירות מע"ש על פירות, דלהראב"ד אינו חל כלל, דפרי ראשון דמע"ש אינו נפדה אלא בכסף צורה ולא בפירות דאינם אלא שוה כסף דפסול לפדיון מע"ש. ואילו לפי הרמב"ם פירות מתחללין על פירות אפילו מחוץ לירושלים. ושיטתו צ"ע, דלכאורה סותר את עצמו, שהרי פסק (פ"ד מהל' מעשר שני ה"ט) שאין פודין מע"ש אלא בכסף שיש עליו צורה ואם פדה על אסימון לא עשה כלום, וא"כ קשה היאך מועיל חילול פירות על פירות, דחסר פדיון במטבע שיש עליה צורה.

ונראה דהרמב"ם סובר דחילול פירות על פירות אינו חל מדין פדיון, דהיינו מדין קנין, דהא ליכא בזה כסף צורה. אלא דחל מדין חילול כמו בחילול מעות מע"ש על פירות בירושלים דחל החילול מדין התפסת קדושה. דכמו שמחללין מעות מע"ש בחלות תמורת קדושתן על גבי פירות כדי לאכל את הפירות בירושלים, ה"ה פירות הראשונים דמע"ש מתחלפין בפירות אחרים כדי לאכל את הפירות השניים בקדושת מע"ש בירושלים. ומשו"ה כלל הרמב"ם חילול פירות אפירות ומעות אפירות בהלכה אחת ובברכה אחת.

[152] צ"ע מפסק הרמב"ם (פ"ז מהל' מע"ש הלי"ד) שפסק שכשלקח מים ומלח מכסף מע"ש המעות יוצאים לחולין ועכ"ז לא קנה מע"ש את המים ואת המלח. ומ"מ מפסק זה נמי מוכח דאין כאן חלות קנין כסף דעלמא, דהא המים ומלח לא נקנו למע"ש ומ"מ הכסף התחלל ויצא לחולין, וצ"ע.

ויוצא דבזה פליגי הרמב"ם והראב"ד, לשיטת הרמב"ם אף פרי ראשון דמע"ש נתפס בתמורת קדושתו בפרי שני כדי לקיים מצות אכילת מע"ש בפרי שני, ואע"פ שבכך נתבטלה מצות האכילה שהיתה חלה מלכתחילה על הפרי הראשון. ואילו הראב"ד סובר שחילול אינו חל מפרי לפרי, דס"ל דרק כסדר מצותן נתפס פרי שני בקדושת מע"ש, דהיינו לחלל מקודם על מעות מע"ש שאינם ראויים לאכילה, ואח"כ מהמעות על פירות שניים ולאכלם בירושלים. ואילו לחלל ולהחליף פרי ראשון בפרי שני ס"ל דאינו חל, דהרי חילול כזה הוא שלא כמצות מע"ש, המחייבת אכילת פרי ראשון עצמו בירושלים או לפדותו בכסף צורה ולהביא את הכסף שנתקדש בקדושת מע"ש בקיום הבאה לירושלים מפני טורח הדרך, ואח"כ לחלל הכסף על פירות שניים בירושלים ולאכלם.[153]

ועוד נראה לבאר את שיטת הראב"ד, דיעויין בראב"ד בדין חילול פירות על פירות מחוץ לירושלים שכתב (פ"ד מהל' מע"ש ה"ב) וז"ל והראשונים לא יצאו לחולין ויעלו גם הם ולעולם פירות הראשונים של מעשר אינם מתחללים אלא על כסף, ואפילו דיעבד משמעתא דמס' סוכה (מ:) ופרי שני נמי דיעבד אין לכתחילה לא עכ"ל. ונראה שהראב"ד השווה דין פרי ראשון דמע"ש בחילול פרי על פרי עם דין חילול פרי על פרי שני בשביעית, דהדין הוא דהפרי השני נתפס בקדושת שביעית והפרי הראשון נשאר

[153] עיין ברמב"ם (פ"ח מהל' מעשר שני ה"ז) וז"ל הלוקח פירות בסלע של כסף מעשר ומשך הפירות ולא הספיק ליתן הסלע עד שהוקרו הפירות ועמדו בשתים, הרי זה מפריש עליהן סלע בלבד שנאמר ונתן הכסף וקם לו בנתינת הכסף קונה והשכר למעשר עכ"ל. והראב"ד השיג עליו באריכות וכתב וז"ל אי אפשר לזה בלא שבוש שהרי לא נתן הכסף וכו' עכ"ל. ודברי הרמב"ם לכאורה תמוהים, דאיך פסק שקנה את הפירות בכסף מע"ש דהרי עדיין לא נתן את הכסף למוכר הפירות. ונהי דקנה הפירות במשיכה כהדיוט מ"מ רק התחייב לתת את הכסף דמע"ש למוכר, וא"כ היאך כתב שקנה בנתינת הכסף שהרי עדיין לא נתן הכסף למוכר הפירות. אך לפי"ד רבינו זצ"ל יתכן ליישב דחילול כסף מע"ש על פירות אינו חל מדין קנין כסף דעלמא, דאזי צריך לתת את הכסף לידי המוכר. אלא יסוד דין חילול הוי חלות דין תמורת וחליפי הקדושה מהכסף על גבי הפירות, דהפירות נכנסים לקדושה תחת הכסף. ובכן י"ל דס"ל להרמב"ם דאף במשיכת הפירות בלבד חלה תמורת וחליפי הקדושה, דבמשיכה בעלמא נחשבין הפירות לתמורת הכסף דחלה בהם קדושה תחת הכסף, ולפיכך קנה מעשר משעת משיכת הפירות שנתקדשו והכסף יצא לחולין. אמנם עדיין צ"ע דא"כ היה לו להרמב"ם להביא את הפסוק דחילול מע"ש, "ונתת הכסף בכל אשר תאוה נפשך" ולא את הפסוק ד"ונתן הכסף וקם לו" דמיירי בפדיון הקדש דעלמא - כשפודה הקדש בכסף חולין, דחל מדין קנין כסף ולא מדין חילול הקדש. ונראה דלא הביא הרמב"ם את הפסוק ד"ונתתה הכסף בכל אשר תאוה נפשך" דמיירי כשנתן את הכסף דמע"ש למוכר הפירות, ובכך התהווה מעשה החילול. ואילו בציור שברמב"ם מעשה החילול נעשה באופן הפוך, שבעל הפירות נתנם לבעל הכסף, ובכך הפירות נכנסו לקדושה תחת הכסף. והא דהביא הרמב"ם את הפסוק "ונתן הכסף וקם לו" היינו לקבע שבחלות החילול של הפירות תחת הכסף חל נמי חלות קנין, דהפירות שנתקדשו נקנו למע"ש והכסף שנתחלל נקנה לבעל הפירות, דהפסוק ד"ונתן הכסף" קובע חלות קנין בפדיון הקדשות. ועוד יתכן דס"ל לרמב"ם שכשמשך את הפירות, מעיקרא חל קנין מע"ש מדין משיכה, וקנין זה חל כקנין לשם אכילת מע"ש ומשו"ה חל חלות שם מע"ש בפירות, ובבת אחת קדושת מע"ש שבכסף מתחללת ונתפסת בפירות הקנויים למע"ש. ומשו"ה הביא את הפסוק ד"ונתן הכסף" דכמו דבפדיון כסף מעיקרא חל הקנין וע"י נפדה ומתחללת הקדושה, ה"ה כאן במשיכת הפירות מעיקרא חל הקנין וע"י נפדה ומתחללת הקדושה. ועיין בחידושי הגר"ח זצ"ל על הרמב"ם פ"ח מהל' מע"ש ה"ז.

בקדושתו. והראב"ד דוחה בכך את שיטת הרמב"ם שסובר דחל קיום מצות חילול מע"ש מפרי ראשון על פרי שני, דס"ל לראב"ד דחל רק דין בעלמא של תפיסת דמים בקדושת מע"ש כבשביעית, שחילול ומקח וממכר תופסין פרי שני בקדושה בלי לחלל את הפרי הראשון שאינו יוצא לחולין.

ויעויין עוד בראב"ד (שם ה"ג) שהשיג על מה שפסק הרמב"ם לברך על חילול פירות מע"ש על פירות וז"ל אני אומר שאם חלל פירות על פירות אינו מברך לפי שאינו רשאי לעשות כן ואם בירך הרי זה מנאץ עכ"ל. ונראה דהראב"ד אזיל לשיטתו דס"ל דליכא קיום מצות ד"ונתת הכסף בכל אשר תאוה נפשך" בחילול פירות מע"ש על פירות, אלא דחלה התפסת קדושה בעלמא. והראב"ד סובר דרק כשמקיים מצותו של מע"ש לחלל כסף על פירות חל דין לברך, ולא בהתפסת קדושה בעלמא. מאידך הרמב"ם פסק דמברכין בחילול פירות על פירות משום דס"ל דחילול פירות על פירות מהווה קיום מצות מע"ש ד"ונתת הכסף בכל אשר תאוה נפשך", ומשו"ה ס"ל דמברך עליו, והרמב"ם אזיל לשיטתו דס"ל דבחילול פירות על פירות הפרי הראשון מתחלל מדין מצות "ונתת", שלא כהראב"ד הסובר דהפרי הראשון לא מתחלל ונשאר בקדושתו ובמצותו להאכל בירושלים.

ה.

פדיון מעשר שני בזה"ז

עיין בתוס' (מסכת ברכות דף לה. ד"ה ולמאן) וז"ל וכרם רבעי בזה"ז מחללין על שוה פרוטה ושוחקו ומטילו לנהר וכן מפורש בשאלתות דר' אחאי עכ"ל. והקשה הגרע"א זצ"ל בגליון הש"ס "ותמוה לי כיון דילפינן חילול חילול ממעשר ליבעי חילול על דבר שעליו צורה, וצ"ע".

והנה עיין ברמב"ם (פ"י מהל' מאכלות אסורות הל' י"ז) וז"ל כיצד פודין פירות נטע רבעי בזמן הזה אחר שאוסף אותן מברך וכו' ואח"כ פודה את כולן ואפילו בפרוטה אחת ואומר הרי אלו פדויין בפרוטה זו ומשליך אותה פרוטה לים המלח או מחללן על שוה פרוטה מפירות אחרות ואומר הרי כל הפירות האלו מחוללין על חטים אלו או על שיעורים אלו וכיוצא בהן ושורף אותן כדי שלא יהיו תקלה לאחרים ואוכל כל הפירות עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד (שם) וז"ל א"א זהו תימה דהא ילפינן קדש קדש ממעשר שני ומה להלן כסף אף כאן כסף עכ"ל. ובכסף משנה שם תירץ את שיטת הרמב"ם וז"ל וי"ל לדעת רבינו דהני מילי בזמן הבית דוקא עכ"ל. ועיין עוד ברמב"ם (פ"ב מהל' מעשר שני הל' ב' - ג') וז"ל והורו הגאונים שאם רצה לפדות שוה מנה בפרוטה לכתחילה

בזה"ז פודה, לא יהיה זה חמור מן ההקדש ומשליך הפרוטה לים הגדול. וכן אם חילל מעשר שוה מנה על שוה פרוטה מפירות אחרות הרי זה מחולל, ושורף את הפירות שחילל עליהם כדי שלא יהיו תקלה לאחרים כפדיון נטע רבעי בזה"ז כמו שביארנו בהל' מאכלות אסורות עכ"ל. והשיג הראב"ד וז"ל א"א תמה אני אם אמרו הגאונים שיפדה מעשר שני אפילו בזה"ז פירות על פירות אלא במעשר שני של חו"ל שעשאו כדמאי עכ"ל, וברדב"ז שם תירץ דרק בזמן הבית בעי כסף ואילו בזה"ז מחללין לכתחילה מעשר שני והקדש שוה מנה על שוה פרוטה דפירות כדין נטע רבעי.

ועיין ברמב"ם (פ"ד מהל' מע"ש הל' א' - ה') וז"ל הרוצה לפדות פירות מעשר שני פודה אותן בדמיהן ואומר הרי המעות האלו תחת הפירות האלו או הרי הפירות האלו מחוללות על המעות האלו וכו' ויצאו הפירות לחולין ויעלו המעות לירושלים ויוציאם שם שנא' וכי ירבה ממך הדרך כי לא תוכל שאתו, וכן אם רצה לחלל פירות המעשר על פירות אחרות יעלו הפירות השניות ויאכלו בירושלים ולא יחלל ממין על שאינו מינו ולא מן היפה על הרע וכו', הפודה מעשר שני מברך על פדיון מעשר שני ואם חיללן על פירות אחרות או שחילל המעות על הפירות מברך על חילול מעשר שני וכו' כשפודין המעשר אין פודין אותו לשם מעשר אלא לשם חולין ואומרים כמה שוין פירות חולין אלו ואע"פ שהכל יודעין שהן מעשר כדי שלא יתבזה. אין מחללין מעות מעשר שני על מעות אחרות בין שהיו אלו ואלו כסף או אלו ואלו נחושת או הראשונות כסף והשניות נחושת וכו' ואם עבר וחילל הרי אלו מחוללין עכ"ל. ומבואר מדברי הרמב"ם דחלין ב' דינים: א) דין פדיון מעשר שני במעות, ב) דין חילול פירות בפירות אחרות. והויין שני דינים שונים, דדין פדיון בכסף נלמד מן הפסוק "וצרת הכסף בידך" ומהווה חלות קנין שחל בכסף דוקא, ואילו דין חילול על פירות נלמד מהפסוק "ונתת וגו' בכל אשר תאוה נפשך", והוא מהווה קיום במצות אכילת מעשר שני בירושלים דהקדושה עוברת מפירות ראשונים לשניים לשם קיום מצות אכילת מעשר שני. והראב"ד (פ"ד מהל' מעשר שני ה"ב) השיג על הרמב"ם וז"ל והראשונים לא יצאו לחולין ויעלו גם הם ולעולם פירות הראשונים של מעשר אינם מתחללים אלא על כסף ואפילו דיעבד וכו' אלא בדמאי דמחלל לכתחילה עכ"ל, ומבואר דנחלקו הרמב"ם והראב"ד אם חל דין חילול פירות בפירות אף בזמן הבית, דלשיטת הרמב"ם חל דין חילול בפרי ראשון על פרי שני אפילו חוץ לירושלים, דמעלה את הפירות השניים לבדם לירושלים כדי לקיים בהם מצות אכילת מעשר שני. משא"כ לשיטת הראב"ד דין חילול להוציא את הפרי הראשון לחולין לא נאמר אלא בדמאי, דדין חילול על פרי שני אינו נוהג במע"ש אלא בירושלים כשקונה פרי בכסף

מע"ש שהביא שם. ועיין בכסף משנה (שם) שביאר דפליגי בביאור הסוגיא במס' סוכה (דף מ:) דתניא אחד שביעית ואחד מעשר שני מתחללין על בהמה חיה ועוף ומוקי לה בדמי שביעית ודמי מעשר דאי בפירות מעשר הא כתיב וצרת הכסף בידך, ופירש רש"י דאין מתחלל אלא על המטבע דבר שיש בו צורה. והרמב"ם סובר דלא נלמד מקרא דוצרת הכסף בידך דבעי כסף דוקא אלא למעוטי שלא יחלל על שאינו מינו. ולפי"ז צע"ק בכוונת הראב"ד בהלכות מעשר שני (פ"ב ה"ג) שהשיג על מה שפסק הרמב"ם שמחללין פירות על פירות בזה"ז, דהרי אף בזמן הבית חולק עליו (פ"ד שם ה"ב).

ונראה לבאר בכוונת השגתו דמשיג דאפילו לשיטת הרמב"ם שחל דין חילול פירות בפירות מחוץ לירושלים, דמעלה את הפירות השניים לקיים בהם מצות אכילת מעשר שני בירושלים, דזהו דוקא בזמן הבית דאיכא קיום מצות אכילת מעשר שני בפירות השניים. אמנם בזמן הזה דאי אפשר לקיים מצות אכילת מעשר שני בפירות שניים כיון דמעשר שני אינו נאכל אלא בפני הבית (פ"ב שם ה"א), לא יהא אלא כדבר שאינו נאכל שאין מחללים עליו, דבטל לגמרי דין חילול פירות בפירות בזה"ז, דבזמן הזה חל רק דין פדיון בכסף צורה. ולפי"ז יש לדחות את דברי הרדב"ז (פ"ב ה"ב) שתירץ דדין פדיון בכסף חל דוקא בזמן הבית וע"כ פסק הרמב"ם דבזה"ז מחללין פירות על פירות, דמוכח מהרמב"ם (פ"ד ה"ב) דחל דין חילול פירות בפירות בזמן הבית משום דמקיים בהם מצות אכילת מעשר שני בירושלים. ואם נחלק בין בזמן הזה לזמן הבית אזי י"ל דבזה"ז דליכא קיום מצות אכילת מעשר שני חל רק דין פדיון בכסף צורה ולא חילול פירות בפירות, וכדנתבאר בכוונת השגת הראב"ד. ולפי"ז נמי יש לבאר את השגת הראב"ד (פ"י מהל' מאכלות אסורות הל' י"ז) דמעשר שני בזה"ז נלמד ממעשר שני דעלמא דבעי לפדותו דוקא בכסף, וכוונתו כנ"ל דבזה"ז דליכא קיום הבאת מקום ואכילת מעשר שני לא חל דין חילול אלא דין פדיון בכסף בלבד. ושיטת הרמב"ם זקוקה לביאור.

ונראה דשיטת הרמב"ם היא דבזה"ז חל דין פדיון מע"ש אף שלא בכסף, כי הרמב"ם סובר דפדיון מעשר שני בכסף יסודו הוי חלות דין קנין, והא דבעינן כסף צורה אינו מפאת דין קנין דהרי קיי"ל בכל התורה כולה דשוה כסף ככסף ומועיל לקנין, ועל כרחך צ"ל דדין כסף צורה דין הוא בקיום הבאת מקום, דנלמד מקרא "וצרת הכסף בידך וקמת ועלית" דבעינן כסף היוצא בכל מקום, שיוכל לקנות בו כל מה שיחפוץ לקיים מצות הבאת מקום ואכילת מעשר שני בירושלים, ולכן בזמן הזה דליכא קיום הבאת מקום וקיום אכילת מעשר שני בירושלים פסק הרמב"ם שמועיל חילול פירות על פירות, כשהם שוה פרוטה (פ"י מהל' מאכלות אסורות הל' י"ז, ופ"ב מהל' מעשר שני ה"ג). ונראה דחל

חילול פירות על פירות מדין פדיון וקנין גרידא, דבזה"ז ליכא דין הבאת מקום ומשו"ה לא בעינן כסף צורה לעשות חלות פדיון וקנין. ונראה דזוהי כוונת הרדב"ז בתירוצו (פ"י מהל' מאכלות אסורות הל' י"ז) דבזה"ז לא בעי כסף, דר"ל דבזה"ז ליכא קיום מצות הבאת מקום, ולכן אין צריך כסף צורה, וחל דין פדיון וקנין אף בשוה פרוטה ופירות. ואשר לפי"ז מיושבת קושיית הגרע"א זצ"ל בגליון הש"ס על התוס', די"ל דתוס' סברי דבזה"ז דליכא קיום הבאת מקום ואכילת מעשר שני חל דין פדיון אף בשוה פרוטה, דדין כסף צורה לא נאמר בעצם חלות דין פדיון וקנין אלא נאמר בקיום הבאת מקום דמעשר שני, ובזה"ז דליכא קיום הבאת מקום חל פדיון וקנין מעשר שני בשוה פרוטה.

ולפי"ז מדוייק לשון הרמב"ם (פ"י מהל' מאכ"א הל' י"ז) שכתב וז"ל כיצד פודין פירות נטע רבעי בזה"ז אחר שאוסף אותן מברך אקב"ו על פדיון נטע רבעי ואח"כ פודה את כולן וכו' או מחללן על שוה פרוטה מפירות אחרות עכ"ל. והנה אי פדיון על פירות חל מדין חילול כבזמן הבית הו"ל לברך "אקב"ו על חילול נטע רבעי" וכדפסק הרמב"ם (פ"ד ה"ג מהל' מעשר שני). ומשמע דס"ל לרמב"ם דבזה"ז חל דין פדיון וקנין אף בפירות, וע"כ נקט הרמב"ם דלשון הברכה הוא "אקב"ו על פדיון נטע רבעי".

אלא דלפי"ז צ"ע למה נקט הרמב"ם שמחללין דוקא על פירות שהן שוה פרוטה, דאי מיירי מדין פדיון וקנין ומשום דליכא בזה"ז קיום מצות הבאת מקום, אמאי צריך לפדותן דוקא על פירות, דהרי בכל דבר ששוה פרוטה יועיל הפדיון וקנין, ומלשון הרמב"ם (פ"י מהל' מאכ"א הל' י"ז, פ"ב מהל' מעשר שני ה"ב) משמע שמחללין דוקא על פירות שהן שוה פרוטה, ומשמע מזה שחל חלות חילול אף בזה"ז ושיטתו צ"ע, דלפי"ז הדרא קושיית הראב"ד לדוכתא, וצ"ע.[154].

ו.

מצות הבאת מעשר שני לירושלים

[154] ויתכן דלרמב"ם לא נאמר דין שוה כסף ככסף בפדיון מע"ש, דליכא בו חלות דין תשלומי דמים כבקנין כסף דעלמא. דבקנין כסף דעלמא חל דין שוה כסף ככסף משום שחל הקנין מדין פרעון. משא"כ בפדיון מע"ש דאין בו חלות תשלומין ומשו"ה צריך בו חפצא של כסף ממש ולא שוה כסף ודמי פרעון. ועיין בחו"מ ריש סימן ק"צ בסמ"ע ובט"ז דנחלקו בהגדרת קנין כסף דעלמא אי חל בתורת פרעון או בתורת מעשה קנין בחפצא של כסף. ונראה דהרמב"ם סובר דבמע"ש חל קנין כסף מדין מעשה קנין ומועיל רק בחפצא של כסף, דאין הקנין חל מדין פרעון, ומשו"ה ס"ל דשוה כסף פסול לקנין ופדיון מע"ש, ומה דמועיל בזה"ז חילול פירות על פירות להרמב"ם אינו מדין קנין כסף דהא ליכא בזה חפצא דכסף, אלא דחל מדין חילול, דפירות מתחללין על פירות, דאע"פ דליכא קיום הבאת מקום בזה"ז מ"מ חל חילול פירות על פירות. ומשו"ה אינו מברך על חילול פירות בזה"ז דהברכה נאמרת רק כשחל קיום הבאת מקום משא"כ בזה"ז. ומאידך ברכת על פדיון מע"ש נאמרת אף בזה"ז דהברכה נתקנה על עצם מעשה הפדיון דחל אף בזה"ז, ועדיין צ"ע.

עיין ברמב"ם (פ"א מהל' מעשר שני הל' י"ד) וז"ל מעשר שני הואיל וטעון הבאת מקום אין מביאין אותו מחו"ל כבכור בהמה לפיכך לא חייבו להפריש מעשר שני בסוריא עכ"ל. ולקמן כתב (פ"ט מהל' מע"ש ה"א) ז"ל וכשם שאין מעשר שני בסוריא כך אין נטע רבעי בסוריא עכ"ל. ומבואר מלשון הרמב"ם דליכא חלות מעשר שני בחו"ל. והנה ז"ל הרמב"ם (פ"א מהל' בכורות ה"ה) (בגירסא שלפנינו) מצות בכור בהמה טהורה נוהגת בארץ ובחו"ל, ואין מביאין בכורות מחו"ל לארץ, שנאמר ואכלת לפני ה' אלוקיך מעשר דגנך תירושך ויצהרך בכורות בקרך וצאנך, ממקום שאתה מביא מעשר דגן אתה מביא בכור בקר וצאן וממקום שאין אתה מביא מעשר דגן אי אתה מביא בכור בקר וצאן אלא הרי הוא כחולין ויאכל במומו, ואם הביא אין מקבלין ממנו עכ"ל. ובטור (יו"ד סימן ש"ו) גרס ברמב"ם שבכור אינו נוהג אלא בארץ ואם הובאו מחו"ל לא יקרבו שהן חולין גמורין. וקשה דבשלמא לפי גירסת הטור דבכור חו"ל אינו קדוש כלל שפיר משווינן אותו למעשר שני דליכא חלות ודין מעשר שני בחו"ל כלל, וממילא יליף נמי דאין נטע רבעי בחו"ל. אמנם צ"ע לפי הגריסא שלפנינו ברמב"ם דבכור חו"ל נאכל במומו כלומר דחלה קדושת בכור בבכור חו"ל אלא דקדוש ואינו קרב, א"כ צ"ע היאך ילפינן מיניה למעשר שני בחו"ל דאינו קדוש כלל.

ועיין בהשגת הראב"ד (פ"א מהל' בכורות ה"ה) וז"ל טעות היא זו ואפילו לר"ע דאית ליה האי סברא לא אמר אלא ליקרב אבל קדושת בכור יש בו ואינו נגזז ונעבד ואינו נאכל אלא במומו עכ"ל, ולגירסא שלפנינו צ"ע בכוונת השגתו שהרי גם הרמב"ם מודה דבכור חו"ל קדוש ואינו קרב, ואולי כוונתו להשיג דא"כ איך ילפינן מיניה דליכא קדושת מעשר שני בחו"ל כלל, ודבריו צ"ב.

ובספר חידושי רבינו חיים הלוי (פ"א מהל' מעשר שני הל' י"ד) ביאר דכוונת הראב"ד בהשגתו דאי אפשר ללמוד דין הבאת מקום במעשר שני מדין הקרבת בכור חו"ל, דמעשר שני ובכור הוקשו להדדי רק בעצם חלות קדושתן, ואילו הדין דבכור חו"ל אינו קרב הוא רק גזירת הכתוב של איסור ומניעת הקרבה אע"פ שחל ביה קדושת בכור, ולכן אין ללמוד מיניה למעשר שני שלא יהא בחו"ל דין הבאת מקום, דדין הבאת מקום הוי דין שחל ממילא במעשר שני, ואם אך איכא חלות שם מעשר שני בחו"ל ממילא חל בו נמי דין הבאת מקום.

ובביאור שיטת הרמב"ם כתב מרן הגר"ח זצ"ל (שם) וז"ל ונראה דהנה ביסוד הדין דבכור אינו בא מחו"ל צ"ע, אם הוא זה דין בפני עצמו של מניעת הקרבה, דבכור חו"ל אינו קרב אבל בעצם דין קדושת בכור ליכא שום נפקותא בין בכור חו"ל לבכור א"י, או דנימא דהא

דבכור חו"ל אינו קרב הוא זה דין בעצם קדשותו, דכל דין קדושת בכור שלו הוא רק לענין איסורי בכור ואיסורי קדש, אבל לענין דין הקרבה הרי הוא מופקע מעצם דין בכורה, וכל לענין הקרבה אמרינן דאין בכור נוהג בחו"ל. ונראה דזה מבואר בדברי הרמב"ם שכתב דהרי הוא כחולין, ור"ל דלענין הקרבה הרי הוא כחולין ואין בו דין בכור כלל. אשר ע"כ זהו שהשיג הראב"ד במה שכתב לא אמר אלא ליקרב אבל קדושת בכור יש בו, ר"ל דגם זה שאינו קרב הוא ג"כ גזירת הכתוב של מניעת הקרבה, אבל לא משום חסרון קדושה, ולא משום חסרון חלות דין בכור. אשר לפי"ז ניחא שפיר דעת הרמב"ם דדין הבאת מקום של מעשר שני נלמד מדין הקרבה דבכור שאינו בחו"ל. ואע"ג דהוו שני ענינים שונים, כיון דלדעת הרמב"ם יסוד הדין של בכור חו"ל דאינו קרב אין זה דין מניעת הקרבה, כי אם דין דהוי דין הפקעת בכורה, דלענין הקרבה אין בו דין בכור כלל[155], א"כ שפיר ילפינן מיניה גם למעשר שני, דלענין הבאת מקום פקע מיניה שם מעשר, דבזה הרי איתקשו בכור ומעשר שני להדדי דאינן באין מחו"ל, וממילא דחסר לו כל הדין של הבאת מקום. אכן כל זה לדעת הרמב"ם דחסרון דין הקרבה שבבכור חו"ל הוא זה דין בעצם קדושתו, אבל הראב"ד לטעמיה דס"ל דבכור חו"ל הוא שוה בקדושתו לבכור א"י, וכל דינו הוא רק חלות דין בפני עצמו של מניעת הקרבה, ע"כ זהו שהשיג דאין לדמות דין מניעת הקרבה לדין הבאת מקום שהוא היתרא דממילא וכמו שנתבאר עכ"ל.

ויש להוסיף דלשיטת הרמב"ם דין הבאת מקום וקיום אכילת החפצא של מעשר שני דין הוא בעצם קדושת מעשר שני, דאי ליכא בפירות חלות דין הבאת מקום וקיום מצות אכילת מע"ש בירושלים, פקע מהם כל חלות שם מעשר שני. וע"כ פסק הרמב"ם דבסוריא ובחו"ל ליכא מעשר שני כלל, דמכיון דילפינן מבכור חו"ל דאין בו דין הבאת מקום מחו"ל זה גופא מפקיע כל חלות שם מעשר שני בחו"ל, דיסוד חלות קדושת מעשר שני תלויה בדין הבאת מקום וקיום הניתן לאכילה שבחפצא דמעשר שני. והראייה לזה ממה שכתב הרמב"ם (פ"ג מהל' מעשר שני הל' י"א) וז"ל ואין מחייבין אותו לאכול פת שעיפשה ושמן שנסרח אלא כיון שנפסל מאוכל אדם פקעה קדושה ממנו עכ"ל. ומבואר להדיא דקדושת מעשר שני תלויה בקיום הניתן לאכילה, וחל בחפצא דמעשר שני חלות דין ניתן לאכילה, ואם אי אפשר לאוכלו דנפסל מאכילת אדם דפקע ממנו כל הדין ניתן

[155] לכאורה יוצא נ"מ לפי"ד הגר"ח זצ"ל, דאליבא דהרמב"ם אם הקריבו בכור חו"ל עברו על איסור הבאת חולין לעזרה דהא לגבי הקרבה הריהו חולין, ואע"פ שקדוש בקדושת הגוף לענין גיזה ועבודה ושאסור לאכלו בלי מום. ועוד יתכן נ"מ לגבי חלות תמורה, דאם בכור חו"ל קדוש להקרבה תמורתו חלה בדומה לתמורת בעל מום ואילו אם אינו קדוש להקרבה כלל לא חלה תמורה. דאילו בעל מום קדוש להקרבה אלא שפסול, ואילו בכור כחולין לענין הקרבה.

להבאת מקום ואכילה, פקעה ממנו נמי עצם חלות קדושת מעשר שני. וה"ה דליכא חלות קדושת מע"ש בסוריא מכיון דאינו ראוי להבאת מקום ולקיום אכילה בירושלים. משא"כ בבכור דחלה בו קדושה לאוסרו בגיזה ועבודה ובאכילה בלי מום אף בבכור חו"ל אע"פ דלא ניתן למצות הבאה ולהקרבה. דבכור שוה לקדשים אחרים דחלה בהם חלות קדושה ואע"פ שאינם בני הקרבה ואכילה, וכדמצינו בפסולי המוקדשין. ומשו"ה בכור חו"ל קדש ואינו קרב. משא"כ במע"ש ונט"ר שכשאינם ראוים לקיום הבאת מקום ואכילה פקעה כל קדושתם מעיקרא.[156]

ועפי"ז יש לבאר נמי את דברי הרמב"ם (פ"י מהל' מאכ"א הל' ט"ו) שכתב וז"ל יראה לי שאין נטע רבעי נוהג בחו"ל, אלא אוכל פירות שנה רביעית בלא פדיון כלל, שלא אמרו שם אלא בערלה. וקו"ח הדברים ומה סוריא שהיא חייבת במעשרות ובשביעית מדבריהם אינם חייבת בנטע רבעי כמו שיתבאר בהלכות מע"ש, חוצה לארץ לא כ"ש שלא יהיה נ"ר נוהג בה כו' עכ"ל. ולכאורה דבריו תמוהים, דמה ענין דין נ"ר בסוריא מדרבנן לדין נ"ר בחו"ל מדאורייתא, דערלת חו"ל חלה כמצוה מן התורה, ובדין הוא שאף מצות נטע רבעי תחול בחו"ל כמצוה מן התורה דהוקשה נ"ר לערלה, והיאך שייך לעשות קו"ח מפטור מצוה מדרבנן בסוריא לחובת מצוה בחו"ל מדאורייתא. ונראה דהרמב"ם אזיל לשיטתו דס"ל דמצות הבאת מקום לירושלים אינה נוהגת בחו"ל מן התורה וכדנלמד מדין בכור חו"ל, ולכן פטרו הרבנן סוריא ממצוות מע"ש ונ"ר מדליכא מסוריא קיום מצות הבאה, ואע"פ דהדין דבסוריא חל בפטור מצוה מדרבנן אך עצם

[156] אך לפי"ז צ"ע בעצם השוואת מע"ש לבכור, דהא קדושת בכור אינה תלויה בהבאת מקום משא"כ במע"ש. וצ"ל דיש שני דינים בקדושת בכור: א) קדושת קדשים דעלמא דאינה תלויה במצות הבאת מקום; ב) קדושת בכור מיוחדת התלויה בהבאת מקום בדומה לקדושת מע"ש. ושתי הקדושות תלויות זו בזו במקצת, ובחו"ל דחסרה בבכור הקדושה להבאת מקום אף קדושת הקרבן דחלה בו אינה קדושה גמורה. וממילא דין בכור בחו"ל שונה מדין בכור בא"י. ונראה דהיקש דבכור למע"ש בדין הבאת מקום נלמד מהפסוק (דברים י"ד: כ"ג) "ואכלת לפני ה' אלוקיך במקום אשר יבחר לשכן שמו שם מעשר דגנך תירושך ויצהרך ובכרות בקרך וצאנך". וברש"י (דברים ט"ו: כ) ד"ה שנה בשנה הביא היקש זה שבין בכור לבין מע"ש. וע"ע ברש"י (סוכה דף מ: ד"ה שמא) שכ' שכמו שיש מצוה לאכול בכור תוך שנתו דה"ה במע"ש שיש מצוה לאכלו תוך שנה. ונראה דהשווה רש"י את מצוות אכילות בכור ומע"ש אהדדי משום שבשניהם חלה מצות הבאת מקום לירושלים לאוכלם שם כמצוותם. ועיין ברשימות שיעורים למס' סוכה על דברי רש"י שם (עמ' ר"ו - ר"ז). והוסיף רבינו זצ"ל (עיין בקובץ חידושי תורה להגר"מ והגרי"ד עמ' ק"ו) דיעויין ברמב"ם (פ"ה מהל' בכורות הל"ט) שכתב וז"ל הלוקח בהמה ממעות מע"ש בירושלים חייבת בבכורה. אבל הלוקח בהמה מפירות שביעית הרי זו פטורה מן הבכורה לפי שאינו רשאי לעשות סחורה בפירות שביעית שהרי נאמר בה לאכלה, לאכלה ולא לסחורה, ואם תהיה חייבת בבכורה הרי זה משתכר בבכור שהרי יצא מתורת פירות שביעית כו' עכ"ל. ודבריו צריכים ביאור, עיין בכסף משנה.
ואשר נראה דהרמב"ם ס"ל דאילו היתה הבהמה חייבת בבכורה היתה קדושת בכור מפקיעה קדושת שביעית, דשתי הקדושות הריהן תרתי דסתרי. מאידך קדושת בכור וקדושת מע"ש חלות ביחד דאינן סותרות הדדי, והוא משום שבבכור חלה מצוה מיוחדת של הבאת מקום בדומה למע"ש, לפיכך קדושת בכור סותרת לקדושת שביעית דלית בה מצות הבאת מקום לירושלים, ואילו קדושת מע"ש אינה סותרת לקדושת בכור מכיון דבשתיהן חלה מצוה של הבאת מקום לירושלים.

הלימוד מבכור והסברא שבזה דין דאורייתא הוא. ולכן שפיר עושים קו"ח לפטור חו"ל ממצות נטע רבעי מדאורייתא. דיסוד וגופה של קדושת מע"ש ונ"ר הוא הניתן לקיום מצות הבאה, דבלי"ז לא חלה קדושתן כלל.[157]

ולפי היסוד הנ"ל נראה לבאר את המחלוקת שבין ר' יהודה ובין החכמים (ירושלמי פאה פ"ז ה"א, ומעשר שני פ"ה ה"ב ובמס' תרומות פ"ג מ"ט) דפליגי האם חל נטע רבעי בפירות נכרי. והר"ש והגר"א שם פירשו את המחלוקת דנחלקו אי יש קנין לנכרי להפקיע מקדושת נטע רבעי בסוריא (ובא"י לכולי עלמא יש לנכרי נטע רבעי). ולדברי החכמים יש נט"ר ומע"ש בסוריא גם לנכרי. דלשיטת ר"י אין לנכרי נטע רבעי דנטע רבעי נלמד ממעשר שני, ומכיון שאין מעשר שני בסוריא הכא נמי אין נטע רבעי בסוריא. אמנם הרמב"ם פסק (פ"ט מהל' מעשר שני ה"א) דאין מעשר שני ונטע רבעי בסוריא כלל. ועל כרחך צ"ל דהרמב"ם מפרש את המחלוקת בין ר"י וחכמים האם יש נטע רבעי לעכו"ם דמיירי בא"י, דלר"י אין לנכרי נטע רבעי בא"י מאותו טעם דליכא נטע רבעי בסוריא. וצ"ע דהדין דאין נטע רבעי בסוריא היינו דין מדרבנן ואילו הא דאין לנכרי נטע רבעי בא"י היינו דין דאורייתא והיאך למדים דין דאורייתא מדין דרבנן.

ונראה לבאר דעצם קדושת מעשר שני תלויה בקיום הניתן שבחפצא לאכילה, וכמו שמדרבנן אין מעשר שני ונטע רבעי נוהגין בסוריא מכיון דאין בסוריא דין הבאת מקום, ולכן ליכא בנט"ר ומע"ש שבסוריא חלות דין קיום הניתן שבחפצא לאכילה, וע"כ מדרבנן לא חל ביה חלות שם מעשר שני ונטע רבעי כלל, דה"ה לשיטת ר' יהודה אין נטע רבעי לעכו"ם בא"י מה"ת משום שאינו יכול לקיים את מצות האכילה שבחפצא, וממילא לא חלה בפירותיו קדושת נטע רבעי כלל. משא"כ לחכמים דס"ל דיש לנכרי נטע רבעי דס"ל דאע"פ שאין לנכרי קיום אכילת נטע רבעי היינו חסרון רק בקיום הגברא, אמנם באכילת עכו"ם איכא חלות קיום אכילה המתקיימת בחפצא של הפירות עצמן, וע"כ שפיר מתקיים הניתן לאכילה שבחפצא,[158] וע"כ קדושת נטע רבעי חלה בפירות. ועיין ברמב"ם (פ"י מהל' מעשר שני ה"י) שפסק כשיטת חכמים ד"יש לנכרי נטע רבעי שאם בא לנהוג במצוה זו הרי הוא קדש כנטע רבעי של ישראל", ר"ל שאם נכרי נוהג מצות נטע רבעי מתקיים דין הבאת מקום והניתן לאכילה בחפצא של הפירות וע"כ חל בפירות

[157] ע"ע בחידושי רבינו חיים הלוי על הרמב"ם (פ"י מהל' מאכ"א הל' ט"ו ופ"א מהל' מע"ש הל' י"ד).

[158] דאכילת נכרי שמה אכילה, ובכן כשהנכרי אוכל מע"ש, המע"ש הוי נאכל לאדם ומתקיימת בו המצוה דבחפצא, והנכרי שאוכלו הוא עצמו מקיים את מצות אכילת מע"ש שמתקיימת בחפצא, ואע"פ שאיננה משבע מצוות בני נח.

של נכרי חלות קדושת נטע רבעי.[159]

[159] בנוגע לנט"ר דנכרי כתב הרמב"ם בפיה"מ (פ"ג מתרומות משנה ט') וז"ל הנכרים אע"פ שאינן חייבין במצות אם עשו מהם שום דבר יש להם קצת שכר, וזהו מן העיקר שלנו, וכיון שהם משתתפין עמנו בשכר, מעשיהן במצות קיימין כאשר תראה והלכה כחכמים עכ"ל. ונראה דלפי"ד רבינו ז"ל הרמב"ם התכוון רק לקיום מצות נט"ר דחלה בחפצא ולא למצות אחרות שהן קיומי גברא כגון מצוות הנחת תפילין ואכילת מצה. דלגבי מצות אכילת נט"ר דוקא הויא אכילת נכרי כשהוא בעל הנט"ר קיום מצות אכילה המתקיימת בחפצא דנט"ר הניתן לאכלית בעליו. והנה בפסוק דמצות אכילת מע"ש כתוב "ואכלת שם לפני ה' אלוקיך ושמחת אתה וביתך" (דברים י"ג: כ"ו) ומשמע דאכילת בני ביתו, כולל קטנים, מהווה קיום מצות אכילת מע"ש. ואע"פ דקטנים לאו בני מיעבד מצוות נינהו מ"מ שאני מצות מע"ש דהקיום הוי קיום בחפצא כשנאכל כמצוותה דאינה מצות גברא בעלמא, ואכילת קטנים מהווה קיום מצוה בקיום המצוה דהחפצא דמע"ש, וי"ל דה"ה דאכילת נכרי מהווה קיום מצוה בחפצא דנט"ר ומע"ש.

והנה נרחיב הירעיה בענין נכרי בעשיית מצוות אחרות בנוסף לז' מצוות בני נח. הנה עכו"ם שמל בגיותו שלא לשם גירות חייב להטיף דם ברית כשנתגייר כי מילתו אינה מילה וערל הוא ע"פ דין וכמו שפסק במשנת נדרים (לא:) שהנודר מן הערלים אסור במולי עכו"ם שבכלל ערלים הם (ועיין ברש"י שם). ועיין ברמב"ן בחידושיו למס' שבת (קלה.) שכתב וז"ל גר שנתגייר כשהוא מהול ודאי צריך להטיף ממנו וכו' ומילה ראשונה לא מהניא שלא נעשית כהלכתה ואע"פ שמל ערל היה וכו' ונ"ל שהמל גר וכו' שנתגייר כשהוא מהול מברך אקב"ו להטיף דם ברית מן הגרים וכו' שאין הטפת דם זו מפני ספק אלא חייבין אנו להטיף מהם דם זו של ברית ונכנסין בה תחת כנפי השכינה וכו' עכ"ל, ומבואר שמילת גוי אינה מילה כלל. ויש לעיין בבן קטורה שמל ואח"כ נתגייר שהרי בני קטורה חייבין במילה מדין זרע של אברהם (רמב"ם פ"י ממלכים הל"ח). וכבר ביאר הבית הלוי בפרשת לך לך כי אין מילת בני קטורה חלה כמילת ישראל, כי לא מתקדשים ע"י מילתם וע"פ דין הן נשארים ערלים כשאר עכו"ם. וכן מדוייק ברמב"ם (פ"י ממלכים הל"ז - ח') המחלק דיני מילת ישראל ומילת בני קטורה לשתי הלכות, עיי"ש. ברם צ"ע בתשובת הרמב"ם (סי' תנ"ב) שכתב שמותר לישראל לעשות פריעה לעכו"ם שמל לשם מצוה וז"ל דהא עכו"ם שעשה מצוה נותנין לו שכר מצוה אך אינו כמו שהוא מצווה, הא מיהא שכר מצוה בידו, והתורה אמרה ככם כגר וכל הרוצה להתגייר יבא ויתגייר וכו' עכ"ל. ורבינו זצ"ל הקפיד מאד על כך ונקט שהרמב"ם מיירי רק בעכו"ם שמל לשם גירות ולא להשאר עכו"ם שאל"כ אין לו שכר מצוה כלל, דדוקא מילת גירות מהווה מצוה כמי שאינו מצווה ועושה, ומשנתגייר מקיים מצות מילה מדין גירות. והא שכתב הרמב"ם בפ"י מהל' מלכים הל"י שבן נח שרצה לעשות מצוה משאר מצות התורה כדי לקבל שכר אין מונעין אותו מלעשותה כהלכתה הוא דוקא לעשות מצוות הקרבנות וצדקה שהוזכרו שם ברמב"ם ולא מצוות אחרות - ושלא כמו שפירשו אחרים בדעת הרמב"ם. ועיי"ש בהל"ט שכתב הרמב"ם וז"ל כללו של דבר אין מניחין אותן לחדש דת ולעשות מצות לעצמן מדעתן אלא או יהיה גר צדק ויקבל כל המצות או יעמוד בתורתו ולא יוסיף ולא יגרע, ואם עסק בתורה או שבת או חדש דבר מכין אותו ועונשין אותו ומודיעין אותו שהוא חייב מיתה על זה אבל אינו נהרג עכ"ל. ועיין באגרות משה (יו"ד חלק א' סי' ג' ויו"ד חלק ב' סי' ז) שדן בשאלה זו ודחה את האפשרות של קיום מצוות אחרות ע"י עכו"ם. והרה"ג ר' יוסף וונפסקי זצ"ל אחד מגדולי תלמידי רבינו זצ"ל אמר שעכו"ם שמל קיים מצות מילת בני קטורה שגם הם עכו"ם. אכן לע"ד לכאורה נראה שזה אינו נכון, שהרי בבית הלוי מבואר שבני קטורה מלין ולא פורעין ושלא כישראל שחייב בפריעה ובתשובת הרמב"ם מבואר שהעכו"ם פורע. ועוד י"ל שמילת בני קטורה היא מדין "זרע של אברהם" ולא שייך לעכו"ם אחר.

ועיין בפירוש הריטב"א להגדה של פסח (ד"ה ואת ערום ועריה) וז"ל וי"א כי אף שבטו של לוי הוצרך להטיף מהם דם ברית כדי שיכנסו תחת כנפי השכינה, וטעות הוא בידם דכיון דמפקדי אמילה מילתם סגי לה, ולא דמי לכותי מהול דההוא כמאן דלא מהלי דמי וכו' ובני קטורה לא נתחייבו אלא הם בלבד ולא זרעם כדמפרש רש"י ז"ל וכו' עכ"ל. ונראה אליבא דהי"א שהטפת דם ברית מהווה מעשה גירות ואף בני לוי הוצרכו להטיף דם ברית כדי שיתגיירו - שלא כהרמב"ם שכתב שבני לוי לא הוצרכו להטיף דם ברית בשעת יצי"מ מכיון דלא ביטלו מצוות מילה במצרים בשנות השעבוד (פ"ג מא"ב הל"ב) דס"ל דמילה אינה מעשה גירות אלא הסרת ערלה בעלמא דערל אינו יכול להתגייר ובני לוי היו מהולים בברית של אברהם אבינו ולפיכך יוכלו להתגייר בלי הטפת דם. ועוד נראה דאליבא דהריטב"א שאף מילת בני קטורה איפוא דומה למילת ישראל ומועלת לענין גירות כמילת בני לוי, שלא כדברי הבית הלוי שהבחין בין מילת בני קטורה ובין מילת ישראל.

וביאר רבנו זצ"ל שאפשר לבני נח לקיים את המצוות של צדקה וקרבנות משום שמצוות אלו אינן משתייכות לקדושת ישראל אלא לצלם האלוקים ולכבוד האדם שיש לכל איש ואיש מבאי העולם. דכתיב שאנשי סדום היו

"רעים וחטאים לד' מאד", ונראה דהיינו בגלל אכזריותם. דבכך חיללו את הדמות ואת צלם האלקים שניתן להם ע"י בוראם. "עולם חסד יבנה" - עשיית חסד הוא היסוד של חיי חברת בני האדם בעולם. ומשום כך מצות צדקה שייכת אף לב"נ. וכן י"ל לגבי קרבנות שאינם שייכים רק לאלו שנתקדשו בקדושת ישראל, שהרי ענין הקרבנות כבר התחיל מימי קדם - מזמן קין והבל - כשבני האדם חיפשו דרך להביע את הכרת הטוב לבורא עולם ית' על חסדיו והטבותיו. ובכך קרבנות שייכים לצלם האלקים שבאדם ואף לבני נח.

ולכאורה הוא הדין נמי לגבי ברכות ותפילות. שהריהן מביעות את עיקר צורכיהם ורגשותיהם של כל בני אדם. תפילה הריהי מעיקר הצורכים של אנשים, כי ככה אנשים מודים לה' ית' עבור חסדיו. וכדכתיב: "טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו יודוך ה' כל מעשיך". וחזינן דיתרו כשהיה נכרי בירך להקב"ה, וכן אנשי נינוה שהיו נכרים התחננו עבור סליחה מאת ה' יתב'. ולכן תפילות וברכות נוהגות בבני נח (אלא דצ"ע מהי נוסחת ברכותיהם ותפילותיהם).

וכך יסוד הדברים: מצוות המשתייכות לכבוד הבריות ניתנו אף לבני נח לקיימן והן ז' מצוות בני נח, צדקה, קרבנות, ותפילה. ושאר מצוות התורה שייכות לקדושת ישראל דוקא ולא ניתנו לבני נח לקיימן ואף לא כמצוות רשות. אכן צ"ע דבמדרש רבה קהלת פרק א' איתא וז"ל רבנן אמרין לעתיד לבא הקב"ה מוציא כרוז ומכריז ואומר כל מי שלא אכל בשר חזיר מימיו יבוא ויטול שכרו והרבה מעכו"ם שלא אכלו בשר חזיר מימיהם הם באים ליטול שכרן, באותה שעה הקב"ה אומר נשתכרו אלו שני עולמות וכו' ע"כ. ולכאורה מבואר דנכרי שקיים שאר מצות נוטל שכר, ועיין ברדב"ז בפ"י מהל' מלכים הל"י.

ויל"ע בדין נכרי בברכות, ועיין בב"ח (או"ח סימן מ"ז) דקבע דברכת אקב"ו לעסוק בדברי תורה ברכת המצוה היא ואילו ברכת אשר בחר בנו היריהי ברכת השבח. ולכן דין נשים האם מברכות ברכת אשר בחר בנו תלויה האם נשים מברכות על מעשהז"ג או לא. והב"ח הסיק דנשים מברכות ברכה"ת, דמקבלות שכר על לימוד דידהון ושייכות בלימוד תורה במצוות דידהון דלא גרעי מנכרי שעוסק בת"ת בשבע מצוות דידיה דהוי ככה"ג, ומשמע מהב"ח דס"ל דנכרי מברך ברכה"ת. ועיין בצל"ח (ברכות לה. ד"ה לפניו) דדחה סברת הפנ"י דס"ל דברכת הנהנין מה"ת משום דאסור ליהנות מעוה"ז בלי ברכה דא"כ אף נכרי יתחייבו לברך ברכת הנהנין מדמצווין על הגזל. ומשמע קצת דלפי הפנ"י נכרי חייב לברך ברכת הנהנין, דלהנות מעוה"ז בלי ברכה נאסר באיסור גזל (ברכות דף לה:) ונכרי מצווה על הגזל (סנה' נו א). ומהשיעורים למס' ברכות מבואר דיתכן דליכא איסור לעשות מצוה בלי ברכה דשאני ברכת המצוות מברכות הנהנין, וכן נקט הגרע"א זצ"ל בגליון הש"ס (בברכות יב א) שכתב דבספק ברכות הנהנין אזלינן לחומרא משום דאסור ליהנות מעוה"ז בלי ברכה, ואילו בספק ברכת המצוה אזלינן לקולא. וזה שלא כשיטת הרמב"ם דס"ל דברכת המצוות נמי חלין בתורת מתיר, דאסור לעשות מצוה בלי לברך עליה מקודם, בדומה לברכת הנהנין. ולפי הרמב"ם יתכן דנכרי נמי אסור לעשות מצוה מז' מצוות דידיה בלי ברכה דחייב לברך אף ברכות המצוות. ברם בנוגע למצות ת"ת משמע מהסוגיא בברכות (יא:) דלכו"ע קיים איסור ללמוד תורה בלי ברכה, והאיסור ללמוד תורה בלי ברכה הוי איסור חמור מאד דמפני זה אבדה הארץ וכדאיתא בנדרים (דף פא.) "על עזבם את תורתי - שלא ברכו בתורה תחלה". ולרמב"ן ברכה"ת מצוה מדאורייתא היא שנמנית בתרי"ג מצוות, ומשמע דהאיסור ללמוד תורה בלי לברך תחילה נמי הוי איסור דאורייתא וא"כ בספק בירך ברכה"ת חייב לברך דספק דאורייתא לחומרא, דשאני ברכה"ת מברכת המצוות (דלפי הגרע"א זצ"ל לא מברכין ברכת המצוות מספק). ולכאורה האיסור ללמוד תורה בלי לברך עליה הוי איסור גזל, דהתורה היא תורת ה' אלא דהקב"ה נתנה לישראל בכמה תנאים, וא' מן התנאים הוא שיברכו עליה תחילה, ובלי ברכה לימוד התורה הוי גזל. ולפי"ז י"ל בעכו"ם הלומד תורת שבע מצוות דידיה דאמרינן בסנהדרין (דף נט.) דהריהו כך"ג האם חייב לברך תחילה דהא עכו"ם מצווין על הגזל. ומסתבר דיברך בנוסח אחר דאי אפשר לעכו"ם לומר אשקב"ו או אשר בחר בנו. ויתכן דעכו"ם הלומד תורה אינו צריך לברך לפניה כי היכי דאינו מברך ברכת הנהנין על אכילה. דאע"פ דעכו"ם מצווה על הגזל ואסור ליהנות מעוה"ז בלי ברכה מ"מ י"ל דהאיסור ליהנות מעוה"ז תלוי בחיוב מצות הברכה, ומאחר דליכא חובת מצות ברכה על עכו"ם דאינה מז' מצוות ב"נ לא חל האיסור ליהנות מעוה"ז בלי ברכה. ודינו כדין אונן דאינו מברך ברכת הנהנין לפני האכילה (ברכות דף יז:) אע"פ שאונן נאסר באיסורים, והוא משום שהאיסור ליהנות בלי ברכה חל רק על מי שמצווה במצות ברכה, דהאיסור תלוי בחיוב המצוה לברך, ומאחר דאונן פטור ממצות הברכה לא חל עליו את האיסור ליהנות מעוה"ז בלי ברכה. ויתכן דה"ה בעכו"ם שלומד תורה או דנהנה מעוה"ז דמכיון שאינו מצווה במצות ברכה"ת וברכה"נ לא חל עליו את האיסור ללמוד תורה או להנות בלי ברכה, ואינו חייב לברך. ועיין ברש"י ברכות (לה:) ד"ה גוזל להקב"ה וז"ל את ברכתו עכ"ל, דמשמע דהאיסור גזל חל עקב החובה לברך, וא"כ עכו"ם דאינו חייב לברך אינו עובר על איסור גזל. וכן שמעתי מהרה"ג הרב ברוך דוב פוברסקי שליט"א בפרש"י. וכשדנתי בזה בפני הרה"ג הרב מאיר סאלאווייצ'יק זצ"ל אמר לי די"ל דהגזילה ליהנות מעוה"ז בלי ברכה הויא חלות שם גזילה בפני עצמה דחלה רק בבנ"י ולא בנכרי. ועוד י"ל דיתכן להבחין בין

ועוד יש להביא ראייה דעיקר דין קדושת מע"ש תלוי בהניתן למצות אכילת הבעלים ממש"כ הרמב"ם בפיה"מ על המשנה במס' מע"ש (פ"א מ"ז) דאיתא שם דאין לוקחין חטאות ואשמות בכסף מע"ש. ובפיה"מ ביאר שהוא משום שחטאות ואשמות נאכלין לכהנים ולא לבעלים, שלא כשלמים הנאכלים לבעלים. דעיקר קדושת מע"ש תלויה בניתן לאכילת הבעלים. וכן משמע מדברי הרמב"ם (פ"ז מהל' מע"ש הלי"ז) שהחסרון בחטאות ואשמות שאינם ראוים לקדושת מע"ש הוי משום שאינם נאכלים לבעלים שכתב וז"ל זה הכלל כל שהוציא חוץ לאכילה ושתייה וסיכה מדמי מעשר כו' ואכל כנגדו כו' וכן אם הביא עולות וחטאות ואשמות דדמי מעשר יאכל כנגדן עכ"ל, חזינן שעיקר חלות קדושת מע"ש הוא חלה מדין אכילת הבעלים, דבחפצא דאינו ראוי לאכילת בעלים לא חלה קדושת מע"ש.

אך צ"ע בזה דהא הפקר חייב בנטע רבעי וכדכתב הרמב"ם (פ"ט מהל' מע"ש הל"ו), וקשה דהלא חסר קיום של אכילת בעלים. וי"ל דההפצא מ"מ נתקדש לאכילת הבעלים שיזכו בו מהפקר לאחר זמן. ואילו נכרי אליבא דר' יהודה גרוע מהפקר משום דנכרי אינו בר קיום אכילה כלל, ומשום הכי חלה חלות מפקיע מקדושת מע"ש מכיון דהבעלים שהם נכרי מופקעים מהמצוה. משא"כ בהפקר, דליכא בעלים כלל בשעת הלקיטה, ומשום הכי חלה קדושת נטע רבעי דהא ראוי לאכילת בעלים ישראל לאחר זמן, דליכא בו חלות מפקיע כמו בנכרי.

אלא דיש להקשות על זה ממש"כ הרמב"ם (פ"א מהל' מעשר שני הל' י"ד) וז"ל ויראה לי שמעשר שני שמפרישים בארץ שנער ובמצרים פודין אותו ומבאין דמיו לירושלים, וכן יראה לי שלא חייבו מקומות אלו במעשר שני אלא כדי לקבוע מעשר עני כדי שיהיו עניי ישראל סומכים עליהן עכ"ל. וצ"ע דמשמע דחל בשנער דין הבאה בדמים אבל לא בפירות, וצ"ע שאם ליכא חלות קיום הבאת מקום וקיום הניתן לאכילה בחפצא של הפירות ליכא א"כ חלות קדושת מעשר שני כלל, ומאי שנא מעשר שני דארץ שנער מסוריא.

ונראה לתרץ דבסוריא תיקנו רבנן מצות התלויות בארץ כפי שנוהגים בא"י, ובמעשר שני בא"י קיום הבאת מקום וקיום הניתן לאכילה שבחפצא דפירות מעכב בעצם חלות קדושת מעשר שני, ומכיון שבסוריא ליכא דין הבאת מקום (דנלמד מבכור חו"ל) אין

אונן לעכו"ם, דאונן נאסר מלברך ומלעשות מצוות וכדאיתא בתוס' (ברכות דף יז: ד"ה ואינו), ומכיון דאסור לברך הריהו מופקע מברכה ומשו"ה מותר לו לאכל וללמוד תורה ולהנות מעוה"ז בלי ברכה. ואילו נכרי אינו נאסר ואינו מופקע מברכה דבר ברכה הוא, וכדמצינו ביתרו דהיה נכרי וברך את ה' יתב' (שמות י"ח פסוק י'). ומכיון דבר ברכה הוא י"ל דנאסר בת"ת ובהנאת עוה"ז בלי ברכה, וצ"ע.

חלות קדושת מעשר שני בסוריא כלל. משא"כ במעשר שני בארץ שנער דחידשו הרבנן חלות דין ושם מעשר שני בפני עצמו כדי לקבוע מעשר עני, דכדי שיהיו עניי ישראל סומכים על מעשר עני בשנער, תיקנו נמי חלות דין ושם מעשר שני, ואע"פ שאין בשנער דין הבאת מקום בעצם החפצא דהפירות, משא"כ בשאר חו"ל ובסוריא מכיון דאין קיום הבאת מקום בפירות ליכא חלות קדושת מעשר שני כלל.

אך לפי"ז צ"ע למה התקינו להביא דמי מע"ש משנער לירושלים, והא אין בו קיום מצות הבאת מקום. ויתכן דאע"פ דליכא בשנער קיום מצות הבאת מקום ואכילת מע"ש בירושלים, מ"מ חל בו איסור אכילת מע"ש מחוץ לירושלים. ומשו"ה אם רוצה לאוכלו יביאו או את דמיו לירושלים כדי שיותר לו לאוכלו. אך כשיאכלו אותו בירושלים אינו מקיים קיום מצות אכילה. ונ"מ דלא יברך על פדיונו או על אכילתו בירושלים מכיון דלא מקיים מצות אכילת מע"ש בירושלים.

ועוד יתכן לומר דבסוריא תיקנו החכמים חלות קדושת ארץ ישראל מדרבנן, ולכן מצוות התלויות בארץ חלין בה. ומ"מ הרבנן לא הפקיעו מסוריא חלות שם חפצא דחו"ל, ונמצא דבחפצא דידה הויא סוריא חפצא של חו"ל אלא דנתקדשה בקדושת א"י. ולכן סוריא חייבת בכל מצוות הארץ התלויות בקדושת הארץ חוץ ממע"ש, דבמע"ש מצות הבאת מקום חלה רק מחפצא דא"י. ובנוגע לחפצא דידה מהווה סוריא חפצא דחו"ל, ולכן אין מע"ש בא ממנה. משא"כ ארץ שנער דלא הטילו עליה חלות קדושת ארץ ישראל כלל, ורק חייבוה במצוות התלויות בארץ בתורת חו"ל, וא"כ אף כללו מע"ש בתקנתם, דאף לגבי כל המצוות התלויות בארץ נתחייבה שנער, ואע"פ שאין בה קדושת א"י וחלות שם א"י כלל ולכן ארץ שנער נתחייבה נמי במע"ש, דכל חיובי ארץ שנער חלים בתורת חו"ל ולא מדין א"י כלל, והתקינו חידוש דין זה בשנער כדי שיהיה לעניים מעשר עני. ולפי"ז י"ל שאף התקינו קיום מצות הבאת מקום ואכילת פירות מע"ש בירושלים בפירות ארץ שנער.

ז.

דף מה:

גמ'. היינו דקתני יעשה ולא יעשה.

עיין ברמב"ם (פי"א מהל' מעשר שני הל' ט"ו) וז"ל לא עברתי ממצותיך, שלא הפריש ממין על שאינו מינו וכו' ולא שכחתי שלא שכח מלברכו ולהזכיר שמו עליו, לא אכלתי באוני ממנו, הא אם אכלו באנינה אינו מתודה וכו' עכ"ל. ומשמע קצת מהרמב"ם שאם

לא ברך על הפרשת מע"ש אינו מתודה. וצ"ע דלכאורה הברכה על הפרשת מע"ש היא רק תקנה מדרבנן ככל ברכת המצוות (וכדמבואר ברמב"ם פ"א מהל' ברכות הל' ב' - ג'), וא"כ למה אינו מתודה. ומשמע מכאן דחסרון בקיום מצות מע"ש כדינה מדרבנן מעכב מלהתודות ווידוי מעשר.

אך נראה לומר דיסוד הנידון תלוי בגדר האיסור מדרבנן, שאם האיסור מדרבנן מהווה חסרון בקיום מצות מע"ש עצמה אזי הדין הוא שאינו מתודה. ומאידך אם עבר על איסור צדדי מדרבנן שאינו פוגם את עצם קיום מצות מע"ש הדין הוא דמתודה. ונ"מ למי שהפריש מע"ש בשבת ועבר על איסור שבת מדרבנן, דהאיסור של מתקן פירותיו בשבת אינו חל בעצם קיום מצות הפרשת מעשר שני אלא מהווה איסור צדדי, דהאיסור מלאכה בשבת מדרבנן אינו מתייחס לעצם קיום מצות הפרשת מע"ש. וי"ל דבכה"ג שפיר מתודה. משא"כ היכא דלא בירך ברכת המצוה שמדרבנן לפני ההפרשה, חל חסרון בעצם קיום מצות הפרשת מעשר, דעצם מצות ההפרשה שעשה בלי ברכה פגומה היא, ומשו"ה אם לא בירך אינו מתוודה.

ונראה להביא כמה ראיות דברכת המצוה מהווה חלק מעצם קיום המצוה מדרבנן, דבלי הברכה יש חסרון בקיום המצוה בשלימותה. א) במשנה (תרומות א: ב) איתא שחרש המדבר ואינו שומע לא יתרום ואם תרם תרומתו תרומה. ובגמ' ברכות (דף טו.) מבואר שהטעם דחרש לא יתרום הוא משום דצריך להשמיע את הברכה לאזניו. ומוכח דהחסרון בהברכה מהווה פגם וחסרון בעצם קיום מצות ההפרשה, ומשו"ה קיי"ל דלכתחילה חרש לא יתרום מאחר שאם יתרום יהיה חסרון בעצם קיום מצות ההפרשה. ולכן לכתחילה צריך ליתן לפקח לתרום בכדי שתתקיים מצות ההפרשה בשלימותה. ב) במילת אנדרוגינוס, דהויא ספק מצוה מדאורייתא פסק הרמב"ם (פ"ג מהל' מילה ה"ו) דמלין אותו מספק אבל אין מברכין על מילתו מפני שאינו זכר ודאי. והראב"ד סובר שאף מברכין ברכת המצוה על מילתו, ואע"פ שמלין רק מספק וברכת המצוה הויא רק חיוב מדרבנן, וצ"ע דלכאורה בדין היה שלא לברך דהרי קיי"ל דספק דרבנן לקולא. ונראה לתרץ דהראב"ד סובר דברכת המצוה חלה כחלק וקיום בעצם המצוה, ומשו"ה ס"ל דמכיון דחל דין להחמיר לעשות את המצוה מספק הוא הדין דמחמירין נמי לברך עליה.

ולפי"ז יש לעיין בנוגע לאיסור דרבנן שלא לעשות סלעין דינרין, האם האיסור הזה הוי איסור צדדי בפנ"ע או שחל האיסור בעצם קיום מצות מעשר שני, ואם עבר על איסור זה שוב אינו מתודה. והנה הרמב"ם פסק (פ"ד מהל' מע"ש הל' ה' - ו') דלכתחילה

אין מחללין מעות מע"ש על מעות אחרות וכדומה ואם עבר וחילל הרי אלו מחוללין. ומסתבר דהאיסור לחלל מעות מע"ש על מעות אחרות חל בעצם קיום מצות מעשר שני, ואם עבר עליו אינו מתודה, וצ"ע בזה.

ע"כ ענין פדיון מע"ש

גמ'. אין מטבע נעשה חליפין משום דדעתה אצורתא וצורתא עבידא דבטלה.

בענין קנין סודר

א.

שיטת הגר"ח זצ"ל ביסוד קנין סודר

עיין בתוס' (במס' קידושין דף סה: ד"ה לא איברו סהדי אלא לשקרי) שכתבו בשם ר"ת דאין צריך עדות לקיום הדבר בקנין סודר. ועיי"ש בתוס' הרא"ש שתמה על עצם דיונו של ר"ת, מדוע צריכים בכלל ראיות דא"צ עדות, דמה לי קנין סודר ומה לי קנין משיכה וחזקה וכו'. אכן בתוס' במס' סנהדרין (דף ו.) ד"ה צריכה קנין איתא דהריב"ם מתחילה היה רגיל לפרש דבעינן עדות לקיום הדבר בחליפין עפ"י הגמ' בב"ב דף (מ.) דקנין בפני שנים. ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' מכירה ה"ט) וז"ל זה הקנין (ר"ל קנין סודר) אין צריך להיות בפני עדים, אלא אם היה בינו ובין חבירו קנה וכו' אין צריך עדים, וכיון שקנה הקונה בדרך אחד מן הדרכים שקונין בהם, בין בהגבהה, בין במשיכה בין במסירה, בין בקנין בין בכסף, בין בשטר או בחזקה, קנה ואע"פ שאין שם עדים עכ"ל. ובהשגות כתב וז"ל א"א אין הכל מודים בקנין עכ"ל. וכ"ה בשיט"מ לב"ב (דף מ.) בשם הראב"ד שכתב לחלק בין חליפין דסודר לבין חליפין דשוה בשוה, דבחליפין דסודר בעינן עדות לקיום הדבר, משא"כ בחליפין דשוה בשוה. וצריך להבין אליבא דשיטת הראב"ד והריב"ם, מ"ש קנין סודר מכל שאר קניני ממון, דדוקא בחליפין ס"ל דצריכין עדות לקיום הדבר. וביאר מרן הגר"ח זצ"ל דקנין סודר חלוק ביסוד דינו משאר קנינים כמו קנין כסף וחזקה, דבשאר קנינים איכא מעשה קנין המהווה הסיבה לחלות הקנין, משא"כ בחליפין המעשה רק מורה על גמירת דעת אלימתא של המקנה ומכח גמירת הדעת האלימתא הזו חל הקנין. ומאחר דחליפין הוי חלות הקנאה מדעת בלי מעשה קנין שפועל להחיל את הקנין, לכן הריב"ם סובר דבעינן עדות לקיום הדבר בקנין חליפין, דבעינן עדים כדי להעלות את הדעת מדעת בעלמא לדעת אלימתא שמחילה את הקנין.[160]

[160] לכאורה צ"ע דלכאורה א"א לבאר את הראב"ד הסובר שקנין סודר צריך ב' עדים לקיום הדבר לפי"מ שנתבאר בשיעורים אליבא דהריב"ם שהרי הראב"ד כתב בב' מקומות (בפכ"ט מהל' מכירה ה"ח, ובפ"ה מהל' עבדים ה"ג) שקנין חליפין חל מדין כסף ואינו קנין בפני עצמו, וצ"ע בשיטת הראב"ד. אולם יתכן לפרש את שיטת הריב"ם כפי שנתבאר בשיעורים. ועיין לקמן אות ט'. והנה הגר"ח זצ"ל (עיין בחידושי רבנו חיים הלוי פ"ד הט"ז מהל' יבום וחליצה) ביאר דלהרמב"ם לא בעינן עדות לקיום הדבר בחליצה, כי הצורך בעדות לקיום הדבר חל במקום דבעינן

ויש להביא כמה ראיות לדברי הגר"ח זצ"ל, דיעויין בגמרא (לקמן דף מז.) דנחלקו האמוראים אי בעינן בסודר כליו של קונה או כליו של מקנה. ולחד דיעה בתוס' גיטין (מ. סוד"ה משום) חל הקנין או בכליו של קונה או בכליו של מקנה. וסברתם צ"ב. ולפי"ד הגר"ח זצ"ל נראה לבאר דס"ל דיסוד המעשה של מסירת הכלי אינו אלא סימן להראות שיש כאן דעת מקנה שלימה, דעצם מהות קנין חליפין הוי הקנאה מדעת. ואילו בשאר קנינים עצם מעשה הקנין יוצר ופועל את חלות הקנין, משא"כ בחליפין חלות הקנין חלה ע"י דעת, דאינה דעת מקנה בעלמא אלא דעת מקנה אלימתא ושלימה, ומשו"ה חל הקנין בין בכליו של קונה ובין בכליו של מקנה.

ועיין בשו"ע (חו"מ סימן קצ"ה ס"ו וס"ז) דפסק דבכל שאר הקנינים אפשר לחזור בהם רק בתוך כדי דיבור אבל בקנין סודר יכול לחזור בו כל זמן שעסוקים באותו ענין. ונראה דה"ט, דבכל שאר אופני הקנין, מעשה הקנין פועל ויוצר את חלות הקנין, ועל מעשה א"א לחזור אלא בתוכ"ד[161]. משא"כ בקנין סודר הקנין חל מדין הקנאה מדעת (וכדביאר הגר"ח זצ"ל), וי"ל דכל זמן שעסוקים באותו ענין חשיב כאילו עוד לא נחלטה ולא נקבעה אותו הדעת השלמה דקנין חליפין[162].

ונראה עוד דקנין סודר חלוק משאר קנינים, דהנה קיי"ל דקניני קרקע אינם מועילים לקנות מטלטלין, וקניני מטלטלין אינם מועילים לקנות קרקע (עיין בנתיבות המשפט ריש סימן קצ"ו שייסד דין זה עפ"י הגמ' בגיטין כב א) ורק קנין סודר הוא הקנין היחידי

חלות דעת בעלים דאזי צריך לגלות את דעתו בפני שני עדים. ואילו בחליצה אף דבעינן שיתכוונו החולץ והחולצת מ"מ אין צורך בחלות דין דעת, דהחולץ אינו בעלים על ההיתר לשוק ואין דעתו חל מדין דעת בעלים דהויא רק כוונה בעלמא למעשה החליצה וההיתר חל ממילא מן השמים. ומה"ט קיי"ל דאין תנאי בחליצה, דמילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי, וכדמבואר בתוס' בכתובות (עד.) ד"ה תנאי וז"ל דהיינו טעמא דהואיל והמעשה כ"כ בידו שיכול לקיימו ע"י שליח, סברא הוא שיהא כמו כן בידו לשויי ביה תנאה, אבל חליצה שאין בידו לקיימה ע"י שליח, לא הוי בידיה נמי למירמי ביה תנאה, עכ"ל, כלומר שאין לחולץ דין בעלים ולפיכך אינו יכול למנות שליח, ומה"ט נמי אינו בעלים להטיל תנאי בחליצה. ומשו"ה ס"ל להרמב"ם דחליצה א"צ עדות לקיום הדבר, דליכא בחליצה דין דעת בעלים ואין צריך לחזק את כוונת החולץ ע"י עדות לקיומי הדבר. ומבואר שעדי קיום בדבר שבערוה מתלא תלי בדעת בעלים. אך יש להעיר דלפי המבואר בשיעורים יוצא שדין עדי קיום בדיני ממונות חלוק מדין עדי קיום בדבר שבערוה, דבד"מ דין עדי קיום חל דוקא היכא כשדעת הבעלים בעצמה בלי מעשה קנין פועלת את חלות הקנין וכמו בחליפין, ואילו דין עדי קיום בדשב"ע חל במקום שמעשה הקנין ביחד עם דעת הבעלים פועלים את הקנין כבקידושין וגירושין, וצ"ע.

[161] דתוכ"ד הוי שיעור בגמר המעשה בכהת"כ וכדמצינו בעדות ושאר מילי. ועיין ברשימות שיעורים למס' ברכות עמ' קל"ה.

[162] עיין בשו"ע חו"מ (ריש סימן קכ"ו) דאפילו במעמד שלשתן א"א לחזור לאחר כדי דיבור, אע"פ שעסוקים באותו ענין. ובאמת יש לדון בזה עפ"י שיטות הראשונים דנחלקו בגדר דין קנין דמעמד שלשתן, דאי דיינינן ליה (מדרבנן) כאילו השומר (או הלוה) תופס בפקדון (או בדמי ההלואה) בעד מקבל המתנה, וכאילו זוכה בעדו, א"כ דינו ככל שאר הקנינים, דלא שייך בהו חזרה אלא תכ"ד. אך אי נימא דיסוד הדין דמעמד שלשתן הוא דהויא חלות דין הקנאה מדעת וא"צ מעשה קנין (וכדין קנין סודר אליבא דהגר"ח זצ"ל) י"ל דיכול לחזור בו כל זמן שעדיין עסוקים באותו ענין וכדין קנין סודר.

המועיל בין בקרקע ובין במטלטלין. וקנין סודר שאני משאר קנינים דמועיל אף ליצור התחייבות ושעבודי ממון וכדכתיב בספר רות "לקיים כל דבר". ונראה דהטעם בזה הוא משום דקנין סודר אינו מעשה קנין קרקע או מעשה קנין מטלטלין, אלא הוי סימן שחלה גמירת דעת שלימה, והקנין חל מדין הקנאה מדעת, ומשו"ה שאני קנין סודר שחל בין בקרקע ובין במטלטלין ומועיל נמי ליצור התחייבות. ולפי יסוד זה מבואר נמי פסק הרמב"ם (פ"ה מהל' עבדים ה"ג) שעבד כנעני יוצא לחירות דוקא בכסף ובשטר ולא ע"י קנין סודר, דס"ל דלשחרור עבדים בעינן מעשה קנין, וחליפין לא מהני דהוי רק קנין שחל מדין הקנאה מדעת גרידא.[163]

ולפי"ז ביאר הגר"ח זצ"ל את פסק הרמב"ם (בפכ"ט מהל' מכירה ה"ט) שכתב דאע"פ שתקנו חכמים שבקטן שהגיע לעונת הפעוטות שמקחו מקח וממכרו ממכר במטלטלין, מ"מ חליפין לא מהני בקטן, וז"ל אם קנו מיד הקטן וכו' לא קנה הלוקח וכו' ואין קנין מיד הקטן כלום, שהקנין בשטר ואין העדים חותמים אלא על שטר של אדם גדול עכ"ל. וכתב המגיד משנה וז"ל לפי שסתם קנין לכתיבה עומד, וכל שאינו ראוי לכתיבה אינו קנין עכ"ל. ודבריו צ"ע דלכאורה הא דסתם קנין לכתיבה עומד היינו דאיכא אומדנא דמוכח דדעתו של המקנה בסודר לכתוב שטר וא"כ במקום שאי אפשר לכתוב שטר, כגון בקטן שאינו בר דעת ליצור שטרות אפילו מדרבנן, מדוע נאמר שאף קנין סודר לא חל.

ונראה דהדין דסתם קנין לכתיבה עומד אינו אומדנא בעלמא, אלא דהוי דין בדיני שטרות וחליפין. דקיי"ל דלכתוב שטר בעינן שיהא השטר נכתב מדעת המתחייב, דבלא"ה הוא פסול מדין מפיהם ולא מפי כתבם (עיין בתוס' כתובות דף כ. ד"ה ור' יוחנן). ועיין בגמ' במס' ב"ק (דף צח:) בדין השורף שט"ח של חבירו וז"ל אי דאיכא סהדי דידעי מאי הוה בשטרא לכתבו ליה שטרא מעליא עכ"ל. ומשמע דלא בעינן דעת המתחייב חדשה כדי לכתוב שטר חדש. ועיין בתוס' במס' סנהדרין (דף כט: ד"ה הודה בסוף הדיבור) וז"ל התם שאני שכבר היה לו שטר דאין לו להפסיד כחו עכ"ל. ומבואר דלא בעינן דעת המתחייב בעד כל שטר פרטי במיוחד, אלא מכיון שהיתה דעת המתחייב בשעת כתיבת השטר הראשון יכולים לכתוב שטר שני בלי דעת מתחייב חדשה.

ונראה דזוהי נמי שיטת המגיד משנה דס"ל דמאחר דלא בעינן דעת המתחייב עבור כל שטר, דא"כ י"ל דאפילו אם לא התכוון לשטר כלל, מ"מ מאחר שחלה דעת המתחייב

[163] ועיין לקמן דהגר"ח זצ"ל קבע דלקידושין בעינן מעשה קנין ולא סגי בדעת קידושין בלבד. וה"ה י"ל בשחרור עבדים דמכיון דחל בעבד קנין איסור שחרור עבדים דומה לקידושין וצריכא מעשה קנין ולא סגי בדעת שחרור בלבד כדי להחיל השחרור.

עבור הקנין כותבין שטר אף שלא מדעתו. ונראה דזהו יסוד הדין דסתם קנין לכתיבה עומד, דהיינו דקנין חליפין זקוק לדרגה של דעת אלימתא יותר מדעת מקנה פשוטה שבשאר קנינים - דהיינו דבחליפין בעינן דעת המתחייב. ומכיון שיש דעת המתחייב אלימתא זו על הקנאת הממון שפיר כותבין שטר גם שלא מדעתו, משא"כ בשאר קנינים כמו קנין כסף או חזקה שאין דעת המקנה דעת אלימתא של דעת המתחייב אלא דעת מקנה פשוטה, ולכן אינם עומדים לכתיבה בלי דעת מתחייב מפורשת.

וטעמא דמילתא כנ"ל דדוקא בקנין חליפין בעינן דעת אלימתא דהויא דעת המתחייב ולא סגי בדעת מקנה פשוטה כמו בשאר קנינים. אולם קנין סודר שאני, דבאמת אין בנתינת כליו של קונה אל המקנה מעשה קנין, אלא יסוד חלות הקנין הוא משום דבסודר חלה גמירת דעת אלימתא של הקנאה. והקנין חל מכח דעת מקנה אלימתא, והדעת דחלה בקנין סודר הויא דעת המתחייב, דהיא הדעת הכי אלימתא דבקנינים היוצרת שטרות.

ולפי"ז מבואר שפיר דברי הרמב"ם, דהא דהתקינו חכמים בקטן שהגיע לעונת הפעוטות שמקחו מקח וממכרו ממכר במטלטלין, היינו שמעשה קנין דקטן מועיל להחיל קנין עפ"י דין מעשה קנין, דתיקנו שיחול קנין קטן אע"פ שאין לו דעת מקנה דעלמא. אולם בחליפין אין הקנין חל מדין מעשה קנין כלל אלא מדין הקנאה מדעת, ולכן לא תיקנו החכמים שיועיל קנין סודר דקטן, שהרי סוכ"ס קטן אינו בר דעת. ובסודר הלא כל עצמו של הקנין אינו אלא מחמת שיש בו חלות דין דעת המתחייב, וקטן אינו בר דעת המתחייב כלל.

ונראה דלהוכיח יסוד זה שגופו דקנין סודר הוא חלות דין הקנאה מדעת, הביא הרב המגיד הדין דסתם קנין לכתיבה עומד שהוא דין בדיני שטרות כנ"ל ולא סתם אומדנא בעלמא. ור"ל דכמו שאין חותמים אלא על שטר של אדם גדול ולא של קטן משום דלשטר בעינן דעת אלימתא, כלומר דעת המתחייב ולא דעת מקנה בעלמא, ה"ה בסודר בעינן הך דרגה אלימתא של דעת המתחייב. והוא גופו של קנין סודר להוות דעת המתחייב המקנה את החפצא עפ"י חלות דין דעת בקטן שאין לו דעת לא שייך תקנה דרבנן שהקטן יקנה בשטר או בסודר.

והנה בגמ' קידושין (דף ג.) איתא דאשה אינה מתקדשת בחליפין, כיון דאיתנהו בפחות משוה פרוטה ואשה פחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה. וכתב שם רש"י וז"ל דגנאי הוא לה, הלכך בטיל לה לתורת חליפין בקידושין, ואפילו בכלי שיש בו שוה פרוטה אי יהיב לה בלשון חליפין, עד דיהיב לה בתורת לשון קנין או קיחה או קידושין, עכ"ל. וצ"ע

במ"ש רש"י דלמה לא שייך לשון קיחה גם בחליפין. ועיי"ש בראשונים (עיין ברמב"ן וברשב"א ור"ן) שהקשו עוד דלמה בטל חליפין של שוה פרוטה, דהרי התם ליכא גנאי. ואמר הגר"ח זצ"ל דקנין חליפין אינו חל מדין מעשה קנין אלא מדין דעת מקנה, ואילו בשאר קנינים עיקר הקנין חל משום מעשה הקנין. ולכן קניני כסף שטר וביאה מועילים בקידושין שהרי מעשי קנין הם ועל ידם מתקיים הדין קיחה דחל בקידושין, כלומר דע"י שעושה האיש מעשה קנין דקידושין מקיים בזה הדין דכי יקח איש אשה. ואילו בחליפין דעלמא הקנין חל מחמת דעת המקנה - דהיינו האשה בקידושין - אך א"א שיחולו הקידושין על ידה ומדעתה דאזי יחסר קיחה ומעשה קידושין מצד האיש, וכתיב כי יקח ולא כי תקח, ולפיכך קנין חליפין אינו קונה בקידושין.[164]

ועיין לעיל בתוס' (דף יא: ד"ה מקומו) שכתבו דחליפין אינו קונה בשכירות ובשאלה, וכן פסק השו"ע (חו"מ סימן קצ"ה סעיף ט'). וצ"ב מדוע ס"ל דלא מהני חליפין בשכירות ושאלה. ולפימש"נ יתכן דס"ל דבשכירות אין למשכיר דעת אלימתא דאין דעתו אלא להשכיר את תשמישי החפץ ולא את גוף החפץ, וקנין חליפין חל רק היכא דאיכא דעת אלימתא וגמורה.

ועוד נראה לומר דלפי"ד הגר"ח זצ"ל דדין קנין חליפין הוי חלות הקנאה מדעת, אזי י"ל דקנין חליפין אינו נחשב למעשה מכירה לחייב גנב בדו"ה. דלפי"ד הגר"ח זצ"ל קנין חליפין חל מדין דעת המתחייב, ומכיון שאין לגנב חלות בעלות גמורה בחפצא, כי יש לו רק קניני גניבה בעלמא, לכן אין בכחו ליצור דעת המתחייב ולהתחייב על החפצא[165]. ולכן מאחר שאין חליפין מועיל מדין מעשה קנין אלא מחלות דין הקנאה מדעת אין גנב מתחייב בדו"ה ע"י חליפין[166].

ב.

קנין סודר אליבא דהראב"ד

---

[164] ולפי"ז צ"ע במש"כ רש"י דהחסרון בחליפין הוא משום דגנאי הוא לה. ועיין בס' ברכת שמואל עמ"ס קידושין סימן ב' אות א' שהביא ביאור אחר בשם הגר"ח זצ"ל עפ"י שיטת הראב"ד דחליפין קונה מדין כסף. ועיין בשיעורים לקמן.

[165] עיין בקצה"ח (שסב: א) שדן האם הגנב נחשב לדעת אחרת מקנה להקנות חפץ לקטן. ונראה דרבינו זצ"ל נקט כאן בשיעורים דגנב אינו יכול ליצור דעת אלימתא דדעת המתחייב דבעינן לכתיבת שטרות ולקנין חליפין, ומ"מ יתכן דחלה דעת מקנה פשוטה להקנות לקטן, וצע"ק.

[166] ברם עיין בסוגיית הגמ' ב"ק (דף ע:) דעקוץ תאנה מתאנתי ותקני לי גניבותיך שכתבו התוס' (ד"ה באומר) דלמ"ד פירי עבדי חליפין חיוב דו"ה חל בעקיצת התאנה שמכר את הגניבה ע"י חליפין, ומפורש דס"ל דחל חיוב דו"ה בחליפין ודלא כמש"נ בשיעורים. אך אין להקשות מהא דכתבו התוס' שם דאפילו אם פירי לא עבדי חליפין מ"מ לר"ת מתחייב דו"ה בחליפין של שוה בשוה דאף לפי"ד הגר"ח זצ"ל קנין שוה בשוה חל מדין מעשה קנין ולא דמי לקנין סודר דחל מכח דעת מקנה בלבד.

עיין ברמב"ם (פ"ה מהל' מכירה ה"ט) שפסק דקניני ממון חלים בלי עדי קיום. והשיג עליו הראב"ד שם וז"ל אין הכל מודים בקנין עכ"ל. ומשמע דס"ל דקנין סודר צ"ל בפני עדי קיום. ולכאורה ביאור שיטתו הוא דס"ל דקנין סודר אינו חלות דין מעשה קנין בעלמא אלא חלות דין הקנאה מדעת וכדביאר מרן הגר"ח זצ"ל, ומשו"ה ס"ל דבעינן עדי קיום כדי לקיים את הדעת. אולם יעויין בראב"ד (פכ"ט מהל' מכירה ה"ח) שכתב דקטן שהגיע לעונת הפעוטות קונה בקנין סודר מדרבנן, וז"ל וכן אני אומר שאם הקנה בקנין קנו, שהקנין לא גרע מכסף והוא כסף עצמו מההוא מעשה דגיטין (לט:) דההיא אמתא דשדא לה מרה כומתא ואמר קני הא וקני נפשך וכו' ונמצא כסף גומר דעדיף משאר כסף וקונה לגמרי, וכן אם קנה הוא בקנין קנה שהמקנה מקנה לו כל קנינו ואינו חוזר בו עכ"ל. ומבואר דהראב"ד סובר דקנין סודר בכליו של קונה חל מדין קנין כסף גמור ומועיל לקטן כקנין כסף. וכן משמע נמי ממש"כ להשיג על הרמב"ם (בהל' עבדים פ"ה ה"ג) שפסק דעבד כנעני אינו משתחרר בקנין סודר אלא בקנין כסף או בקנין שטר והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א דבר זה אינו מחוור שהקנין הרי הוא ככסף מההוא מעשה דכומתא עכ"ל. וצ"ע דלכאורה דברי הראב"ד סותרים אהדדי דאי ס"ל דקנין סודר הוי קנין כסף אמאי מצריך עדי קיום לקנין סודר, דמ"ש מקנין כסף דעלמא דלא בעי עדי קיום.

והנה בקרא דקנין סודר בס' רות (ד: י"ז) כתיב "וזאת לפנים בישראל על הגאולה ועל התמורה לקיים כל דבר שלף איש נעלו ונתן לרעהו וזאת התעודה בישראל". ונראה לומר דנלמד מהך קרא שני דינים: א) מלשון ד"על הגאולה ועל התמורה" ילפינן דין קנין סודר בתורת קנין חפצא, ב) ומלשון "לקיים כל דבר" ילפינן דין קנין סודר דחל כקנין של התחייבות ממון. ולפי"ז יתכן ליישב את שיטת הראב"ד דס"ל דיש נ"מ בין שני הדינים, דבתורת קנין חפצא קנין סודר חל מדין מעשה קנין בדומה לקנין כסף.[167] ומכיון דבקניית חפצא קנין סודר הוי מעשה קנין הריהו חל בלי עדי קיום ומועיל לשחרור עבדים ואף מועיל לקטן כמו מעשה קנין כסף. ואילו בתורת קנין התחייבות, כגון במי שהתחייב לשלם לחבירו מנה וקנו מידו, י"ל דקנין סודר אינו חל מדין מעשה קנין אלא הקנין חל עפ"י הדעת עצמה, וכדביאר הגר"ח זצ"ל דהויא דעת המתחייב אלימתא המחייבת התחייבות ממון, דקנין ההתחייבות דחל בסודר אינו חל מדין מעשה קנין אלא מחמת עצם דעת המתחייב שהיא דעת גמורה, דעיקר הדעת עצמה יוצרת ופועלת את חלות

[167] דחליפין הוי מעשה קנין של כסף בלי חלות של פרעון מדהוי קני ע"מ להקנות. עיין בסמ"ע ובט"ז (חו"מ ריש ס' ק"צ ס"ק א').

ההתחייבות ולא מעשה הקנין, ומשו"ה סובר הראב"ד דקנין ההתחייבות הזה צריכא עדי קיום לקיים את דעת המתחייב.

ג.

היחס בין קנין סודר לבין קנין כסף

בקנין סודר קיי"ל כרב נחמן (לקמן מז א) דקונין בכלי אפילו פחות משוה פרוטה ופחות משו"פ אינו ממון וכסף כלל. ולכאורה יש להקשות מזה לשיטת הראב"ד שהגדיר קנין סודר כקנין כסף (וכן ס"ל לרש"י ד"ה מאן דחזא ותוס' ד"ה משום במס' גיטין דף לט:).

ונראה דיש שני דיני קנין כסף - קנין כסף דחל מדין תשלומין, וקנין כסף דחל בלי תשלומין אלא עקב מעשה נתינת "חפצא של כסף". ונראה לומר דקנין כסף דעלמא חל מדין תשלומין,[168] ומשו"ה צ"ל שוה פרוטה, דפחות משוה פרוטה אינו ממון ואין בו חלות של תשלומין. ומשו"ה בקנין כסף דעלמא אמרינן אף שוה כסף ככסף, דשוה כסף הוי תשלומין עבור החפץ. ואילו קנין סודר הוי מעשה קנין הנעשה בחפצא דכסף אך בלי חלות של תשלומין, ומשו"ה קנין סודר חל בכלי אפילו בפחות משוה פרוטה, דהתורה הגדירה את החפצא דכסף בסודר דהוי כלי.

ונראה דדין כלי בקנין סודר אינו דומה לדין כלי שבטומאה וטהרה. דיעויין לקמן בתוס' (דף מו:) ד"ה ופירי דס"ל דשור ופרה נחשבים לכלי לענין קנין סודר משום דמשתמשים בהם לטעון משוי ולחרוש, דהיינו דהחפצא של כלי בקנין סודר הוי דבר שמשתמשין בו. ונראה דחלות שם חפצא של כסף לקנין סודר חל בדבר שמשתמשין בו משום דהו"ל דבר חשוב ולכן נחשב לחפצא של כסף. דקנין סודר אינו חל מדין תשלומין אלא מדין מעשה קנין כסף דחל מדין נתינת חפצא דכסף.

ועיין ברשב"א (שבועות דף לט: ד"ה מה כלים שנים) שביאר דכלי ששוה פחות משוה פרוטה חשיב ככסף לענין שבועת הדיינים משום דראוי להשתמש בו שיעור השתמשות דשו"פ, וז"ל ב' מחטין אע"פ שאין שו"פ דלכך יצאו כלים למה שהן. ומה שאמר הרב ז"ל שא"כ מצאנו ישיבת הדיינים בפחות משו"פ אין ראייה זו מכרעת, דא"ל דכל כלי כיון שהוא ראוי למלאכתו חשוב הוא כפרוטה ויתר מפרוטה ויושבין עליו הדיינים, ואפשר דאפילו לענין קידושין כן, וכמו שקונין בכלי אע"פ שאין בו שו"פ ואפשר דקנין משום כסף הוא, ואת"ל דקנין לאו משום כסף הוא, וכן שאין אשה מתקדשת בכלי שאין בו שו"פ, הכא שאני שהוציאן הכתוב למה שהן עכ"ל. ומבואר דיש ב' דעות ברשב"א האם קנין סודר מועיל מדין קנין כסף, דאי הוי חלות קנין כסף א"ל דכלי נחשב לחפצא

[168] כדעת הסמ"ע (חו"מ ריש סימן ק"צ).

דכסף בכהת"כ מחמת דראוי להשתמש בו יותר משו"פ, ואע"פ דשווית הכלי פחות משו"פ מ"מ מכיון דההשתמשות שבו שוה יותר משו"פ הו"ל הכלי חפצא דכסף. ונראה דלרשב"א יש חילוק בין חפצא דכסף דחל בכלי פחות משו"פ, מחמת חשיבותו לענין תשמישיו, לבין חלות דין ממון ותשלומין דתלוי בשוויות בשער השוק בשעתו ולא בהשתמשות העתידה. ומשו"ה ס"ל דכלי פחות משו"פ מועיל לקנין סודר דקנין סודר הוי קנין כסף דחל בנתינת חפצא דכסף בלבד בלי חלות תשלומין. אמנם י"ל דאף לפי"ד הרשב"א הגוזל כלי פחות משו"פ פטור, דחיוב גזילה תלוי הוא בגזילת ממון הנמדד כפי שוויות החפצא בשער השוק ולא כפי שוויות החפצא כפי תשמישיו העתידין, דהמחייב דגזילה הוא גזילת ממון ולא גזילת חפצא דכסף[169].

ד.

בדין אין מטבע נעשה חליפין

עיין בגמ' (דף מה:) "אין מטבע נעשה חליפין משום דדעתה אצורתא וצורתא עבידא דבטלה" ופרש"י (בד"ה משום) דמטבע פסול לסודר משום דהו"ל דבר שאינו מסוים ושלם. אמנם לקמן (דף מו.) איתא שאין מטבע נקנה בחליפין, והתם לכאורה אי אפשר לפסול את הקנין מטעמא דרש"י, וצ"ע. וכתב הרמב"ן וז"ל צורתא עבידא דבטלה והו"ל כדבר שאין גופו ממון דומה לאותיות, ולהאי טעמא אין נעשה חליפין ואין נקנה בחליפין עכ"ל. ולכאורה צ"ע דבכהת"כ היכא דבעינן דבר שגופו ממון (כגון בשמירה, אונאה, גניבה וכו') ממעטינן רק שטרות בלבד ולא מטבע, ומ"ש בחליפין דממעטינן מטבע מפני שאין גופו ממון.

ולפמש"נ אליבא דהגר"ח זצ"ל דבקנין סודר בעינן דעת אלימתא דדעת המתחייב, י"ל דמכיון דבמטבע דעתא אצורתא וצורתא עבידא דבטילה ליכא גמירת דעת אלימתא, ולפיכך קנין סודר אינו חל במטבע מאחר דליכא גמירת דעת גמורה להחיל הקנין, דקנין סודר מהווה קנין מדעת דכל חלות הקנין חלה ע"י דעת המקנה ולא מחמת מעשה הקנין וכדביאר מרן הגר"ח זצ"ל, וי"ל דמשו"ה אין מטבע קונה ואף אינו נקנה בחליפין דחסרה הדעת הגמורה דחליפין.[170]

[169] ועיין בחידושי הרשב"א שבועות לט: הוצאת מוסד הרב קוק ובהערות שם.

[170] אך קשה אליבא דהראב"ד דס"ל דחליפין חל מדין קנין כסף, דלמה א"כ נפסל מטבע לחליפין הרי מטבע הוי חפצא דכסף ממש בכהת"כ, ומה לי דדעתה אצורתא, דהא מטבע קונה מדין קנין כסף דעלמא ומ"ש בחליפין דאינו קונה. ויתכן דמטבע מועיל בקנין כסף דעלמא דחל בתורת תשלומין, ומטבע מהוה חלות תשלומין, משא"כ בסודר דהוי קני ע"מ להקנות, דאינו חלות תשלומין אלא מעשה קנין עם חפצא דכסף, והגדרת חפצא דכסף לענין חליפין צ"ל דומה לנעל דהיינו חפצא שיש בו השתמשות, ובמטבע ההשתמשות היא תלויה בצורה דמתבטלת, ומשו"ה פסול. ועיין בחידושי הר"ן וז"ל ומיהו כי אמרי' דדעתא אצורתא ה"מ היכא שהוא מקבלו בתורת חליפין, שכיון שהוא מקפיד בהן ורוצה אותן בעין איכא למימר דדעתא אצורתא, אבל היכא שמקבלו בתורת דמים לא

ע"כ ענין קנין סודר

בענין קנין דחל מדין דעת מקנה

א.

הן הן הדברים הנקנים באמירה

נתבאר לעיל (עיין בשיעורים לדף מה: ד"ה אין מטבע נעשה חליפין וכו' בענין קנין סודר) דהגר"ח זצ"ל ביאר דקנין סודר חל מפאת דעת מקנה וקונה ולא מפאת מעשה קנין, דחלות הקנין חל משום דעת הקנין ולא מחמת עצם מעשה הקנין. והנה עיין בגמ' במס' כתובות (דף קב:) "כמה אתה נותן לבנך כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך כך וכך, עמדו וקידשו קנו הן הן הדברים הנקנים באמירה". וסוגיא זו מובאת ברמב"ם להלכה (פכ"ג מהל' אישות הל' י"ג - ט"ו, ובפ"ו מהל' זכייה הי"ז). וחזינן דחל קנין מבלי מעשה קנין, דהקנין ההוא חל ע"י דעת המקנה והקונה בלבד, ולפי"ז י"ל דה"ה קנין סודר דחל משום דעת הקנין ולא משום מעשה הקנין. אך יש לדחות דיתכן דמהך סוגיא מוכח רק דדעת מועלת להחיל התחייבות ממון גרידא אך אינה מועלת להקנאת חפצא. ואילו קנין חליפין מועיל אף בהקנאת חפצא.

ועוד יש לעיין בהא דקיי"ל דסתם קנין חליפין לכתיבה עומד (עיין ב"ב דף מ. וברמב"ם פי"א מהל' מלוה ה"א) דמבואר מזה דבדעת קנין דסודר נכללת נמי דעת המתחייב לכתיבת שטר ראייה. ברם לגבי דין הן הן הדברים הנקנין באמירה פסק הרמב"ם (שם בהל' זכייה ומתנה) דאין לעדים רשות לכתוב שטר ראייה, דליכא באמירה ההיא חלות דין דעת המתחייב לכתוב שטר ראייה, וצ"ע מאי שנא דין קנין סודר דחל מדין דעת הקנאה דאמרינן דחלה בו נמי דעת מתחייב לכתוב שטר ראייה, מדין קנין הן הן הדברים הנקנין באמירה דחל הקנין ע"י דעת הקנאה ואעפ"כ ליכא דעת המתחייב לכתוב שטר ראייה, וצ"ע.

ב.

שיטת הרמב"ם באמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט

ולכאורה יש עוד מקור לקנין דחל רק משום דעת מקנה בלבד ולא מחמת מעשה קנין בהא דקיי"ל בהקדש דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי (קידושין דף כח:), ובדין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט חלה ההקנאה משום דעת המקנה אף להקנות בעין, ואינה רק חלות התחייבות בלבד כדין הן הן הדברים הנקנין באמירה. ולכאורה מכאן יש

אמרי' דדעתא אצורתא שאם לא תאמר כן היאך קרקע נקנית בכסף ואשה היאך מתקדשת בו נימא בכולהו דעתא אצורתא עכ"ל. ויתכן שכוונת דבריו כפי שנתבאר.

להביא סימוכים לדברי הגר"ח זצ"ל דקנין סודר הוי חלות קנין מדעת דהרי אף בהקדש קיי"ל דחל קנין רק ע"י דעת המקדיש בלבד. אולם הגר"מ זצ"ל אמר דיש לדחות ראייה זו, די"ל דדין אמירתו לגבוה חל מדין נדר, ויתכן דרק משום שחל חיוב נדר חל נמי חלות קנין ממון להקדש, ואין להביא מכאן הוכחה לקנין ממון בהדיוט.

ונראה להביא ראייה לדברי מרן הגר"מ זצ"ל, דהנה עיין ברמב"ם (פ"ו מהל' ערכין ה"א - ה"ג) וז"ל יראה לי שאע"פ שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם אם אמר הרי עלי להקדישו הרי זה חייב להקדישו כשיבא לעולם משום נדרו. ואם לא הקדיש הרי זה עובר משום בל תאחר ולא יחל דברו ומשום ככל היוצא מפיו יעשה כשאר הנדרים. כיצד האומר הרי עלי להקדיש כל אשר תעלה מצודתי מן הים, הרי עלי ליתן לעניים פירות שתוציא שדה זו וכו' וכל כיוצא במאמרים אלו הרי זה חייב ליתן ולעשות כשיבואו לידו, וזה וכל כיוצא בו בכלל נדרים הוא לא בכלל ההקדשות. ראייה לדבר זה מה שאמר יעקב אבינו וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך, ונאמר אשר נדרת לי שם נדר, והרי האומר לא אפטר מן העולם עד שאהיה נזיר חייב לנהוג בנזירות, ואע"פ שעדיין לא נדר בנזיר, הואיל ואמר שידור בנזיר חייב להנזר, וזה וכל כיוצא בו וכזה ראוי לדון, עכ"ל. (ובפ' כ"ב מהל' מכירה הל' ט"ו - י"ז) כתב הרמב"ם וז"ל דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית או יהיה אסור עלי או אתננו לצדקה אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם הרי זה חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה. והואיל הדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוצא אילן זה לעניים או כל שכר בית הזה לעניים זכו בהן עניים. יש גאונים שחולקין על דבר זה ואומרים שאין העניים זוכין אלא בדברים שהדיוט קנה בהן. ולפיכך לא יזכו בדבר שלא בא לעולם. ואין דעתי נוטה לדברים אלו שאין אדם מצווה להקנות והוא מצווה לקיים דבריו בצדקה או בהקדש כמו שהוא מצווה לקיים הנדר כמו שביארנו בהלכות ערכין עכ"ל. וצ"ע למה הביא הרמב"ם ההלכה שהנודר להקדש או לעניים דבר שלא בא לעולם חייב לקיים דברו פעמיים - גם בהל' ערכין וגם ובהל' מכירה.

ונראה לבאר דאליבא דהרמב"ם יש שני דינים במי שמתחייב לתת להקדש או לצדקה דבר שלא בא לעולם: א) דין חיוב נדר - דהיינו חובת מצוה ואיסור, ב) דין חיוב ושעבוד ממון שניתן לגבייה ב"ד. ונראה דבהל' ערכין פסק הרמב"ם חיוב מצות נדר וכדמשמע מלשונו שם שהביא מצוות ואיסורי הפלאה. ואילו בהל' מכירה הביא הרמב"ם את הדין דחל אף חיוב ושעבוד ממון. ויעויין בתוס' (מס' כתובות דף נד: ד"ה אע"פ) וז"ל תימה

דעכשיו נהגו שכתב חתן לכלה מאה ליטרין אע"פ שאין לו שוה פרוטה, דבשלמא כשיש לו הוא משעבד נכסיו לזה החוב וכו' אבל אותו שאין לו היאך ישתעבדו נכסיו שיקנה אחרי כן כיון שלא נתחייב לה היינו דבר שלא בא לעולם, ושאל ר"י לרבי אליהו והשיב לו וכו' אע"פ שאין מקנה לו שום נכסים אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה ולכשיהיו לו נכסים, חל שעבודו מעתה, ואין זה קנין דברים בעלמא, דקנין דברים לא הוי אלא כההיא דריש בבא בתרא (ג.) שקנו מידם לחלוק חצר שאין בו דין חלוקה, אבל מה שמשעבד גופו להתחייב לדבר זה משתעבד ואין זה קנין דברים עכ"ל. ומבואר מדברי התוס' דאדם יכול לשעבד את עצמו בשעבוד הגוף בהתחייבות ממון אע"פ שאין לו נכסים בשעת ההתחייבות. והרמב"ם חילק בין המתחייב ליתן ממון לחבירו להמתחייב לתת דבר בעין לחבירו, דבמי שהתחייב ליתן ממון לחבירו חייב אע"פ שאין בידו עכשיו מה לשלם (וכדפסק בפ"י מהל' אישות ה"ו), משא"כ המתחייב לתת דבר בעין לחבירו והדבר עוד לא בא לעולם שפטור (וכדפסק בפכ"ב מהל' מכירה ה"א - ה"ב, וה"ה). בד"א בהדיוט. אולם בנוגע להקדש פסק שאם התחייב לתת דבר בעין שלא בא לעולם חל חיוב לתתו. והטעם משום דבהקדש ובצדקה חל נדר ומצות הפלאה, ומאחר שחלה חובת נדר ומצות הפלאה ליתן דבר שלא בא לעולם להקדש וצדקה חל נמי חיוב ממון לתת את הבעין להקדש או לצדקה. ויש לדקדק דהרמב"ם בהל' מכירה כתב שהגאונים חולקים וסברי דאין העניים זוכים בדבר שלא בא לעולם, ודינם כדין הדיוט, ואילו בהל' ערכין השמיט הרמב"ם שהגאונים חולקין, ומשמע דהגאונים אינם חולקים עמש"כ בהל' ערכין, וס"ל שחל חיוב נדר ומצות הפלאה להקדיש דבר שלא בא לעולם. ומאידך ס"ל דלא חל חיוב ממון בדבר שלא בא לעולם. ומבואר מזה דאיכא ב' דינים בהתחייבות צדקה בדבר שלא בא לעולם: א) נדר ומצות הפלאה, ב) חיוב ממון. ובהל' ערכין הביא הרמב"ם את ההלכה דחל חיוב נדר ומצות הפלאה, וכדמבואר ממש"כ "אם אמר הרי עלי להקדישו הרי זה חייב להקדישו כשיבא לעולם משום נדרו". ואילו בהל' מכירה הרמב"ם הביא את ההלכה דחל בהקדש וצדקה שעבוד ממון לשלם ולתת דבר שלא בא לעולם וכמש"כ "שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש וכו' הרי זה חייב לקיים דברו". ויש לדקדק מדוע לא נקט בהל' מכירה את הציור כשאמר "הרי עלי להקדישו" וכמש"כ בהל' ערכין. ונראה ד"יהיה הקדש" ר"ל חיוב ממון, ואילו "הרי עלי להקדישו" משמע חיוב מצות נדר והפלאה. ומבואר שישנם שני דינים שונים, דבהל' ערכין הביא הרמב"ם את ההלכה שחל חיוב נדר ומצות הפלאה בדבר שלא בא לעולם, ובהל' מכירה הביא את ההלכה שחל חיוב ושעבוד ממון. ומשמע מזה שהרמב"ם סובר

שחיוב ממון חל בהקדש משום שחלין מקודם כל נדר ומצות הפלאה, וחלות הנדר יוצרת את חלות הממון בהקדש.[171]

ג.

שיטת הרמב"ן באמירתו לגבוה

והנה עיין ברמב"ן עה"ת (במדבר ל: ג ד"ה איש כי ידור נדר) וז"ל ולא הזכירו נדרים בגמ' בקום ועשה כלל ואע"פ שמצינו בנדרי גבוה הרי עלי עולה הרי עלי שלמים, שאמירתו לגבוה נתחייבו בו נכסים כמסירתו להדיוט, או שהוא חומר בנדרי הקדש מפני שיש בהן חפץ נאסר להדיוט ונתפס לגבוה לכשיפריש, ולפיכך משעה ראשונה חל חיוב הנדר על נכסיו, עכ"ל. ומבואר לפי הביאור הראשון ברמב"ן דנדרי גבוה חלין בקום ועשה שלא כנדרי איסור דחלין רק בשב ואל תעשה משום דקיי"ל אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ולכן מאחר דחל שעבוד ממון על נכסיו לשלם חל הנדר בקום ועשה. ויש להוסיף ע"ז דהנה הגר"ח זצ"ל ביאר את הדין דיש דברים הנקנין באמירה (קידושין דף ט:) דהיינו דחלות קנין בעלמא יכול לחול מחמת דעת הקנין ולא רק מחמת מעשה הקנין. אלא דבשאר הקנינים ליכא אומדנא דמוכח דאית ליה למקנה דעת להקנות ולכן בעינן מעשה קנין כדי להוכיח דיש למקנה דעת להקנות במעשה קנין. משא"כ בדברים הנקנין באמירה דיש אומדנא דמוכח שיש גמירת דעת להקנות באמירה בלבד, ומשו"ה לא בעינן מעשה קנין כדי להחיל את חלות הקנין. והרמב"ן סובר דבהקדש נמי חלות הקנין חל מדעת מקנה באמירה בלבד, והנדר חל איפוא בקום ועשה[172]. ועוד ביאר הרמב"ן (שם) דנדרי גבוה חלין בקום ועשה משום "שהוא חומר נוהג בנדרי הקדש מפני שיש בהן חפץ נאסר להדיוט ונתפס לגבוה לכשיפריש ולפיכך משעה ראשונה חל חיוב הנדר על נכסיו", וביאר הגר"מ זצ"ל דהרמב"ן כאן סובר דמי שנדר הרי עלי קרבן נדרו תלוי עד שיפריש בהמה לנדרו ולכשיפריש הבהמה אזי הנדר הראשון חל להקדישו, ואין ההפרשה לבסוף נדר בפ"ע להקדיש אז את הבהמה אלא דבשעת ההפרשה הנדר הראשון חל, ומשו"ה חל הנדר בקום ועשה משעה הראשונה. והנה הרמב"ם והרמב"ן נחלקו (בסה"מ מצוה צ"ד) האם נדרי איסור ונדרי גבוה נמנין כמצוה אחת או כשתי מצות נפרדות. וכתב הרמב"ן וז"ל ואני אומר כי הרב בכאן כלל שתי מצות שהן חלוקות בדיניהם ועניניהם ועשאן אחת, כי הכתוב הזה מוצא שפתיך תשמור ועשית נאמר בענין

[171] ע"ע לקמן בשיעורים (דף מח.) ד"ה בענין מי שפרע בדבר שאינו ברשותו ובדבר שלא בא לעולם אותיות ב' - ד'. ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ח"א ענין צדקה אות ג' (עמ' קס"ג - קס"ד), וברשימות שיעורים לב"ק עמ' (רנ"ט - רסב).

[172] עיין ברמב"ם פ"ט מהל' מכירה ה"א - ה"ב, ובסוגיית הגמ' קידושין דף יג: ובמס' ערכין דף כא.

מה שאדם מחייב נפשו לתת לשם הא - ל יתעלה בין שיהיה מן הדברים הקרבים לפניו או הנתנים במצותו לאשר צוה לתתם אליו, והוא שנאמר "כי תדור נדר לה' אלוקיך וגו' כי דרש ידרשנו ה' אלוקיך מעמך", ירצה לומר שיבקש ממך המקום הנידר לו ויהיה לך עוד באיחורו חטא. וכן אמרו (ר"ה ד א) חייבי דמים והערכין והחרמין וההקדשות והחטאות והאשמות ועולות ושלמים צדקות ומעשרות בכור ומעשר ופסח לקט שכחה ופאה כיון שעברו עליו שלשה רגלים עובר בבל תאחר, וכו' אבל מה שחייב בו האדם את עצמו מדברי הרשות שקראו חכמים ביטוי והוא שנדר או נשבע אוכל היום או לא אוכל אלך למקום פלוני או לא אלך זה אינו נכנס בכלל מצות הכתוב הזה וכו', אבל בנדרי הרשות מצוה אחרת נתיחדה בה פרשה והיא פרשת נדרים ששם כתוב לאסור אסר על נפשו לאסור את המותר עכ"ל. ונראה דאליבא דהרמב"ן ישנן שתי מצות נפרדות: א) מצות נדרי גבוה דמקורה בפרשת כי תצא הנלמדת מקרא ד"כי תדור נדר לה' אלוקיך וגו'", ב) מצות נדרי איסור דמקורה בפרשת מטות מקרא ד"לאסור אסר על נפשו". ועיין שם ברמב"ן שכתב עוד וז"ל וההפרש עוד ביניהם שאלו הנאמרין בעשה הזה מוצא שפתיך תשמור ועשית אינו צריך להזכיר בו נדר אלא שיאמר בהמה זו קרבן או כלי זה יהיה לבדק הבית או צדקה לעניים ובזה בלבד הוא מחוייב לקיים מה שיוציא מפיו בעשה ולא תעשה, אבל בדבר הרשות צריך שיזכיר נדר או דבר המורה עליו כגון מה שהחכמים קוראין אותו ידות הנדרים או הכינויים עכ"ל. ונראה דמבואר מדברי הרמב"ן שנדרי גבוה ונדרי איסור חלוקים מהדדי ביסוד דינם, דנדרי גבוה חלין אף בלי לשון נדר, שאם אמר בהמה זו קרבן חלה מצות נדר המחייבתו לקיים את דבריו. ויתכן דהרמב"ן לשיטתו בפירושו עה"ת (ריש פרשת מטות הנ"ל) דבנדרי גבוה מקודם חל שעבוד הממון על נכסיו ואח"כ חל הנדר בקום ועשה, ומשו"ה נמי ס"ל דנדר לגבוה חל בלי לשון נדר. דיסוד חלות הנדר הוא חלות ההתחייבות וקנין ממון לגבוה, ובהתחייבות ממון וקנינים אין צורך שהלשון תהיה לשון מפורשת של הפלאה. משא"כ בנדרי איסור דבעינן הפלאה מפורשת ואינם חלים אלא בלשון נדר.

ד.

ביאור המחלוקת בין הרמב"ם והרמב"ן בנדרי גבוה ובדין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי

ולפימש"נ מבואר דאליבא דהרמב"ם חל דין ממון בנדרי צדקה, אך חלות ממון תלוי בחלות הנדר, דמחמת קיום מצות הפלאה חלה נמי חיוב ממון. אולם יש לדייק מדברי הרמב"ן (עה"ת ריש פרשת מטות) שהקשה דאי נדר אינו חל אלא על חפצא היאך חל

נדר באומר הרי עלי קרבן ותירץ וז"ל שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט עכ"ל. ונראה דר"ל דמכיון שחל שעבוד ממון בחפצא דנכסיו ממילא חל נמי חלות נדר ומצות הפלאה. ולפי"ז יוצא דהרמב"ם והרמב"ן נחלקו בסברות הפוכות, דלפי שיטת הרמב"ם דין הממון חל מחמת חלות ההפלאה וחלות הנדר, ואילו הרמב"ן סובר להיפך שדין ההפלאה חל מחמת חלות קנין הממון לגבוה. וי"ל דהרמב"ן סובר שקנין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט חל מטעם דעת מקנה, בדומה לדין דברים הנקנין באמירה (וכדברי הגר"ח זצ"ל דבדברים הנקנין באמירה חל קנין ממון מחמת דעת קנין ולא בעינן מעשה קנין). משא"כ הרמב"ם סובר שמחמת חלות הנדר וההפלאה חל שעבוד וקנין ממון וכדנקט הגר"מ זצ"ל הנ"ל (אות ב').

ונראה דנפ"מ בדין מי שנשבע לתת סלע לצדקה, די"ל דאליבא דהרמב"ן גם בשבועה חלה התחייבות ממון מדין דברים הנקנים באמירה, דמ"ש שבועה מנדר. ואילו לפי הרמב"ם י"ל דהא דחלה התחייבות ממון בנדרי צדקה הוי הלכה מסוימת בנדרי צדקה דילפינן לה (ר"ה דף ו.) מדרשה דב"פיך זו צדקה" "ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך", וי"ל דדין זה חל דוקא בנדרי צדקה משא"כ בשבועה ליתן סלע לצדקה ליכא חלות שעבוד ממון.

ועוד יתכן לומר דיש נפ"מ בין הרמב"ם והרמב"ן בדין הגונב והקדיש לבדק הבית האם משלם ד' וה' או לא. דיעויין ברמב"ן (מלחמות ה' ב"ק דף מא. בדפי הרי"ף) שפסק דחייב לשלם ד' וה'. מאידך הרמב"ם (פ"ב מהל' גניבה ה"ו) פסק שפטור מד' וה' (ועיי"ש בראב"ד ובמגיד משנה). ונראה דלשיטת הרמב"ן מעשה ההקדש חשיב כמכירה, דחלה חלות קנין ממון עפ"י דעת מקנה וחלה חלות קנין כקנין דעלמא, ומשו"ה סובר דהגונב ומקדיש חייב בד' וה' כבמכירה. משא"כ הרמב"ם סובר שקנין ההקדש חל מדין נדר, והוי הלכה מחודשת בנדרי גבוה, ולכן ס"ל דלא דמי למכירה להדיוט ואינו חייב ד' וה'. ועוד י"ל דנפ"מ לענין ספק צדקה, דהר"ן (נדרים דף ז. ד"ה ולענין הלכה) נקט דספק נדר צדקה הוי ספק איסור ממון והממע"ה. והרשב"א (שהובא בר"ן שם) חולק עליו וסובר דהוי ספק איסור דאורייתא ולחומרא. ונראה דהרשב"א סובר כשיטת הרמב"ם דעיקר חלות הנדר בצדקה חל מדין נדר ומצוה, ומאחר שחל דין נדר חל נמי דין חיוב ושעבוד ממון, ומשו"ה ס"ל דנחשב לספק איסור דאורייתא ואזלינן לחומרא. משא"כ הר"ן סובר כהרמב"ן דמחמת האמירה חל קנין ממון ומאחר שחל קנין ממון חל נמי חלות דין נדר, ומשו"ה ס"ל דעיקר הספק חשיב ספק ממון, וקיי"ל בספק ממון דהמוציא מחבירו עליו

הראייה[173].

ע"כ ענין קנין דחל מדין דעת מקנה

גמ'. היה עומד בגורן. מהגמ' מבואר דמותר לכתחילה להערים במע"ש כדי להפטר מחומש, וצ"ע בזה. ונראה לבאר עפ"י מש"נ לעיל דיש ב' דיני פדיון מע"ש: א) דין פדיון בעלמא כבשאר הקדשות (דמקורו בפ' בחוקתי), ב) דין פדיון בקיום מצות הבאת מע"ש לירושלים (דמקורו בפ' ראה). ויש לדקדק דבפסוקים בפרשת ראה לא מוזכר דין חומש דאינו נמצא אלא בפ' בחוקתי בלבד. ומשמע דדין חומש חל מדין פדיון הקדש דעלמא ולא מדין קיום מצות הבאת מקום, דהחומש אינו מוסיף על קיום מצות הבאת מע"ש לירושלים, ומשו"ה מותר לכתחילה להערים כדי להפטר מהוספת חומש, כי בכך לא חסרה בקיום מצות הבאת כסף פדיון מע"ש לירושלים. ואילו חלות פדיון הקדש אינו קיום מצוה ולכן מותר להערים בו.

ויעויין בירושלמי (פ"ד מע"ש הל' ג') וז"ל למה מערימין עליו מפני שכתוב בו ברכה עכ"ל. ודברי הירושלמי צ"ב. ונראה דר"ל דמקור ההערמה כתיב בפסוק שבפרשת ראה "כי יברכך ה' אלוקיך", דמפרשת הבאת כסף מע"ש לירושלים עצמה נלמדת שאין צורך כלל לחומש משום שחלה ברכה שלימה וקיום מצוה בשלימות כשפודה בלי הוספת חומש. ברם בגמ' איתא "דהכי עדיף" כלומר דכשמערים טוב יותר להערים באופן שחבירו יפדה את הפירות על כספו משהבעלים עצמם יפדו. ופרש"י שם וז"ל שאינה נראית ערמה כ"כ להיפטר מן החומש עכ"ל. ויתכן דר"ל שחבירו הפודה את המעשר שני אינו מרוויח מזה כלל, ואע"פ שמע"ש מפסיד החומש אילו היה הבעל עצמו פודה. משא"כ כשהבעל מקנה פירותיו לחבירו והבעל פודם דמע"ש הפסיד חומש והבעל עצמו הרוויח חומש, וא"כ הרואים יעלילו שהבעל הרוויח מהפסד מע"ש, ומשו"ה במקום שאפשר עדיף שהבעל יקנה את הכסף לחבירו והוא יפדה שהרי אין הפודה מרוויח מהפסד של מע"ש.

דף מו.

בענין הרשאה

א.

בגדר דין הרשאה

[173] ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות בענין צדקה אות ג' (עמ' קס"ה - קס"ו), וברשימות שיעורים לב"ק (עמ' רס"א - רס"ב).

גמ'. כי הא דרב פפא הוו ליה תריסר אלפי דינרי בי חוזאי אקנינהו לרב שמואל בר אחא אגב אסיפא דביתיה. מבואר בגמ' דר"פ הרשה לרב שמואל בר אחא להביא לו את כספו, והרשאה צריכא קנין וכדאיתא בסוגיין. ועיין בתוס' (בב"ק דף ע. ד"ה ומטלטלין ובדף קד: ד"ה אגב) שמובאות ב' גירסאות בעובדה דרב פפא דפליגי האם מיירי שהכסף היה פקדון או מלוה[174].

והנה איתא בגמ' ב"ק (דף ע.) "אמרי נהרדעי לא כתבינן אורכתא אמטלטלי, אמר רב אשי לאמימר מ"ט, א"ל משום דר' יוחנן דאמר ר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו. איכא דאמרי אמרי נהרדעי לא כתבינן אורכתא אמטלטלי דכפריה, טעמא דכפריה דמיחזי כשיקרא אבל לא כפריה כתבינן. ואמרי נהרדעי אורכתא דלא כתיב ביה זול דון וזכי ואפיק לנפשך לית ביה משא מ"ט משום דא"ל היאך לאו בע"ד דידי את. אמר אביי ואי כתיב ביה למחצה לשליש ולרביע מיגו דמישתעי דינא אפלגא מישתעי דינא אכולא. אמר אמימר אי תפס לא מפקינן מיניה. רב אשי אמר כיון דכתביה ליה כל דמתעני מן דינא קבלית עלי שליח שויה. ואיכא דאמרי שותפא שויא, למה נ"מ למיתפס פלגא. והלכתא שליח שויה". יש כמה שיטות הראשונים בביאור הסוגיא.

א) כתב בעה"מ וז"ל נ"ל דרב אשי חולק הוא על נהרדעי והלכתא כוותיה דשליחא שויא הלכך לא בעיא זיל דון וזכי ואפיק לנפשך ואפ"ה לא מצי למימר ליה היאך לאו בעל דברים דידי את דשלוחו של אדם כמותו הלכך ל"ש דכפריה ול"ש דלא כפריה כתבינן ולא קשיא אדר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים וכו' דכיון דשליחא שויא אישתכח דהאי טעמא לחוד והאי טעמא לחוד עכ"ל. ונראה לבאר לפי"ז דשתי הלשונות נחלקו ביסוד גדר דין הרשאה, דללישנא קמא הרשאה הויא חלות דין הקנאה, דהיינו שהמרשה מקנה את זכויותיו למורשה, ובדבר שאינו ברשותו דלית ליה כח הקנאה ליכא הרשאה. מאידך האיכא דאמרי סברי דהרשאה חלה מדין שליחות, ומכיון דהויא חלות שליחות מועילה הרשאה אפילו בדבר שאינו ברשותו. ולפי"ז המורשה הוי שליח בעלמא ואינו בעל דבר, ונ"מ לענין דאינו צריך קנין וגם דאי תפס מפקינן מיניה.

ב) הרמב"ם כתב (פ"ג מהל' שלוחין ה"א) וז"ל מי שהיתה לו קרקע תחת יד אחר או שהיו לו מטלטלין פקדון ורצה לעשות שליח לדון עם זה ולהוציא הקרקע או הפקדון מתחת ידו הרי זה כותב לו הרשאה וצריך לקנות מידו שהרשהו ואומר לו דון וזכה והוצא לעצמך וכיוצא בענינים אלו. ואם לא כתב לו אינו יכול לדון עמו מפני שהוא

[174] ועיין באריכות ברשימות שיעורים למס' ב"ק שם.

אומר לו אין אתה בעל דיני. ואע"פ שכתב לו כן אינו אלא שליח וכל מי שיזכה בו הרי הוא למשלחו עכ"ל. ולכאורה מדברי הרמב"ם משמע דהרשאה הויא חלות קנין דפסק דהרשאה צריכה קנין ואמירת "דון וזכה והוצא לעצמך". מאידך עיין ברמב"ם (שם ה"ו) שפסק נמי כהאיכא דאמרי וז"ל התובע חבירו בדין במטלטלין או במעות שהפקיד אצלו וכפר בו אינו יכול לכתוב הרשאה עליו שנמצא זה כמשקר וכו' עכ"ל, וצ"ב. ונראה דלפי שיטת הרמב"ם אף לאיכא דאמרי הרשאה הויא חלות קנין, ומ"מ דין דר' יוחנן אינו חל דס"ל דקנין הרשאה אינו חלות קנין בעצם הדבר אלא קנין בזכות הגבייה. וגם דבר שהוא גזול הוי ברשות הבעלים לענין גבייה, ומשו"ה שפיר יכולים הבעלים להקנות את זכות הגבייה למורשה.

אמנם צ"ע דהרמב"ם נמי פסק דשליח שוויה, ואם הרשאה הוי חלות קנין, למה יש צורך גם בחלות שליחות. ונראה דלשיטת הרמב"ם הרשאה הוי גם חלות קנין וגם חלות שליחות כי יש ב' דינים בבעל דבר: א) בעל דבר שיכול לעשות מעשה גבייה מהנתבע, ב) בעל דבר שיכול להזקיק ב"ד לדון. והרמב"ם סובר דהרשאה חלה כקנין דע"י הקנין נעשה המורשה בעל דבר שיכול לבא ולגבות מהנתבע, דאילו לשליח דעלמא יכול הנתבע לטעון לאו בעל דברים דידי את. אמנם עצם זכות הגבייה לבדה שקנה המורשה לא תזקק בית דין לדון את הדין, כי ב"ד נזקק לדין רק כדי להציל עשוק מיד עשקו, כלומר כדי להציל את מי שמבלי הדין היה מפסיד ממון. ומאחר דהמורשה לא יפסיד ממון אם הב"ד אינו נזקק לדינו שהרי אין לו קנין בגוף הדבר אלא רק זכות הגבייה, לכן צריכים חלות שליחות - דהמרשה שהוא הבעל דבר העשוק צריך למנות את המורשה לשלוחו כדי שב"ד יזדקק לדון את הדין.

ועוד נראה לבאר בשיטת הרמב"ם דס"ל דאע"פ שהמורשה הוי בעל דבר מחמת שקנה את זכות הגבייה, מ"מ המרשה הוא הבעל דבר העיקרי. דפשיטא דהמרשה אינו מפסיד את זכות הממון שלו עם הקנאת זכות הגבייה למורשה כי כל גביית המורשה הוא כדי שהמרשה יזכה בממון שגובה. ולפיכך סובר הרמב"ם שהמרשה צריך נמי לעשות את המורשה לשלוחו, שאם אינו שלוחו יכול הנתבע לטעון "לאו בעל דברים דידי את", ר"ל דמכיון דהמרשה הוא הבעל דבר העיקרי יש לנתבע הזכות לטעון שרוצה לדון עם המרשה שהוא הבעל דבר העיקרי ולא עם המורשה ואע"פ שיש למורשה קנין לגבות. ומשו"ה יש צורך שיהא המורשה גם שליח. ובשליחות לבדה עדיין יכול הנתבע לטעון למורשה "לאו בעל דברים דידי את", דאינו בעל דבר שלו, דליכא שליחות בעלמא לגבות

ממון. אך מחמת הקנין פקעה טענה זו, דהריהו בעל דבר בפני עצמו. אבל כדי שלא יוכל לסלקו בטענה צדדית שרוצה לדון רק עם הבעלים הראשונים מועלת חלות דין שליחות.
ג) כתב הרמב"ן במלחמות ה' וז"ל וקסברי נהרדאי בלישנא קמא דלא כתבינן ליה אמטלטלי דגניבה וגזילה וה"ה לזוזי דהלואה לפי שאין כאן בעלים להרשות בהן, דכל דלא מקדיש ולית ליה הקנאה בנכסים לית ליה בגווייהו רשות דלא מיקרי בעלים להרשות כלל. וללישנא בתרא לא חיישינן להכי אלא אע"ג דלא מקדשינן בעלים הוו, ואית להו בגווייהו הרשאה בדלא כפריה. ואמרי נהרדעי נמי דבעינן אפיק לנפשך דלא לימא ליה דלאו בעל דברים דידי הוא בשליח, ומכיון שנתנה לו במתנה ואמר לו אפיק לנפשך אע"פ שהוא מטבע או גזילה שאינו יכול להקנותה לו ואם בא לחזור חוזר, מ"מ כיון שעדיין לא חזר בו בעל דברים דידיה הוא שהרי הבעלים נתנוה לו ואין הלה יכול לטעון עליו כיון שלא קנית אותה לא אתן לך שהרי הבעלים אמרו לו לתובעו ושלוחם הוא הלכך יהיב ליה נהליה בעל כרחיה וכו' דהאי אורכתא אית בה שליחות ובעי נמי לשון מתנה, הלכך ממ"נ מפיק מיניה דהא שליח הוא ואם הלה רוצה ליתן לו ידו כיד הבעלים דשלוחו של אדם כמותו, ויכול לכופו שיתן לו מחמת לשון מתנה שבה דבעל דברים דידיה הוא לנפשיה אפיק וכו' עכ"ל.
שיטת הרמב"ן היא דאליבא דשתי הלשונות הרשאה מהווה חלות קנין. וללישנא קמא הוי חלות הקנאה בשעתה ולפיכך לא חל בגזל משום דין דר' יוחנן. וללישנא בתרא אינה חלות הקנאה בשעתה אלא הקנאה לאחר זמן, דהיינו שהמורשה יקנה את הממון לאחר הגבייה לכשיבוא החפץ לרשותו של המרשה. וללישנא בתרא עיקר ההרשאה בשעתה הויא חלות שליחות אלא דבכדי לסלק את טענת "לאו בעל דברים דידי את" מועילה נגיעת ממון שיש למורשה שירוויח ממון לאחר זמן. ויש להסתפק לשיטת הרמב"ן האם צריך לקנין שני לכשיבא הממון ברשותו, דיש לעיין האם סובר הרמב"ן שיכול אדם להקנות דבר שאינו ברשותו לכשיבא ברשותו, (וכשיטת התוס' בכתובות דף נט: ד"ה שדה ועיי"ש בשטימ"ק) ולפי"ז א"צ קנין שני, או"ד דס"ל דבכל אופן אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, אלא דלענין טענת לאו בעל דברים דידי את סגי בדעת מקנה אע"פ דע"פ דין יש צורך לקנין שני,[175] ודו"ק היטב בלשון הרמב"ן.
ונ"ל דבזה חולק הרמב"ן עם הרמב"ם, דלשיטת הרמב"ם בלי חלות קנין בשעתה לענין גבייה ליכא חלות שליחות, דמי שאינו בעלים לגבייה אינו בר הכי של שליחות. ולפיכך

[175] מסתבר דרבינו זצ"ל ר"ל דחל קנין התחייבות מהמרשה המתחייב להקנות לו למורשה את הממון לכשיבוא לרשותו לאחר זמן, ברם חלות ההתחייבות חלה עכשיו בשעת קנין ההרשאה, ומשו"ה אינו קנין של דבר שאינו ברשותו שאינו חל.

הרמב"ם מצריך הקנאת זכות הגבייה למורשה בשעת ההרשאה עצמה כדי לעשות את המורשה לבעל דבר. מאידך הרמב"ן סובר דחלה חלות שליחות לגבות אפילו בלי קנין לגבות, אלא דמ"מ יש לנתבע זכות נפרדת לעכב את הממון מהשליח ולטעון "לאו בעל דברים דידי את". בנוגע לטענה זאת מועילה הנגיעה של המורשה שהוא ירויח ממון לאחר זמן, ולכן יכול המורשה לחזור ולומר לנתבע דרוצה לקיים עכשיו את השליחות ולגבות כדי להרויח ממון לאחר זמן, ומשו"ה הוי בעל דבע עכשיו לתובעו בבית דין.

ב.

קנין סודר בהרשאת מלוה

לפי גירסא אחת בגמ' אם מטבע נקנה בחליפין אפשר להרשות מלוה בחליפין. והשוואה זו לכאורה קשה, דהא אפשר דמלוה אינו נקנה בחליפין משום דאינו חפצא ואילו מטבע דהוי חפצא שפיר נקנה בחליפין. ונראה כפירוש הרמב"ן דמטבע אינו נקנה בחליפין משום דלענין חליפין אין גופו ממון, וה"ה במלוה דמדאינו גופו ממון אינו נקנה בחליפין. דדין מטבע שוה לדין מלוה בחליפין, דבשניהם חסר חפצא שגופו ממון.

ג.

שיטת הרמב"ם בהרשאת מלוה

והנה בסוגיא איתא דרב פפא הקנה הכסף בקנין אגב, ואי מיירי בחוב מוכח דחוב נקנה בקנין אגב. ברם יש לעיין דאי מיירי בחוב מדוע לא הקנה ר"פ במעמד שלשתן אי נמי בכתיבת ומסירת שטר החוב. ומשמע דקנינים אלו אינם מועילים לקנין הרשאת חוב, וצ"ב מ"ש הרשאה מהקנאת חוב דעלמא דנקנית בקניני מעמד שלשתן וכתיבה ומסירה. ונראה דהנה כתב הרמב"ם (פ"ו מהל' מכירה ה"ז - ה"יד) וז"ל ראובן שהיה לו חוב על שמעון והקנה ללוי קרקע ועל גבה חוב שיש לו אצל שמעון נראה לי שלא קנה החוב. היו עומדין שלשתן ואמר לו מנה שיש לי בידך בין פקדון בין שהיה מלוה תנהו לזה קנה לוי ואין אחד משלשתן יכול לחזור בו ודבר זה אמרו חכמים שהיא הלכה שאין לה טעם, לפיכך אין למדין ממנה לדין אחר וכו'. המוכר שטר חוב לחבירו או נתנו לו במתנה אינו נקנה במסירת השטר לידו שלא מכר אלא הראיה שבו ואין הראיה נתפסת ביד. וכיצד יקנה השטר, שיכתוב לו המקנה קנה שטר פלוני וכל שעבוד שבו וימסור לו השטר ונמצא שנקנה בכתיבה ובמסירה וכו'. קנין השטרות בדרך הזאת מדברי סופרים אבל מה"ת אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי. לפיכך המוכר שטר חוב לחבירו עדיין יכול למוחלו וכו' המקנה לחבירו קרקע כל שהוא והקנה לו על גבה שטר חוב הרי זה קנה השטר בכל מקום שהוא בלא כתיבה ובלא מסירה. ונראה לי שגם זה יכול

למחול אחר שמכרו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר שניתן למכור מלוה בשטר בשלשה קנינים: או במעמד שלשתן או בכתיבה ובמסירה או באגב. מאידך במלוה על פה רק קנין מעמד שלשתן קונה. ונראה דס"ל דקניני כתיבה ומסירה ואגב אינם חלים במלוה על פה מדליכא בו שטר, וקניני כתיבה ומסירה ואגב חלות קניני שטר הם.

ובנוגע להרשאה כתב הרמב"ם (פ"ג מהל' שלוחין ה"ז) וז"ל מי שהיו לו מעות פקדון ביד אחר ורצה להרשות שליח להביאן אין הקנין מועיל בזה שאין המטבע נקנה בחליפין אלא כיצד עושה נותן לו קרקע כל שהוא ומקנה לו המעות על גבה כדי להוציאן בהרשאה זו והולך ודן עמו ומוציאן, היתה לו מלוה ביד אחר אינו יכול לכתוב הרשאה עליה ואפילו היה החוב בשטר מפני שהמלוה להוצאה ניתנה ואין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם, ואין לו דרך שיקנה אדם חוב בה אלא במעמד שלשתן והוא דבר שאין לו טעם כמו שביארנו או בהקניית שטר החוב עצמו בכתיבה ומסירה מפני שהוא מקנה השעבוד שבו עכ"ל. ומבואר דלהרמב"ם אין הרשאה חלה בחוב משום שקנין המועיל להקנות חוב דעלמא אינו חל בהרשאה, דניתן להקנות חוב בקנין כתיבה ומסירה או בקנין מעמד שלשתן, ושני קנינים אלו אינם חלים בהרשאה.

ונראה בביאור דבריו, שקנין כתיבה ומסירה אינו מועיל בהרשאה משום שיסוד חלות הקנין של כתיבה ומסירה הוא שחלה ע"י מסירת בעלות השטר, כלומר שע"י כתיבה ומסירה נעשה הקונה לבעל השטר[176]. ונראה דכתיבה ומסירת השטר אינו קונה ישירות את שעבודי החוב, כי לא שייך מעשה קנין בשעבודי החוב דהוי דבר שאין בו ממש. ואף אינו חל בשעבוד הגוף שעל הלוה לשלם את החוב למלוה מאחר דהוי מצוה דחלה בין גברא לגברא דאינו נקנה במעשה קנין. אך קנין כתיבה ומסירה מועיל לשנות את חלות השם דבעל השטר, דע"י כתיבה ומסירה השטר מעיד בעד הקונה הנעשה לבעל השטר החדש וממילא זכות גביית החוב נמי נעשה שלו, דמכיון שהשטר מעיד בעדו ממילא קונה את הזכות לגבות את החוב שבשטר[177]. אולם י"ל דע"י שנעשה בעל השטר הרי הוא קונה רק את זכות גביית החוב ולא את עצם החוב והשעבוד לשלם, דעצם השעבוד אינו נתפס בהקנאה. ומשו"ה אפילו אחרי כתיבה ומסירת השטר עדיין נחשב המלוה לבעל החוב שיכול למוחלו. ולפי"ז מבואר נמי מדוע קנין כתיבה ומסירה אינו מועיל לפי הרמב"ם בהרשאה, דהרשאה חלה גם מדין קנין וגם מדין שליחות אך אינה משנה את חלות שם בעל השטר, והוא משום דהמורשה אינו נעשה לבעל דבר אלא כלפי הנתבע

[176] עיין ברשימות שיעורים לב"ק בענין יאוש ושינוי רשות אות א' חלק ג', ובשיעורים לקמן (דף נו.) בענין מכירת שטר חוב.

[177] עיין באגרות הגרי"ד הלוי עמ' רמא - רמד, ובשיעורים לזכר אבא מרי ח"א עמ' רצ"ב.

בלבד, אך לגבי המרשה הוא רק שלוחו, ועיקר השטר עדיין מעיד רק למלוה - המרשה לבדו, ולכן קנין כתיבה ומסירה אינו מועיל בהרשאה, דאפילו אחרי ההרשאה המרשה עדיין הוא בעל השטר ולא המורשה.

והנה עיין בתוס' (ב"ק דף ע. ד"ה אמטלטלין) שדנו בקניני חוב ובהרשאת חוב. ושיטתם היא דחוב נקנה הוא בקנין אגב, ואף הרשאת חוב נקנית בקנין אגב. ומאידך הרמב"ם (פ"ו מהל' מכירה הל"ז והלי"ד) פסק שאין קנין אגב קונה במלוה על פה ודקונה רק במלוה בשטר. ומאידך הרמב"ם פסק שאין הרשאה מועלת במלוה כלל, ואף אינה מועלת במלוה בשטר מאחר שאין דרך להקנות את המלוה למורשה. וצ"ע למה לא יקנה למורשה את החוב בקנין אגב.

ונראה שהביאור הוא כנ"ל בנוגע לחלות קנין כתיבה ומסירה, דקנין אגב מועיל להקנות מלוה בשטר דוקא משום דע"י הקנין נעשה הקונה לבעל השטר וממילא קונה על ידו את החוב. אך עכ"ז עיקר שעבוד החוב לא נקנה באגב, והראייה דהרמב"ם פסק שאף אחרי הקנין עדיין יכול המלוה למחול את החוב, והוא משום שמכר רק את השטר עם זכות הגבייה שבו ולא מכר את עיקר החוב המוטל על הלוה לשלם למלוה עצמו. ונראה דבהרשאה משום שהמורשה אינו נעשה לבעל השטר, משו"ה קנין אגב אינו מועיל, כמו שקנין כתיבה ומסירה אינו מועיל.

ולשיטת הרמב"ם אף מעמד שלשתן אינו קונה בהרשאה. וכתב הרמב"ם (פ"ג מהל' שלוחין ה"ז) דהוא משום דהוי קנין בלא טעם, ודבריו מחוסרים ביאור. ויתכן דר"ל שמעמד שלשתן אינו חל מדין מעשה קנין, אלא שיסודו הוא בחלות דין פרעון, כלומר שהחוב הראשון למלוה פרוע וחל במקומו חוב חדש בין הלוה לבין הקונה. וזהו הביאור ב"תן לו" שאומר המלוה ללוה, כלומר "החוב הראשון שיש לי עליך פרוע הוא וחוב חדש מתחדש במקומו בינך לבין הלוקח". והנה פרעון החוב הראשון שייך רק במעמד שלשתן דעלמא כשחל חוב חדש בין הקונה לבין הלוה, אך אין זה שייך להרשאה, דהמורשה אינו מקבל חוב חדש, דהחוב הראשון שבין המרשה ובין הלוה עדיין חל, ולפיכך קנין מעמד שלשתן אינו שייך בהרשאת חוב.

והנה יש לעיין ביסוד חלות דין מעמד שלשתן - האם קנין חוב בעלמא הוא או"ד דהוי פרעון של החוב הראשון וחלות חוב שני חדש. ונראה לומר דזה תלוי במחלוקת הראשונים, דהא קיי"ל דאם מכר שטר חוב דעלמא לחבירו וחזר ומחלו מחול. ומאידך במעמד שלשתן שיטת הר"ת (עיין בתוס' מס' גיטין דף יג: ד"ה תנהו) שאם חזר ומחלו אינו מחול. אך ראשונים אחרים חולקים על הר"ת וס"ל דגם במעמד שלשתן החוב מחול

(עיין בחו"מ ס' קכ"ו סעיף א' ובש"ך ס"ק י'). ונראה דאליבא דהראשונים הנ"ל מעמד שלשתן חל מדין קנין חוב בעלמא בדומה לכתיבה ומסירת השטר, ולפיכך אם חזר המוכר ומחלו הריהו מחול כדין קנין חוב דעלמא. ומאידך הר"ת סובר דבמעמד שלשתן החוב הראשון פרוע הוא וחל במקומו חוב חדש, ומשו"ה זכות המלוה למחול את החוב פקעה, כי החוב הראשון שלו פרוע.[178]

והנה שיטת הרמב"ם צ"ע דבפ"ו מהל' מכירה (ה"יב) פסק שהמוכר שט"ח לחבירו בכתיבה ומסירה וחזר המוכר ומחלו מחול. אך בנוגע למעמד שלשתן (שם בה"ח) השמיט את דין המוכר שחזר ומחלו האם המחילה חלה או לא. ולפימש"נ בשיטת הרמב"ם דס"ל שאין מעמד שלשתן מועיל בהרשאה משום דס"ל דמעמד שלשתן חל מדין פרעון יוצא דס"ל כשיטת ר"ת שהמוכר שטר חוב לחבירו במעמד שלשתן וחזר ומחלו אינו מחול, וצ"ע.

ד.

שיטת התוס' בהרשאת מלוה

עיין בתוס' (ב"ק דף ע. ד"ה אמטלטלין) וז"ל ואין לתמוה על מה שאנו נוהגין לכתב הרשאה אפילו במלוה אע"פ שאין אדם יכול להקנות הלוואתו לחבירו דכיון דקיי"ל כאיכא דאמרי ולהך לישנא אמטלטלין דגזילה נמי כתבינן אורכתא אע"פ שאין יכול להקנותו כמו שאינו יכול להקדיש וכו' ה"ה הלואה וכו' וטעמא וכו' דשליח שוויה ועשו תקנה לשליחות כאילו הוא קונה קנין גמור עכ"ל. ומבואר דלפי התוס' חוב דעלמא אינו ברשות המלוה להקנותו, והרשאה חלה אפילו בדבר שאינו ברשותו, דשליח שוויה ולפיכך מועילה הרשאה בחוב. ועיין ברשב"א (דף ע. ד"ה איכא) שכתב שאע"פ שחליפין אינו קונה את גוף החוב, מ"מ מועיל לקנין הרשאה מכיון דהוי קנין כל דהו דחל כדי שהמורשה יחשב לבעל דבר בעלמא.

מאידך מדברי הרמב"ם מבואר שחולק על התוס' משום שכתב (בפ"ו מהל' מכירה ה"י - הי"ב) וז"ל המוכר שטר חוב לחבירו או נתנו לו במתנה אינו נקנה במסירת השטר לידו שלא מסר לו אלא הראייה שבו ואין הראייה נתפסת ביד. וכיצד יקנה השטר וכו' ונמצא שנקנה בכתיבה ומסירה וכו' קנין השטרות בדרך הזאת מדברי סופרים, אבל מה"ת

[178] לכאורה צ"ע דאם חל חוב חדש מדוע גובה הקונה מנכסים המשועבדים לחוב הראשון, הרי החוב הראשון פרוע הוא. ויתכן שאע"פ שחל חוב חדש מ"מ המחייב לשלם אותו עדיין הוא החוב הראשון, ושעבוד הנכסים תלוי הוא בהמחייב. ודומה איפוא לכתובת אשה דלא ניתן לגבות הכתובה מחיים וחיוב הכתובה חל בשעת מיתת הבעל ומ"מ שעבוד הנכסים חל משעת הנישואין שהיא שעת המחייב של הכתובה, עיין בשיעורים לב"ק (דף עא.) ד"ה אחריות של שומר. ויש לחלק בין כתובה למעמד שלשתן. ואולי כ"ז נכלל בהלכתא בלי טעמא, וצ"ע. וע"ע לקמן (דף נו.) בענין מכירת שטר חוב אות ט'.

אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי עכ"ל. ומבואר דלהרמב"ם קנין חוב הוא דין דרבנן, ומשום שאין ראייה נתפסת ביד, כלומר דליכא מעשה קנין המצורף להחוב, דאפילו אם יתפוס את השטר, תפיסתו אינה מראה בעלות על החוב שאין הראייה שבשטר נתפסת ביד. אולם החוב נחשב לדבר שברשותו ודלא כדסברי התוס' דהחוב הוי דבר שאינו ברשותו.

ולכאורה יש נפ"מ בין הרמב"ם לבין התוס' בהקדיש את החוב. דלשיטת התוס' מכיון דחוב אינו ברשות המלוה אינו יכול להקדישו. משא"כ לרמב"ם דחוב הוי ברשותו, אלא דמדאורייתא חסר בו מעשה קנין, אמנם אם הקדיש את החוב יתכן דההקדש חל מדאורייתא מאחר דהקדש חל באמירה בלבד בלי מעשה קנין[179].

ה.

בדין הרשאה לאחר מיתת המרשה

עיין בסוגיא ובתוס' (ב"ק דף קד: ד"ה אגב) ובמלחמות ה' (ב"ק דף ע.). ומבואר מהרמב"ן דעיקר דין הרשאה חל מדין שליחות, אלא שיש גם קנין לאחר זמן למורשה, כדי שהנתבע לא יוכל לטעון "לאו בעל דברים דידי את". והרמב"ן סובר שאם המרשה מת ההרשאה בטלה, דהרשאה חלה מדין שליחות, ואין שליחות לאחר מיתה. אמנם מהשקו"ט שבתוס' משמע דלא ס"ל כשיטת הרמב"ן, וס"ל דהרשאה אינה בטילה לאחר מיתת המרשה. ויתכן שזוהי נמי שיטת הרמב"ם שהביא את הדין שהמרשה יכול לבטל את ההרשאה (פ"ג מהל' שלוחין ה"ח), ולא כתב שאם מת המרשה דההרשאה בטילה מעצמה. ונראה דהראשונים האלו סוברים שעיקר חלות דין הרשאה חל מדין קנין, ולפיכך הרשאה חלה אף לאחר מיתה. ובפשטות שאילת מיתת המרשה תלויה בדיון הסוגיא (דף ע.) אם שליח שויה או שותפא שויה. ועיין עוד בתוס' כתובות (דף נה:) ד"ה שאם.

ו.

הרשאה בד' אמות שבא"י

שיטת הגאונים המובא בתוס' וברמב"ם (פ"ג מהל' שלוחין ה"ז) שהמרשה יכול להשתמש בד' אמות מחלקו בא"י כקרקע לעשות קנין אגב עם המורשה. והרמב"ם השיג עליהם וז"ל ודברים אלו דברים קלים הן עד מאוד ורעועים שזה מי יאמר שיש לו חלק בא"י ואפילו הוא ראוי אינו ברשותו עכ"ל. ונראה שהגאונים סוברים שעם חורבן הארץ

[179] עיין בחידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם (פ"כב מהל' מכירה ה"יז) ובס' רשימות שיעורים למס' ב"ק ח"א (דף לו:) בענין צדקה.

וגלות ישראל מא"י נתבטלה חלוקת הארץ וחזרה א"י להיות ממונם של כלל ישראל, והוי ממון הציבור, והציבור נותן לכל אחד שצריך ד' אמות מהקרקע שבא"י שתהיינה ברשותו להשתמש בהן לעשות קנין אגב. אך אפילו אחרי שהשתמש בד' האמות האלו והקנם לאדם אחר אזי מקבל ממילא עוד פעם נוספת שוב ד' אמות שהרי הוא יהודי דתמיד יש לו חלק בקנין של הציבור בא"י[180]. ויש ראשונים המפרשים שמשתמש בד' אמות שיש לו עבור קברו שבא"י שהן שלו וברשותו. ונראה שאף הד' אמות עבור קבר בארץ ישראל הריהן בבעלותן של כלל ישראל, אלא שכלל ישראל נותן לכל יהודי ויהודי ד' אמות לקברו, ואם היהודי השתמש בהן לעשות קנין אגב אזי מקבל עוד פעם ד' אמות בשביל קברו. והרמב"ם חולק ע"ז דס"ל דכל זמן שלא נקבר אין הד' אמות האלה ברשותו להשתמש בהן לשם קנין.

ע"כ ענין הרשאה

גמ'. דלית ליה סודר עיין בשיטה מקובצת שהביא מחלוקת בין תלמידי רבינו פרץ ובין הריטב"א האם סודר שאול מועיל לקנין סודר או לא. וז"ל רבינו פרץ, דלית ליה סודר אלא שאול, מכאן משמע דאין קנין בסודר שאול, והיינו טעמא כדאמרינן לעיל (דף ז.) האי סודרא כיון דתפיס ביה שלש על שלש קרינן ביה ונתן לרעהו דכמאן דפסיק דמי, וכיון שהוא שאול לא מהני כלום דאין בעליו רוצה שיפסקו סודרו עכ"ל. וכתב הריטב"א וז"ל דליכא סודר כלל ואפילו מושאל דהיינו דאמרינן איכפל תנא לאשמועינן גברא ערטילאי, וש"מ שאילו הו"ל סודר מושאל קונין בו, וכשם שקונין אגב קרקע מושאל כדאיתא במס' גיטין (דף עז:), וטעמא דמילתא דכיון דסודר ואגב קנין ע"מ להקנות הוא בכל דהו סגי, ואין קפידא למשאיל בדבר זה עכ"ל.

ובביאור פלוגתתם נראה דיש לחקור בגדר דין קנין סודר,[181] האם חל מדין מעשה קנין בעלמא או מדין חליפי חפצא בחפצא. והנה אי נימא דקנין סודר חל מדין מעשה קנין בעלמא אזי י"ל דאף סודר שאול מועיל. אך אם חל הקנין מדין חליפי חפצא בחפצא, י"ל דמאחר דהסודר שאול ואסור להפסיקו, א"א לקרותו חליפי חפצא בחפצא, ומשו"ה אינו מועיל.

והנה הריטב"א הביא סמך לשיטתו דסודר שאול מועיל לקנין סודר מהא דמועיל קנין סודר בקני ע"מ להקנות. ונראה דר"ל דמזה דמועיל קני ע"מ להקנות מוכח דקנין סודר

[180] ויפלא בדין מי שקנה קנין אגב באופן שהמקנה השתמש בד' אמות שלו בא"י, דיוצא לכאורה דאחרי הקנין שיש לו לקונה שמונה אמות בא"י ודבר כזה לא שמענו. וצ"ל דבקנין ד' אמות מחבירו מאבד הקונה הד' אמות שהיה לו מכבר ונשאר רק עם ד' אמות דחברו והוא פלא, והוא חלק מתמיהת הרמב"ם על שיטת הגאונים.

[181] ושלא כשיטת הגר"ח זצ"ל הנ"ל. וע"ע בהערה לעיל על השיעורים (דף מה:) ד"ה היה עומד.

אינו חל מדין חליפי חפצא בחפצא, אלא דקנין סודר מהווה מעשה קנין בעלמא, ומשו"ה ס"ל דאף סודר שאול מועיל לקנין. ונראה דאליבא דתלמידי רבינו פרץ אף קנין ע"מ להקנות נחשב לחליפי חפצא, משא"כ בשואל דליכא חליפי חפצא.[182]

ובנוגע לטענת רבינו פרץ דסודר צ"ל ראוי לפסיקא, נראה דאזיל לשיטתו דסובר דקנין סודר חל מדין חליפי חפצא, ומשו"ה סובר דהסודר צ"ל ראוי לפסיקא ממש, וא"א לעשות קנין סודר בסודר שאול. ואילו הריטב"א סובר דהסודר אינו צריך להיות ראוי לפסיקא ממש מכיון דקנין סודר אינו אלא מעשה קנין בעלמא. והגמרא לעיל רק הוכיחה מסודר דאף בשנים אוחזים בו, כל א' הו"ל תפוס עד מקום שידו מגעת וכאילו פסיק דמי, דהמקנה מוחזק ותפוס בחלק הסודר שהחזיק בידו, ונחשב למעשה קנין דתפיסת סודר. אך אין כוונת הגמרא דצריכים ראוי לפסיקא ממש כדי שיחול קנין סודר, אלא רק שתחול חלות תפיסה בסודר כאילו הוא פסיק, וחלות דין תפיסה חל אף בסודר שאול לשוויה מעשה קנין.

ועוד נראה לבאר דיש שני דינים בתפיסה: א) דין תפיסה בעלמא, ב) תפיסה דהויא חזקה המבררת דכל מה שתחת יד אדם שלו. והגמרא לעיל מיירי בדין תפיסה המבררת בשנים אוחזים בטלית, וקבעה שאף התפיסה בקנין סודר צ"ל תפיסה המבררת ולא תפיסה בעלמא. אולם אין הכרח שצריך שיהא הסודר ראוי לפסיקא ממש. ומשו"ה ס"ל להריטב"א דסודר שאול מועיל לקנין סודר מדנתפס בתפיסה המבררת.

נעשה כאומר הלויני עד שיבוא בני או עד שימצא מפתח.

א.

הראשונים נחלקו אם חל בזה היתר מדאורייתא או מדרבנן. מרש"י משמע דחל היתר מדאורייתא משום שכתב וז"ל אין כאן רבית דאגר נטר ליה שאפילו הלואה אם יש לו בביתו מותר לתת לו עודף דהוה ליה הלויני עד שיבא בני עכ"ל.[183] אולם בעלי התוס' (בד"ה נעשה) ס"ל דההיתר הוי היתר דרבנן וז"ל וא"ת נהי דשרי סאה בסאה בעד שיבא בני וכו' סאה בסאתים כי הכא שנותן לו טריסית יותר אסור והוי רבית גמור וי"ל דהכא אינו נותן לו אותו מטבע עצמו שלקח אלא מין אחר דדמי למקח וממכר וכו' משום דסאה בסאה רבית דרבנן ה"נ דרך מקח וממכר אפילו סאה בסאתים מותר באומר עד שיבא בני עכ"ל. ועיין בשיטמ"ק בשם הראב"ד וז"ל יש בבני הדור שאומר שמותר להלוות ברבית אם יש לו מעות בתוך ביתו וסומך דבריו על זה שאומר רב אשי.

[182] ומסתבר נמי דלר"פ לית ליה לשואל קנין הגוף בחפצא אלא רק קנין פירות בעלמא ומשו"ה דבר שאול אינו בר חליפי חפצא בחפצא ודו"ק. ועיין בענין שכירות ביומיה מכירה היא (לקמן דף נו:).

[183] וקשה מרש"י לעיל (מד:) ד"ה דנרי דביאר דעד שיבא בני הוי היתר דרבנן דהא כאן ס"ל דהוי היתר מדאורייתא.

וכמה הוא טועה שלא מצינו זה ההיתר כי אם לסאה בסאה וכו' אבל לא ראינו לעולם שהיתר ללות ברבית במקום שיש לו בתוך ביתו, והכא משום דדרך מקח וממכר היא עכ"ל. וצ"ע בביאור שיטת הראשונים דס"ל דכשיש לו מעות בביתו ולוה עד שיבא בני חל היתר רבית דאורייתא. ועוד צ"ב מהי כוונת התוס' במש"כ דהוי דרך מקח וממכר, דמ"ש מהלוואה בעלמא דחלה רבית דאורייתא.

ונראה בביאור שיטת רש"י (ושיטת בני הדור המובא בשיטמ"ק בשם הראב"ד) דס"ל דיש שני דיני הלוואה: א) הלוואה עם זמן פרעון, ב) הלוואה בלי זמן פרעון, אלא דחייב הלוה לפרוע את החוב מיד. והנה במלוה דעלמא חל זמן פרעון משא"כ בלוה עד שיבא בני ואמצא את המפתח דליכא זמן פרעון, דבאמת חייב לשלם מיד ומחכה רק לבנו להביא לו את המפתח לפתוח את ביתו להוציא את הפרעון ולשלם. ונראה דאיסור רבית חל רק באגר נטר - דהיינו כשהלוה התחייב לשלם את החוב לאחר זמן והרבית היא בעד המתנת זמן הפרעון, אמנם היכא דליכא המתנה עד זמן הפרעון כבציור דעד שיבא בני, לא חל איסור רבית. דהא דמחכה לביאת בנו אין זה מדין זמן ההלוואה אלא רק היכי תימצי בעלמא.[184]

ועוד נראה דבמלוה שאין בו זמן פרעון לא חל חלות שם הלוואה גמורה ולכן לא חל בו איסור רבית. ומשמע הכי מדכתיב (ויקרא כ"ה: ל"ה - ל"ו) "וכי ימוך אחיך ומטה ידו עמך והחזקת בו גר ותושב וחי עמך. אל תקח מאתו נשך ותרבית ויראת מאלוקיך וחי אחיך עמך", ובפשטות מבואר דכשאין לעני כסף בביתו חל מצוה להלוותו, והויא הלוואה לזמן ורק בכה"ג דהוי הלואה לזמן חל איסור רבית מה"ת. ולפי"ז יל"ע האם חל דין השמטת כספים בשביעית כשלוה עד שיבא בני, דלפימש"נ בכה"ג הריהו חייב לפרוע את החוב מיד, וליכא זמן המתנה לפרעון, ולפי מה שצדדנו דליכא בכה"ג חלות שם הלוואה גמורה וליכא בהלוואה כזו חלות איסור רבית מה"ת, יתכן נמי דאין שביעית משמטתו.[185]

והנה כתב הרמב"ם (פ"יג מהל' מלוה ה"ה) וז"ל המלוה את חבירו וקבע לו זמן לפרעו אע"פ שלא קנו מידו אינו יכול לתובעו עד סוף הזמן בין במלוה על פה בין במלוה בשטר וכו' וסתם מלוה ל' יום בין בשטר בין על פה בין על המשכון, ואם התנה שיתבע בכל זמן שירצה יש לו לתובעו ביומו שתנאי ממון הוא עכ"ל. וצ"ע למה הוצרך הרמב"ם לומר דיכול לקבוע זמן למלוה פחות מל' יום משום דיכול להתנות על מה שכתוב בתורה

[184] ובביאור שיטת תוס' והראב"ד יתכן דס"ל דבעד שיבא בני יש עכ"פ אגר נטר בהיכי תמצי עד שעת ביאת הבן, וע"ז נמי חל איסור רבית. א"נ דרבית חלה בלי אגר נטר אלא אף באגר עצם ההלוואה שהלווהו.

[185] אמנם מלשון הקרא "וזה דבר השמיטה שמוט כל בעל משה ידו אשר ישה ברעהו, לא יגש את רעהו" משמע קצת דכל חוב בכלל מצות שמוט ואף מלוה דעד שיבא בני, וי"ל"ע בזה.

בתנאי שבממון, דלכאורה הטעם שחלה ההלואה הוא משום שהלוה והמלוה יכולים להתחייב ולקבוע ביניהם איזה זמן שירצו שיהיה זמן הפרעון לשלם את החוב.[186]

ויעויין בגמ' מכות (דף ג:) "א"ל שמואל לרב מתנה לא תיתב אכרעיך עד דמפרשת לה להא שמעתא מנא הא מילתא דאמור רבנן המלוה את חבירו סתם אינו רשאי לתובעו פחות מל' יום אחד המלוה בשטר ואחד המלוה על פה. א"ל דכתיב קרבה שנת השבע שנת השמיטה, ממשמע שנאמר קרבה שנת השבע איני יודע שהיא שנת שמטה, אלא מה ת"ל שנת השמטה לומר לך יש שמטה אחרת שהיא כזו ואיזו זו המלוה את חבירו סתם שאינו רשאי לתובעו פחות מל' יום, דאמר מר ל' יום בשנה חשוב שנה". ומבואר דסתם מלוה ל' יום הוי דין דאורייתא, דממצות ההלוואה ליתן ללוה ל' יום לפרוע את החוב. ומשו"ה ס"ל להרמב"ם דכדי לשנות את זמן ההלוואה מל' יום לפחות מל' יום בעינן דין תנאי שבממון שתנאו קיים. ומבואר מכאן שדין זמן מלוה הוי דין בעצם חלות דין מלוה מה"ת. ולפי"ז י"ל כמש"נ לעיל, דכשלוה עד שיבא בני, שהתחייב לפרוע את החוב מיד, וליכא חלות זמן פרעון והמתנת זמן לפרעון, בכה"ג לא חל חלות שם הלוואה גמורה מדאורייתא, וחסר בה שם מלוה גמור, והוי חלות שם מלוה בעלמא, ומשו"ה ליכא בו איסור רבית. ויתכן נמי דלא חל בו מצות השמטת כספים, וצ"ע בזה.

ב.

אמנם עדיין צריך ביאור במש"כ התוס' דהלואה עד שיבא בני חשוב כמקח וממכר ולא כמלוה, ומשו"ה לא חל בו איסור רבית מדאורייתא. ונראה לבאר דהנה יש לדקדק במש"כ התוס' וז"ל דהכא אינו נותן לו אותו מטבע עצמו שלקח אלא מין אחר דדמי למקח וממכר וכו' עכ"ל, דר"ל דבכל הלוואה החיוב דחל על הלוה לכתחילה הוא לשלם מאותו מין המטבע שלוה, דרק בדלית ליה מאותו המין יכול לשלם בשוה כסף. דכך יסדו בדברי התוס' במס' ב"ק (דף ט. ד"ה רב הונא) וז"ל וב"ח אי אית ליה זוזי לא מצי לסלק אלא בזוזי כדמוכח בהכותב (כתובות דף פו.) גבי ההוא תולה מעותיו בנכרי הוה וכו' עכ"ל. ונראה דכ"ז הוי הדין דחל במלוה דעלמא, ואילו בסוגיין מיירי דנתחייב הלוה מלכתחילה לשלם עם שוה כסף ולא לשלם מאותו מין המטבע שלוה, ולפיכך לא הוי חלות שם הלוואה אלא חלות שם מקח וממכר, דהיינו דהמוכר מכר לו מטבע ממין אחד ונתחייב הלוקח לשלם בעד מקחו בשוה כסף ממין מטבע אחר שיש לו בביתו. ולכן הרבית אינו איסור רבית דאורייתא דחל רק במלוה אלא הוי איסור אבק רבית דבמקח וממכר דחל מדרבנן (ועיין רמב"ם פ"ח ממלוה הל"א).

[186] ועיין בחידושי מרן רי"ז הלוי על הרמב"ם (פ"כו מהל' מלוה ולוה ה"ב).

ועוד יתכן לבאר באופן אחר למה ליכא בסוגיין חלות שם מלוה ואיסור רבית דאורייתא. דהא איתא בגמ' "הרי שהיו חמריו ופועליו תובעין אותו בשוק ואומר לשולחני תן לי בדינר מעות ואפרנסם ואני אעלה לך יפה דינר וטרסית ממעות שיש לי בביתי", דהיינו דהשולחני נעשה ערב משום שפרע את חוב חבירו מדעתו, דהמשכיר דהפועלים התחייב לשלם לשולחני מדין ערבו ששילם, ומפני דשילם השולחני את חובו לפועלים. ובדין ערב כתב הרמב"ם (פכ"ו מהל' מלוה ולוה ה"ו) וז"ל ערב שקדם ונתן לבעל חוב את חובו הרי זה חוזר וגובה מן הלוה כל מה שפרע על ידו אע"פ שהיתה מלוה על פה או בלא עדים כלל. בד"א בשאמר לו הלוה בעת שנעשה לו ערב ערבני ושלם וכו' עכ"ל. והנה יש לחקור בדין ערב ששילם את חוב הלוה למלוה מדעת הלוה דחוזר הערב וגובה את כל מה ששילם מן הלוה, האם החוב הראשון פרוע וחל חוב חדש על הלוה לשלם להערב עבור מה ששילם למלוה, או"ד דהחוב הראשון בין המלוה ללוה עובר מעתה לחול בין הערב ללוה, דהיינו דהערב עומד מעכשיו במקום המלוה וגובה את החוב הראשון מהלוה במקום המלוה. ועיין במס' ב"ב (דף לב:) "ההוא ערבא דא"ל ללוה הב לי מאה זוזי דפרעתי למלוה עילוך והא שטרא, א"ל לאו פרעתיך, א"ל לאו הדרת שקלתינהו מינאי, שלחא רב אדא בר אבין לקמיה דאביי כה"ג מאי, שלח ליה אביי מאי תבעי ליה, הא איהו דאמר הילכתא כוותיה דרבה בארעא והלכתא כוותיה דר' יוסף בזוזי דהיכא דאוקמי זוזי לוקמו, וה"מ דא"ל הדרת אוזפתינהו מינאי אבל א"ל הדרתינהו נהילך מחמת דהוו שייפי וסומקי אכתי איתיה לשעבודא דשטרא". ועיי"ש ברשב"ם שפירש דבדא"ל הדרת אוזיפתינהו מינאי אין השטר מועיל משום דהו"ל כשטר שנמחל שעבודו, אבל כשטען דהוו שייפי וסומקי והחזיר לו את הזוזי, דטען הערב דלא שילם לו הלוה את החוב דחל מחמת תשלומי הערב, דהערב נאמן מחמת השטר שבידו שעדיין שעבודו קיים, דלערב יש טענת שטרך בידי מאי בעי. והנה אי נימא דכשהערב שלם את חוב הלוה, החוב הראשון פרוע וחל חוב חדש בין הלוה והערב אזי השטר מהמלוה הראשון הוי שטר שנמחל שעבודו, וא"כ היאך יכול הערב לטעון שטרך בידי מאי בעי שתופס השטר של המלוה הראשון, דהרי נמחל שעבוד השטר. ומוכח דהרשב"ם סובר דהערב קם במקום המלוה לתפוס את שטרו והוא גובה את החוב הראשון מן הלוה במקום המלוה, ומשו"ה כשהערב תופס בידו את השטר דההלוואה הראשונה יכול לטעון שטרך בידי מאי בעי.

אולם עיין בשיטה מקובצת שם שכתב בשם הרשב"א וז"ל והא שטרא, כלומר הא שטרא שנתחייבת לו למלוה ושאני ערב בו, וכשכתב לו המלוה התקבלתי ונתן לו זכותו, הא

לאו הכי אע"פ ששטר החוב יצא מתחת ידי הערב אינו גובה בו וכמלוה על פה דמי, שהלוה לא נשתעבד בשטר זה לערב אלא למלוה, וכיון שפרע ערב למלוה כבר נמחל שעבודו של שטר, וכ"כ מורי הרב ז"ל, עכ"ל. ומבואר מדברי הרשב"א דערב דעלמא המשלם חוב עבור הלוה אינו גובה מן הלוה במקום המלוה, ולא נעשה בעל השטר כי השטר דהחוב הראשון בטל, ושאני התם דמיירי דהמלוה הקנה לערב את החוב עם שטרו. אך בעלמא אחרי ששילם הערב אזי החוב הראשון פרוע הוא ושטרו בטל. והא דחייב לוה דעלמא לשלם לערב בשביל מה שפרע למלוה הוא משום דחל חוב חדש בין הלוה להערב, אמנם החוב הראשון פרוע הוא ונמחל שעבודו ושטרו.

ומבואר דנחלקו הראשונים בגדר דין ערב ששילם, דלפי הרשב"ם ערב ששילם קם במקום המלוה, ונעשה לבעל השטר של המלוה הראשון. ואילו הרשב"א ס"ל דהחוב הראשון פרוע הוא ושטרו בטל, וחל חוב חדש על הלוה לשלם לערב, והוי מלוה על פה משום דחל חוב בעלמא בין הלוה לבין הערב בלי שטר. ולכאורה יש נמי נ"מ בנוגע לחלות השעבוד שבין הלוה לערב, דאי נימא דהערב קם במקום המלוה וגובה את החוב הראשון אזי השעבוד הראשון עדיין קיים והערב גובה למפרע מזמן ההתחייבות של ההלוואה הראשונה. משא"כ אי נימא דהחוב הראשון פרוע, וחל חוב חדש בין הלוה להערב בשעה שפרע הערב את החוב הראשון עבור הלוה, גם השעבוד הראשון בטל, והערב גובה רק מהנכסים המשועבדים שנשתעבדו לו משעת הפרעון ולא מהנכסים המשועבדים מזמן ההלוואה הראשונה. ועוד יתכן דיש נ"מ לגבי חיוב שכר שכיר דאין שמיטה משמטתו, וי"ל מהו הדין היכא שקם ערב ושילם את החוב לשכיר מדעת המשכיר, האם שמיטה עכשיו משמטת את החוב דהערב, די"ל שאם הערב קם במקום המלוה - דהיינו במקום השכיר הראשון, אף החוב של המשכיר לשלם לערב אינו משמט משום דהערב גובה מהמשכיר את החוב הראשון דהוי שכר שכיר - דאין שביעית משמטתו. אולם אם נאמר דחל דין מלוה חדש בין המשכיר לבין הערב שמיטה משמטתו, דאין החוב החדש חלות חיוב שכר שכיר, אלא מהווה חלות שם חוב חדש בין המשכיר והערב אזי י"ל דשביעית משמטתו.

ולפי"ז יתכן לומר דבזה פליגי הראשונים בסוגיין לענין דין רבית. דלרש"י (ושיטת בני דורו של הראב"ד) כשהשולחני שילם לפועלים את החוב הראשון אזי החוב הראשון נמחל ובטל, וחל חיוב חדש בין השולחני ובין המשכיר של הפועלים, וא"כ הרבית נתחייבה בשעת חלות הלוואה חדשה, ובדין היה צ"ל רבית מדאורייתא, אלא "שעד שיבא בני" מתיר אפילו איסור רבית דאורייתא, כדנתבאר לעיל. ואילו הראב"ד סובר

דלא חל חיוב מלוה חדש, אלא דהערב קם במקום המלוה, דהיינו דהשולחני קם במקום הפועלים לגבות את החוב הראשון שהמשכיר היה צריך לשלם, ולכן אין כאן שעת חלות התחייבות של הלוואה חדשה וליכא משו"ה קציצת רבית בשעת ההלוואה, שהרי לפי"ז התחייבות הרבית חלה לאחר שעת ההלוואה דהיינו שעת שכירת הפועלים, ומשו"ה לא חל איסור רבית מדאורייתא ואינו אלא איסור רבית מדרבנן.[187]

אך יש לדחות דאין הנדון דומה לראייה, דיש לחלק בין המחלוקת בין הרשב"א והרשב"ם בדין ערב ששילם לבין הדין דשולחני ששילם לפועלים, דשאני ערב שהיה ערב משעת מתן מעות ונשתעבד מתחילת ההלוואה לשלם את החוב עבור הלוה, ומשו"ה י"ל דכששילם הערב למלוה קם תחתיו, ונעשה הערב לבעל השטר דהחוב הראשון, וגובה את החוב הראשון מהלוה. משא"כ בשולחני שלא נעשה ערב בשעת השכרת הפועלים בשעת מתן מעות הראשון, אלא שאח"כ הסכים לשלם עבור המשכיר, דבכה"ג לא קם השולחני תחת הפועלים לגבות מהמשכיר את החוב שלהם, אלא דע"י ששילם השולחני לפועלים אזי החוב הראשון שבין המשכיר והפועלים פרוע, וחל חוב חדש בין השולחני לבין המשכיר משעה ששילם לפועלים. ועוד אפשר לחלק בין ערב ששילם לבין שולחני ששילם, דהדין שהערב קם תחת המלוה חל רק היכא דחל חלות שם ערב דהיינו דהתחייב בחיוב ערבות על החוב לשלמו תחת הלוה, משא"כ שולחני שלא נעשה ערב כלל, דרק שילם את חוב המשכיר כשהגיע זמן הפרעון אך לא התחייב בחיוב ערבות לשלם את החוב, ומשו"ה לא קם השולחני במקום הפועלים, וחל חוב חדש בינו לבין המשכיר.

ועוד נראה דיתכן לחלק בין דין השטר לבין דין איסור הרבית, די"ל דאה"נ דהערב קם במקום המלוה לענין תפיסת השטר של המלוה הראשון, ומ"מ שעת הפרעון כשמשלם הערב את החוב נחשב לשעת קציצת רבית מדאורייתא. והביאור הוא דמכיון דבשעת הפרעון חל שינוי בבעלות החוב מהמלוה להערב הריהי שעת קציצת רבית מדאורייתא, דמכיון דבאותה שעה נתחדשו תנאים חדשים במלוה, דהיינו חלות בעלים חדשים, חל באותה שעה איסור רבית מדאורייתא.

ועיין ברמב"ם (פ"ו מהל' מלוה ולוה ה"ג) שכתב וז"ל הורו רבותי שהמלוה את חבירו ולאחר זמן תבע חובו ואמר לו הלוה דור בחצרי עד שאחזיר לך חובך הרי זה אבק רבית, לפי שלא קצץ בשעת הלוואה שנאמר לא תתן לו בנשך עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד

[187] ומש"כ הראב"ד דהוי דרך מקח וממכר ר"ל דהחוב הראשון של הפועלים קנוי לשולחני בדרך מקח וממכר דכאילו הקנו ומכרו לו את חובם.

שם וז"ל חיי ראשי לא יפה הורו שאם הגיע זמן הפרעון וארווח ליה זמניה משום ההוא דירה כשעת מתן מעות דמיא וקידושין יוכיחו עכ"ל. ומבואר דנחלקו הרמב"ם והראב"ד בדין הרווחת זמן אי הוי איסור רבית מדאורייתא, דאליבא דהראב"ד הרווחת זמן נחשבת כשעת ההלוואה הראשונה האסורה ברבית דאורייתא משא"כ לרמב"ם. ובביאור מחלקותם נראה דהרמב"ם סובר דאיסור רבית דאורייתא חל רק בשעת עיקר ההלוואה דהיינו בשעת מתן מעות דמעיקרא. משא"כ הראב"ד ס"ל דאף שעת שינוי תנאי ההלוואה, וכגון הרווחת זמן הפרעון נחשב לשעת איסור קציצת רבית מדאורייתא, דאע"פ דעיקר החוב לא נתחדש דלא חל באותה שעה מ"מ מכיון שדיניו ותנאיו נשתנו חשיב שפיר כשעת ההלוואה לענין איסור רבית. וכן מבואר נמי מדברי הראב"ד (בפ"ה מהל' אישות הל' ט"ו) דהרווחת זמן חוב לאשה נחשבת כשעת מתן מעות לקדש אשה. ולפי"ז יוצא דיתכן דהערב נחשב לבעל השטר הראשון, ומ"מ כשהלוה התחייב לשלם לו רבית חל איסור רבית מדאורייתא.[188]

דף מו:

גמ'. כל הנישום דמים באחר כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפין.

עיין בפר"ח שפירש דקנין סודר צריכא שומא כדי שיחול. (וע"ע בשיטמ"ק, ובבעה"מ ובמלחמות ה'). והנה כתב הרשב"א וז"ל ר"ח פירש כל המטלטלין ששמו אותם כשנותנים דמים באחר כיון שזכה וכו' משום דכיון ששמו אותם סמכא דעתיה, אבל אם לא שמאום בדמים לא סמכא דעתייהו ולא קנה, ופסק הלכה כן. ואיכא למידק דא"כ היינו חליפין ומקפיד עליה. וי"ל דחליפין ומקפיד עליהם היינו ששמו שזה שוה כזה, אבל כאן לא שיהא מקפיד בהשואת שניהם אלא בשומתו כמה שוה כדי שידע כמה שוה וכמה מוזיל ובכמה מחליף וכו' עכ"ל. וכתב נמי הרמב"ן וז"ל ותמהני על פר"ח דהא אסיקנא בענין קדושי אשה דשיראי לא צריכי שומא ואע"ג דאשה לא בקיאה בשומא. ואיכא למימר דשאני אשה דניחא לה בכל דהו, וכיון ששוין פרוטה מקודשת דהא גמרא ומקניא נפשה בגוף השיראין, אבל בחליפין דרכן של בני אדם להקפיד, הלכך יכול לטעון ולומר סבור הייתי ששוה יותר וכ"ז שלא שמאום לא סמכא דעתייהו. אבל עדיין לא נתברר לי דין זה ולא ידעתי מנין לו וכו' עכ"ל. ושיטת הר"ח צ"ב.

[188] אך נראה דעדיין ניתן לחלק דדוקא הרווחת זמן מהווה אגר נטר וחל איסור רבית דאורייתא, משא"כ בהשתנה חלות שם המלוה כבציור דשולחני, דליכא הרווחת זמן ואגר נטר, לא חל איסור רבית דאורייתא.

ונראה לבאר עפ"י מש"נ לעיל (דף מה: בענין קנין סודר) בשם מרן הגר"ח זצ"ל דקנין חליפין אינו חל מדין מעשה קנין אלא מדין הקנאה מדעת. דהקנין חל מחמת גמירת דעת של המקנה והקונה. ונראה דמשו"ה ס"ל להר"ח דסודר צריכא שומא כדי לגמור את דעת המקנה והקונה לדעת אלימתא ושלימה דחליפין. משא"כ בקידושין דחל ע"י מעשה קנין, ומשו"ה שיראי קונה בקידושין בלי שומא.

והנה הגמרא (קידושין דף ג.) מבארת פסול חליפין לקידושין "חליפין איתנהו בפחות משו"פ, ואשה בפחות משו"פ לא מקניא נפשה", ולכאורה קשה על הרמב"ן דקבע לפי הר"ח דאשה ניחא לה בכל דהו. אך לפי"ד הגר"ח זצ"ל י"ל שהגמ' לא קשה, דר"ל דקנין חליפין חל בגמירת דעת בלבד, ומשו"ה פסול לקידושין דקידושין חלין רק ע"י מעשה קנין ולא חלין ע"י גמירת דעת בלבד בלי מעשה קנין.[189]

תוס' ד"ה ופירי. ומבואר דרש"י ותוס' נחלקו האם שור חי הוי כלי או פירי לגבי חליפין. ופליגי בהגדרת דין כלי בקנין חליפין, דרש"י סובר דגדר דין כלי לענין חליפין שוה לדין כלי בכהת"כ, וכדמצינן לענין דין כלי בטומאה וטהרה, דבעינן צורת כלי ותשמיש כלי. משא"כ לתוס' דס"ל דגדר דין כלי לענין חליפין היינו דהבעלים משתמשין בו ולא בעינן צורת כלי, ולכן אף בהמה נחשבת לכלי בחליפין משום דמשתמשין בה. והנה שיטת הרשב"א דכלי פחות משוה פרוטה קונה בקנין חליפין משום דמחמת תשמיש הכלי הריהו שוה פרוטה, אע"פ שאין הכלי שוה פרוטה בשער שבשוק. ולכאורה הרשב"א ס"ל כשיטת תוס' דעיקר הגדרת כלי לענין חליפין תלוי בתשמיש הכלי, ולכן ס"ל דאע"פ שאין הכלי שו"פ בשוק מ"מ מכיון דמחמת תשמישיו שו"פ הוי כלי לענין חליפין. ויתכן דהרשב"א סובר דאף אם ליכא צורת כלי כמו שור, מ"מ הו"ל כלי לענין חליפין וכשיטת התוס'. ברם י"ל דאע"פ דלרשב"א השתמשות הכלי משוותו לשו"פ, מ"מ בעינן צורת כלי, דבלי צורת כלי אינו כלי כלל ופסול לחליפין.

בענין יש דמים שהן כחליפין

א.

קנין במחילת חוב

[189] ודו"ק בלישנא דגמ' ועיי"ש בפרש"י שפי' את הגמרא בפשטות שלא כמו שביאר הגר"ח זצ"ל, אלא שהאשה מקפידה ולא מסכימה להתקדש בחליפין. ולרמב"ן קשה, שאם אשה ניחא לה בשיראי בכל דהו למה מקפידה ולא מתקדשת בחליפין. ועיי"ש ברש"י (דף ג: ד"ה לא) דכתב וז"ל דגנאי הוא לה עכ"ל, ולרמב"ן י"ל דאשה ניחא לה בכסף קידושין בלי שומא, אך כשיש לה גנאי מקפידה ולא מסכימה להתקדש, וחליפין הוי גנאי, שלא כשיראי בלי שומא דאינו גנאי.

עיין ברש"י (ד"ה כיצד), בתוס' (ד"ה יש) ובחידושי הרמב"ן לסוגיין. וברמב"ן מובאים ב' פירושים בסוגיא. הפירוש הראשון הוא שקונה הלוקח במחילת מלוה שחלה מחמת מכירה הראשונה, והוי מילתא דלא שכיחא ומשו"ה חל בו דין מעות קונות. ודנו בתוס' וברמב"ן דהא בקידושין (דף מז.) איתא דלמ"ד מלוה להוצאה ניתנה, המקדש במלוה אינה מקודשת. ובגמ' שם איתא "ושוים במכר שזה קנה, אי אמרת מלוה להוצאה ניתנה במאי קני", ומבואר דמחילת מלוה אינה קונה במכר, וקשה דמסוגיין משמע דקני. ובפירוש הראשון תירצו דהתם מיירי במחילת מלוה דעלמא דהוי שכיחא וגזרו בו רבנן דלא קנה, ואילו חוב מחמת מכירה הוי מילתא דלא שכיחא ולא גזרו עליו ומשו"ה מחילת חוב זו שפיר קונה. אולם תוס' והרמב"ן דחו שיטה זו, ופירשו בתוס' דקנה כאן בהנאת מחילת מלוה, וכדאיתא בקידושין (דף ו:) "המקדש במלוה אינה מקודשת, בהנאת מלוה מקודשת, ואסור לעשות כן מפני הערמת רבית".

אמנם הרמב"ם פסק כפירוש הראשון וס"ל דיש לחלק בין מחילת חוב בעלמא לבין מחילת חוב מחמת מכירה, שכתב (בפ"ה מהל' מכירה ה"ד) וז"ל וכן ראובן שמכר מטלטלין לשמעון בנ' זוז וקנה שמעון המטלטלין ונתחייב בדמים, ואחר שנתחייב שמעון בנ' זוז אלו היה לו יין או בהמה או עבד וכיוצא בהן משאר המטלטלין והיה רוצה למכרן, וא"ל ראובן מכור אותו לי בנ' זוז שיש לי בידך דמי המכר, וא"ל הן, קנה ראובן המטלטלין בכל מקום שהן ואע"פ שלא משך ולא הגביה שגם זה דבר שאינו מצוי הוא ולא הוצרכו בו משיכה. אבל אם היה חוב לו עליו שלא מחמת המכר וא"ל מכור לי מטלטלין בחוב שיש לי אצלך ורצו שניהם לא קנה עד שיגבה או ימשוך הדבר עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק כגמרא דידן, ודלא כהגמ' בקידושין דמשמע דמחילת חוב לא קניא בכל ענין מדאורייתא, אלא כדמשמע בסוגיין דמחילת חוב אינה קונה מתקנת רבנן בעלמא, ובמילתא דלא שכיחא אכן קניא. ומשו"ה מחילת חוב מחמת מכר קונה במטלטלין, מדהויא מילתא דלא שכיחא ולא גזרו בה רבנן. וכמו"כ פסק (בפ"ז מהל' מכירה הל"ד) וז"ל מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר הרי זה כמי שנתן דמים עתה וכל החוזר בו מקבל מי שפרע עכ"ל. והרמב"ם לשיטתו דמחילת חוב קונה מדאורייתא. ואילו הראב"ד השיג דאין מחילת חוב קונה כלל ואפילו לגבי מי שפרע, עיין בהשגותיו (בפ"ה ובפ"ז).

ב.

ביאור מחלוקת הראשונים בדין מחילת חוב האם מועיל לענין קנין כסף מדאורייתא

והנה נחלקו הראשונים הנ"ל האם מחילת חוב קונה מדין קנין מעות מה"ת או לא. ובביאור מחלוקתם נראה להקדים את המחלוקת הידועה בין הסמ"ע והט"ז (חו"מ ס' ק"צ: א) דהסמ"ע סובר דכסף קונה במכירה מדין פרעון, כלומר דהפרוטה הקונה הויא פרוטה מפרעון המכר. ואילו להט"ז כסף קנין אינו חלק מפרעון המכר. ופליגי האם קנין כסף חל מדין פרעון או מדין מעשה קנין. ולפי"ז נראה לבאר את מחלוקת הראשונים בדין מחילת חוב, דאי קנין כסף חל מדין פרעון אף מחילת חוב קונה מדהויא פרעון, ונראה דזוהי שיטת הרמב"ם. ומאידך הראשונים החולקים עליו סברי דכסף קנין אינו חל מדין פרעון אלא דחל מדין מעשה קנין המתהווה בנתינת חפצא דכסף מיד הקונה ליד המקנה, ומחילת חוב אינה קונה משום דליכא בה מעשה של נתינת חפצא דכסף, דמחילת חוב אינה אלא סילוק שעבודי החוב, וחסר מעשה קנין כסף בפועל. ובקידושין לכ"ע כסף קונה דוקא בתורת מעשה קנין קידושין ולא בתורת פרעון - כי אשה אינה בת דמים ולכן פרעון אינו שייך בקידושיה, ומשו"ה מחילת חוב פסולה לקידושין אף לשיטת הרמב"ם.

ונראה שיש עוד נ"מ בין הסמ"ע ובין הט"ז כשנתן כסף קנין במתנה ע"מ להחזיר - דליכא בזה חלות פרעון אך יש בזה מעשה קנין דנתינת כסף. והנה פשטות מסקנת הגמ' בקידושין (דף ו:) דמתנה ע"מ להחזיר קונה במכר. אמנם הרמב"ם השמיט דין זה, ויתכן דאזיל לשיטתו דס"ל דכסף קנין אינו חלות מעשה קנין אלא חלות פרעון וליכא פרעון במתנה ע"מ להחזיר, ומשו"ה ס"ל דאינו קונה.

ונראה דאליבא דהרמב"ם הכי מדוייק בלישנא דגמרא, דלגבי קידושין איתא (קידושין ב א) "האשה כו' נקנית בכסף", ואילו בקנין מטלטלין איתא "מעות קונות", וצ"ב מ"ש לישנא ד"כסף" מלישנא ד"מעות" ומאי טעמא הגמ' דנקט לשון "נקנית בכסף" ולשון "מעות קונות". ונראה ד"מעות" הוי לישנא דשוויות ופרעון ואילו "כסף" הוי לישנא דחפצא דכסף. והגמ' ר"ל דבמטלטלין מעות קונות מדין פרעון ואילו בקידושין כסף קונה מדין מעשה קנין.

ועיין לקמן (דף מח:) בסוגית ערבון דפליגי בה רב ור' יוחנן דלרב ערבון קונה כנגדו ולר' יוחנן קונה כנגד כולו. ויתכן דפליגי בגדר הקנין דקנין מעות, די"ל דרב ס"ל דמעות קונות מדין פרעון, ובערבון מאחר ששלם רק מקצת הדמים משו"ה קונה רק מקצת החפץ שפרע כנגדו. ואילו לר' יוחנן הקנין חל מדין מעשה קנין ולכן קונה כנגד כולו.

ועיי"ש בהמשך הסוגיא דהגמרא קבע אליבא דרב דאמר את דינו רק במטלטלין לענין מי שפרע, ואילו בקרקע מודה דקונה כנגד כולו. וי"ל דהגמרא חילקה בין קנין מעות

במטלטלין דקונה מדין פרעון ומשו"ה ערבון קונה רק כנגדו בלבד, לבין קנין כסף בקרקע דקונה מדין מעשה קנין, ומשו"ה קונה את כולו ואף בערבון.
ונראה דמדויק הכי בלישנא דגמרא דלגבי מטלטלין איתא "מעות קונות" - ו"מעות" היינו לישנא דשוויות ופרעון. ואילו בקרקע הלישנא הוי "כסף קונה" כדאיתא במס' קידושין (דף כו.) "נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף", והוא לישנא דחפצא דכסף - ומשמע דעושים מעשה קנין בנתינת החפצא דכסף, ואינו לשון פרעון.
ולפי"ז בדין היה דמחילת חוב תקנה במטלטלין מדין פרעון, אך מחילת חוב לא תקנה קרקע משום דקרקע בעי מעשה קנין דכסף. אמנם עיין ברמב"ם (פ"ז מהל' מכירה הל"ד) שכתב וז"ל מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר, הרי זה כמי שנתן הדמים עתה וכל החוזר בו מקבל מי שפרע. לפיכך אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו ואע"פ שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר עכ"ל, והראב"ד השיג דאינו קונה כלל דמלוה להוצאה ניתנה. ונראה לומר דהרמב"ם אזיל לשיטתו דס"ל דקנין מעות חל מדין פרעון, ומחילת חוב מהווה חלות פרעון ומשו"ה קונה. אך צ"ע דהניחא במטלטלין, אך צ"ע למה לרמב"ם מחילת חוב קונה בקרקע, דהא בקרקע כסף קונה מדין מעשה קנין ולא מדין פרעון.
ועוד יש להעיר דלכאורה צ"ע למה המתין הרמב"ם מלפסוק את ההלכה דמחילת חוב קונה בקרקע עד פ"ז מהל' מכירה אחרי שהביא את ההלכה דמחילת חוב קונה בנוגע למטלטלין, ולא הביא את הדין דמחילת חוב קונה קרקע בפ"א מהל' מכירה יחד עם כל ההלכות דקנין קרקע בכסף. ונראה לבאר דהרמב"ם דייק בסדר הלכותיו כי בפ"א כתב את ההלכות דקנין כסף בקרקע, דהיינו שהקנין חל מדין מעשה קנין דכסף, ומחילת חוב אינה קונה מדין מעשה קנין דכסף משום דחסר בה מעשה דנתינת חפצא דכסף. אך בפ"ז אחרי שפסק את ההלכה דמחילת חוב קונה במטלטלין בלי מעשה קנין אלא דחל הקנין מדין פרעון, אזי פסק דמחילת חוב נמי קונה בקרקע מדין פרעון. ולפי"ז מבואר דיש בקרקע שני דיני קנין - א) דין אחד דכסף קונה בקרקע מדין מעשה קנין דמשו"ה ערבון קונה בקרקע כנגד כולה, וב) דין שני דפרעון דקונה בקרקע כמו דקונה במטלטלין מדין פרעון, ומשו"ה מחילת חוב קונה בקרקע מדין פרעון, ואע"פ דליכא חלות מעשה קנין במחילת חוב.

ג.

שיטת הראב"ד במחילת חוב

כתב הרמב"ם (פ"ז מהל' מכירה ה"ד) וז"ל מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר, הרי זה כמי שנתן הדמים עתה. וכל החוזר בו מקבל מי שפרע. לפיכך אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו ואע"פ שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק דמחילת חוב קונה במטלטלין לענין מי שפרע ובקרקע בחלות קנין גמור. והשיג עליו הראב"ד שם וז"ל לא ידעתי זה למה, שהרי הושוו הגאונים כלם מלוה להוצאה ניתנה ואינה כנתינת מעות כלל, והכי אמרינן בקידושין, ושוים במכר שזה קונה ואי מלוה להוצאה ניתנה במכר במאי קנה וכו' עכ"ל. ומבואר דהראב"ד סובר דמחילת חוב אינה קונה לא במטלטלין ולא בקרקע. ולכאורה יסוד שיטת הראב"ד דמחילת חוב אינה קונה הוא משום דס"ל דקנין כסף אינו חל מדין פרעון אלא מדין מעשה קנין ובנתינת חפצא דכסף, ומשו"ה ס"ל דמחילת חוב אינה קונה, דאינה אלא סילוק שעבודי החוב ואין בה מעשה נתינת חפצא דכסף.

אמנם יעויין בראב"ד (פ"ה מהל' מכירה ה"ד) שהשיג על שיטת הרמב"ם דמחילת חוב מחמת מכר קונה במטלטלין בקנין גמור ומחילת חוב דעלמא קונה במטלטלין לענין מי שפרע וז"ל דבר זה אין לו שורש לענין קניה אלא לגבי מי שפרע וכו' עכ"ל. ויוצא דשיטת הראב"ד היא דמחילת חוב מחמת מכר קונה במטלטלין לענין מי שפרע ואילו מחילת חוב דעלמא אינה קונה כלל, וכמש"כ בסוף ההלכה דאינה קונה "ואפילו למי שפרע". וצ"ע בשיטת הראב"ד דמשמע דסובר שיש נ"מ מדאורייתא בין מחילת חוב מחמת מכר לבין מחילת חוב דעלמא, דמחילת חוב מחמת מכר קונה במטלטלין מדאורייתא אלא דרבנן תקנו דלא קני מגזירת נשרפו חטיך בעלייה, וקונה איפוא לענין מי שפרע. ואילו מחילת חוב דעלמא אינה קונה במטלטלין כלל ואף לא לענין מי שפרע, ושיטתו צ"ע, דמ"ש מחילת חוב מחמת מכר דקונה מה"ת לבין מחילת חוב דעלמא דלא קונה כלל.

ונראה דהראב"ד סובר דכשאדם מוכר חפץ בדמים אין הקנין של הלוקח נגמר עד שעת תשלומי דמי המכר. דיעויין בנתיבות המשפט (חו"מ ס' ק"צ ס"ק ז') שכתב וז"ל אם הלוקח עדיין אין לו מעות ורוצה ליתן מעות כשיזדמן לו, יכול המוכר לבטל המקח לגמרי, כי לא מכר לו רק אדעתא ליתן דמים, וכ"כ השיטמ"ק בהדיא ריש פרק האומנין (לקמן דף עז:) בד"ה וז"ל הרי"ף בתשובה ואמנם אם שום א' מהם אינו רוצה לחזור בו, והמוכר קבל מקצת מעות והוא דוחק לקבל השאר, והקונה אומר אני רוצה שימתין לי בשאר המעות עד שיזדמן לי, לא נגמר המקח לקונה לא בכולה ולא במקצתה וכו' ועוד נראה דבזה לא בעינן שיהיה עייל ונפיק אזוזי ביומו רק כיון שתבע מעות והלוקח

טוען שאין לו, יכול המוכר לבטל המקח וכו' עכ"ל. והנה יל"ע בדין הרי"ף דאם הלוקח אינו משלם דמי המכירה שהמוכר יכול לבטל את המקח, האם המקח בטל מדין מקח טעות בעלמא, דהיינו דבשעת המקח חל הקנין אולם מדלא שילם הלוקח חלה טעות המבטל את הקנין למפרע, או"ד דכ"ז שלא שילם הקנין שעשה מעיקרא מיתלא תלי וקאי, דבתשלומי הדמים לבסוף נגמר מעשה הקנין, דהדמים גומרים את הקנין. ומלשון הרי"ף "לא נגמר המקח", משמע דס"ל שעצם הקנין דמעיקרא תלוי בתשלומי הדמים לבסוף, דהתשלומין הן גמר המכירה וקנין המקח עצמו נגמר בתשלומי הדמים. וזהו חידוש גדול, דבפשטות י"ל כהצד הראשון שבחקירתנו. אך הגר"ח זצ"ל נקט כהצד השני שבחקירה הנ"ל, דתשלומי הדמים גומרים את עצם הקנין דמעיקרא.

ולפי"ז נראה דבזה מבואר שיטת הראב"ד דס"ל דהקנין של הלוקח אינו נגמר עד שישלם את דמי המכירה, דהתשלומין גומרין את הקנין שעשה בשעת המכירה. והראב"ד סובר דבמחילת החוב ללוקח שהתחייב לשלמו מחמת מכר, לא רק שנסתלקו שעבודי דמי החוב מהלוקח אלא דבשעת המחילה נגמר עצם קנינו בחפצא דמכירה, דהקנין הראשון שעשה לא נגמר כל זמן שלא שילם דמי המכירה, ובמחילת החוב נגמר עצם הקנין. ולפיכך סובר הראב"ד שבמחילת חוב מחמת מכר קיבל הלוקח חפצא דכסף, דהיינו את החפצא דהמקח, דמעכשיו נקנה לו בקנין גמור, ומשו"ה ס"ל להראב"ד דמחילת חוב כזה מועלת לקנין כסף, דמהווה מעשה נתינת חפצא של כסף, ואינה רק מחילת שעבוד חוב בעלמא, וקונה מדין קנין כסף מדאורייתא.[190]

ועפ"י משנ"ת הקפיד הגר"ח זצ"ל שלא לקנות את הד' המינים שלו בהקפה אלא היה משלם דמי קניית ד' המינים לפני החג, דאע"פ שהמוכרים היו מאפשרים לו לשלם אחרי חג הסוכות מ"מ הגר"ח זצ"ל היה מקפיד לשלם בשעת קנינו לפני החג, משום דחשש לשיטת הרי"ף והראב"ד דס"ל דקנין המכירה אינו חל בשלימות אלא עד לאחר שמשלם הלוקח את דמי המכירה, וחשש דבלי גמר חלות המכירה חסר בדין "לכם" המעכב במצות ד' מינים.[191]

[190] וכן פסק הר"י מג"ש (בשו"ת סימן קי"ג) דחל הקנין מדאורייתא, עיי"ש.

[191] ורבינו זצ"ל הוסיף עוד ענין בדין מעות דמכירה דממה שהקפיד אברהם אבינו לשלם כסף בקנין מערת המכפלה ולא רצה לקבלה בתורת מתנה מעפרון החתי (בראשית כ"ג: י"א - ט"ז) משמע דקנין מתנה אינו באותו תוקף כקנין מכירה, דחל הקנין ביתר עוז ותוקף כשמשלם דמי המקח. ואברהם אבינו רצה לקנות את מערת המכפלה בקנין גמור דחל דוקא במכירה עם תשלומי דמים. וכן מצינו שדוד המלך הקפיד לשלם עבור מקום המקדש ולא הסכים לקבלו במתנה מארנן היבוסי (עיין בדברי הימים א' פ"כא: כ"ב - כ"ה), שדוד נמי רצה שיהא הקנין קנין גמור דמכירה דחל בתשלומין ולא קנין גרוע דמתנה בעלמא. ויעויין בב"ר (פ"עט: ז) וז"ל ויקן את חלקת השדה אשר נטה שם אהלו וגו' במאה קשיטה, אמר ר' יודן בר סימון זה אחד מג' מקומות שאין אוה"ע יכולין להונות את ישראל לומר גזולין הן בידכם, ואלו הן מערת המכפלה וביהמ"ק וקבורתו של יוסף, מערת המכפלה

ובכך נמי מבואר את המנהג במכירת חמץ לזקוף זקיפת מלוה תחת החוב דהמכירה, דנמצא שהגוי שקנה את החמץ אינו מחוייב לשלם את דמי המכירה משום דשילמם בזקיפת המלוה דחייב לשלם חוב אחר ולא את דמי המכירה. והביאור בזה הוא דאילו היה הגוי מחוייב לשלם את עצם דמי המכירה אזי י"ל דאליבא דשיטת הרי"ף והראב"ד מכירת החמץ אינה נגמרה מכיון דלא שילם הגוי את דמי המכירה, ויש חשש דבל יראה ובל ימצא, ומשו"ה גוי משלם את החוב של מכירת החמץ בזקיפת מלוה, להחיל חוב אחר, דדמי המכירה כבר שולמו בזקיפת המלוה, וליכא חסרון בקנין החמץ של הגוי. אך לפי זה צ"ע בראב"ד דדינו נאמר בקנין מטלטלין, דבמחילת חוב מחמת מכר קנה

דכתיב "וישמע אברהם אל עפרון וישקל אברהם לעפרון". ביהמ"ק דכתיב "ויתן דוד לארנן במקום וגו'" וקבורתו של יוסף דכתיב "ויקן את חלקת השדה", יעקב קנה שכם עכ"ל. ומבואר דבתשלומי דמי מכר נתחזק קנין הלוקח לבטל מעליו תרעומת המוכר. וסמך לכך יש להביא מדין תליוהו וזבין וביניה זביני (ב"ב דף מח.) דאיתא בגמ' שם "דסברא הוא אגב אונסיה גמר ומקנה", ואילו במתנה אי אנסיה לא קונה. וברש"י שם (ד"ה אלא) פירש וז"ל הואיל ואיכא תרתי, יסורין ומתן מעות דלא מפסיד מידי עכ"ל. ומשמע מזה דהדעת להקנות במקום תשלומין אלימתא מהדעת להקנות במתנה, שהרי הקנאת מתנה באונס אינה חלה ואילו מכירה באונס במקום שיש תשלומי דמים חלה. ובזוהר (פ' חיי שרה) איתא "תא חזי אי עפרון הוי חמי במערתא מה דהוי חמי אברהם בה לא יזבין לה לעלמין". ונמצא דאחרי שהתגלה שאדם וחוה היו קבורין בה ושאר המעלות של מערת המכפלה לענין תפילה וכו' היה עפרון יכול לבא ולטעון טענת טעות כדי לבטל את נתינתו, אך מכיון שמכרה וקיבל את דמי המכירה בכסף מלא תו לא היה לעפרון טענת טעות, דבקבלת הכסף בטלו כל התערומות. וה"ה בקניית מקום המקדש שקנה אותו דוד בכסף מלא מארנן, דמאחר ששילם דוד בטלו כל תערומותיו. ודומה לדין תלויה וזבין, דמאחר שקיבל דמים גמר בדעתו למכור וחלה דעת גמורה להקנות וחל הקנין אפילו באונס. וה"ה באופן שהמקנה לא הבין את ערך וחשיבות המקום שמכר. והנה טענות אוה"ע דג' מקומות אלו הן גזולין בידי ישראל לכאורה יסודו בדין מכר חטין ונמצאו שעורין דבטל המקח. אך נראה דטענה זו בדותא היא שהרי מעלות המקומות אינן משוות את המכירה לחיטין ושעורין אלא ליפות ורעות דקיי"ל דהמקח קיים, אלא שיש טענת אונאה שהמתאנה יכול לחזור בו (רמב"ם פי"ז מהל' מכירה ה"א). ברם טענת אונאה ברעות ויפות חלה רק ביפות ורעות שערכן ידוע לאחרים במקומם, ואחד המוכר או הלוקח הטעה את השני במכירתן, וכדכתב במגיד משנה (שם) וז"ל שאמר המוכר שהם יפות, ונמצאו שקורין לכמותן במקום שהן רעות, וכו' הלוקח יכול לחזור בו מפני שהטעהו ויש ביניהם שינוי השם והרי זה קצת כשינוי חפץ מחפץ שאם רצה המתאנה לחזור בו ולבטל מקחו רשאי וכו' רעות ונמצאו יפות וכו' שהטעה הלוקח את המוכר ואמר לו חיטים שלך רעות הן ונמצאו שהן מן היפות, מוכר שנתאנה יכול לחזור בו ולא לוקח עכ"ל. משא"כ בג' המקומות האלו דמעלתן לא היתה ידועה כלל בשעת המכירה, והמוכר איפוא לא נתאנה מאחר שלא הטעהו הלוקח, דכ"ע החשיבו את המקומות האלו כרעות, ורק אברהם אבינו דוד המלך ויעקב אבינו ידעו את סוד מעלתן, ומשו"ה לא חל בהן דין אונאה וביטול מקח מצד טענת המוכר, דאין טענת אונאה חלה כלל, דלא נתאנו מאחר שלא הטעום, דחשיבות המקומות האלה היה בסוד. אך עכ"ז למוכרים יש קצת מקום לתערומות מאחר שהקונים לא הודיעום ממעלות המקומות. וכדי לבטל גם מקצת תרעומת זו שילמו אבות העולם כסף מלא כי מי שמכר בכסף גמר בדעתו להקנות בדעת גמורה, ולכן אף שלאחר זמן נתגלו מעלות המקומות שנמכרו, מכיון שקיבלו המוכרים כסף מלא הרי גמרו והקנו את ג' המקומות האלה בדעת גמורה. ולפי"ז נראה דהנה עיין באבני מילואים (סימן מ"ב ס"ק א') שהביא את שיטת בעל העיטור דתלויה וקני לא קני, והרשב"א חולק דסובר דק"ו הוא דאם תלויה וזבין זביני כ"ש תלויה וקני, כי הקונה אינו מפסיד כלל, ורק מרויח את חפץ הקנין, וצ"ב בשיטת בעל העיטור. ונראה דשאני במכירה דקבלת תשלומי הדמים גומרת את דעת המקנה לדעת גמורה והחזקה ביותר, ומשו"ה המכירה חלה אפילו באונס. משא"כ דעת הקונה, דאינה דעת גמורה כדעת המוכר שקיבל דמים למכור, כי עיקר הדעת המחיל את הקנין במכירה ובמתנה הרי היא דעת המקנה ולא דעת הקונה, וכדחזינן מדין דעת אחרת מקנה אותו דמועלת להקנות לקטן ולא להיפך. ומשו"ה דעת הקונה באונס אינה קונה, דאונס מבטלה, משא"כ בדעת המוכר באונס דחלה המקח משום דע"י קבלת הדמים חלה דעת מקנה גמורה להקנות אפילו באונס.

לענין מי שפרע, אולם צ"ע דקיי"ל דהמקדש במלוה אינה מקודשת (פ"ה מהל' אישות ה"טו) וצ"ע למה לא כתב הראב"ד שמחילת חוב מחמת מכר קונה בקידושי אשה, שהרי מקדשה בחפצא דהמקח שעכשיו קנוי לה לגמרי במחילת החוב, וקשה מ"ש קידושין דלא מהני מחילת חוב מחמת מכר ממכירת מטלטלין דקונה, וצ"ע.[192]

ד.

שיטת הרמב"ן ביש דמים שהן כחליפין

עיין ברמב"ן (ד"ה ויש דמים שהן כחליפין) וז"ל ויכולני לפרש דמים שהן כחליפין כגון שמכר לו פרה בדמים וזקפן עליו במלוה ולא משך את הפרה ואח"כ א"ל תן לי מעותי ומשוך פרתך שאני רוצה לקנות בהן חמור, א"ל חמור יש לי שאני נותן לך בדמי הפרה, משוך את הפרה, וא"ל קנה חמור בכל מקום שהוא בדמי פרה זו קנה, דהשתא פרה גופה דיהיב ליה דמים נינהו ולא מלוה היא עכ"ל. ודבריו צ"ב, דמ"ש מכל קנין מעות בעלמא דגזרו בו שאינו קונה אלא לענין מי שפרע בלבד, והרי הפרה היא דמי החמור ומעות אינן קונות, ודבריו סתומים.

ונראה לבאר את דברי הרמב"ן עפ"י שיטת הרמב"ם במקדש בהנאת מלוה דמקודשת (קידושין דף ו:). דכתב הרמב"ם (בפ"ה מהל' אישות ה"טו) וז"ל המקדש בהנאת מלוה מקודשת. כיצד כגון שהלוה אותה עתה מאתים זוז ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת זמן שארויח לך במלוה זו שתהיה בידך כך וכך יום ואיני תובעה ממך עד זמן פלוני הרי זו מקודשת, שהרי יש לה הנאה מעתה להשתמש במלוה זו עד סוף זמן שקבע, ואסור לעשות כן מפני שהיא כרבית עכ"ל. הרמב"ם מפרש דהלוה לה כסף באופן דהקידושין הויין חלק מהתחייבות שלה לשלם את ההלואה. כלומר דעצם נתינת כסף ההלוואה מהווה מעשה קנין כסף לחייבה בתשלומי ההלוואה ולקנותה בקידושין. וה"ה אם אמר לה שאינה מחוייבת כלל לשלם את דמי ההלוואה אלא שהיא מקודשת תחת המלוה דמקודשת. ויוצא דס"ל להרמב"ם דהמלוה והלוה יכולים להשתמש בכסף ההלוואה עצמו להוי כסף קנין, כי הקנין בא במקום התחייבות ההלוואה.

ולפי"ז נראה דזהו הביאור בדברי הרמב"ן, דבעל הפרה זקף במלוה את פרתו לבעל החמור, כלומר דנתן לו את פרתו בתורת הלוואה, אלא שהתנה עמו שבמקום ההתחייבות לשלם דמים בעד הלוואת הפרה יחול קנין בגוף החמור תחת ההלוואה,

[192] אולי י"ל דשאני קידושין דזקוק למעשה קידושין מדין קיחה, ובמחילת חוב מחמת מכר חסר מעשה קידושין דאין כאן חלות מעשה קיחה, משא"כ בקנין כסף דמטלטלין דלא צריך מעשה קיחה, וצ"ע.

דהקנין בחמור חל מדין התחייבות ההלוואה. ומאחר דקנין כסף זה מילתא דלא שכיחא, חל קנין גמור מדין מעות קונות, דקונה לכל דבר ולא רק לענין מי שפרע.

ה.

שיטת הראב"ד בארווח לה זימנא

איתא בגמרא קידושין (דף ו:) דהמקדש בהנאת מלוה מקודשת ואוקמה כגון דארווח לה זימנא. והבאנו לעיל את פירוש הרמב"ם בזה, דמיירי דארווח לה זמן בשעת מעשה ההלוואה דמעיקרא וקדשה בכסף המלוה. אולם עיין בראב"ד (פ"ה מהל' אישות ה"טו) שכתב וז"ל הראשונים פירשו כגון שהגיע זמן המלוה ליפרע ומעותיו בידה מזומנים לפרוע והיא היתה נותנת מיד ברצון דינר למי שמאריך לה הזמן חדש אחד והאריך לה בשכר הקידושין מקודשת, וזהו דארווח לה זימנא וכ"ש מה שכתב הוא עכ"ל. ונראה דהראב"ד הסכים לפסק הרמב"ם אלא שהוסיף אופן אחר. וצ"ע באופן של הראב"ד דמדוע צריך שדמי הפרעון יהיו בידה כשהאיש האריך לה זמן המלוה, והרי הכסף דידה הוי והאיש אינו יכול להשתמש בכסף דידה לקידושין, ומקדשה רק בהרווחת הזמן ולמה אינה מועילה הרווחת זמן לקדשה היכא דליכא כסף בידה ובשלא הגיע זמן פרעון החוב. ונראה דיעויין ברמב"ם (פ"ו מהל' מלוה ולוה ה"ג) וז"ל הורו רבותי שהמלוה את חבירו ולאחר זמן תבע חובו ואמר לו הלוה דור בחצירי עד שאחזיר לך חובך הרי זה אבק רבית לפי שלא קצץ בשעת הלואה שנא' לא תתן לו בנשך עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד שם וז"ל חיי ראשי לא יפה הורו שאם הגיע זמן הפרעון וארווח לה זימניה משום ההוא דירה כשעת מתן מעות דמיא וקידושין יוכיחו עכ"ל. ומבואר דלהרמב"ם הרווחת זמן הפרעון שלא בשעת ההלוואה אינה רבית דאורייתא, משום שלא קצץ רבית בשעת ההלוואה. ואילו הראב"ד חולק וסובר שאם הגיע זמן הפרעון והאריך לה זמן, חלה הלוואה חדשה, ומשו"ה הויא קציצת רבית דאורייתא בשעת חלות ההלוואה השניה. והראב"ד הוכיח את שיטתו מדין ארווח לה זמן בקידושין, דס"ל דכשהגיע זמן הפרעון והכסף לשלם הוי בידה כשמרויח לה זמן, ההלוואה הראשונה פרועה וחלה במקומה הלוואה שניה חדשה. דהכסף שבידה הופך להיות כסף פרעון דידיה בתורת פרעון של ההלוואה הראשונה, כי קנין דמי הפרעון אינו זקוק למעשה קנין בידי המלוה אלא רק בהנחת דמים לפני המלוה עפ"י בקשתו, דהמלוה קונה את דמי הפרעון בלי מעשה קנין, עיין ברמב"ם (פ"טז מהל' מלוה ה"א) ובשו"ע חו"מ (סימן ק"כ סעיף א'). ומקנה לה את הכסף בחזרה בתורת הלוואה שניה ומקדשה בנתינת הכסף בשעת ההלוואה השניה. ודומה לשיטת הרמב"ם שכסף ההלואה יכול להשתמש ככסף קנין לקנות קנין קידושין.

ויוצא שהרמב"ם והראב"ד והרמב"ן כ"ע סבורים שיש להשתמש בדמי הלוואה ככסף קנין לקנות דבר - בין אשה בקידושין ובין חמור בקנין מעות דאורייתא.

ו.

אינה לשכירות אלא לבסוף

עיין בגמ' בקידושין (דף מח.) דבאמרה לו עשה לי שיריים ואקדש אני לך למ"ד ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף אינה מקודשת דהו"ל מקדש במלוה, ואילו למ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף מקודשת. וצ"ע דהא עשה לה עבודת השיריים ובמקום שתשלם עבור השכירות הרי הוא מקדשה במחילת החוב ולכאורה הו"ל מקדש במלוה דקיי"ל דאינה מקודשת, ומאי איכפת לן דאינה לשכירות אלא לבסוף.

ונראה דלמ"ד אין שכירות אלא לבסוף המחייב לשלם חל לבסוף, ומקדשה במחייב זה, דהיינו שבמקום שיחול החוב יחול קנין הקידושין. והטעם שמועיל משום דאינו מקדשה במחילת החוב אלא דמקדשה בעיקר המחייב דהחוב דחשיב לחפצא דכסף. ודומה להלכה שברמב"ם דאפשר להלוות לה הלוואה ולקדשה עם דמי המלוה. משא"כ למ"ד ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, דהחוב חל פחות פחות משוה פרוטה בכל רגע ורגע דהעבודה, והוא אינו מקדשה אלא במחילת החוב דשוה פרוטה שחל בסוף העבודה, ואזי הו"ל מקדש במלוה דאינה מקודשת.

אמנם יש להעיר למ"ד ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף למה אינו יכול לקדשה בכל העבודה מתחילתה ועד סופה דשו"פ, ותהיה מקודשת ע"י המחייב ולא במחילת החוב. וי"ל דלמ"ד ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף כל חלק וחלק דהעבודה מחייב חיוב תשלומין בפני עצמו ולכן אין כאן חפצא דכסף לקדש בו, דכל חלק וחלק דהעבודה הוי פחות משוה פרוטה. משא"כ למ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף דלדידיה כל העבודה מצטרפת לבסוף לחפצא דכסף דשו"פ ומשו"ה אפשר לקדשה בחפצא דהעבודה המחייב לבסוף את כל החוב, ומחייב זה הוי חפצא דכסף להוות מעשה קנין של כסף קידושין.

ע"כ ענין יש דמים שהם כחליפין

תוס' ד"ה ולרב נחמן.

בענין קנין שוה בשוה

א.

יסוד חלות קנין שוה בשוה

עיין בתוס' שאנ"ץ (מובא בשיטמ"ק ד"ה כיצד החליף בשר שור). ומבואר דנחלקו תוס' עם התוס' שאנ"ץ בשיטת ר"ת דשוה בשוה קונה אף בפירי. לתוס' דידן קנין שוה בשוה אינו קונה במטבע. ואילו לתוס' שאנ"ץ אף מטבע קונה ונקנה בקנין שוה בשוה. ופליגי עוד דלפי תוס' שוה בשוה נמדד רק לפי שיווי דמי החפצים בלבד, דס"ל דחל קנין שוה בשוה במחליף פירות בכלים כששניהם שווים אותם דמים. משא"כ לפי התוס' שאנ"ץ קנין שוה בשוה אינו חל אלא רק כששני החפצים שווים בין בדמים ובין במינם, דהיינו במחליף פירות בפירות, ומטבעות במטבעות, משא"כ בשני מינים אע"פ ששווים בדמים קנין שוה בשוה אינו חל. ויש לבאר את יסוד מחלקותם.

ונראה דיש לחקור בשיטת ר"ת בקנין שוה בשוה - האם ס"ל דהקנין חל מדין קנין סודר או דקנין שוה בשוה מהווה חלות שם קנין בפ"ע. ונראה דבזה נחלקו תוס' דידן והתוס' שאנ"ץ, דלפי תוס' דידן קנין שוה בשוה חל מדין קנין סודר, ומשו"ה ס"ל דמועיל רק בפירי ולא במטבע. דיתכן דתוס' סובר כשיטת הרשב"א (שבועות לט ב ד"ה מה כלים שנים) דס"ל דכשקונין קנין סודר בכלי שמין את הכלי כפי שווי תשמישיו ולא כפי השווי שלו בשער שבשוק, ולכן כל קנין סודר הוי קנין שוה בשוה, דהכלי שוה בשיוויו לשיווי דבר הנקנה, וכגון במחט דאע"פ דבשוק שוה פחות משוה פרוטה מ"מ יכולים להשתמש בו ולהרויח ע"י אלף זוז. משא"כ פירי דאינו בר תשמישין, ושיוויו הוא רק כפי השער שבשוק בלבד, ומשו"ה פסול לקנין סודר. משא"כ במחליף פירי בפירי כשהם שוה בשוה בדמים דאזי חל קנין שוה בשוה, ומדין קנין סודר. ואילו מטבע מופקע מחלות דין קנין סודר, דהא אינו נמי נקנה בחליפין, ולכן אינו קונה בקנין שוה בשוה, המהוה חלות שם ודין קנין סודר, ומטבע מופקע מסודר.

מאידך התוס' שאנ"ץ סובר דקנין שוה בשוה מהוה חלות שם קנין בפ"ע, דאינו חל מדין קנין סודר, וקנין חדש זה חל אף במטבע. ונראה להוסיף דס"ל להתוס' שאנ"ץ דקנין שוה בשוה אינו חל מדין מעשה קנין דעלמא, וכשאר הקנינים שבתורה כמו קנין כסף, שטר, חזקה, משיכה, ומסירה וכו', דבהני קנינים הקנין חל מדין מעשה הקנין. משא"כ קנין שוה בשוה דהקנין אינו חל מדין מעשה קנין אלא מחלות דין חליפין, דהיינו, כשאחד קונה את החפץ הראשון השני קונה את החליפין שלו ממילא שוה בשוה בלי מעשה קנין, שהקנין בדבר הנקנה חל משום שהחפץ השני הוי חליפיו של החפץ הראשון וקם במקום החפץ הראשון. ומכיון דקנין שוה בשוה חל ממילא בלי דין מעשה קנין הריהו חל אף במטבע, דמטבע אינו נקנה במעשה קנין דסודר, אולם קנין שוה בשוה חל במטבע מכיון דקנין שוה בשוה חל ממילא. ונראה דהתוס' שאנץ ס"ל דשוה בשוה הוי חלות קנין

דחל ממילא, דהיינו שהחפץ השני קם תחת החפץ הראשון, ומשו"ה ס"ל להתוס' שאנ"ץ דשני החפצים צ"ל שווים בין במינם ובין בשוויותם, דמאחר דשווים ממש זה לזה חל חלות שם חליפי שוה בשוה, והחפץ השני קם במקום החפץ הראשון בלי מעשה קנין.

ב.

שיטת הרמב"ם בקנין שוה בשוה

יש לעיין בשיטת הרמב"ם בדין קנין שוה בשוה, דפסק בפ"ג מהל' מכירה (ה"א) דמעות קונות מה"ת במטלטלין. ובפ"ז מהל' מכירה (ה"א) הביא את התקנה דרבנן דמעות אינן קונות אלא לענין מי שפרע. ואילו בפ"ה מהל' מכירה (ה"א) פסק וז"ל כל המטלטלין קונין זה את זה, כיצד החליף פרה בחמור או יין בשמן אע"פ שמקפידין על הדמים ושיערו כמה שוה זה ואח"כ החליפו כיון שמשך האחד או הגביה קנה השני המטלטלין האחרים בכל מקום שהם ונעשו ברשותו ואע"פ שעדיין לא משכן עכ"ל. (ובה"ג שם) הביא את הדין שדמים שאין מקפידין עליהם קונין דהוי דבר שאינו מצוי דלא חייבו בו משיכה, והקנין חל מדין מעות. (ובה"ד שם) הביא את הדין דמחילת חוב קונה במטלטלין, ורק אח"כ (בהל' ה') הביא את ההלכה דקנין חליפין. ומשמע דמש"כ (בה"א) שכל המטלטלין קונין זה את זה כשהן שוה בשוה הוי הלכה בפני עצמה, דאין הקנין חל מדין קנין חליפין, אלא מדין קנין מעות, דמשום דלא שכיחא לא גזרו רבנן דלא ליקני, דבשוה בשוה חל קנין גמור מדין קנין מעות. אך יתכן דהרמב"ם סובר דקנין שוה בשוה אינו חל מדין קנין מעות אלא דהוי חלות קנין בפ"ע דקונה אף בפירות. ומסדר ההלכות שברמב"ם משמע קצת כמו הצד הראשון, דהוי חלות קנין מעות.

ועיין ברמב"ם (פ"יג מהל' מכירה ה"א) וז"ל המחליף כלים בכלים או בהמה בבהמה אפילו מחט בשירים או טלה בסוס אין לו הונייה, שזה רוצה במחט יותר מן השיריים. אבל המחליף פירות בפירות בין ששמו אותם קודם המכירה בין ששמו אותם אחר המכירה יש להן הונייה עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד שם וז"ל דבר זה לא ידעתי מאין לו וכו' ואין זה מחוור דלענין קנייה אילו בתורת חליפין נתן לא קנה דס"ל פירות לא עבדי חליפין, ואם לא קנה אונאה היכן, ואם בתורת מכר ומקפיד על דמיהן אפילו סוס בפרה קנו ומחזירין אונאה דהא מכור לי קאמר עכ"ל. הראב"ד הקשה על פסק הרמב"ם בפירות בפירות דקנה ויש להן אונאה, דאם ס"ל דהקנין חל מדין קנין סודר, הרי פירות לא עבדי חליפין, ואם ס"ל דהקנין חל מדין קנין מעות והקפיד על דמיהן קשה למה א"כ אין דין אונאה חל במחליף בהמה בבהמה.

ומשמע דהרמב"ם ס"ל כר"ת דמחליף פירות בפירות קונה מדין קנין שוה בשוה. וס"ל נמי כשיטת הרשב"א שקנין סודר חל בכלי פחות משוה פרוטה משום דמשערין שיווי הכלי כפי שיווי דתשמישו ולא כפי שער דמיו לימכר בשוק. ובמחליף מחט בשיריים "רוצה במחט יותר מן השיריים", כלומר דשיווי תשמיש המחט חשוב לו כתשמיש השיריים ומשו"ה המחט והשיריים שווים זה לזה, דמחמת תשמישיהן הריהן שוה בשוה, ומשו"ה חל קנין שוה בשוה, ולכן ליכא בהם אונאה. דאונאה חלה בחלות מקח דהיינו כשהחפץ הנמכר נערך כפי שוויותו בשער שבשוק. משא"כ בכלים הנקנין מדין שוה בשוה שאינם נערכים כפי שיווי דמיהם בשער שבשוק אלא כפי ערך תשמישיהן, ולפי ערך זה כל הכלים שווים זה לזה, וזוהי כוונת הרמב"ם במש"כ "שזה רוצה במחט יותר משיריים", ומשו"ה ליכא בחליפי כלים דין אונאה. אמנם כ"ז נכון בדין חליפי כלים בכלים שוה בשוה או בחליפי סוס בפרה, משא"כ במחליף פירות בפירות שאינם בני תשמיש, דחל חליפיהן מדין שוה בשוה דוקא כפי ערכם בשוק, דמאחר דחל בהן דין שוה בשוה כפי ערך דמיהן בשער שבשוק משו"ה חל בהם דין מקח ודין אונאה. ובדרך זו שיטת הרמב"ם מבוארת. ולפי"ז יוצא שהרמב"ם סובר כשיטת ר"ת דקנין שוה בשוה חל מדין קנין חליפין וקנין סודר וכשיטת הרשב"א. ולפי"ז מש"כ הרמב"ם בפ"ה מהל' מכירה ה"א "דכל המטלטלין קונין זה את זה כיצד החליף פרה בחמור או יין בשמן אע"פ שמקפידין על הדמים וכו'", אין כוונתו דחל הקנין מדין קנין מעות במילתא דלא שכיחא, אלא דחל מדין קנין שוה בשוה. ומיושב נמי למה לא הביא הרמב"ם את ההלכה שמטבעות קונות זה את זה בחליפי שוה בשוה, דס"ל כשיטת התוס' בסוגיין דמטבעות מופקעות מקנין סודר ואף מקנין חליפי שוה בשוה, ודלא כשיטת התוס' שאנ"ץ.

אך עדיין לא ניחא לן בזה כי מסדר ההלכות שברמב"ם (בפ"ה מהל' מכירה) עדיין משמע דס"ל דחליפי מטלטלין דקונים זה את זה חל מדין קנין מעות דהו"ל מילתא דלא שכיחא, וצ"ע.

ע"כ ענין שוה בשוה

גמ'. מכור לי באלו. בגמ' לקמן (דף מז.) מבואר שקונה בתורת קנין מעות והוי מילתא דלא שכיחא דלא גזרו בה רבנן. ויל"ע מהו ביאור יסוד המחלוקת בין רבה לרב אבא אם יש אונאה או לא.

ונראה דבאונאה יש שני יסודות: א) יש הבדל בין המחיר שבשוק לבין המחיר של המקח, ב) אחד הטעה את חבירו. אך כשאמר מכור לי באלו אע"פ שיש הפרש בין המחיר שבשוק לבין מחיר המקח מ"מ ליכא הטעאה, דידוע למוכר וללוקח דמשלם רק באלו.

ורב אבא ס"ל דליכא בכה"ג אונאה דלא הטעה א' לשני. משא"כ רבה סובר דחלה אונאה מאחר דיש הפרש בין המחיר שבשוק ובין מחיר המקח בלי ידיעת המתאנה.
והנה במשנה לקמן (דף נח:) איתא "כשם שאונאה במקח וממכר כך אונאה בדברים". ומשמע קצת דיסוד האיסור בשניהם הוי הדברים, ומשמע מזה דבמקח וממכר עיקר האיסור הוא דברי ההטעאה. ועיין ברמב"ם (פ"יד מהל' מכירה ה"יב) שהביא את המשנה להלכה. אולם עיין ברמב"ם (פ"יב מהל' מכירה ה"א) וז"ל אסור למוכר או לקונה להונות את חבירו וכו' ואע"פ שהוא עובר בל"ת אינו לוקה מפני שניתן להשבון עכ"ל, וממה שפסק דהלאו ניתן להשבון משמע דעיקר האיסור חל בממון ולא בדברים, דאם עיקר האיסור היה חל בדברים היה לו לומר דאינו לוקה משום דהוי לאו שאין בו מעשה. דעיין ברמב"ם (פ"א מהל' גזילה ה"ט) דפסק שאין לוקין על לאו דלא תחמוד משום דהוי לאו שאין בו מעשה, וז"ל כל החומד עבדו או אמתו או ביתו וכליו של חבירו וכו' והכביד בו ברעים והפציר בו עד שלקחו ממנו אע"פ שנתן לו דמים רבים הרי זה עובר בלא תעשה שנאמר לא תחמוד, ואין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה, ואינו עובר בלאו זה עד שיקח החפץ שחמד כענין שנא' לא תחמוד כסף וזהב ולקחת לך, חימוד שיש בו מעשה עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד שם וז"ל לא ראיתי תימה גדול מזה, והיכן מעשה גדול מנטילת החפץ וכו' עכ"ל. וצ"ל דאע"פ שהרמב"ם סובר דאינו עובר בלא תחמוד אא"כ עשה מעשה מ"מ אין המעשה עיקר הלאו, דעיקר חלות הלאו הוי חימוד ממון שבלב, והא דצריך לעשות מעשה של לקיחת החפץ היינו שיעור בחמדה שבלב, דרק כשלקח את החפץ אמרינן דחלה שיעור חמדה שבלב האסורה. ושיטת הרמב"ם היא דבלאו שאין בו מעשה אין אנו דנים אלא על עיקר חלות שם והגדרת הלאו ולא איכפת לן אי עשה הגברא מעשה בפועל או לא.[193] ומשו"ה אע"פ שהחומד ממון עשה מעשה בפועל שלקח החפץ מ"מ מכיון דעיקר חלות שם והגדרת הלאו הוי חלות איסור חמדה שבלב, משו"ה ס"ל דלא תחמוד הוי לאו שאין בו מעשה ואין לוקין עליו. ולפי"ז י"ל דאם עיקר האיסור באונאה הוי ההטעאה אזי אין מלקות על אונאה משום דההטעה הוי לאו שאין בו מעשה, אך הרמב"ם נקט דאין לוקין על אונאה משום דהוי לאו הניתן להשבון דאזיל לשיטתו דפסק כרבה דבמכר לי באלו חלה אונאה, וס"ל שדין אונאה חלה בחפצא של המקח, דהיינו בממון של המכירה, ולא בהטעת הגברא, וס"ל דעיקר הלאו היינו עצם המקח והוי לאו שיש בו מעשה, ומשו"ה כתב שפטור ממלקות משום דהוי לאו

[193] ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים בענין לאו שאין בו מעשה וברשימות שיעורים למס' ברכות עמ' רע"א - רע"ג.

ניתן להשבון. ולפי"ז אין השוואה גמורה בין אונאה במקח וממכר דעיקר האיסור חל במעשה המקח והוי איסור שיש בו מעשה, לבין אונאת דברים דהאיסור חל בדברים והוי לאו שאין בו מעשה.

והנה הרמב"ם פסק שהמאנה את חבירו במקח וממכר פטור ממלקות משום דהוי לאו הניתן לתשתלומין. וכן פסק (פ"ה מהל' חובל ומזיק ה"ג) לענין החובל בחבירו דפטור ממלקות משום דהוי לאו הניתן לתשלומין. אולם נראה דיש לחלק בין חיוב התשלומין באונאה לבין חיוב התשלומין בחובל בחבירו. דבחובל בחבירו התשלומין חלין מדין עונש,[194] משא"כ באונאה שהתשלומין אינן עונש אלא חיוב תשלומין דעלמא. וס"ל דאיסור חבלה הוי לאו דניתן לתשלומין משום דעיקר האיסור דחבלה הוי האיסור להכות את חבירו והתשלומין חלים מדין עונש. מאידך באונאה התשלומין מהווים דין תשלומין בעלמא ואינם חלות דין עונש, אך עיקר הלאו הוא עצם הממון שלקח שחייב איפוא להשיבו, ומשו"ה הוי לאו הניתן לתשלומין ודו"ק בזה.

ונראה שיש נפ"מ לענין דין קלבד"מ אליבא דשיטת המאירי (שמובא בשיטמ"ק ב"ק דף ע: ד"ה אתנן) דס"ל דקנינים הנעשים באיסור שבת חלים משום דקלבד"מ חל רק לפטור מעונשי תשלומי ממון כמו בחובל ומזיק ואינו חל בקניני ממון, דלפי"ז י"ל שאם אדם ימכר חפץ באונאה בשבת דיתחייב לשלם דמי האונאה ולא יחול דין קלבד"מ, משום דתשלומי אונאה הויין חלות תשלומי ממון בעלמא ואינן חלות עונש כבתשלומי חבלה ומזיק, ודין קלבד"מ חל רק בתשלומי ממון דהויין חלות עונש.

דף מז.

גמ'. חליפין ומקפיד עליהן.

ונראה דביאור הגמ' תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל, דאליבא דר"ת מיירי בקנין שוה בשוה המהוה קנין בפ"ע ואינו חל מדין מעות קונות. ויל"ע האם קנין שוה בשוה לר"ת חל מדין קנין סודר ולכן חל אף בפירי או"ד דמהווה חלות שם קנין בפ"ע ואינו חל מדין קנין סודר בעלמא. (ועיין לעיל בשיעורים בענין קנין שוה בשוה). ואילו לשאר ראשונים קנין שוה בשוה חל מדין קנין מעות ובמילתא דלא שכיחא לא גזרו בו רבנן.

גמ'. במה קונין רב אמר בכליו של קונה דניחא ליה לקונה דלהוי מקנה קונה כי היכי דליגמר ולקני ליה ולוי אמר בכליו של מקנה וכו' בההיא הנאה דקא מקבל מיניה גמר ואקני ליה. יש לעיין בביאור המחלוקת שבין רב ולוי, ובמיוחד צ"ע בסברת לוי, דהא

[194] עיין ברשימות שיעורים לב"ק ריש פ"ק ובתחילת פרק החובל.

הדין דבההיא הנאה דקא מקבל מיניה כו' לכאורה חל רק בקבלת אדם חשוב כדאיתא בקידושין (דף ז.), ואילו חליפין קונה בכל אדם. ונראה לבאר מחלוקתם עפ"י היסוד שייסד מרן הגר"ח זצ"ל דשאני קנין חליפין משאר קנינים, כי בקנינים דעלמא הקנין חל מחמת מעשה הקנין, משא"כ קנין חליפין דחל משום הקנאה מדעת, כי הסודר אינו אלא סימן דיש דעת מקנה גמורה להחיל את הקנין.[195] ולפי"ז נראה לבאר את שאלת הגמ' "במה קונין", דהגמ' מקשה דמאחר דבקנין חליפין ליכא מעשה קנין והוי קנין שחל רק מחמת דעת להחיל קנין בלבד א"כ צ"ע "במה קונין", דהא ליכא מעשה קנין. ונ"ל דבזה נחלקו רב ולוי, דרב סובר דמסירת כלי הקונה יוצרת את דעת המקנה לעשות את הקנין, וע"כ ס"ל דקונין בכליו של הקונה. ואילו לוי סובר דחלה דעת הקנין ע"י מסירת כלי מהמקנה. והנה מרן הגר"ח זצ"ל ביאר דכדי שיחול הקנין מדין הקנאה מדעת בעינן דעת גמורה ואלימתא ומשו"ה מצינו כי הדעת בחליפין אלימתא יותר מהדעת במעשה קנין דעלמא. והראייה מדאמרינן (ב"ב דף מ.) סתם קנין לכתיבה עומד, דבדעת דקנין חליפין נמי חלה דעת המתחייב לכתיבת שטר ראייה, משא"כ במעשה קנין דעלמא דליכא חלות של דעת המתחייב לכתיבת שטר, ומוכח דהדעת בקנין חליפין הוי דעת גמורה ואלימתא יותר מדעת המקנה בקנינים אחרים.

ולפי"ז יתכן לפרש את המחלוקת שבין רב ולוי, דרב סובר בכליו של קונה משום דשאני הקונה מהמקנה, דפשיטא דהקונה ניחא ליה בקנין חליפין, כי הוא נותן כלי פחות משו"פ וקונה שדה גדולה, רב ערך, ודעת הקונה דעת גמורה היא. ומשו"ה אף דעת המקנה הופכת להיות דעת גמורה, דגמירת דעת הקונה משלימה את כל מה שחסר בדעת המקנה. ואילו לוי סובר דדעת הקונה אינה יכולה להשלים את החסרון שבדעת המקנה דרק כשדעת המקנה בפני עצמה גמורה היא חל קנין חליפין, ומשו"ה ס"ל דבעינן כליו של המקנה, דע"י שהמקנה מוסר את כליו לקונה בגמירת דעת גמורה להקנות את הכלי חלה נמי דעת מקנה גמורה להקנות את שדהו ביחד עם הכלי.

ולפי"ז נראה לבאר את סברת הגמ' "בההיא הנאה דקא מקבל מיניה גמר ואקני ליה" דר"ל דההנאה שיש בחלות קנין הכלי מהווה יסוד בדעת המקנה להקנות בדעת גמורה אף את השדה, וההנאה הזו לא צ"ל שו"פ, ולכן ההנאה ודעת ההקנאה הזו חלין בכל אדם. משא"כ הדין דאיתא במס' קידושין דהאשה מתקדשת בההיא הנאה דקיבל האיש מתנה ממנה דחל רק באדם חשוב, משום דרק ההנאה המגיעה לה מקבלת אדם חשוב שוה שו"פ ומהווה איפוא חפצא דכסף קידושין, ואין הדין ההוא נוגע כלל לדינא דסוגיין.

[195] ועיין לעיל בשיעורים דף מה: ד"ה בענין קנין סודר.

בדין ערב ועבד כנעני בקנין סודר.

עיין בגמ' במס' קידושין דף (ז.) דקיי"ל דאשה מתקדשת מדין ערב כשאמרה תן מנה לפלוני ואקדש אני לך. ומתקדשת מדין עבד כנעני כשאמר לה הילך מנה והתקדשי לפלוני. ויש לעיין האם חל קנין סודר בציור דערב או דעבד כנעני וכגון בגוונא דהקונה נתן סודר שלו לאדם שלישי ולא למקנה האם חל הקנין דחליפין מדין ערב או בגוונא שאדם אחר נתן הסודר שלו למקנה האם חל הקנין מדין עבד כנעני או לא. ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' מכירה ה"ז) שכתב וז"ל הקנה אחד כלי למוכר כדי שיקנה הלוקח אותו הממכר זכה הלוקח עכ"ל. ומבואר דחל דין עבד כנעני בקנין חליפין. אולם הרמב"ם השמיט את דין ערב ומשמע דס"ל דלא מהני דין ערב בקנין חליפין, ושיטתו צ"ב.

ונראה דדין ערב חלוק ביסוד דינו מדין עבד כנעני, דיעויין ברש"י (במס' קידושין דף ז. וד"ה הילך) וז"ל והוא שלוחו אלא שמקדשה משלו עכ"ל, ומבואר דהיכא דקידשה מדין עבד כנעני האיש שנתן לאשה הכסף הו"ל שליח הבעל לקדשה וחשיב כאילו האיש המקדש עצמו נתן לה את הכסף. ואילו בקידושין מדין ערב איתא בגמ' שם "ערב לאו אע"ג דלא מטי הנאה לידיה קא משעבד נפשיה האי איתתא נמי אע"ג דלא מטי הנאה לידה קא משעבדה ומקניא נפשה", דר"ל דבקידושין מדין ערב, כגון תן מנה לפלוני ואקדש אני לך, עצם קבלת הכסף ע"י האיש אינו נחשב כאילו האשה עצמה קיבלה את כסף הקידושין שהרי אין האיש שליח האשה לקבלת קידושיה, אלא דחלין הקידושין משום דבההיא הנאה דהמקדש עושה רצונה הרי היא מתקדשת. וכן מבואר מדברי הרמב"ן (שם) שכתב דחלין קידושין מדין ערב אף היכא שאמרה האשה זרוק מנה לים ואקדש אני לך, דהקידושין חלין משום ההנאה דעביד רצונה אע"פ שלא קיבל אף אדם כסף הקידושין עבורה. ולפי"ז יש ליישב את שיטת הרמב"ם דפסק דחל קנין סודר מדין עבד כנעני, דנתבאר דבעבד כנעני הקנין חל מדין שליחות ונחשב כאילו הקונה עצמו נתן את סודרו למקנה, ומשו"ה מועיל קנין סודר ע"י נתינת אדם אחר למוכר. משא"כ בקנין מדין ערב דאינו מועיל דין ערב בקנין סודר, משום דיסוד הקנין מדין ערב חל משום שהמקנה קיבל הנאה שנעשה רצונו, אך בכדי שיחול קנין סודר בעינן תפיסת הסודר ע"י המקנה עצמו וכדכתיב "ושלף איש נעלו ונתן לרעהו", והנאה בעלמא אינה מועלת.

ובדין ערב ועבד כנעני בקנין ממון יש להעיר דהרמב"ם פסק (פ"א מהל' מכירה ה"ו) וז"ל האומר לחבירו תן מנה לפלוני ויקנה ביתי לך כיון שנתן קנה הבית מדין ערב עכ"ל. ויש לדקדק דהשמיט חלות דין עבד כנעני, וצ"ע מדוע השמיט הרמב"ם דין עבד כנעני בקנין כסף בקרקע. ויתכן דס"ל דשאני דין כסף בקנין קרקע מדין כסף בקידושין, דבקנין

קרקע חל קנין הכסף מדין פרעון (וכדעת הסמ"ע חו"מ סי' ק"צ), משא"כ בקידושין דחל קנין הכסף מדין מעשה קנין ולא מדין פרעון. ובקנין מדין עבד כנעני - כשאדם שלישי משלם עבור הקונה י"ל דשפיר הוי מעשה קנין כסף אך לא הוי חלות שם פרעון, דרק היכא שהקונה בעצמו משלם חשיב ככסף פרעון. ומשו"ה אין עבד כנעני חל בקנין ממון דחסר פרעון אע"פ שמועיל לענין קידושין. ומאידך ערב חל מדין פרעון ומשו"ה מועיל אף בקנין ממון. וצ"ע בזה.

רש"י ד"ה גאולה זו מכירה. וז"ל שמכר לו מכירה גמורה בדמים ולא קיבל מעות ובאין לקיים דברי מכירתן על ידי קנין עכ"ל. ר"ל דקנין חליפין מועיל במכירה לקנות החפץ הנמכר ואף לחייב הלוקח לשלם. ובד"ה תמורה זו חליפין כתב רש"י וז"ל שמחליף כלי זה בחפץ שכנגדו עכ"ל כלומר דחל קנין חליפין גם בלי התחייבות לשלם דמים.

תוס' ד"ה גאולה. בא"ד. וז"ל תמורה זו חליפין של שוה בשוה דמהני לכ"ע אפילו בפירי עכ"ל. יש לעיין האם חל קנין שוה בשוה כשמחליפין קרקע בקרקע. ויעויין בשיטמ"ק שכתב בשם רבינו פרץ דחליפי קרקע בקרקע מועיל לקנין שוה בשוה. אולם הרמב"ם (פ"ה מהל' מכירה ה"א) השמיט חליפי קרקע בקרקע מקנין שוה בשוה, ונקט רק המחליף פרה בחמור או יין בשמן, ומשמע דהרמב"ם מיירי כאן בדין קנין שוה בשוה, וא"כ משמע דס"ל דלא חל חליפי שוה בשוה בקרקע, וצ"ב ביסוד המחלוקת בין הר"פ והרמב"ם.

ונראה דשאני פירות מקרקע בנוגע לקנין סודר, דפירות ראויים הם למעשה קנין סודר, כי בני מסירה ותפיסה הם דאפשר למוסרם ליד המקנה, והא דאינם קונים בחליפין הוא משום דאינם חפצא דסודר. אמנם בקנין שוה בשוה לא בעינן חפצא דסודר, ומשו"ה חל חליפין שוה בשוה בפירי. משא"כ קרקע דאינו בר תפיסה ומסירה ולא הוי איפוא ראוי למעשה קנין סודר. ולפי"ז י"ל דהרמב"ם סובר דקנין שוה בשוה חל מדין קנין סודר, ומשו"ה ס"ל דמועיל שוה בשוה בפירי, ואילו בקרקע ליכא חלות קנין שוה בשוה משום דקרקע אינו ראוי למסירה ולמעשה קנין סודר. ומאידך הר"פ סובר דקנין שוה בשוה הוא חלות שם קנין בפ"ע דאינו חל מדין קנין סודר, ומשו"ה ס"ל דחל גם בחליפי קרקע בקרקע.

והנה יל"ע בשיטת ר"פ דהא נמי פסק שאין מטבע נקנה בקנין שוה בשוה, וקשה דבשלמא אם קנין שוה בשוה חל מדין קנין סודר אזי י"ל דמכיון דמטבע מופקע לגמרי מקנין סודר, דהא אין מטבע קונה ונקנה בחליפין, משו"ה אין מטבע נקנה בקנין שוה בשוה. אך לפימש"נ דהר"פ ס"ל דקנין שוה בשוה הוי חלות שם קנין בפ"ע, ומשו"ה

סובר דקונה אף בחליפי קרקע בקרקע ואע"פ שאין קרקע נמסרת מיד ליד, צע"ק מדוע סובר דלא מהני קנין שוה בשוה במטבע. ועיין בר"פ שכתב וז"ל דאינו מועיל במטבע מפני דדעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטילה עכ"ל, ונראה דסובר דחסרה משו"ה בדעת המקנה להקנות את המטבע תחת המטבע שקיבל, ומשו"ה פסול אפילו לקנין שוה בשוה[196].

גמ'. בכלי אבל בפירי לא. הראשונים נחלקו בהגדרת חפצא דפירי דפסול לקנין חליפין. רש"י (בד"ה אבל בפירי) כתב וז"ל כל דבר שאינו כלי עכ"ל. אולם הרי"ף והר"י מגא"ש (עיין בשיטמ"ק דף מו:) כתבו דפירי הם דברים הנאכלים כגון בשר שור, ואילו דברים שאינם נאכלים כגון שור וחמור אינם פירי ועושין חליפין ככלים מפני שראויין לתשמיש. ובריטב"א כתב דדברים הנאכלים אינם קונים בחליפין משום דמתרקבים ואינם קיימים כמו נעל, וגם ביאר דחצי רימון הוי דבר שאינו מסוים ואינו קונה בחליפין משא"כ חצי כלי דקונה דראוי להיות כלי דלפעמים עושין מכלי קטן כלי גדול דאפשר לתקנו משא"כ בחצי רמון. ועיין בתוס' (דף מה: ד"ה אין) שכ' וז"ל דמטבע מקרי שפיר כלי שראוי לשקול בו משקולת ועוד שראוי לתלותו בצואר בתו עכ"ל. וסבורים שאף תשמיש צדדי משווה מטבע לכלי לענין חליפין.

והנה בדין טומאת כלים בעינן כלי מעשה (רמב"ם פ"ח מהל' כלים הל"א - ה') דהיינו שנגמר ועומד למלאכתו, שיש לו צורת כלי וגם שהבעלים כבר יחדוהו למלאכתו. ואילו בהגדרת חפצא דכלי במוקצה נחלקו האמוראים (במס' שבת דף קכג.) דאביי סובר דאע"פ דבעינן כלי מעשה עם יחוד בעלים היינו רק בטומאה, אך במוקצה בעינן רק צורת כלי בלבד ושיהיה ראוי לתשמיש, אע"פ שחסר יחוד בעלים. ועיין בגמ' שבת (מו.) בדין שרגא דנפטא דקיי"ל דיש נ"מ בין דין כלי בשבת לכלי בטומאה. ולכאורה מסתימת לשון רש"י כאן משמע קצת דליחשב כלי לענין קנין סודר בעינן דלהוי כלי הראוי לקבל טומאה דהיינו כלי מעשה[198]. משא"כ מתוס'[197] משמע דבעינן רק צורת כלי ושיהיה

[196] עדיין מחוסר ביאור מדוע חסרה דעת מקנה דמ"ש קנין שוה בשוה מקנין אחר. ויתכן דסובר הר"פ דמשום דצורתא עבידא דבטילה משו"ה המטבעות אינן שוה בשוה אע"פ דשווים בשוויותם בשוק.

[197] לעיל מה: ד"ה אין מטבע.

[198] עיין בשיעורים לקמן (דף מז.) ד"ה בכלי. ולפי"ז יל"ע בפשוטי כלי עץ שאינם מקבלים טומאה מהו דינם לענין קנין חליפין, ולכאורה תלוי בחקירה האם פשוטי כלי עץ אינם כלים כלל לענין טומאה משום שחסרה להם צורת כלים, דא"כ יתכן דה"ה לענין חליפין, או דהויין כלים אלא דאינם מקבלים טומאה, דלפי"ז חשיבי כלים לענין חליפין. אך פשיטא דכלי אבנים שאינם מקבלים טומאה מגזיה"כ, וכלים גמורים הם לענין מוקצה בשבת מועלים נמי לקנין חליפין מדין כלים, דהא יש להם צורת כלי ויחוד בעלים. ועיין ברשימות שעורים למס' סוכה דף ס"ז - ס"ח שרבינו זצ"ל חילק בין פשוטי כלי חרס דאינם כלים כלל מכיון דחסרה להם צורת כלי חרס לבין פשוטי כלי עץ דיש להם צורת כלי אלא דמ"מ אינם מקבלים טומאה.

ראוי למלאכה ואע"פ שהבעלים לא יחדוהו לאותה מלאכה, ומשו"ה ס"ל דמטבע ככלי לחליפין שראוי למלאכה בעלמא לשקול בו משקולת. ולפי"ז דין כלי בסודר דומה לדין כלי בשבת אליבא דאביי. והרי"ף ור"י מגא"ש ס"ל דבחליפין כל דבר הראוי לתשמיש הוי כלי ולא בעינן צורת כלי כלל, וכן היא נמי שיטת התוס' בדין שור וחמור, וכן היא שיטת הריטב"א הסובר דמועיל חצי כלי לסודר אע"פ שאין לו צורת כלי ולא בעינן יחוד בעלים לכלי מעשה כלל, אלא רק דבר הראוי למלאכה, ואפילו חצי כלי כשר מפני שיכולים לתקנו. ואילו הראשונים שחולקים על הריטב"א ס"ל דבעינן כלי הראוי עכשיו למלאכה ואינו מועיל כלי הזקוק לתיקון.

גמ'. כמאן כתבינן האידנא וכו'. יל"ע בדין שטר קנין שנכתב בקנין סודר דבעי בו נוסח מסוים מעין דין ספירת דברים בגט דמ"ש דינו משאר דיני שטרי קנין דלא בעינן בהו נוסח מסוים. ונראה דבקנין סודר חל דין דסתם קנין לכתיבה עומד (ב"ב דף מ.), וביאר הגר"ח זצ"ל דבקנין סודר הקנין חל מפאת הקנאה מדעת מקנה ולא מעצם מעשה הקנין, דמאחר דבקנין סודר ישנה דעת מקנה גמורה נכללת בה אף דעת מתחייב לכתוב שטר. ויתכן דמאחר שחלות קנין סודר תלוי בדעת המתחייב דשטר משום הכי תיקנו נוסח מדוייק באותו שטר כדי לפרט בו את מה דכשר לקנות בסודר ומה דפסול לקנות בו. ולפי"ז מבוארים דברי הרמב"ם (פ"ה מהל' מכירה ה"ח) שכתב וז"ל זה שכותבין בשטרות וקנינא מפלוני בכלי הכשר לקנות בו, בכלי להוציא פירות וכיוצא בהן, וכו' לקנות בו להוציא כליו של מוכר עכ"ל. ועיי"ש בראב"ד וז"ל למעוטי מטבע עכ"ל. ויוצא שבין הרמב"ם ובין הראב"ד ס"ל שיש דין לשון מדויק בנוסח השטר של קנין סודר. ויתכן דס"ל דמסירת השטר הויא חלק וגמר של חלות קנין סודר עצמו, ומשו"ה התקינו חז"ל לכתב בתוך השטר נוסח מדויק הכולל דיני קנין סודר מאחר שהשטר הוי חלק מהקנין. ונראה דהרמב"ם השמיט פסול מטבע מנוסח השטר משום דמטבע מופקע לגמרי מקנין סודר שאינו קונה ואינו נקנה בחליפין, והשטר מדייק רק בפסולי סודר שאינם קונים כגון פסול פירי. ולפי"ז צ"ל דהראב"ד סובר שהפסול דמטבע נכלל בנוסח השטר משום הדין הראשון דמטבע פסול לקנות בו. אלא דחל עוד דין אחר שאין מטבע נקנה ע"י סודר, ושני דינים הם, ומשו"ה פסול המטבע לקנות בו נכלל בנוסח השטר בהדי שאר פסולי סודר. ומאידך הרמב"ם סובר דרק חל דין אחד דהיינו דמטבע מופקע מקנין סודר לגמרי, ומשו"ה אין דין להזכירו בשטר.

דף מז:

גמ'. למעוטי איסורי הנאה.
יש לעיין ביסוד הפסול של איסורי הנאה בקנין סודר. ועיין ברשב"א (מס' שבועות דף לט. ד"ה ה"ג מה כלים) שכתב שכלי שאין בו שוה פרוטה כפי השיווי שבשוק נחשב לכלי שוה פרוטה מחמת שראוי לתשמיש, דהתשמיש תמיד יכול להיות שוה יותר משו"פ, ומה שראוי לתשמיש משווה ליה לכלי לחפצא דממון שו"פ. ומשו"ה קיי"ל דקונין קנין חליפין בכלי פחות משו"פ, דמאחר שראוי לתשמיש שוה פרוטה הכלי נחשב לחפצא של ממון ששוה פרוטה. ולפי"ז י"ל דמכיון דאסה"נ אינם ראויים לתשמיש כלל, אין בהם דין שו"פ ומשו"ה פסולים לקנין סודר.
ועוד נ"ל דקנין סודר חל בכלי פחות משו"פ משום דאע"פ דחסר לו השיעור דשו"פ מ"מ הוי חפצא דממון, משא"כ אסה"נ שאינו חפצא דממון כלל, דחלות שם אסה"נ מפקיע כל שיווי מהחפצא ואין בו חלות דין ממון, ומשו"ה אסה"נ פסול לקנין סודר. ואייה דאסה"נ אינם חפצא דממון כלל מהא דקיי"ל דמותר ליהנות מאסה"נ מדאורייתא שלא כדרך הנאתן, וא"כ אסה"נ ראויים לתשמיש ובמציאות יש להן שוויות דשו"פ, ומ"מ עפ"י דין אין לאסה"נ שוויות כלל, דחלות שם איסורי הנאה מפקיע מהן את כל שוויותם ואינם חפצא דממון כלל.
ובעיקר השאלה האם חל דין ממון בפחות משוה פרוטה או לא, עיין ברמב"ם (פ"א מהל' גניבה ה"ב) וז"ל אסור לגנוב כל שהוא דין תורה ואסור לגנוב דרך שחוק או לגנוב ע"מ להחזיר או ע"מ לשלם הכל שלא ירגיל עצמו בכך עכ"ל. ובמגיד משנה שם נקט דהאיסור לגנוב כל שהוא חל משום דקיי"ל חצי שיעור אסור מה"ת. ולפירושו צ"ע מדוע כלל הרמב"ם את ההלכה שאסור לגנוב כל שהוא - דאסור מדין חצי שיעור אסור מה"ת דחל בכהת"כ, ביחד עם האיסור של הגונב דרך שחוק או הגונב ע"מ לשלם האסורים לכאורה רק מדרבנן כדי "שלא ירגיל עצמו בכך". וביאר הגר"ח זצ"ל דבאמת דין פחות משו"פ אינו חל מדין חצי שיעור, דשיעור פרוטה אינו שיעור בחיוב אלא דהוי שיעור בעצם חלות שם ממון בחפצא, דפחות משו"פ אינו חפצא דממון כלל. חצי פרוטה חלוקה ביסוד דינה מחצי כזית חלב, דחצי כזית חלב הוי חפצא דחלב, דחל בו חלות שם ואיסור של חלב, ומה דבעי שיעור שלם דכזית הוא רק כדי להתחייב בקרבן ומלקות. משא"כ חצי פרוטה דאינה חפצא דממון כלל, דשיעור פרוטה אינו שיעור דחל רק בחיוב הגברא בלבד אלא הוי שיעור בחלות דין ממון דחל בחפצא. והגר"ח זצ"ל הביא ראייה לזה מהמשנה דחמש

פרוטות (לקמן דף נה.)[199] דכללה דין פרוטה במודה במקצת במעילה ובגזילה עם פדיון הקדש ובקידושין, ולכאורה בפדיון הקדש ובקידושין ליכא דין שיעור לענין חיוב, ואי שיעור פרוטה הוי שיעור בנוגע לחיוב צ"ע מדוע נכלל דין פרוטה בקידושין ובפדיון הקדש ביחד עם שאר ההלכות שבמשנה שם. ומוכח דשיעור פרוטה הוי הלכה בעצם חלות שם ממון, דחסר חפצא דממון אא"כ יש בו שוה פרוטה, ובקידושין ופדיון הקדש בעינן חפצא דממון, ומשו"ה נכללים הם בדין חמש פרוטות[200].

אולם אליבא דהגר"ח זצ"ל צ"ע למה כלי פחות משו"פ כשר לסודר ולא כלי שאסור בהנאה, דהרי תרווייהו אינם חפצא דממון. ונראה דשאני פחות מש"פ מאסה"נ משום דפחות מש"פ אע"פ שאינו חפצא דממון מ"מ יש בו שוויות כל שהיא, דעכ"פ פחות משו"פ חזי לאיצטרופי לשו"פ. משא"כ באסה"נ שאינו חפצא דממון ואף אין לו שוויות ולא חזי לאיצטרופי לשו"פ כלל. ומשו"ה כלי פחות משו"פ כשר לקנין סודר אבל כלי דאסור בהנאה פסול משום דאין לו שוויות כלל[201]. א"נ י"ל דאסה"נ אינו חשוב לכלי לענין קנין סודר, דכלי לקנין סודר צ"ל כלי הראוי לתשמיש כעין נעל, ואסה"נ אינו ראוי לתשמיש, ומשו"ה לגבי קנין סודר אינו נחשב לכלי. משא"כ כלי ששוה פחות משו"פ דראוי לתשמיש ומשו"ה הוי כלי לקנין סודר.

גמ'. אמר ר' יוחנן דבר תורה מעות קונות. עיין בקצות החשן (חו"מ קצ"ח ס"ק א') שהביא את מחלוקת הראשונים אליבא דר' יוחנן האם משיכה קונה במתנה, דשיטת התוס' היא דמשיכה קונה במתנה, ואילו הרמב"ן סובר דלא קונה משיכה במתנה דאין מתנה נקנית לר' יוחנן אלא בחליפין בקנין חצר או בקנין אגב. והקצות הקשה על שיטת הרמב"ן דהרי חצר משום יד איתרבאי (ב"מ דף י':) ואי קנין יד אינו חל במתנה אמאי חל בה קנין חצר, דהא חצר קונה מדין יד.

ובביאור מחלוקת הראשונים י"ל דלשיטת התוס' ר' יוחנן סובר דכל זמן שלא פרע הלוקח מקצת חובו, חסרה דעת המוכר להקנות את החפצא, ומשו"ה במתנה דלית בה פרעון אף קנינים אחרים קונים, דס"ל כסברת הסמ"ע (חו"מ ק"צ ס"ק א') דקנין מעות

[199] ועיין בשיעורים לקמן על אותה משנה.

[200] והא דאיתא בסנה' (דף נז.) דמשו"ה שאני גזל פחות משו"פ בישראל שפטור משא"כ בכותי דחייב, משום דישראל מוחל אפחות משו"פ, אינו ר"ל שמוחל במציאות גזילת ממון, אלא טעמא דקרא נקט, דמשו"ה אצל ישראל קבעה התורה דפחות משו"פ אינו ממון משום דדרכן של ישראל למחול אפחות משו"פ משא"כ אצל כותים. ומשו"ה בכל אופן אצל ישראל פחות משו"פ אינו ממון.

[201] ויש לבאר חילוק זה אף לפי שיטת הראב"ד (שלא כהגר"ח זצ"ל) דקנין סודר חל מדין קנין כסף, די"ל דכלי פחות משו"פ אינו ממון אך מ"מ מהווה "חפצא דכסף" דחזי לצטרופי לשו"פ, וקנין סודר חל עם חפצא דכסף אע"פ שאינו ממון. ואילו איסה"נ אינו "חפצא דכסף" דלא חזי לצטרופי.

חל מדין פרעון ותשלומין, ומשו"ה במכירה הפרעון מעכב קנינים אחרים שלא יחולו, משא"כ במתנה.

ומאידך הרמב"ן סובר דלר"י במקום שיש מקנה וקונה, בין במכירה ובין במתנה, קנינים שהקונה עושה לבדו אינם קונים מכיון דחסרה פעולת המקנה. ומשו"ה קניני משיכה יד והגבהה אינם קונים בהם. ורק קנינים שמשתתף בהם המקנה מועילים דהיינו קניני מעות חליפין ואגב. ונראה דהרמב"ן סובר שאף קנין חצר חל מפאת המקנה מדאמרינן בגמ' (לעיל יא ב) דאם חצר משומרת לדעת המקנה החצר קונה ואע"פ שאינה משומרת לדעת הקונה. ואע"פ דחצר קונה משום יד מ"מ חצר אינו דומה ליד, דבקנין יד הקנין חל מפאת הקונה לבדו, ואילו קנין חצר חל אף משום פעולת ודעת המקנה. ומשו"ה ר' יוחנן סובר דחל קנין חצר במכירה ובמתנה ואע"פ שקנין יד אינו חל. ולפי"ז י"ל דאף קנין מסירה חל במתנה לר' יוחנן דהרי משתתף בו המקנה ודומה לחליפין אגב וחצר דקונים אפילו לר' יוחנן. ואילו משיכה אינו קונה במתנה משום דאין בו השתתפות המקנה.

גמ'. כדרך שתקנו משיכה במוכרין כך תקנו משיכה בלקוחות. עיין ברי"ף ברמב"ן במלחמות ה' ובבעה"מ דנחלקו בדין החיטין דנשרפו לפני משיכה, דהרמב"ן והרי"ף סברי דבכה"ג ההפסד למוכר, ואילו הבעה"מ סובר דההפסד ללוקח. ולכאורה י"ל דפליגי בגדר התקנה דרבנן שהצריכו משיכה אחרי נתינת מעות, דהרי"ף סובר דרבנן הפקיעו את עצם חלות קנין המעות לגמרי, דהחיטין הן ברשות המוכר כל זמן שלא משכן הלוקח, ומשו"ה אונסן חל על המוכר. ומאידך הבעה"מ סובר שאף אחרי שהרבנן תיקנו דבעינן משיכה מ"מ קנין המעות חל אלא דלא הוי קנין גמור משום ששניהם יכולים לחזור בו. אולם זכות החזרה חלה רק כל זמן שהחיטין הן בעולם, ואילו כשהחיטין נשרפו ואינם בעולם תו אין חזרה, ומשו"ה הלוקח אינו יכול לחזור בו וחלה אחריות אונס השריפה על הלוקח.

בענין קנין מעות

א.

שיטת הרמב"ם בדין מעות קונות

עיין ברמב"ם (פ"ז מהל' מכירה הל"ג) שכתב וז"ל: הנותן דמי המטלטלין או מקצת הדמים וחזר בו הלוקח ואמר לו המוכר בוא וטול מעותיך הרי המעות אצלו כפקדון ואם נגנבו או אבדו אינו חייב באחריותן. אבל אם חזר בו המוכר הוי המעות ברשותו וחייב באחריותן. ואע"פ שחזר בו ואמר ללוקח בוא וטול את שלך, עד שיקבל עליו מי שפרע ויאמר לו אח"כ בו וטול את שלך עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל: אני לא ידעתי

מאין לו זה ההפרש בין שחזר בו הלוקח שהוא ש"ח לחזר בו המוכר שהוא חייב בגניבה ואבידה. והגאון לא הפריש בזה ומשמע בשניהם חייב באחריותה עד שיקבל עליו מי שפרע. וחיי ראשי יותר נ"ל כשהלוקח חוזר בו דהמוכר רצה המכר שיהא חייב באחריות שהרי המעות בע"כ יוצאות מידו, וכל זמן שלא קיבל הלוקח מי שפרע המעות עומדות באחריותו עכ"ל. וצ"ב ביסוד פלוגתתם.

ונראה דהנה כתב הרמב"ם (פ"ג מהל' מכירה ה"ו) וז"ל נמצאת אומר שאם נתן דמי המקח ונאנס קודם שיקחנו ואומר לו הלוקח תן לי מקחי או החזר לי את מעותי, ואע"פ שיש עדים שאבד באונס ולא היה במוכר כח להצילו ולא נתרשל בדבר הרי זה מחזיר את הדמים שהרי תקנו חכמים משיכה וכו' עכ"ל. וממש"כ "שהרי תקנו חכמים משיכה" משמע דמדרבנן מעות אינן קונות כלל ורק משיכה קונה. אמנם עיין עוד ברמב"ם (פ"ט מהל' תרומות ה"י) שכתב וז"ל יראה לי שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים אע"פ שעדיין לא משך הלוקח הרי זה אסור להאכילה תרומה שדין תורה מעות קונות וכו' ואם מכר ישראל לכהן אע"פ שנתן הדמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק דמעות קונות לחומרא, דאם מכר הכהן את פרתו לישראל בקנין מעות שוב אינה מאכילה תרומה, דלחומרא נקטינן דהישראל קנה את הפרה במעות ששילם, וס"ל דהרבנן לא ביטלו את חלות המכירה דאורייתא לגמרי, וצ"ע.

ולפי"ז יש לבאר את פסק הרמב"ם לגבי תרומה דפסק דלחומרא אמרינן דחל קנין במעות בלבד, דאם ישראל שילם לכהן מעות עבור פרתו, חל מקצת קנין ללוקח לענין מי שפרע, ומקצת הקנין שיש לו לישראל בפרת הכהן פוגם את קנין הכהן ומשו"ה הכהן אינו יכול להאכילה עוד תרומה, דכדי להאכיל את פרתו תרומה הפרה צ"ל קנין כספו לגמרי דהכהן והיכא שחל מקצת קנין לישראל בפרת הכהן תו אינו יכול להאכילה תרומה.

ובכך נמי מבוארים את דברי הרמב"ם הנ"ל (פ"ז מהל' מכירה ה"ג). ויעויין במגיד משנה ובכס"מ (שם) שדנו מהו גדר האחריות אליבא דהרמב"ם כשחזר בו המוכר. והנה הרי"ף פסק דחל אחריות אף באונסין גמורים (וכן הוא דעת הרמב"ן). והכס"מ הכריע שהרמב"ם נמי ס"ל כשיטת הרי"ף והרמב"ן משום שכתב "שהמעות ברשותו וחייב באחריותן" דמשמע שהמעות הן לגמרי ברשות המוכר וחייב גם באחריות דאונסין. ומזה נמי מוכח דחל מקצת קנין ע"י המעות ולכן חשיבי המעות ברשות המוכר וחייב באחריותן, דאי נימא דהרבנן ביטלו את קנין המעות לגמרי דלא קנו כלל קשה מדוע נכנסו המעות לרשות המוכר להיות חייב באונסים, אלא מוכח דחל מקצת קנין בחפצא

ע"י נתינת מעות ואפילו לאחר שתיקנו הרבנן דבעינן משיכה, ומשו"ה המעות דמי מקח הם דחייב המוכר באחריותן.

אמנם צ"ב מהו הנ"מ אליבא דהרמב"ם בין חזרת המוכר לבין חזרת הלוקח בדין אחריות המעות ובדין מי שפרע. ונראה דבקבלת מי שפרע המקח בטל לגמרי והמעות יוצאות מרשות המוכר לרשות הלוקח ואז חייב הלוקח באחריות המעות. אך לפני קבלת מי שפרע הדין חלוק, דכשהמוכר חוזר בו ועוד לא קיבל מי שפרע חזרתו לא חלה והמעות ברשותו הן וחייב באונסי המעות כאילו לא חזר בו, דהלוקח מעכב בחזרתו דטוען שאין למוכר רשות לחזור בו כל זמן שלא קיבל עליו מי שפרע בב"ד. ומאידך כשהלוקח חוזר בו והמוכר אומר טול את מעותיך המוכר מוחל על זכות העיכוב שלו, וכאילו אמר ללוקח שאינו צריך לקבל מי שפרע, והסכים שחזרת הלוקח תחול מיד ולכן אמר לו טול את מעותיך אף בלי קבלת מי שפרע, ומשו"ה המקח בטל מיד והמעות יוצאות מרשות המוכר לרשות הלוקח והמוכר פטור מאחריות האונסין (עיין במגיד משנה).

אולם יש ראשונים שסוברים דאחריות המעות המוטלת על המוכר אינה אלא לענין גניבה ואבידה בלבד וכדין שומר שכר. ונראה דחלוקים עם הרמב"ם וס"ל דהרבנן ביטלו את קנין המעות לגמרי, דאינו חל כלל, ומשו"ה המעות ברשות הלוקח לענין אונסין, אלא דחל חיוב שמירה על המוכר לשמור את המעות כל זמן שלא לקח הלוקח את מעותיו חזרה.

ובביאור שיטת הראב"ד בהשגות דס"ל דשיעור האחריות אינו אונסין אלא גניבה ואבידה, י"ל דס"ל דהרבנן ביטלו את חלות קנין המעות לגמרי, ויוצא שהמעות הן ברשות הלוקח שחייב באונסיהן, ואפילו אחרי שקיבלם המוכר. אך המוכר נעשה עליהן שומר שכר משום שהמעות ראויין הן להיות שלו כשהלוקח ימשוך את המקח. ובההיא הנאה נעשה המוכר ש"ש. ולכן כל זמן דליכא קבלת מי שפרע המקח מיתלי תלוי, דיתכן שיחול המקח עם משיכה, ויש הנאה שהמוכר הוי ש"ש עד שתחול חזרה מוחלטת בקבלת מי שפרע. והראב"ד סובר דכשהלוקח חוזר בו המוכר עדיין רוצה שיהא המקח קיים, ויש לו הנאה מהאפשרות דיחול המקח במשיכה ומשום כך הוי שומר שכר. משא"כ היכא שהמוכר חוזר בו דכלתה ההיא הנאה דהקנין יחול עם המשיכה ולכן פקע מיניה חיוב אחריות דשומר שכר והו"ל רק ש"ח.

ב.

שיטות הרי"ף והרמב"ן בדין מעות קונות

וכתב הרי"ף לסוגיין וז"ל: חזינן לרבינו האי גאון זצ"ל דכתב דאי בחזרת דמים שקלינן לאנפוקינון ולמעבד בהו מאי דבעי מחייב באחריותן דהוו להו כהלוואה גביה, אפילו א"ל למרייהו תא שקול זוזך ולא אתי ואיתניסו מיחייב בהו, ואע"ג דמשלם בעי לקבולי מי שפרע. ומילי בטעמא נינהו דודאי מאן דיהיב זוזי בזביני ולא יהיב להו אלא אדעתא דלית ליה גבי חבריה אלא ההוא זבינא בלחוד, הילכך קיימי הנהו זוזי ברשותיה דמזבנה דדיליה אינון ואית ליה לאנפוקינון בכל מאי דבעי כו' הילכך כל כמה דלא קביל עליה מוכר מי שפרע קמו זוזי ברשותיה אוי איתניסו איתניסו ליה עכ"ל. ונראה דאליבא דרבינו האי גאון והרי"ף קנין מעות חל בשעתו וזוזי המקח הויין לגמרי ברשות המוכר ושלו הם דכל זמן שלא קיבל עליו מי שפרע חייב הוא באחריותן ובאונסיהן ככל בעל זוזי דעלמא. וכשקבל עליו מי שפרע המקח בטל למפרע והמעות אינן של המוכר אלא של הלוקח ועכשיו הלוקח חייב באחריותן כבעלים.

ויעויין בחידושי הרמב"ן (דף מט. ד"ה ההוא גברא) דהאריך בדין זה ונבאר את דבריו קטע קטע:

וז"ל: ובתוספות ראיתי במס' עירובין[202] שהם סבורים להוכיח דמעות ביד המוכר קודם משיכה לא הוי הלוואה גביה ולא שואל נמי הוי עלייהו מדאמרינן לעיל נתנה לספר מעל והא בעי מימשך תספורת כו' ואי ס"ד מותר מוכר להשתמש בהן ולהוצאה יהבינהו ניהליה והוי שואל עלייהו או לוה כי לא הוציא נמי מעל כדאמרינן לעיל בפ' המפקיד (דף מד.) ואי אמרת אפילו נאנסו מאי איריא הוציא אפילו לא הוציא נמי עכ"ל, כלומר דלגבי הפקיד מעות אצל שולחני דאם מותרין הן ישתמש השולחני בהן, ואליבא דרב הונא השולחני חייב באונסין, ולכן אם גזבר הקדש נתן מעות של הקדש לשולחני הגזבר מעל, וקשה למה בקנין מעות אליבא דריש לקיש לא מעל הלוקח בנתינת המעות למוכר בלי משיכה. אלא מכאן מוכח דאסור למוכר להשתמש במעות.

בא"ד. וז"ל והם ז"ל סבורים דמותר הוא ודאי להשתמש בהם והוי שומר שכר עלייהו אבל נאנסו לא דקי"ל כרב נחמן (לעיל מד א) דאמר נאנסו לא ואליבא דידיה הוא דמסיעיה הכא לריש לקיש כו' עכ"ל. תוס' סוברים דקיי"ל כרב נחמן דהיתר השתמשות אינו מחייב השולחני באונסין, וה"ה דהיתר השתמשות דהמוכר במעות דהקנין אינו מחייב המוכר באונסי המעות. ותוס' משווים דין אחריות המעות לר' יוחנן לדין אחריות המעות לריש לקיש, דס"ל לתוס' דאליבא דר"י נמי קנין המעות אינו חל מדרבנן, ומשו"ה

[202] עיי"ש דף פא: וליתא בתוס' דידן.

המוכר אינו חייב באונסי המעות דעדיין ברשות הלוקח הן והמוכר אינו אלא שומר עליהן, ואע"פ שיש לו רשות השתמשות.

בא"ד. וז"ל ולי נראה כדברי הגאונים דודאי בתורת דמים הן בידו ומותר להתשמש בהם וכיון דשניהן על דעת כן עשו חייב באונסין הוא מעתה, ולא דמי למפקיד מעות לשולחני שאין שולחני רוצה בהם בשאלה עד דמתרמי ליה זבינתיה ויצטרך לאלו. ומיהו לענין מעילה בנותן דמים למ"ד משיכה מפורשת מן התורה כיון דיכול לוקח לחזור בו, ומכיון שחזר בו אסור הלה להשתמש בהם שעל דעת מקח הותר בהם מתחלה והרי חזר בו הלכך לא מעל עד שיוציא, כי ההיא דפ' השואל (דף צט.) דאמרינן ואי לאו דקנה אמאי מעל לפי טובת הנאה שבו, אבל מפקיד מעות מותרין לשולחני לרב הונא מתחילה הלואה הם, וכשהוא רוצה אותם ממנו, נותן לו אחרים וקיימי הני ברשות שולחני לחזרה וה"ה לאונסין כו' עכ"ל. הרמב"ן הבחין בין חיוב אונסין דשואל לבין חיוב אונסין דלוה. דשואל חייב באונסין מדין אחריות דשומר ולא מחמת קנין[203]. משא"כ לוה דחייב באונסין מחמת קנין. ונ"מ למעילה, דבמקום קנין מעילה חלה משעת הקנין, וזהו דינא דשולחני אליבא דרב הונא. משא"כ אליבא דריש לקיש דאע"פ דחלה רשות השתמשות וחיוב אונסין, מ"מ משום שיש אפשרות דחזרה ליכא מעילה. ונראה דהביאור בזה הוא דמעילה תלויה בחלות שם הוצאה מרשות הקדש, וכל זמן שיכולים לחזור בהם ולבטל רשות ההשתמשות עדיין ליכא חלות שם הוצאה מרשות הקדש, ומשו"ה מעילה אינה חלה ואפילו המעילה דטובת הנאה. משא"כ לוה דחל לו קנין דמשו"ה מועל, כי חלות הקנין מהוה הוצאה מרשות הקדש.

בא"ד. וז"ל עוד י"ל דלרי יוחנן כיון דמעות קונות אע"פ שאמרו יכול לחזור בו עד שימשוך כו' לענין אונסין דמעות אדינא דאורייתא מוקמינן להו וחייב בהן המוכר כדין תורה, והיינו דאמרינן דלר' יוחנן מעל משעת נתינת המעות, ואמאי והא בטלוה רבנן לקנית מעות וקיי"ל הפקר ב"ד הפקר אלא ש"מ לא תיקנו אלא שיחזור בו ומחזרה ואילך מתבטל מקח עכ"ל. כאן הבחין הרמב"ן בין ר' יוחנן לבין ר"ל דאליבא דר"י אפילו אחרי תקנת הרבנן מעות עדיין קונות דלא ביטלו הרבנן את חלות הקנין, אלא שהתקינו זכות חזרה, וכל זמן דלא חזרו בהם הקנין חל ומשו"ה לר' יוחנן חלה מעילה במעות מיד משעת הקנין, דכשיש חלות קנין זכות חזרה אינה מפקיעה מעילה. שלא כר"ל, דאליבא דר"ל ליכא קנין מעות אלא זכות השתמשות והנאה בעלמא, ומשו"ה לריש לקיש ליכא מעילה כל זמן דניתן לחזור בו דחסרה הוצאה מרשות הקדש.

[203] עיין ברשימות שיעורים לב"ק (דף יא.) תוס' ד"ה אין שמין.

ע"כ ענין קנין מעות

גמ'. ר"ש אומר כל שהכסף בידו על העליונה מוכר הוא דמצי הדר ביא לוקח לא מצי הדר בין, אי אמרת בשלמא מעות קונות משו"ה מוכר מצי הדר ביה לוקח לא מצי הדר ביה, אלא אי אמרת מעות אינן קונות לוקח נמי ליהדר ביה, אמר לך ר"ל אליבא דר"ש לא קאמינא כי קאמינא אליבא דרבנן אלא לר"י מאי איכא בין ר"ש לרבנן, איכא בינייהו דרב חסדא דאמר רב חסדא כדרך שתיקנו משיכה במוכרין כך תיקנו משיכה בלקוחות ר"ש לית ליה דרב חסדא רבנן אית להו דרב חסדא. ונראה לבאר את הגמרא - אליבא דריש לקיש הסובר מעות אינן קונות מדאורייתא, בהא פליגי ר"ש ורבנן, דר"ש סובר מעות קונות מדאורייתא וחז"ל תיקנו זכות חזרה למוכר אך לא ביטלו את עצם חלות הקנין, ואילו הלוקח אינו חוזר בו. מאידך הרבנן סוברים מעות אינן קונות כלל - לא מדאורייתא ולא מדרבנן - ובנתינת המעות חלה התחייבות בעלמא על המוכר והלוקח לקיים את דבריהם מפני חיוב מי שפרע, אך קנין לא חל בחפצא. ור' יוחנן סובר שמעות קונות מדאורייתא לכו"ע, ופליגי ר"ש ורבנן בזכות החזרה, דלר"ש זכות החזרה חלה רק למוכר, ורבנן סברי דללוקח נמי חלה זכות חזרה.

תוס' ד"ה אי אמרת. ז"ל ור"ת מפרש דאם נשרפו יכול הלוקח לחזור אפילו לר"ש וכו' ואפילו מי שפרע ליכא כיון דאיכא הפסד לגמרי וכו' ואפילו משום יוקרא וזולא יכול לחזור בו לוקח וכו' דאי לא תימא הכי מי שפרע בלוקח לית ליה עכ"ל. בביאור שיטת הר"ת נראה דס"ל דאם נשרפו החטין המקח בטל ממילא, ולא נתבטל מחמת מעשה החזרה דלוקח. ובזה חלוק נשרפו החטין מזולא, דבזולא הלוקח חוזר במעשה חזרה ומקבל מי שפרע. משא"כ בשריפה, דהרבנן תקנו דהקנין יתבטל מאליו, דתקנו תקנה בעד הלוקח שלא יפסיד מעותיו בשריפת החטין, ולכן אף בלי מעשה חזרה הקנין בטל ממילא, ומשו"ה לא חלה בכה"ג קללת מי שפרע דהלוקח לא ביטל את הקנין אלא הקנין נתבטל מאליו. ועיין ברמב"ן במלחמות ה' דהביא שיטה זו דליכא מי שפרע כשהלוקח חוזר בו כשאירע אונס, דחל מי שפרע רק כשחוזר בו מחמת זולא.

מלחמות ה'. וז"ל שחביריו של ר"ש חולקים עליו ואומרים שהשוו חכמים מדותיהם ואמרו ששניהם יכולין לחזור בהם, שכדרך שתקנו במוכר שיכול לחזור תקנו אף בלוקח וכ"ש שיטרח ויציל וכו' שהרי עיקר התקנה שיחזור בו המוכר בשביל שכספו ופירותיו בידו כדברי ר"ש ובהכי סגי לן דודאי טרח ומציל וכו' אלא אמרו שיחזור בו לוקח אלא להשוות מידותיהם וכו' עכ"ל.

ובביאור דבריו נראה דר"ל דתקנו רבנן זכות חזרה למוכר משום יוקרא כי הפירות והמעות בידו ומשו"ה ידו על העליונה לעקור את הקנין. אך הרבנן ס"ל דהוי תרתי דסתרי לומר שרק המוכר יכול לחזור בו ולא הלוקח מאחר דהקנין חל בשוה לשני הצדדים. ומשו"ה השוו את מידותיהם וקבעו דשניהם יכולים לחזור בו. ולפי"ז י"ל דאף לאחר התקנה עצם קנין המעות חל, אלא שיש למוכר וללוקח זכות לחזור בהם משום יוקרא וזולא, וכשנאנס יש זכות ללוקח לחזור בו.

מאידך הבעה"מ סובר שיכולים לחזור בהם רק כל זמן דהחפצא קיים בעולם דהמוכר מחזיר ללוקח את מעותיו והלוקח מחזיר לו את החפצא שקנה. ואילו אם נשרף אי אפשר להם לחזור מהקנין משום שהחפצא אינה קיימת בעולם להחזירו למוכר, ומשו"ה אין הלוקח חוזר בו.

ולולא דמסתפינא מדברי הרמב"ן, לכאורה היה נראה לבאר את שיטת הרי"ף באופן אחר, דס"ל דאליבא דהרבנן שניהם יכולים לחזור בהם משום דמדרבנן אין הקנין חל בכלל. ובנאנסו המוכר חייב לשלם, דמכיון דהקנין לא חל החפצא באחריותו.[204]

והנה מפורסמת המחלוקת שבין הסמ"ע והט"ז (חו"מ סימן ק"צ ס"ק א') בגדר חלות דין קנין מעות, דהסמ"ע סובר דקנין מעות חל מדין פרעון, ואילו הט"ז סובר דחל מדין מעשה קנין דעלמא. ויתכן לומר דבזה גופא ג"כ נחלקו ר"ש ורבנן, דלרבנן קנין מעות חל ממילא מדין פרעון, דע"י שפרע הלוקח למוכר את דמי החפץ ממילא חל הקנין ונעשה לבעל החפץ. ומאחר שקנין מעות חל ממילא ואינו חל מדין מעשה קנין דעלמא, סברי הרבנן דעקרו לגמרי את כל חלות הקנין מאחר שהוא חל ממילא. משא"כ ר"ש הסובר דקנין מעות חל מדין מעשה קנין ואינו חל מדין פרעון, ודומה איפוא לשאר חלותי קנינים דעלמא, ולכן לא עקרו הרבנן את חלות הקנין אלא תיקנו זכות חזרה רק למוכר לבדו.

ועוד יתכן לבאר שיטת הרי"ף דס"ל דהקנין חל ואעפ"כ שניהם יכולים לחזור בהם. ברם בנשרפו החטין המוכר חייב באחריות האונסין, בדומה לשואל וגנב שחייבין באחריות דאונסים, דרבנן תיקנו גם כאן שהמוכר יהיה חייב באחריות האונסים. ויוצא דלענין עצם הקנין החפצא הוי ממון של הלוקח משום דחל קנין מעות, אמנם מ"מ מכיון דהחפצא נמצא ברשותו של המוכר, משו"ה חייב המוכר באחריות האונסים. דדין המוכר דומה לדין גנב, דהחפצא הוי ממונו של הנגנב ונמצא ברשות הגנב וקיי"ל דהגנב חייב באונסים, וה"נ מכיון דהוי החפצא ברשות המוכר הריהו חייב באחריות דאונסים.[205]

[204] ויתכן דנפ"מ לענין לאו דבל יראה וב"י, כשקנו חמץ בפסח במעות דלפי"ד רבינו זצ"ל המוכר יעבור בב"י ואילו לפי שיטת הרמב"ן הלוקח יעבור בב"י.

[205] ולפי"ז י"ל דשניהם אינם יכולים להקדישו זה משום דאינו שלו וזה משום דאינו ברשותו וכדין גניבה.

דף מח.

רש"י ד"ה קאי. וז"ל ונ"מ לענין איסורא כגון אם קידש בו את האשה לר' יוחנן הוו קידושין דמדאורייתא קנייה ודידיה הוא, לר"ל לא הוו קידושין עכ"ל.
ומבואר דאליבא דרש"י אף לאחר תקנת הרבנן מעות קונות מדאורייתא לר' יוחנן וחלין הקידושין מה"ת, דרק תקנו זכות חזרה. מאידך הריטב"א כתב וז"ל ואינו מחוור, דכיון דמדרבנן אינן קונות הפקר ב"ד הפקר, ואף לר"י אינה מקודשת עכ"ל. הריטב"א סובר דחכמים הפקיעו את עצם חלות הקנין ולפיכך אינה מקודשת כי הקנין אינו חל.[206] ונראה דרש"י אזיל לשיטתו (דף מז: ד"ה כך) דאם נשרפו החטין בלי חזרה הוי האחריות דהלוקח משום דס"ל דהקנין חל אלא דאיכא זכות חזרה. משא"כ הריטב"א ס"ל כשיטת הרי"ף דהאחריות של המוכר משום שהקנין אינו חל. ברם מלשון דרב חסדא "כדרך שתקנו משיכה במוכרין כך תקנו משיכה בלקוחות" משמע שהקנין חל אלא שתקנו זכות חזרה כשיטת רש"י ודלא כהריטב"א. ועוד יש לדייק מלשון המשנה (לעיל מד א) "נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות יכול לחזור בו אבל אמרו מי שפרע מאנשי דור המבול וכו'", ומלשון המשנה "אבל אמרו וכו'" משמע דהקנין חל אלא דיש דין חזרה כשיטת רש"י ודלא כהריטב"א.
גמ'. דברים ואיכא בהדייהו מעות קאי באבל דברים וליכא בהדייהו מעות לא קאי באבל. וברש"י (ד"ה קאי באבל) כתב וז"ל משום דברים שבאו על כך לכלל מעשה עכ"ל. ויש לבארו בב' אופנים: א) דדברים בלי מעשה הויין דברים בעלמא, ואילו כשנתן מעות הדברים חזקים יותר ולכן חל מי שפרע. ב) י"ל שאם נתן מעות חל מקצת קנין ומשו"ה אינם דברים בעלמא, ואילו בדברים בלי נתינת מעות ליכא קנין ומשו"ה אם חוזר בו ליכא מי שפרע. ולפי זה אף ר"ל סובר שחל מקצת קנין במעות אלא דס"ל דניתן לעוקרו בחזרה ובקבלת מי שפרע.

בדין סיטומתא ומי שפרע

עיין בגמ' לקמן (דף עד.) "אמר רב פפי משמיה דרבא האי סיטומתא קניא, למאי הלכתא, רב חביבא אמר למקניא ממש, רבנן אמרי לקבולי עליה מי שפרע, והלכתא לקבולי עליה מי שפרע, ובאתרא דנהיגו למקני ממש קני". וצ"ב בהשייכות בין דין מי שפרע לדין סיטומתא.
ונראה לבאר דנחלקו הראשונים בהגדרת סיטומתא, דרש"י (שם) והרמב"ם (פ"ז מהל' מכירה ה"ו) ס"ל דהוי רושם שרושם הלוקח על המקח כדי שיהא סימן ידוע דהוי שלו.

[206] ועיין במחנה אפרים הל' מכירה קנין מעות סימן י"א.

אולם בשו"ע (חו"מ סימן ר"א סעיף ב') פסק דמדין סיטומתא קונים בכל דבר שנהגו התגרים לקנות בו כגון בתקיעת כף או במסירת המפתח.
והנה קנין מעות חלוק משאר הקנינים כי קנינים אחרים חלין מדין מעשה קנין ואילו קנין מעות אינו פועל כמעשה קנין, אלא דהמעות הן פרעון[207] וחלות הקנין חל ממילא. ולפי"ז י"ל דזהו הצד השוה שבין סיטומתא לבין קנין מעות, דבסיטומתא נמי ליכא מעשה קנין כפי שיש בשאר מעשי הקנינים דעלמא דאין המעשה דסיטומתא אלא מעשה בעלמא שהסכימו עליו התגרים, וא"כ י"ל דבסיטומתא נמי הקנין חל ממילא מחמת הסכמת התגרים, ודומה איפוא לדין מעות קונות דהקנין חל ממילא ולא ע"י מעשה הקנין, ומשו"ה בתרווייהו חל דין מי שפרע, דבלי מעשה קנין גמור התקינו שחל חלות קנין דעלמא דחל חלות מדין מי שפרע דיכולים לחזר בו, מדאינו חלות קנין גמור. ולפי"ז י"ל דזהו הביאור במה דבמקום שנהגו לקנות בו לגמרי קונה סיטומתא לגמרי, כלומר דבכה"ג התגרים התקינו שסיטומתא חל הוא מעשה קנין גמור, ומשו"ה קונה נמי קנין גמור ואינו יכול לחזור בו, כדין מעשה קנין דעלמא. משא"כ בשאר המקומות, דתיקנו שיחול סיטומתא כחלות קנין דממילא, ולכן הוא חל רק לענין מי שפרע בלבד בדומה לקנין מעות.

בענין מי שפרע בדבר שאינו ברשותו ובדבר שלא בא לעולם

א.

שיטת הר"י מגא"ש

עיין בשיטמ"ק שכתב בשם הר"י מגא"ש וז"ל מה שעלה על דעתך שאין חיוב מי שפרע חל אלא בדבר שהוא נקנה מה"ת במעות, ומשום גזרה שמא יאמרו לו נשרפו חטיך בעלייה הוא דלא קנה, אבל דבר שלא נתקיים בו המקח מה"ת במעות כמו מי שמכר דבר שאינו ברשותו וקבל בו המעות שאין חייב בו מי שפרע, אין הדבר כמו שעלה בדעתך, אלא חיוב מי שפרע חל ואפילו בדבר שאינו נקנה מה"ת. הלא תראה מה שאמרו בדרך קושיא על מי שאמר מעות אינן קונות וכו' ואי אמרת מעות אינן קונות אמאי קאי באבל וכו' עד דברים בלא מעות אין רוח חכמים נוחה הימנו, דברים ומעות קאי באבל אמרו. הנך רואה כי אפילו מאן דס"ל מעות אינן קונות אית ליה דחייב במי שפרע, דכוותה נמי לדברי האומר מעות קונות וכו' נחייב אותו ואפילו במה שאינו נקנה במעות, לפי מה שחייבנו אותו במי שפרע הוא מטעם שקבל המעות עם הדברים ל"ש היה הדבר ההוא ברשותו שאז קנו לו מעותיו מה"ת ל"ש לא היה ברשותו שלא קנו לו מעותיו מה"ת. אלא

[207] כדעת הסמ"ע חו"מ סי' ק"צ ס"ק א'.

שלא נחייב מי שפרע למי שמכר מה שאינו ברשותו מטעם שקבל המעות אלא אם קנה אח"כ אותו הדבר שמכר אותו ובא לרשותו יכול הוא להשלים דברו אם ירצה שאז נחייב אותו במי שפרע לפי שמכיון שקנה הדבר ההוא ובא לרשותו חל עליו מדרך האמונה וצידוק הדיבור להשלים דיבורו ולתת הדבר ההוא להקונה, ואם לא עמד בדיבורו נחייב אותו במי שפרע וכו' עכ"ל.

ומבואר דשיטת הר"י מגא"ש היא דחל מי שפרע בהקנאת דבר שאינו ברשותו, דהיינו דחייב לקיים את דברו לכשיבא הדבר לרשותו, דאע"פ דאין קנין חל בדבר שאינו ברשותו מ"מ חל מי שפרע אם חוזר בו משום דחייב לקיים את דברו. והר"י מגא"ש הביא בשם ר' נסים גאון דסובר שהמוכר חייב לקיים את דברו ולחפש בשוק את החפצא שהבטיח למכור, ואילו הר"י מגא"ש חולק עליו וס"ל דחייב רק ליתן את החפצא לכשיגיע לרשותו אך אינו חייב לחפש אחריו. ובפשטות י"ל דהר"י מגא"ש סובר דיסוד הדין דמי שפרע הוא שחייב לקיים את דיבורו ומשו"ה חל אף במקום שאין חלות קנין, ולכן חל בדבר שאינו ברשותו, אלא דא"כ צע"ק דלמה אינו חייב לקיים את דברו ולחפש אחרי החפצא. ויתכן לומר דס"ל לר"י מגא"ש דיסוד הדין דמי שפרע חל ע"י מקצת קנין, ואפילו בדבר שאינו ברשותו חל מקצת הקנין לחייבו במי שפרע. ואילו לפי רב נסים גאון דין מי שפרע חל משום חיוב האמנת דברים ולכן סובר דהמוכר חייב גם לחפש אחרי החפצא שהבטיח למכור. ומאידך לפי הר"י מגא"ש מי שפרע הוי חלות קנין דחל אחרי שבא החפץ לרשות המוכר. ונראה דיש לדמות שיטת הר"י מגא"ש לשיטת רב הונא (לקמן דף סו:) הסובר דמוכר פירות דקל שלא באו לעולם קנה, ואילו עד שלא באו לעולם יכול לחזור בו. דאף דחל קנין בדבר שלא בא לעולם מ"מ אין הקנין חל אלא אחרי שבא לעולם לרשות המקנה. ובדומה לזה סובר הר"י מגא"ש דחל קנין בדבר שאינו ברשותו לאחר שיבא לרשותו מדין מי שפרע. ומ"מ ליכא התחייבות גברא לחפש אחרי החפצא כדי להאמין את דבריו.

ב.

שיטת הרמב"ם

והנה כתב הרמב"ם (פכ"ב מהל' מכירה ה"א - ה"ה) וז"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכו' לא קנה כלום וכו' המוכר פירות דקל לחבירו יכול לחזור בו אף לאחר שבאו הפירות לעולם וכו' וכל החוזר בו משניהם אין חייב לקבל מי שפרע. אבל הפוסק על שער שבשוק ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות מוכר חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק ואם חזר מקבל מי שפרע וכו' דבר שאינו ברשותו של מקנה אינו נקנה והרי

הוא כדבר שלא בא לעולם וכו' לא קנה כלום וכו' עכ"ל. ומשמע שהרמב"ם מחלק בין דבר שאינו ברשותו לבין דבר שאינו בעולם, שאם מכר דבר שאינו ברשותו חייב המוכר לקנותו ולתתו ללוקח, ואם חוזר בו מקבל מי שפרע, וכשיטת רבנו נסים גאון. ומאידך בדבר שאינו בעולם סובר שאינו חייב לקיים את דברו כלל ואפילו כשיבא לעולם, ואם חוזר בו ליכא מי שפרע. וצ"ע בזה דאם הרמב"ם ס"ל דיסוד ההלכה דמי שפרע הוא חיוב האמנת דבריו (וכמש"ב בשיטת רב נסים גאון) א"כ מ"ש דבר שלא בא לעולם מדבר שאינו ברשותו, דלכאורה בתרווייהו צ"ל מי שפרע. ומשמע דהרמב"ם סובר דמי שפרע חל מדין מקצת קנין, וס"ל דבדבר שאינו ברשותו חל מקצת קנין, דהיינו דחל קנין של התחייבות על המוכר להקנות את החפץ ההוא ללוקח, ומשו"ה חייב הוא להשיג ולקנות את החפץ ולתתו ללוקח. ודומה לשעבוד הגוף המהוה חיוב ממון דחל על הלוה לשלם החוב למלוה, דה"ה דחל שעבוד הגוף על הגברא לקנות ולהקנות את החפץ שאינו ברשותו ללוקח. משא"כ בדבר שאינו בעולם דלא חל מחמתו שום קנין כלל, ואף קנין התחייבות דהגברא לא חלה, ולכן בדבר שלא בא לעולם ליכא דין מי שפרע, דא"א לו לגברא להתחייב בחיוב ממון על דבר שלא בא לעולם. ויוצא דלהרמב"ם אפשר לגברא להתחייב בגופו התחייבות ממון על חפצא שאינו ברשותו לתתו לאדם שני, ובתנאי דהחפצא ישנו בעולם, דעל דבר שאינו ברשותו חלה התחייבות, אך א"א לגברא להתחייב בשעבוד ממון על דבר שאינו בעולם כלל.

ג.

מחלוקת הרי"ף הר"ן בדין מי שפרע במנה אין כאן משכון אין כאן

והנה הר"ן (עיין בשיטמ"ק) כתב וז"ל וכתב הרי"ף ז"ל בהלכות דאפילו דברים ומשכון לא קאי באבל, והביא ראייה מדאמרינן בפ"ק דקידושין בני רב הונא זבין אמתא בפריטי אותיבו נסכא עלויה, לסוף אייקור אמתא, אתא לקמיה דרב אמי א"ל פריטי אין כאן נסכא אין כאן, ולא א"ל דליקבלו מי שפרע. ואין זו ראייה דהתם דינא קאמר ליה דיכול לחזור בו אבל לעולם מקבל עליה מי שפרע וכו' עכ"ל. הרי"ף והר"ן חלוקים בדין מנה אין כאן משכון אין כאן (קידושין ח א) דלרי"ף ליכא מי שפרע, ואילו לר"ן חל דין מי שפרע. ובביאור פלוגתתם נראה דאם מי שפרע חל מדין קנין, אזי מכיון דבמנה אין כאן משכון אין כאן ליכא מעשה וחלות קנין ליכא מי שפרע, וזוהי שיטת הרי"ף. מאידך אם מי שפרע חל מדין חיוב האמנת דברים בלי חלות קנין י"ל דחל מי שפרע אף במנה אין כאן משכון אין כאן כשיטת הר"ן.

והנה יש לעיין מהי שיטת הר"י מגא"ש במנה אין כאן משכון אין כאן לענין מי שפרע. ולכאורה י"ל דזה תלוי בב' פירושים הנ"ל בביאור שיטת הר"י מגא"ש, האם חל מי שפרע מדין קנין או מדין האמנת דברים. אך נראה דאף אי נימא דמי שפרע חל מדין האמנת דברים יתכן לחלוק על שיטת הר"ן במנה אין כאן משכון אין כאן, די"ל דבעלמא כשהלוקח מקנה מעותיו להמוכר אע"פ דלא קנה מ"מ הנתינה חלה לחייב את המוכר בהאמנת דבריו. משא"כ בציור דמנה אין כאן משכון אין כאן, דלא הקנה הלוקח כלום למקנה - מכיון דהמשכון לא חל ואינו נקנה להמקנה, ומשו"ה י"ל דמאחר דחסרה הקנאת מעות למקנה משו"ה לא חלה עליו חובת האמנת דברים ודין מי שפרע. ואילו הר"ן סובר דעצם מעשה נתינת מעות בעלמא נמי מחייבת המקנה בחיוב האמנת דבריו ובמי שפרע. וכן משמע קצת מלשון רש"י (ד"ה קאי באבל) וז"ל משום דברים שבאו על כך לכלל מעשה עכ"ל.

ד.

שיטת הרמב"ם בהתחייבות להקדיש דבר שלא בא לעולם

בקיניני ממון דעלמא סובר הרמב"ם דלא חלה התחייבות על דבר שלא בא לעולם, ולא חל עליו נמי מי שפרע (וכדנתבאר לעיל אות ב'). אולם עיין ברמב"ם (פ"ו מהל' ערכין הל' ל"א - ל"ג) שכתב וז"ל יראה לי שאע"פ שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם, אם אמר הרי עלי להקדישו הרי זה חייב להקדישו כשיבא לעולם משום נדרו. ואם לא הקדיש הרי זה עובר משום בל תאחר ולא יחל דברו ומשום ככל היוצא מפיו יעשה כשאר הנדרים. כיצד האומר הרי עלי להקדיש כל שתעלה מצודתי מן הים, הרי עלי ליתן לעניים פירות שתוציא שדה זו, הרי עלי להחרים או ליתן לשבוים כל שאשתכר בשנה זו וכל כיוצא במאמרים אלו הרי זה חייב ליתן ולעשות בהן מה שאמר כשיבאו לידו, וזה וכיוצא בו בכלל הנדרים הוא לא בכלל הקדשות. ראיה לדבר זה מה שאמר יעקב אבינו וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך, ונאמר אשר נדרת לי שם נדר. והרי האומר לא אפטר מן העולם עד שאהיה נזיר חייב לנהוג בנזירות ואע"פ שעדיין לא נדר בנזיר, הואיל ואמר שידור בנזיר חייב להנזר וזה וכיוצא בו, וכזה ראוי לדון עכ"ל. ועיין עוד ברמב"ם (פ"כב מהל' מכירה ה"טו - י"ז) שכתב וז"ל דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו, שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית או יהיה אסור עלי או אתננו לצדקה אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם הרי זה חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה, והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים זכו בהן העניים. יש גאונים שחולקים על דבר זה ואומרים

שאין העניים זוכין אלא בדברים שההדיוט קונה בהן, ולפיכך לא יזכו בדבר שלא בא לעולם. ואין דעתי נוטה לדברים אלו שאין אדם מצווה להקנות והוא מצווה לקיים דבריו בצדקה או בהקדש כמו שהוא מצווה לקיים הנדר כמו שביארנו בהלכות ערכין עכ"ל. וצ"ב מדוע הרמב"ם הביא את ההלכה שהנודר להקדיש או ליתן לעניים דבר שלא בא לעולם חייב לקיים את דברו פעמיים בין בהל' ערכין ובין בהל' מכירה.

ונראה דהמב"ם סובר דיש שני דינים במי שמתחייב לתת להקדש או לצדקה דבר שלא בא לעולם: א) דין של חיוב נדר דהיינו חובת מצוה ואיסורין, ב) דין של חיוב והשתעבדות ממון שניתן לגביית ב"ד. ונראה דבהל' ערכין הביא הרמב"ם הדין של מצות נדר, וכפי שמדוייק בלשונו שם שמביא מצות ואיסורים דהפלאה. מאידך בהל' מכירה מיירי מדין השתעבדות ממון. ושיטת הרמב"ם היא שהדיוט אינו יכול להשתעבד להדיוט על דבר שלא בא לעולם. ועיין בתוס' במס' כתובות (דף נד: ד"ה אע"פ) וז"ל תימה דעכשיו נהגו שהכותב חתן לכלה מאה ליטרין אע"פ שאין לו שוה פרוטה, דבשלמא כשיש לו הוא משעבד נכסיו לזה החוב וכו' אבל אותו שאין לו היאך ישתעבד נכסיו שיקנה אחרי כן כיון שלא נתחייב לה היינו דבר שלא בא לעולם, ושאל ר"י לרבי אליהו והשיב לו וכו' אע"פ שאין מקנה לו שום נכסים אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה ולכשיהיו לו נכסים חל שעבודו מעתה, ואין זה קנין דברים בעלמא, דקנין דברים לא הוי אלא כההוא דריש בבא בתרא (ג.) שקנו מידם לחלוק חצר שאין בה דין חלוקה, אבל מה שמשעבד גופו להתחייב לדבר זה משתעבד, ואין זה קנין דברים, עכ"ל. ומבואר דשיטת התוס' היא דיכול לשעבד גופו בהתחייבות ממון אפילו על חפצא שאין לו בשעת ההתחייבות. אמנם הרמב"ם מחלק בין המתחייב לשלם ממון לחבירו ובין המתחייב ליתן דבר שבעין לחבירו. דהמתחייב ממון לחבירו חייב אף שאין בידו עכשיו ממון לשלם (עיין נמי ברמב"ם פ"י מהל' אישות ה"ז), אבל אין אדם מתחייב ליתן לחבירו דבר שבעין שאינו בעולם (פכ"ב מהל' מכירה ה"א - ב, וה"ה), והיינו לגבי הדיוט. אולם המתחייב לתת להקדש ולצדקה דבר שבעין שאינו בעולם חייב. והרמב"ם מבאר דיסוד החילוק שבזה הוא דבהקדש וצדקה עיקר המחייב הוא חלות הנדר ומצות הפלאה. דמאחר שחל הנדר דהרי עלי לתת להקדש או לצדקה דבר שאינו בעולם דהוי חלות מצות הפלאה (וכדפסק בהל' ערכין), חל נמי חיוב ממון לתת את הבעין להקדש או לצדקה, (וזהו יסוד ההלכה שהביא בהל' מכירה).

ויש להביא ראייה דהרמב"ם סובר דחלין ב' דינים - דין הפלאה ודין חיוב ממון, דבהל' מכירה כתב הרמב"ם דיש גאונים שחולקים וס"ל שאין העניים זוכים בדבר שלא בא

לעולם, ודינם כדין הדיוט. ואילו בהל' ערכין אין הרמב"ם מזכיר שיש גאונים שחולקים בדבר זה. ומשמע דהגאונים אינם חולקים על מה שפסק הרמב"ם בהל' ערכין דס"ל דחלה מצות נדר בדבר שלא בא לעולם, ורק נחלקו עמש"כ בהל' מכירה דחל נמי חיוב ממון וקנין ממון בדבר שלא בא לעולם. ולפי"ז מדוקדק לשון הרמב"ם, דבהל' ערכין כתב שהנודר נדר "הרי עלי להקדישו", ואילו בהל' מכירה כתב שאמר הנודר "יהיה הקדש". דבהל' ערכין מיירי לענין חיוב נדר ומצות הפלאה, ומשו"ה נקט לשון נדר דעלמא שנדר להקדיש דבר בעתיד (והוי נדר לעשות נדר גבוה שחל, עיין בתוס' נדרים ג ב ד"ה מיירי). משא"כ בהל' מכירה מיירי לענין חלות שעבוד ממון וקנין ממון ומשו"ה נקט לשון של הקדש ממש דחל חלות קנין וחיוב ממון.

והנה התרגום בפרשת מטות (במדבר ל: ג) עה"פ איש כי ידר נדר לה' או השבע שבועה וגו' כתב וז"ל גבר ארי ידר נדר קדם ה' או יקיים קיים עכ"ל. ומבואר דמתרגם נדר - נדר, ושבועה - קיים, ועיין עוד בתרגום (בראשית כד: ג), דמתרגם "ואשביעך בה'" - "ואקים לך", ועיין (דברים כג: כ"ב - כ"ו) דמתרגם לשון נדר שבפסוקים "כי תדר" - נדר. אולם בפרשת ויצא כשנדר יעקב אבינו נדר לה' "וידר יעקב נדר וגו' עשר אעשרנו לך" התרגום מתרגם "וקיים יעקב קים". וצ"ע דמשמע דס"ל לתרגום דיעקב אבינו נשבע שבועה, וצ"ע מדוע לא פירש כפשטיה דקרא דנדר נדר לה'. ונראה דהוקשה לתרגום היאך נדר יעקב אבינו נדר בקום ועשה על דבר שלא בא לעולם, ומשו"ה פירש דמיירי דנשבע שבועה, דחל חיוב על הגברא וחל שבועה אף בדבר שלא בא לעולם, משא"כ נדר דחל על החפצא דאינו חל בדבר שלא בא לעולם. ולפי"ז מבואר שהתרגום חולק על הרמב"ם שסובר שנדר בקום ועשה חל על דבר שלא בא לעולם, ואילו התרגום סובר שאינו חל. ומסתבר שלדעת התרגום חל נדר בקום ועשה משום שהנדר קובע שעבודי ממון וכמש"כ הרמב"ן (ריש פרשת מטות) ולפיכך אינו חל בדבר שלא בא לעולם הואיל והיא התחייבות הגברא על נתינת דבר בעין בלי שעבודי נכסים.[208]

ולפימש"נ מבואר דאליבא דהרמב"ם חל דין ממון בנדרי צדקה, אך חלות ממון זו תלויה בחלות הנדר דמחמת חלות הנדר ומצות ההפלאה חל נמי חיוב ממון. והנה הרמב"ן (ריש פרשת מטות) הקשה דאם נדרים חלים רק על חפצא היאך חל נדר דהרי עלי קרבן, ותירץ וז"ל שאמירתו לגבוה נתחייבו בו נכסיו כמסירתו להדיוט עכ"ל. ונראה דר"ל דמכיון שחלה השתעבודות ממון בחפצא דנכסיו אזי חל נמי הנדר מדין מצוה והפלאה. ומבואר

[208] ורבנו זצ"ל אמר דלכאורה י"ל לשיטת התרגום האם שבועת יעקב אבינו חלה מדין שבועת ביטוי בעלמא או"ד דס"ל ששבועה לצדקה חלה מדין גבוה ונ"מ לענין בל תאחר, וצ"ע.

דהרמב"ן סובר דמדין אמריתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי חל שעבוד ממון וקנין ממון לגבוה ומחמת השעבוד וקנין ממון חל נמי חלות חיוב נדר. ולכאורה שיטתו הפוכה משיטת הרמב"ם הסובר דבראשונה חל חלות נדר ומחמתו חל חיוב וקנין ממון, וכמש"נ. ונראה דהרמב"ן סובר דיסוד חלות קנין ממון שחל באמירתו לגבוה חל מדין דעת מקנה, והוי חלות הקנאה מדעת בדומה לחלות קנין דדברים הנקנין באמירה (וכדביאר הגר"ח זצ"ל). מאידך הרמב"ם סובר דחלות הנדר מחילה את השעבוד וקנין הממון.[209]

ע"כ ענין מי שפרע בדבר שאינו ברשותו ובדשלב"ל

בענין שבועת הפקדון

גמ'. אמר רב חסדא כגון שיחד לו כלי להלואתו וכו' לאו משום דמחסרא משיכה וכו' הב"ע כגון שנטלו הימנו וחזרו והפקידו אצלו וכו'.

א.

ביאור מחלוקת הראשונים אם חיוב שבועת הפקדון תלוי ביחוד כלי או לא

ובפשטות מבואר מהגמ' דכדי להתחייב בשבועת הפקדון בעינן יחוד כלי, וכן כתב רש"י (ד"ה תשומת יד וד"ה שיחד), וכן כתבו התוס' (בד"ה תשומת יד). אך הרמב"ן (מובא בשיטמ"ק ד"ה כגון שייחד לו כלי) חולק ע"ז שכתב וז"ל עוד נ"ל לפרש דקרבן שבועה לעולם חייב, והכא להכי אוקמה רב חסדא כגון שייחד לו כלי להלואתו ולעשקו משום דכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל או את העושק אשר עשק ומשמע הידוע, לומר שנתייחד והדר בעיניה, דאי בהלואה גרידא ובשכר שכיר גרידא הא לא משלם המלוה ממש שהלוהו דלהוצאה נתנה, אלא ודאי כגון שייחד לו כלו לעשקו, והיינו דקאמרינן ואלו תשומת יד שיירה, לאו משום דכיון דלא משך לא קנה הכלי שייחד לו להלוואתו ולא קרינן ביה והשיב את הגזילה וכו', וזה מדבר ר"ח ז"ל למדתיה שכתב מדחזינן דאזהר רחמנא להשיב הגזל והעושק והפקדון וכו' ש"מ דכיון דלא משך להההוא כלי לא קנאו ולפיכך לא חייבתו התורה להחזירו למלוה וכו' עכ"ל. ומבואר דלפי הר"ח והרמב"ן חיוב שבועת הפקדון חל בכפירת המלוה עצמה אף בלי יחוד כלי, ודין יחוד כלי חל כדי לחייבו בהשבת הכלי מדין והשיב את הגזלה אשר גזל, דגזילת הכלי הוי גזילת בעין ומחייבת השבה. משא"כ בכפירת מלוה דעלמא דחל חלות חיוב ממון לשלם את החוב אשר כפר בו, וליכא חפצא דגזילה דחייב להשיבו.

ובביאור מחלוקת הראשונים נראה דפליגי ביסוד המחייב דשבועת הפקדון, דאליבא דרש"י והתוס' המחייב הוא חלות גזילת חפצא, ומשו"ה ס"ל דבעינן יחוד כלי שכפר

[209] וע"ע למעלה בשיעורים (דף מו:) ד"ה בענין קנין דחל מדין דעת מקנה ודעת קונה אותיות ב' - ד'.

בו וגזלו דאזי איכא חפצא דגזילה, דרק חפצא דגזילה מחייבת שבועת הפקדון. מאידך הרמב"ן והר"ח ס"ל דהמחייב דשבוה"פ הוי איסור גזילה עם איסור שבועת שקר, דמכיון דחלין איסורי גזילה ושבועת שקר בכפירת שעבודי מלוה משו"ה חל חיוב שבועת הפקדון אף בכפירת מלוה. והדין דבעינן יחוד כלי דין הוא בחיוב השבת הבעין - דרק ביחוד כלי חל חיוב השבת הכלי הבעין, ואילו בכפירת מלוה בלי יחוד כלי לא חל חיוב השבת הבעין, דחל רק חיוב לשלם את דמי המלוה בעלמא כבכל חוב דעלמא.

ב.

שיטת הרמב"ם ביסוד המחייב דשבועת הפקדון

והנה הרמב"ם (פ"ז ופ"ח מהל' שבועות) השמיט את הדין דבעינן יחוד כלי בחיוב שבועת הפקדון, ומשמע דס"ל כשיטת הרמב"ן דהמחייב דשבועת הפקדון הוי איסורי גזילה ושבועת שקר בלי חלות גזילת חפצא, דכפירת חוב בעלמא מחייבת שבועת הפקדון.

ונראה דהרמב"ם אזיל לשיטתו דפסק (בפ"א מהל' שבועות ה"ח) וז"ל שבועת הפקדון כיצד כל מי שיש ממון חבירו בידו בין פקדון בין מלוה או שגזלו או עשקו או מצא לו אבדה ולא החזירה וכיוצא בזה ותבע ממנו ממון שיש לו בידו וכפר בו הרי זה עובר בלא תעשה שנאמר לא תכחשו זו אזהרה לכפירת ממון ואין לוקין על לאו זה. ואם נשבע לו על שקר על ממון שכפר בו הרי זה עובר בלאו אחר ועל זה נאמר ולא תשקרו איש בעמיתו זו אזהרה לנשבע על כפירת ממון, ושבועה זו היא הנקראת שבועת הפקדון עכ"ל. ומשמע דאע"פ שהכופר בפקדון הו"ל גזלן ועובר על הלאו דלא תעשוק וגו' וכמש"כ הרמב"ם (פ"א מהל' גזילה ה"ד ועיי"ש במגיד משנה ובגמ' לקמן דף קיא.), מ"מ איסורי גזילה ועושק אינם עיקר המחייב דחיוב שבועת הפקדון, אלא עיקר המחייב דשבוה"פ הויין הלאווין דלא תכחשו ולא תשקרו, דעיקר המחייב אינה חלות דין גזילה אלא שבועת שקר שיש בה הפסד וכפירת ממון. ולפיכך הרמב"ם מחייב שבועת הפקדון בכפירת מלוה ועושק בעלמא בלי גזילת חפצא. ואילו רש"י והתוס' ס"ל דבעינן גזילת חפצא לחייב שבועת הפקדון, דס"ל דעיקר המחייב דשבועה"פ הוא איסור גזילה וחל איסור גזילה גמור בגזילת חפצא המחייב במצות השבה.

ויש להוסיף דהרמב"ם לשיטתו בפ"א מהל' גזילה (ה"א) דהגוזל ממון משלם ואינו לוקה. וביארו התוס' (מכות דף טז. ד"ה התם) דאינו לוקה משום דהו"ל לאו הניתק לעשה דמקיים מצות השבת הגזילה בהשבת החפצא שגזל ואם החפצא נאבד מקיים את מצות השבה בתשלומין, דבכל אופן הרי הוא מקיים מצות השבת הגזילה. ואילו הרמב"ם חולק על תוס' וסובר שאינו מקיים מצות השבת הגזילה אלא בהשבת החפצא וכדפסק

(שם) וז"ל כל הגוזל את חבירו שוה פרוטה עובר בלא תעשה שנאמר לא תגזול, אין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל זו מצות עשה. ואפילו שרף הגזילה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמיה וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו עכ"ל. ומהא שהוצרך הרמב"ם לומר דבאופן ששרף הבעין וחייב בתשלומין אינו לוקה מטעם דהוי לאו הניתן לתשלומין ולא נקט דפטור ממלקות משום דהו"ל לאו הניתק לעשה מוכח שהרמב"ם סובר שאינו מקיים מצות השבת גזילה אלא בהשבת הבעין ולא ע"י תשלומין. ולפי"ז נראה דבכופר במלוה בלי יחוד כלי דליכא חפצא דגזילה לא חלה מצות השבה, משא"כ כשייחד כלי להלוואתו וכפר בה דחלה גזילה בחפצא ונתחייב במצות השבה. והרמב"ם סובר דחייב שבוה"פ בהכופר במלוה בלי יחוד כלי כי סובר דהמחייב דשבוה"פ הוא שבועת שקר עם מעשה גזילה והפסד ממון בעלמא בלי חלות גזילה בהחפצא ובלי חיוב השבת גזילה.

אמנם צע"ק בשיטת הרמב"ם דאי ס"ל דהמחייב דשבוה"פ הוי שבועת שקר שיש בה הפסד ממון צ"ע מדוע פסק דליכא חיוב שבועה"פ בכפירת קרקע, והרי נשבע לשקר והפסיד את הבעלים ממון, ואע"פ דקיי"ל דקרקע אינה נגזלת מ"מ הו"ל לחייב הכופר בקרקע בשבוה"פ דאע"פ דליכא חלות גזילה וחיוב השבת גזילה בגזילת קרקע מ"מ יש מעשה גזילה עם הפסד ממון ואיסור גזילה. ונראה דהרמב"ם עצמו ביאר טעמו דכתב (פ"ז מהל' שבועות ה"ג - ה"ד) וז"ל וכן אם תבעו בקרקע או בעבד או בשטר וכפר ונשבע פטור משבוה"פ וכו' ולמה נפטר משבועה"פ והרי זה אילו הודה חייב היה ומשלם מה שכפר, לפי שנאמר בפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק את עמיתו או מצא אבדה, הכל מטלטלין שאם יודה בהן יוציא ממון מתחת ידו, יצאו קרקעות שאינן מטלטלין והרי הן לפניי בעליהן ובחזקתן, ויצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, ויצאו שטרות שאין גופן ממון עכ"ל. ונראה דמדוייק ברמב"ם דהפטור דקרקע אינו גזה"כ בעלמא הנלמד מכלל פרט וכלל, אלא דיש בה סברא דהיינו דמאחר דקרקע בחזקת בעליה עומדת משו"ה בכפירת קרקע ליכא חלות שם הפסד ממון כי לחייב שבועה"פ בעינן הפסד ממון גמור, דהיינו שעפ"י דין יצא הממון מרשות הבעלים ע"י הכפירה וכדמצינו במטלטלין, ואילו קרקע בחזקת בעליה היא עומדת ובכפירת קרקע ליכא איפוא הוצאה והפסד ממון מרשות הבעלים המחייבת שבוה"פ.

ויתכן דהרמב"ן חולק על הרמב"ם כי הרמב"ם סובר דליכא קיום מצות השבת הגזילה בתשלומי דמי הגזילה בכלל, אך יתכן דהרמב"ן סובר כתוס' דהיכא שגזל חפץ בעין דחל עליו חיוב השבה וכשהחפץ נשרף ומשלם את דמיו מקיים מצות והשיב את הגזילה

אשר גזל בהדמים שהם תחת החפץ שנשרף. משא"כ בכופר במלוה בלי יחוד כלי דליכא גזילת חפץ מעיקרא ס"ל להרמב"ן דליכא מצות השבה בתשלומי הדמים, כי אינם אלא תשלומי החוב. אולם נראה דיתכן לומר איפכא, דהיכא דגזל חפץ ונשרף ליכא קיום מצות השבת הגזילה בתשלומין, דהא חסר החפץ שגזל. משא"כ בכופר במלוה י"ל דעיקר הגזילה מעיקרא חלה בשעבודי החוב בלי חפצא, ואזי חלה מצות השבה להשיב את החוב - משום שגזל את החוב בכפירתו, ואע"פ שאין חפצא בעין. ומשו"ה מחייב הרמב"ן שבוה"פ בלי יחוד כלי דהא בכפירת החוב חלה גזילה גמור הכוללת חיוב השבת החוב ממצות השבת גזילה. אך סברא זו דחוקה בלישנא דהרמב"ן. ועוד י"ל דבשוה"פ ההשבה מצוה בפני עצמה היא המהוה חלק מדיני שבוה"פ, ולכן יש לחלק בין מצות ההשבה בשבוה"פ לבין מצות ההשבה בגזילה דעלמא, דמכיון דההשבה בשבוה"פ חלק מהכפרה עם תשלומי חומש ואשם, משום כך חלה מצות השבה מדמי המלוה ואע"פ דליכא גזילת חפצא בעין.[210] משא"כ בגזילה דעלמא חלה מצות השבה רק בגזילת חפצא ולא בכפירת שעבודי מלוה בעלמא.

ג.

ביאור מחלוקת הריטב"א והראב"ד בחיוב שבועת הפקדון כשכפר בכלי והודה בחוב עיין בשיטמ"ק שכתב בשם הריטב"א וז"ל והנכון דהכא ה"ק דקרא אשמועינן דאפילו בכפירה לבד ולא כפר במלוה ולא בשכירות שהם עיקרי החוב אפילו הכי חשיבא כפירה לחייבו קרבן כל היכא שזכה בשעבוד הכלי במעות או במשיכה עכ"ל. הריטב"א סובר דאפילו כשהודה בחוב אלא שכפר בכלי הרי הוא חייב בשבועה"פ. והראב"ד (מובא שם בשיטמ"ק) חולק עליו וז"ל קשה לי כי כפר נמי ביחוד הכלי מאי הוה והלא מודה בעיקר הוא שהרי אינו כופר בהלואה, עכ"ל. אליבא דהריטב"א כשכפר בכלי בלבד הרי הוא חייב בשבועה"פ אע"פ שהודה בהלואה, והקשה הראב"ד דלמה יתחייב והרי לא הפסיד המלוה את מעותיו כי יגבה מנכסים אחרים שיש ללוה. ועלינו לבאר את יסוד מחלוקתם.

ונראה דהריטב"א והראב"ד פליגי ביסוד המחייב דשבועה"פ, דהראב"ד סובר דהמחייב הוי הפסד וגזילת ממון ומשו"ה סובר דכשמודה בהלוואה וכפר בכלי, מדליכא הפסד וגזילת ממון ליכא חיוב שבועה"פ. מאידך הריטב"א סובר דהמחייב דשבועה"פ הוי מעשה גזילת חפצא, ואפילו היכא דליכא הפסד ממון, ולכן סובר דכשכפר בכלי אע"פ שהודה בהלואה מ"מ חל מעשה גזילת חפצא בכפירת הכלי ומשו"ה חייב.

[210] לכאורה סברת רבינו זצ"ל כאן היא כנגד פשטות הרמב"ן והראשונים בסוגיין וצ"ע.

ובדומה לזה ביאר מרן הגר"מ זצ"ל את שיטת הרמב"ם, דהרמב"ם (פ"ט מהל' גזילה ה"א) פסק שקרקע אינה נגזלת והגוזל קרקע פטור מאחריות. אולם הרמב"ם השמיט את ההלכה דשטרות אינם נגזלים. ואילו לענין שבועת הפקדון פסק (פ"ז מהל' שבועות ה"ג) דליכא שבועה"פ בקרקעות ובשטרות. וצ"ע מדוע השמיט הרמב"ם את הפטור דשטרות מדיני גזילה דעלמא.[211]

וביאר הגר"מ זצ"ל דהרמב"ם סובר דליכא דין גזילה דעלמא בגזילת שטר מלוה, משום דאע"פ שגזל הגזלן את השטר מ"מ בכך לא חלה גזילה בעיקר החוב, דהלוה עדיין משועבד וחייב לשלם את החוב למלוה וליכא הפסד ממון למלוה בגזילת השטר, ולכן לא חל דין גזילה דעלמא, דחלות שם גזילה תלויה בהפסד ממון הנגזל.[212] מאידך לענין שבועה"פ סד"א שהכופר בשטר מלוה יתחייב בשבוה"פ כי המחייב בשבועה"פ הוי מעשה גזילה מסוים שחל מחמת מעשה כפירה ושנשבע לשקר בב"ד ועבר על איסורי לא תכחשו ולא תשקרו, ואין המחייב חלות גזילה דכל התורה כולה, ומשו"ה סד"א דאף בשטרות יתחייב קמ"ל דפטור.

ועיין ברמב"ם (פ"ח מהל' שבועות הי"ג) שכתב וז"ל וכן מי שהיתה עליו מלוה בשטר וכפר בה ונשבע פטור משבועת הפקדון שהרי בשטר נשתעבד הקרקע ונמצא זה ככופר בקרקע וכבר בארנו שהכופר בקרקע פטור משבועת הפקדון עכ"ל. ומבואר דהכופר בשטר פטור משבועה"פ משום דהו"ל כפירת שעבוד קרקעות, וקרקע אינה מחייבת בשבועה"פ. ועיין עוד ברמב"ם (פ"טז מהל' אישות הכ"ה) שפסק וז"ל היא אומרת בתולה נשאתי ועיקר כתובתי מאתים והוא או יורשיו אומרים בעולה נשאה ואין לה אלא מאה וכו' הרי זה נוטלת מנה, ואם היה הבעל קיים יש לה להשביעו שבועת התורה שהרי הודה במקצת הטענה עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד (שם) וז"ל שבועת התורה אין כאן שהרי כפירת שעבוד קרקעות היא עכ"ל. וכתב המגיד משנה וז"ל ואני אומר שאין זו קושיא שכיון שהגאונים תקנו שתגבה הכתובה מן המטלטלין חזרה כתובתה שאינה כפירת שעבוד קרקעות בלבד עכ"ל. וצ"ע דאם הרמב"ם מיירי לאחר תקנת הגאונים דמטלטלין משתעבדין א"כ למה פסק הרמב"ם שהכופר בשטר מלוה פטור משבועה"פ, דהרי הכופר בשטר מלוה אינה רק כפירה בשעבוד קרקעות דהויא נמי כפירת שעבוד מטלטלין, ומ"ש דין מודה במקצת הכתובה דחייב מדין שבועה"פ דפטור.

[211] ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"ב עמ' קל"ד - קל"ז.

[212] ואף אם במציאות המלוה מפסיד ממון מאחר שאינו יכול לגבות את החוב בלי השטר מ"מ אין זה אלא גרמי בעלמא וליכא חלות כבישת ממון עפ"י דין, ולא הוי בכלל גזילה.

וביאר מרן הגר"ח זצ"ל (עיין בספרו על הרמב"ם פט"ז מהל' אישות הל' כ"ה) דשאני חיוב שבועת מודה במקצת מחיוב שבועה"פ, דהמחייב בשבועת מודה במקצת הוי מעשה ההודאה והכפירה, והיכא דחלין שעבודי קרקעות ושעבוד מטלטלין מעשה ההודאה והכפירה דמטלטלין מחייב בשבועת מודה במקצת ולא איכפת לן מה דיש נמי כפירה והודאה בקרקעות. משא"כ בשבועה"פ שאין עצם הכפירה מחייבת אלא חלות הגזילה והפסד ממון, ובלי גזילת שעבודי הקרקע ביחד עם גזילת שעבודי מטלטלין ליכא גזילת החוב, ולכן מכיון דכפירת שעבודי הקרקע משלימה את גזילת הממון משו"ה פטור משבועה"פ, דקרקע אינה מחייבת שבועה"פ.

ולפי דברי הגר"ח זצ"ל מבואר דהרמב"ם סובר דעיקר המחייב דשבועה"פ הוי הפסד הממון וחלות שם גזילה ואין המחייב מעשה הכפירה ושבועת שקר ושלא כביאור הגר"מ זצ"ל. ולפי"ז י"ל דהמחלוקת בין הראשונים אי בעינן יחוד כלי לחייב שבועת הפקדון יסודה בשיעור הגזילה המחייבת, דאליבא דרש"י ותוס' רק גזילת חפצא מחייבת בשבועה"פ, ולכן ס"ל דבעינן יחוד כלי. משא"כ הרמב"ם והרמב"ן ס"ל דכל חלות גזילה בעלמא מחייבת שבועה"פ ואף גזילת חוב בלי יחוד כלי מהווה שיעור גזילה לחייב.

ד.

ביאור תוס' ד"ה תשומת יד

עיין בתוס' (ד"ה תשומת יד) וז"ל וא"ת וכו' א"ל אנסת בתי וכו' ור"ש פוטר מקרבן שבועה וכו' בשלמא לר' יוחנן דלא בעי משיכה אלא יחוד אתי שפיר וכו' אלא לריש לקיש דבעי נטלו וחזר והפקידו אצלו כיון שנטלו ממונא הוא ומה שייך לקנס וכו' עכ"ל. כלומר דלריש לקיש בנטל הכלי קנה בו קנין גמור, וממילא פקע דין קנס והו"ל ממון גמור שחזר והפקידו אצלו. אך לפי ר' יוחנן דס"ל מעות קונות יחוד כלי אינו חלות קנין גמור אלא הוי רק חלות שעבודים ועדיין הו"ל קנס ולא ממון.

ויעויין בתוס' בכתובות דף מב. (ד"ה ר"ש פוטר) וז"ל תימה לר"י תיפוק ליה דאפילו בעושק והלואה גופייהו דכתיבי בקרא לא מיחייב קרבן אלא כשייחד לו כלי להלואתו ולעשקו וכאן בקנס מה יחוד שייך כאן וכו' ואומר ר"י כגון שייחד לו כך לכשיעמוד בדין בב"ד ויתחייב לו יהא כלי זה מיוחד לו לגבות ממנו דמי אונסו. וא"ת וכי נימא דסבר ר"ש דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכו' נחשביה בהדי הנך תנאי וכו' דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכו' ואומר ר"י דר"ש חדא ועוד קאמר, חדא דיחוד אינו מועיל דדבר שלא בא לעולם הוא דאינו מתחייב כלל אלא משעת העמדה בדין ואילך, ועוד וכו' שאין משלם קנס ע"פ עצמו ואי מודה מיפטר וכו' עכ"ל. ברם בתוס' במס' שבועות (דף לח.

ד"ה אנסת) כתבו כתירוץ הראשון של הר"י וז"ל כגון שייחד לו בענין זה שיגבה מן הכלי כל מה שיחייבוהו ב"ד עכ"ל. ופלוגתתם צ"ב.
ונראה לבאר עפ"י הגמ' במס' ב"ק (דף סה.) דלדעת רב גנב משלם תשלומי קרן כעין שגנב ותשלומי כפל וד' וה' כשעת העמדה בדין. ובפשטות מבואר מזה דהמחייב של קנס הוי ההעמדה בדין, ולפני העמדה בדין ליכא חיוב קנס כלל. ונראה דזוהי שיטת הר"י (המובא בתוס' במס' ב"ק דף סו. ד"ה טלאים כדמעיקרא) דלענין יוקרא וזולא שעת העמדה בדין בלבד קובעת את שיעור הקנס של כפל בין לקולא ובין לחומרא. ומשמע דהר"י סובר דשעת ההעמדה בדין גרידא מחייבת קנס, ולפני ההעמדה בדין ליכא חלות חיוב קנס כלל. ומאידך אליבא דר"ת (שם) לענין יוקרא וזולא אזלינן בקנס לקולא, דהיינו ששמין את הכפל כפי השער הכי זול בין שעת הגניבה לבין שעת העמדה בדין. ולכאורה ר"ת ס"ל דיש שני מחייבים של כפל וקנס - שעת הגניבה - ושעת ההעמדה בדין. ולפיכך משלם הקנס כפי השיעור הפחות שבשתיהן.
ולפי"ז מבואר דלשיטת הר"י ליכא חיוב קנס לפני ההעמדה בדין דשעת ההעמדה בדין היא המחייבת בקנס, וכ"כ התוס' בכתובות (מב א ד"ה ר"ש) וז"ל ואומר ר"י וכו' דאינו מתחייב כלל אלא משעת העמדה בדין ואילך עכ"ל. משא"כ ר"ת סובר דחיוב קנס מתחיל משעת הגניבה אלא דאינו נגמר עד שעת ההעמדה בדין.
ויתכן דיש לתלות מחלוקת זו במחלוקת הראשונים בדין תפיסה בבבל בשור תם שהזיק, דכתב הרא"ש (פ"ק דב"ק אות כ') דנחלקו הראשונים האם התפיסה מועלת מדאורייתא או רק מדרבנן. ולכאורה י"ל דנידון זה תלוי האם חל חיוב קנס משעת הנזק או רק משעת ההעמדה בדין. דאי נימא דחל חיוב קנס משעת הנזק אזי י"ל דמועלת תפיסה בבבל מה"ת דאע"פ שאין סמוכים בבבל לדון דיני קנסות וליכא העמדה בדין מ"מ אי תפס לא מפקינן מיניה משום דחל חיוב קנס משעת הנזק. משא"כ אי נימא דשעת ההעמדה בדין היא המחייבת חיוב קנס אזי י"ל דמכיון דליכא העמדה בדין בבבל הא דמועיל תפיסה בקנס אינו אלא משום תקנה דרבנן. ולכאורה ג"כ יהיה נפ"מ האם מועיל תפיסה רק בקנס דשור תם או בכל חיובי קנס דאי נימא דהוי דין דרבנן יתכן דהויא תקנה מיוחדת במזיק ואינו חל בשאר קנסות משא"כ אם נאמר דהוי דין דאורייתא משום דחיוב הקנס חל משעת מעשה הנזק אזי י"ל דדין זה חל בכל חיובי קנס.
ולפי"ז נראה לבאר את המחלוקת בין תוס' בשבועות לבין התוס' במס' כתובות האם יחוד כלי בקנס לפני העמדה בדין הויא קנין בדבר שלא בא לעולם או לא, די"ל דאי חלין חיובי קנס לפני ההעמדה בדין אזי גם יחוד כלי חל לפני ההעמדה בדין ואין חסרון דדבר

שלא בא לעולם. משא"כ אם חיובי קנס אינם חלין כלל עד ההעמדה בדין אזי י"ל דיחוד כלי לפני ההעמדה בדין הוי קנין בדבר שלא בא לעולם.

אולם יתכן דהתוס' ס"ל דהשעבוד לשלם הקנס חל משעת מעשה המחייב אף לפני ההעמדה בדין, ורק נחלקו בדין יחוד כלי - האם מועיל יחוד כלי מדין שעבודים[213] או מדין קנינים. דאם יחוד כלי חל מדין שעבודים חל אף בשעבודי קנס לפני ההעמדה בדין. אולם אם יחוד כלי חל מדין קנין י"ל דאין יחוד כלי חל לפני ההעמדה בדין מכיון דרק בשעת ההעמדה בדין נגמרים חיובי הקנס ולפני ההעמדה בדין יחוד כלי הוי קנין בדבר שלא בא לעולם.

ובתוס' דידן מבואר דלר' יוחנן יחוד כלי מחיל חלות שעבוד, ואילו אליבא דריש לקיש יחוד כלי מחיל חלות קנין. ונראה לבאר דאליבא דר' יוחנן דהקנין בכלי חל מחמת קנין מעות חלות הקנין חל כבכל הלואה דעלמא דמעות ההלואה מחילין שעבודים על נכסי הלוה, ויחוד כלי כמו"כ מחיל חלות שעבוד[214]. משא"כ אליבא דריש לקיש דיחוד כלי נקנה בקנין משיכה, דמשיכה דעלמא חל כקנין גמור בחפצא, דלא מצינו חלות שעבוד דחל ע"י משיכה, ומשו"ה ס"ל דיחוד כלי יוצר חלות קנין בחפצא ולא שעבוד.

בא"ד. אבל קשה בהפלת שנו וכו' דמאי יחוד שייך וכו' וי"ל דשפיר מקרי יחוד ששואל גופו שכובש בשחרורו ואינו משחררו עכ"ל. ונראה דהתוס' בקושייתם נקטו דיחוד כלי ר"ל דהכופר בכלי תופס את הממון דהבעלים ובכך לוקחו ממנו, וזה שייך בכלי דעלמא, משא"כ בעבד דגוף העבד נמצא תמיד אצל העבד וא"א לקחתו ממנו. ותירצו דמ"מ מכיון שהאדון כובש את העבד במציאות ובכך גוזל את גופו ממנו, ואע"פ שלא הוציא את החפצא דגוף העבד מרשות העבד עצמו חל חלות שם כפירה ומעשה גזילה בחפצא המחייב שבוה"פ.

ע"כ ענין שבועת הפקדון

גמ'. יחד לו כלי להלוואתו - שיטת הראב"ד

עיין בשיטמ"ק שכתב בשם הראב"ד וז"ל ואיכא למימר דא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו, וכשתבעו ממנו א"ל נאנסו ונשבע לו, דלר' יוחנן ממונא קא כפר ליה שהרי אבדו מעותיו, אבל לריש לקיש לא אבדו מעותיו דלא קנה הכלי, עכ"ל. ונראה דהראב"ד סובר דיחוד כלי היינו שעשאו אפותקי מפורש, והא דקיי"ל (ב"ב דף מד:) דעשה שורו

[213] כלומר מדין חלות שעבודי אפותיקי דאלימי משעבודי חוב דעלמא ומהווה קנין במקצת. ולכן הכפירה מהווה חלות גזילה בחפצא דאפותיקי ואינה גזילת שעבודי חוב בעלמא.

[214] צ"ע ביחוד כלי בקנס, איפוא והיאך יש מתן מעות להחיל שעבודי אפותיקי אליבא דר' יוחנן, דאם ימחלו הקנס בזקיפת מלוה הרי הוא חוב בעלמא ואינו קנס, וצ"ע.

אפותקי ומכרו אין בעל חוב גובה הימנו משום דלית ליה קלא היינו רק כשמכרו דאין גובין את האפותקי מהלוקח אמנם לגבי הבע"ח עצמו חל דין אפותקי לגבות ממנו ולא מממון אחר.

ולכאורה מדברי הראב"ד מוכח דחלות אפותקי תלוי במעשה קנין, דאליבא דר"י דמעות קונות, דמי ההלואה מהווה מעשה קנין לקנות את האפותקי. ואילו לר"ל מתן מעות אינו קונה וצריך קנין משיכה לקנות את האפותקי.

והנה יש לעיין בשעבודי הנכסים דחלין בחוב דעלמא האם חלין ע"י מעשה קנין או לא. ולכאורה י"ל דשעבוד קרקעות חל מחמת מעשה קנין כסף, דלכו"ע קנין כסף קונה בקרקע. והנה יש לעיין בשיטת הרמב"ם (פי"א מהל' מלוה ה"ז) דסובר דמטלטלין אינם משתעבדין במלוה דעלמא וז"ל והמטלטלין אינן תחת שעבוד בעל חוב מן התורה עכ"ל. ועיין עוד ברמב"ם (פ"ג מהל' ערכין הלי"א) וז"ל האומר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי והיו בידו עשר סלעים ונתן תשע לשניה וסלע לראשונה יצא ידי שתיהן, שהערכין לאו כחובות הן שאע"פ שכל מה שבידו משעובד לראשונה הקדש מאוחר שגבה גבה. אבל אם נתן תשע לראשונה ואחת לשניה ידי שניה יצא. שהרי כשנתן הסלע לא נשאר בידו כלום והרי אין ידו משגת, ידי ראשונה לא יצא שהרי כל מה שהיה בידו משועבד לראשונה כשנתן התשע נשאר לו סלע והרי לא נתן כל מה שידו משגת עכ"ל. ועיין ברדב"ז ובלח"מ שם, ומשמע דס"ל דבערכין והקדש גם מטלטלין משתעבדין מדאורייתא דלא כדין המטלטלין במלוה דעלמא, וצ"ע מאי שנא ערכין והקדש מהלוואה בדין שעבוד מטלטלין מן התורה.

ויתכן דשעבוד נכסים בחוב דעלמא חל מחמת קנין, וקרקע נקנית בכסף, דקנין כסף קונה קרקע מדין מעשה קנין. ומאידך מעות קונות במטלטלין מדין פרעון. ולפיכך י"ל דבהלוואה חל שעבוד נכסים על הקרקע של הלוה משום דכסף ההלוואה מהוה מעשה קנין להחיל קנין שעבוד על קרקע. אמנם כסף ההלוואה אינו מועיל להחיל שעבוד נכסים על מטלטלין משום דאין בכסף ההלוואה חלות דין של פרעון דהרי ניתן ללוה בתורת הלוואה, ולכן אין בדמי ההלוואה חלות של פרעון וא"א להחיל מחמתם חלות שעבודים על מטלטלין. משא"כ בהקדש דחל קנין הקדש מדין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, דקנין זה חל בין בקרקע ובין במטלטלין, ומשו"ה בהקדש חל שעבוד נכסים בין על קרקע ובין על מטלטלין.[215]

[215] עיין במחלוקת בין הסמ"ע ובין הט"ז בחו"מ ריש סי' ק"צ. ברם עיין בשיעורים לעיל (דף מו:) ד"ה בענין יש דמים שהן כחליפין אות ה' דרבינו זצ"ל קבע דלרמב"ם קנין כסף חל מדין פרעון בין בקרקע ובין במטלטלין וצ"ע.

ועוד יש לומר שישנם שני דינים בשעבודי נכסים: א) שעבוד נכסים דחל ממילא בלי קנין, ב) שעבוד נכסים דחל מחמת קנין. ונראה דבקרקעות דנכסים דלא ניידי הן בני אחריות נינהו, ושעבוד הנכסים חל עליהן ממילא, דהנכסים ערבים הם בעד הלוה לשלם את חובו (עיין בהשגות הראב"ד על הרי"ף ריש פרק הנזקין). ואילו מטלטלין לאו בני אחריות נינהו, ואינם ערבין עבור הלוה. ובכן חל שעבוד נכסים על מטלטלין רק בקנין. ובהלוואה דעלמא ליכא קנין להחיל שעבוד על מטלטלין.[216] משא"כ בהקדש דהקנין חל מדין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דחל אף על מטלטלין ולכן בהקדש חל שעבוד נכסים אמטלטלין. והנה קיי"ל דמטלטלין משתעבדין לבעל חוב כשהלוה משעבדם בקנין אגב (עיין בגמ' ב"ב דף ד: וברמב"ם פי"ח מהל' מלוה ולוה הלי"ב), ומוכח דבקנין המועיל אפילו מטלטלין משתעבדין.

אך צ"ע דהיאך חל דין אפותקי על מטלטלין, וכדפסק הרמב"ם (פ"יח מהל' מלוה ולוה ה"ה) וז"ל עשה אותו אפותקי ומכרו אין בעל חוב גובה ממנו וכן שאר המטלטלין מפני שאין להן קול עכ"ל. ומשמע ממנו שגובין אפותקי מהלוה עצמו אף במטלטלין, וקשה דבאיזה קנין חל אפותקי על מטלטלין. ומשמע מהרמב"ם דכסף ההלוואה בעצמו נחשב לקנין בעד אפותקי. ולפי"ז נראה דהרמב"ם סובר דחל אפותקי מדין קנין מעות מחמת כסף ההלוואה כהראב"ד. וכ"ז באפותקי המהווה חלות קנין ממש בחפצא. מאידך שעבודי נכסים דחלין ממילא ורק מדין ערב, חלין על קרקע דלא ניידי דיש בהן אחריות וערבין הן בעד החוב, אך לא חלין על מטלטלין דלאו בני אחריות נינהו דזקוקין הן לקנין להחיל עליהן שעבוד. ובזה קנין אגב וגם קנין אמירתו לגבוה מועלים מדין קנין להחיל שעבודים על מטלטלין. וצ"ב למה דוקא קנינים אלו חלין. וי"ל דשניהם חלין בתורת הקנאה מדעת המקנה[217] ולא בתורת מעשה קנין, ולכן מועלים להחיל חלות שעבוד אף על מטלטלין אע"פ דאינן בני אחריות כמו קרקע. משא"כ קנין אפותיקי דהוי חלות קנין ממש בחפצא דחל אף אמטלטלין מדין קנין מעות, דחלות אפותיקי לא חל מדין ערבות כמו שעבוד נכסים דעלמא אלא מחלות דין קנין, ודו"ק.

גמ'. נתנה לבלן. בנתן פרוטה של הקדש לספר אליבא דר' יוחנן מעל משום דמעות קונות את כלי התספורת, ואילו אליבא דר"ל לא מעל משום דמעות אינן קונות. ומשמע מכאן דבשכירות פועלים שוכרים את הפועל וגם את כליו, וחלה מעילה מחמת קנין

[216] דלא חל שעבוד מדין קנין כסף דהא קנין כסף דעלמא חל מדין פרעון ואינו חל בכסף דהלוואה דלא שייך ביה פרעון, וקרקע משתעבד איפוא מדין ערבות בלבד ולא מדין קנין. ולפי"ז לא קשה את מה שהקשינו בהערה לעיל על שיטת הרמב"ם דס"ל דכסף קונה בין בקרקע ובין במטלטלין מדין פרעון.

[217] עיין בשיעורים למעלה (דף מה:) בענין קנין דחל מדין דעת מקנה.

הכלי. וצ"ב מדוע ליכא מעילה מחמת שכירות הפועל עצמו. ונראה דליכא מעילה משעת מתן מעות עבור שכירות הפועלים משום דהפועל יכול לחזור בו עד שעת התחלת המלאכה (עיין בגמ' לקמן דף עו:), דהמעות אינן מחילות התחייבות מוחלטת על הפועל עד שיתחיל במלאכה. משא"כ בשכירות כלי המלאכה דהכלי קנוי למשכיר לתשמישו משעת מתן המעות לר' יוחנן דס"ל מעות קונות. אולם אליבא דר"ל מעות אינן קונות ובעינן משיכה כדי לקנות את הכלי לתשמיש, (ועיין בשיטמ"ק בשם הר"ן).

ויש להעיר דהתינח מדין תורה, אולם אף לפי ר' יוחנן הרבנן הפקיעו את קנין המעות ותקנו במקומו דין מי שפרע, ולאחר התקנה לכו"ע מעות אינן קונות וא"כ קשה אמאי מעל. ומשמע מזה כמש"נ לעיל בשיעורים דאף לאחר התקנה מעות עדיין קונות אלא דרבנן תקנו זכות חזרה ודין מי שפרע, ומשו"ה מעל בשעת מתן מעות - דאף מדרבנן קנה את הכלי במתן מעותיו. (ועיין בשיטמ"ק בשם הרשב"א).

שיטת הרמב"ם במעילה בקנין מעות.

א.

קושיא בדברי הרמב"ם בדין מעילה בקנין מעות

עיין ברמב"ם (פ"ט מהל' תרומות ה"י) וז"ל יראה לי שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים אע"פ שעדיין לא משך הלוקח ה"ז אסור להאכילה תרומה שדין תורה מעות קונות וכו' עכ"ל. ומבואר שסובר דאפילו אחרי תקנת הרבנן מעות עדיין קונות. ואע"פ שהרמב"ם עצמו פסק (פ"ג מהל' מכירה ה"ו) שאם נאנס החפץ לאחר קנין מעות המוכר חייב באחריותו, דמשמע דהקנין אינו חל, י"ל דס"ל להרמב"ם דחל מקצת קנין במעות לענין מי שפרע (וכדנתבאר לעיל בשיעורים), ולכן סובר דמחמת מקצת הקנין אין הפרה כולה של הכהן להאכילה תרומה דחל לזר מקצת קנין בפרה ברם חלק הקנין שנשאר ביד המוכר מחייבו באונסים.

אך צ"ע דבהל' מעילה (פ"ו ה"ט - ה"י) כתב וז"ל נטל פרוטה של הקדש ונתנה לבלן אע"פ שלא רחץ מעל, שהרי נהנה בהיותו רוחץ בכל עת שירצה. וכן אם נתנה לאחד מבעלי אומניות מעל אע"פ שעדיין לא עשו מלאכתו. קנה בה חפץ ולא משך אם מן העכו"ם מעל, ואם מן ישראל לא מעל עכ"ל. וצ"ע דמאי שנא דלענין קנין שכירות פסק שמעל במעות ואילו לענין קניית חפץ במעות פסק שלא מעל, (ועיין בכס"מ שם שהניח את פסקי הרמב"ם האלה בצ"ע).

ב.

ביסוד החילוק בין גניבה לגזילה

ונראה דהנה פסק הרמב"ם (פ"א מהל' גניבה ה"א) וז"ל כל הגונב ממון משוה פרוטה ולמעלה עובר על לא תעשה שנאמר לא תגנוב עכ"ל. ויש לדייק בלשון הרמב"ם דכאן לענין גניבה כתב "כל הגונב ממון משוה פרוטה ולמעלה" ואילו לענין גזילה כתב (פ"א מהל' גזילה ה"א) "כל הגוזל את חבירו שוה פרוטה עובר בלא תעשה", וצ"ע מדוע בהל' גזילה כתב שחל ל"ת בגזילת שוה פרוטה ואילו לענין גניבה כתב "הגונב ממון משוה פרוטה ולמעלה".

והנה בביאור החילוק בין יסוד האיסור דגניבה לגזילה ביאר הגר"ח זצ"ל דגזילה חלה כל היכא שאדם מעכב ממון חבירו ברשותו ואינו מחזירו אע"פ שלא הוציא את ממון הבעלים מרשות הבעלים. משא"כ גניבה דאינה חלה אא"כ הוציא את ממון הבעלים מרשותם.[218] ולפיכך בגונב מן הגנב חל דין גזילה ולא דין גניבה - דליכא הוצאת החפץ מרשות הבעלים עצמם, דהחפץ כבר איננו ברשות הבעלים מחמת הגניבה הראשונה. (ואע"פ שיש איסור גניבה אף בלי הוצאה מרשות הבעלים כדמצינו במסיג גבול רעהו בסתר (פ"ז מהל' גניבה ה"יא) מ"מ חלות דין גניבה גמורה לכל דיניה אינו חל אא"כ הוציא ממון מרשות הבעלים.[219])

והגר"ח זצ"ל הביא עוד ראיות לזה:

א) עיין ברמב"ם (פ"ד מהל' גניבה ה"י) דפליגי הרמב"ם והראב"ד בדין שומר שגנב מרשותו, שכתב הרמב"ם וז"ל שומר שגנב מרשותו וכו' אם יש עליו עדים חייב בכפל וכו' עכ"ל. וכתב הראב"ד ז"ל זה אינו כלום עכ"ל. והנה הראב"ד השיג בנוגע לכפל ומ"מ מודה דכלתה שמירתו ומחוייב באחריות אונסין, דהא על מה שכתב הרמב"ם שהשומר שגנב חייב באחריות כתב הראב"ד וז"ל א"א או שיחזיר הכיס לבעליו וכו' עכ"ל. וצ"ע להראב"ד דאם נחשב לקיחת השומר כלקיחת ממון מהבעלים, למה פטור מכפל, ואם לקיחת השומר לא נחשבת ללקיחת ממון בעלים, למה יהיה חייב באחריות כגזלן.

ותירץ הגר"ח זצ"ל דהראב"ד סובר דשומר שגנב מרשותו הוי גזלן משום דאע"פ שחסרה לקיחת ממון מרשות הבעלים דהרי רשות השומר נחשב כרשות הבעלים מ"מ הרי עיכב השומר תחת ידו ממון הבעלים. ויסוד דין גזילה חל מחמת שכובש תחת ידו ממון של אחר, ואינו תלוי במעשה לקיחה מרשות הבעלים. ומשו"ה אע"פ ששומר שגנב מרשותו פטור מכפל הריהו חייב באחריות כגזלן, דחל בו דין גזלן ולא דין גנב דגניבה תלויה בהוצאה מרשות הבעלים. ואילו הרמב"ם חולק על הראב"ד וסובר דכששומר

[218] ועיין בתוס' רי"ד ב"ק דף קיא: ד"ה א"ר חסדא שמחלק נמי בין גנב לגזלן כדברי הגר"ח זצ"ל.
[219] ועיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק ח"ב הקדמה לפרק מרובה עמ' של"ט - שמ"א.

גנב מרשותו כלתה שמירתו ופקעה רשות הבעלים ולפיכך חל עליו חיוב גנב וחייב לשלם כפל דנחשב כאחר שהוציא את החפץ מרשות הבעלים לרשותו וחייב מדין גנב דעלמא[220].

ב) הרמב"ם (פ"א מהל' גניבה ה"ג) הגדיר שגניבה היא לקיחת ממון מבעליו בסתר וגזילה בגלוי. ויש להקשות, דהרי השולח יד בפקדון הוי גזלן (פ"ג מהל' גזילה הלי"א) ואף באופן ששלח ידו בסתר, וצ"ע למה אינו נחשב כגנב. ונראה שחלות דין גניבה צריכה הוצאת החפץ מרשות הבעלים, ומאחר שרשות השומר כרשות הבעלים אף ששלח בו יד, עכ"ז לא הוציא את הפקדון מבית בעליו, ולפיכך הוי גזלן ולא גנב.

ג) השואל שלא מדעת הבעלים הרי זה גזלן (פ"ג מהל' גזילה הלט"ו). ולכאורה יש להעיר, דמאחר שלקחו בלא ידיעת הבעלים, למה לא יהיה גנב. ונ"ל שגניבה זקוקה להוצאת החפץ מרשות הבעלים, ושואל שלא מדעת, הואיל ולקחו בתורת שאלה ולא לקחו לעצמו אלא לקחו ע"מ להחזירו, לא הוציאו מרשות הבעלים במידה הקובעת גניבה, ואינו אלא גזלן.

ד) הרמב"ם פסק בפי"א מהל' שכירות (ה"ב) שהכובש שכר שכיר עובר בבל תגזול. וצ"ע, אם כבש את השכר בסתר למה לא יעבור בלא תגנוב. וי"ל דמאחר שאינו מוציא את השכר מרשות בעליו - רק נמנע מלשלם לפועל - אינו גנב כי אם גזלן. הוא הדין בכל עושק - מאחר שמונע ממון מבעליו בסירובו לשלם להם את החוב, אבל אינו מוציא את הממון מרשות הבעלים, הרי הוא בכלל גזלן.

ה) כתב הרמב"ם בפ"ב מהל' גניבה (הלכה א') וז"ל הגונב את הגוי או שגנב נכסי הקדש אינו משלם אלא הקרן בלבד שנ' ישלם שנים לרעהו לרעהו ולא להקדש לרעהו ולא לגוי, וכן הגונב קדשים מבית בעליהן בין קדשי קדשים וכו' הרי זה פטור מן הכפל ומתשלומי ארבעה וחמשה שנ' וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש עכ"ל. וביאר הגר"ח זצ"ל[221] שהרמב"ם הוזקק לשני לימודים לפטור כפל בהקדש: א) "לרעהו ולא להקדש" בנוגע לקדשי בדק הבית, שהם ממון הקדש וקנינו, וגזיה"כ הוא שאינו משלם כפל להקדש; ב) "וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש" משמיע לנו שאינו משלם כפל לבעל הקרבן אף ד"מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן" (ב"ק דף עו.).

[220] לפי"ז צ"ע מ"ש שומר שגנב מרשותו אליבא דהרמב"ם משומר ששלח יד בפקדון שכ' הרמב"ם בפ"ג מגזילה (הל' י"א) שדינו להיות גזלן ולא גנב. וע"פ השיעורים י"ל שבשליחות יד לא כלתה השמירה ולכן השומר הוי גזלן ולא גנב. ברם עיין במחלו' בין הרמב"ם לבין הראב"ד מפ"ד מהל' גניבה (הל"ב) בנוגע לשולח בו יד ואח"כ טוען טענת גנב. ולכאורה משם ראייה שהרמב"ם סובר שאף בשליחות יד כלתה שמירתו, ועיין במגיד משנה שם.

[221] עיין בשיעורים לב"ק בהקדמה לפרק מרובה על הרמב"ם (פ"ב מהל' גניבה הלכה א').

וקצת קשה שכן מפסוק דמגונב מבית האיש דורשים ולא מבית הגנב, וכיצד נלמדים שתי דרשות ושני דינים שונים ממיעוט אחד.
ונראה שהפטור מלשלם לבעל הקרבן אינו גזה"כ בעלמא אלא דגזיה"כ קובעת שהגנב פטור הואיל וממון הקרבן אינו ברשות בעליו לעשות בו כרצונו, שהרי המוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום (פ"ד מהל' מכירה הל"ח). ונמצא שהפטור דגניבת קרבן והפטור דגונב מן הגנב מהווה אותו הפטור של גונב דבר שאינו ברשות בעליו, ויש כאן רק דין אחד דהיינו שחיובי גניבה חלין דוקא בגונב ממון מרשות בעליו.
על פי יסוד הגר"ח זצ"ל נראה לומר דלפיכך שונה דין גניבה מדין גזילה לענין שו"פ ולמעלה. חיוב גניבה חל על מעשה מסויים - לקיחת ממון מרשות הבעלים. מאידך חיוב גזילה הוי חיוב כללי שחל על עיכוב ממון חבירו בידו. ולכן בגזילה עובר באיסור בפ"ע על כל פרוטה ופרוטה שמעכב מהבעלים - כי מעכב יותר ממון. מאידך בגניבה שחייב מחמת מעשה הגניבה, אפילו אם גנב ממון הרבה עכ"ז עשה רק מעשה גניבה אחד ולכן עצם האיסור לא השתנה. ומשו"ה כתב הרמב"ם בהל' גניבה "משו"פ ולמעלה" דמ"מ הוי גניבה אחת. משא"כ בגזילה דעובר על כל פרוטה ופרוטה בפני עצמה כתב "שו"פ" והשמיט את המילה "ולמעלה", לומר דכל פרוטה ופרוטה הוי איסור גזילה בפני עצמו.

ג.

בגדר המחייב דמעילה
והנה יל"ע בדין מעילה, דהמוציא הקדש מרשות הקדש גזל, האם המחייב הוי הקנין מהקדש וכבישת ממון הקדש, בדומה לגזילה בהדיוט, או דהמחייב דמעילה הוי ההוצאה מרשות הקדש, בדומה לגניבה בהדיוט.
ואמר הגר"ח זצ"ל דעיין ברמב"ם (פ"ב מהל' גניבה הלט"ז) וז"ל הגונב ברשות הבעלים הואיל והגניבה עדיין היא ברשותן פטור מן הכפל, וכן אם טבח ומכר שם ברשותן פטור, ואם הגביה הגניבה נתחייב משום גונב אף על פי שעדיין לא הוציאה מרשות הבעלים. כיצד, גנב טלה מן הדיר והיה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים פטור, הגביהו או הוציאו מרשות הבעלים ומת חייב, נתנו שם בבית הבעלים לבכורת בנו ולבעל חובו או לשומר חנם ולשואל לנושא שכר ולשוכר והיה מושכו זה שניתן לו ומת פטור השומר, הגביהו או שהוציאו מרשות הבעלים ומת חייב השומר או בעל החוב שניתן לו מפני שעדיין לא הוציאו הגנב מרשות בעליו עכ"ל. והראב"ד חולק על הדין האחרון שברמב"ם ומשמע דקסבר דהשומר ובע"ח פטורים. ונראה דפליגי האם הש"ח והבע"ח דקסברו

שהחפץ שלהם ברשות, האם הן הויין גזלנים או לא, דלהרמב"ם הגוזל וקסבר שהוא שלו הוי גזלן, ולהראב"ד אינו גזלן[222].

אמנם עיין ברמב"ם (בפ"ו מהל' מעילה הל"ז) שכתב וז"ל אמרו חכמים שהנוטל אבן או קורה של הקדש ונתנה לחבירו שניהם מעלו, ואם נתנה לזה הגזבר שהיתה תחת ידו הוא מעל והגזבר לא מעל, ויראה לי שאין אלו הדברים אמורים אלא במועל בזדון שהרי לא נתחלל הקדש, הנוטל פרוטה של הקדש על דעת שהיא שלו לא מעל עד שיוציא אותה בחפציו או עד שיתן אותה במתנה, נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל וכו' עכ"ל. וצ"ע דהרי מאחר שפסק הרמב"ם (פ"ב מהל' גניבה הלט"ז) שמי שגזל וקסבר שהוא שלו הוי גזלן וחייב, למה פסק בדיני מעילה שלא מעל עד שיוציא אותה בחפציו. ונראה לתרץ דהרמב"ם סובר דאיסור גזילה בעלמא אינה מחייבת מעילה, דרק גזילה של הוצאה מרשות הקדש מחייבת מעילה, בדומה לגניבה דעלמא. והא דכתב הרמב"ם שהשומר שגזל וקסבר שהוא שלו שהוא חייב היינו שחייב בחיוב ואיסור גזילה, אך ליכא קניני גזילה בחפצא וליכא חלות הוצאה מרשות הבעלים. ולכן מי שלקח הקדש וקסבר שהוא שלו לא מעל, דנהי דחל חיוב גזילה בעלמא מ"מ מאחר דליכא קנין גזילה וליכא הוצאה מרשות הקדש לא מעל, שרק הוצאה מרשות הקדש מחייבת במעילה ולא איסור גזילה בעלמא. ולפיכך ס"ל שלא מעל עד שיוציא את החפץ ויתן אותו במתנה לחבירו. וכל זה במעילה דחלה בהוצאת החפצא מרשות הקדש בגזילה ולא באיסור גזילת ממון הקדש בעלמא. אמנם חל נמי במעילה דין שני דהיינו מעילה מדין איסור הנאה, דאין זה דומה לדין מעילת הוצאה, דבהנאה לא הוציא את החפצא מרשות הקדש אלא שנהנה ממנו, ועצם איסור ההנאה מועל.

ויש להביא ראיה לזה מהמחלוקת שבין הרמב"ם והראב"ד בפ"ו מהל' מעילה (הל' ג' - ד'), שהרמב"ם פסק (ע"פ התוספתא) דדוקא המעילה של הוצאה מוציאה לחולין ולא מעילת הנאה, ואילו אליבא דהראב"ד גם מעילת הנאה מהקדש מחללת. והר"י (תוס' ב"מ צט א ד"ה וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה) הקשה על הדעה שאין מעילת הנאה מחללת ומוציאה הקדש לחולין דהא קי"ל (ב"מ מג ב) שהשואל שלא מדעת גזלן, ובכן הנהנה דומה למוציא חפץ מהקדש בגזילה, ומהראוי שההקדש יתחלל מדין גזילה.

ונראה דהרמב"ם סובר שהשואל שלא מדעת, אף שחלים עליו חיובי גזלה, עכ"ז חסרים לו קניני גזלה בחפצא. וכן כתב הש"מ בב"ק (צ"ז.) בשם הראב"ד דאע"פ ששואל שלא

[222] שהריהו כמתעסק שפטור מחטאת באיסורי כרת שבתורה. ולהרמב"ם אין לדמות חיובי חטאת לחיובי גנב וגזלן.

מדעת חייב כגזלן לענין מתה מחמת מלאכה מ"מ אין לו דין שינוי קונה. ומבואר דחל על שואל שלא מדעת רק חיובי גזלה אבל אין לו קניני גזלה בחפצא. והוסיף הגר"ח זצ"ל שלפי"ז לא יפסל לולב שאול שלא מדעת משום פסול גזול למצוה ומצוה הבאה בעבירה בשאר ימי החג אף אליבא דהראשונים דס"ל שלולב גזול פסול כל ז' (ועיין ברמב"ם ובראב"ד פ"ח מהל לולב הל"ט), שמאחר שאין לשואל שלא מדעת קניני גזילה בחפצא לא חל פסול גזול בחפצא שרק לולב גזול שיש בו קניני גזילה ושיצא מרשות הבעלים פסול בחפצא בפסול גזול למצוה[223]. וכן אמר הגר"מ זצ"ל שאף שבגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו - זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו - היינו דוקא בגזילה ממש, שקניני גזילה שיש לו לגזלן מפקיעים את הרשות של הנגזל. אולם בשואל שלא מדעת, מכיון שאין לגזלן קניני גזילה שפיר יכול הנגזל להקדישו. ונראה לומר דלכן ס"ל להרמב"ם דשואל שלא מדעת אינו מועל מדין גזלן, כי גזילה בלי הוצאה מרשות הקדש אינו מועל, וכדמצינו בגוזל מהקדש וקסבר שהוא שלו דהויא גזילה בלי הוצאה מרשות הקדש דמשו"ה לא מעל דה"ה בשואל שלא מדעת. והא דהנהנה מהקדש מעל הוא חלות דין אחר, דהמעילה חלה מצד איסור ההנאה, ולא מדין גזילה, מדליכא הוצאה מרשות הקדש.

ד.

ישוב שיטת הרמב"ם

ולפי"ז נראה שיש ליישב את תמיהת הכ"מ בהלכות הרמב"ם דפסק שמי שנתן מעות הקדש לשכירות פועלים מעל, ואילו מי שנתן מעות לקניית חפץ לא מעל, דמ"ש זה מזה. ונראה דלפימש"נ הרמב"ם סובר דהמחייב דמעילה אינו מעשה הגזילה וכבישת ממון הקדש בעלמא, אלא דצריך המועל להוציא את ממון ההקדש מרשות הקדש. ובנתן מעות הקדש לקנות חפץ, מכיון דאפילו לאחר שנתן את המעות לקניית החפץ יכול לחזר בו, ליכא חלות הוצאת המעות מרשות הקדש לחייבו במעילה, דהקנין לבדו אינו מחייב במעילה אלא רק ההוצאה מרשות הקדש מחייבת, וכל זמן דיכול לחזור בו ליכא הוצאת המעות מרשות הקדש לחייבו במעילה, ופטור.

אמנם קשה מ"ש בשכירות פועל וכליו דחל מעילה במתן מעות, והרי שם נמי יכול לחזור בו מקנין השכירות וליכא הוצאה מרשות הקדש, ולמה מעל. וי"ל שזכות חזרה פוגמת הוצאה מרשות הקדש רק בקניית חפץ כי בקנין חפץ דעלמא א"א לחזור בו, ואילו בקנין

[223] והביא ראיה מסוכה גזולה למ"ד קרקע אינה נגזלת שאין פסול מצוה הבאה בעבירה חל (עי' סוכה לא א) ואע"פ שעבר באיסור גזילה אלא משום שאין בקרקע קניני גזילה בחפצא אין חלות דין מצוה הבאה בעבירה, ועיין ברשימות שיעורים על מס' סוכה דף קכ"ב ובקונטרס מצוה הבאה בעבירה.

מעות ניתן לחזור בו מהקנין ובכן הקנין שלו פגום וליכא חלות הוצאה גמורה מרשות הקדש, ומשו"ה לא מעל. משא"כ בשכירות פועל דכל פועל דעלמא נמי יכול לחזור בו באמצע היום[224], ומשו"ה זכות החזרה דחלה מחמת קנין המעות אינה פוגמת את עיקר קנין התחייבות דפועלים ומהוה משו"ה הוצאה מרשות הקדש ולכן מעל.
א"נ י"ל שחלות החזרה בקנין חפץ במעות קונות עוקרת את הקנין למפרע, ומשו"ה ליכא במתן מעות חלות של הוצאה מהקדש, ולא מעל. משא"כ בשכירות פועל דהחזרה חלה רק מכאן ולהבא, ומשו"ה הויא הוצאה ומועל[225].

דף מח:

גמ'. איתמר אביי אמר כו'
המחלוקת בין אביי ובין רבא זקוקה לביאור. ונראה דלכ"ע יש דין "נשיא בעמך לא תאר בעושה מעשה עמך" וכדאיתא לקמן (דף סב.) לענין מצות כיבוד אב בנוגע לאחד שהלוה ברבית. אלא ששם מיירי באב שעבר על עבירה גמורה של הלוואה ברבית. ואילו כאן, שקנין המעות בוטל מדרבנן ולא חל, ליכא עבירה של גזל, אלא חזרה בעלמא מההחלטה למכר את החפץ, ואין זו עבירה,[226] ורק שאין זה כנהוג בישראל ואיננו מעשה עמך. וכ"כ רש"י (בד"ה בעושה מעשה עמך) וז"ל בעמך דרשינן הכי והאי לאו עושה מעשה עמך הוא דכתיב שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב עכ"ל. וכן נמי איתא ברמב"ם בפ"ז מהל' מכירה (הל"א) וז"ל מי שנתן דמים ולא משך הפירות אע"פ שלא נקנו המטלטלין כמו שביארנו כל החוזר בו בין לוקח בין מוכר לא עשה מעשה ישראל כמו שביארנו. כל החוזר בו בין לוקח בין מוכר לא עשה מעשה ישראל וחייב לקבל מי שפרע עכ"ל, כלומר אין כאן עבירה גמורה המחייבת קללת מי שפרע, אלא משום שלא עשה מעשה ישראל ונהג כמנהג נכרי משו"ה מקבל מי שפרע. ובנוסח של "מי שפרע" עצמו מדגישים את נהוגי דורות הנכרים הקדומים - נהוגי דור המבול דור ההפלגה ואנשי סדום - שנהגו שלא כשארית ישראל ועשו עולה ונענשו, ועל ניהוגי נכרי חלה קללת מי שפרע. ובזה פליגי אביי ורבא, דלאביי רק מודיעים לו ולרבא מקללים אותו ממש בבי"ד.

[224] שהדין הוא שפועל חוזר ממלאכתו באמצע יום ואינו משלם כלל, ואילו קבלן שחוזר בו משלם נזקין לבעה"ב, ומ"מ בשניהם יש זכות חזרה מההתחייבות לעבוד.
[225] לכאורה יש ביאור יותר פשוט ברמב"ם. דזכות החזרה מבטלת חלות הוצאה מהקדש בקניית חפץ, אך בשכירות פועל מיד יש הנאה וכדכתב הרמב"ם במפורש "שהרי נהנה בהיות רוחץ בכל עת שירצה", וחלה איפוא מעילה של הנאה מיד בלי הוצאה.
[226] דהא המוכר והלוקח בעלים על חפציהם והמעות שלהם וברשותם כבעלים לשנות את דעותיהם דמעיקרא ולחזור מהמקח.

גמ'. ערבון רב אמר כנגדו הוא קונה ור' יוחנן אמר כנגד כולו הוא קונה כו'.

בענין ערבון

א.

ביאור מחלוקת רב ור' יוחנן

פרש"י (בד"ה ערבון) וז"ל מקצת המעות נתן לו על פיסוק מרובה עכ"ל. ועוד פירש (בד"ה אבל מוכר לו) וז"ל ונותן לו מהן ה' מאות זוז לשם תחילת פירעון או סתם קנה וגו' וההיא דאיפלגו בה רב ור' יוחנן כה"ג הוא שזה הערבון תחילת דמי הפירעון של פיסוק כו' עכ"ל. לרש"י מיירי ששילם הלוקח מקצת דמי הפרעון ופליגי רב ור"י אי קונה רק כנגד מעותיו או שקונה כנגד כולו. ועוד פרש"י (בד"ה הוא) דפליגי בין קרקע שנקנית בקנין גמור ובין במטלטלין דנקנין להתחייב במי שפרע בלבד. ויסוד המחלוקת שבין רב ור' יוחנן צריך ביאור.

ונראה דיש לבאר את המחלוקת בתרי אנפי.

א) כבר הבאנו בשיעורים את המחלוקת שבין הסמ"ע והט"ז (חו"מ ק"צ: א) בהגדרת קנין כסף, דלסמ"ע הקנין חל בתורת פרעון, משא"כ הט"ז ס"ל שקנין כסף אינו חל בתורת פרעון אלא בתורת מעשה קנין. ולפי"ז י"ל דבזה פליגי רב ור' יוחנן, דאליבא דר' יוחנן כסף קונה מדין מעשה קנין ומשו"ה קונה כולו, וככל מעשה קנין דעלמא שקונה את כל החפץ. ואילו לרב קנין כסף אינו חל כמעשה קנין אלא דהוי חלות פרעון, והקנין חל ממילא - דמכיון דשילם בעד החפץ ממילא נעשה החפץ שלו. ולכן קונה רק כפי השיעור ששילם עבורו, דעל מה ששילם ממילא חל הקנין והוי שלו, ועל מה שלא שילם ליכא חלות קנין.

ב) א"נ י"ל דלכ"ע כסף קונה בתורת פרעון, אלא דפליגי, דלרב כששילם מקצת הפרעון אמרינן שהפרעון מתייחס למקצת החפצא הנמכר דקונהו ממילא. ואילו לר"י הפרעון מתייחס לכל החפצא וממילא קונה את כולו. דלרב מקצת הפרעון חל למקצת החפצא בלבד ולר"י מקצת הפרעון חל לכל החפצא, וקונה לכ"ע כפי החפצא שפרע עליו, ומשו"ה לרב קונה מקצתו ואילו לר"י קונה כולו.

ובהמשך הסוגיא הגמרא סד"א להשוות את המחלוקת שבין רב ור"י למחלוקת שבין רשב"ג ורבי במשכון שתפסו כנגד מקצת החוב דפליגי האם אינו משמט כולו או דאינו משמט רק כנגדו. והגמרא דוחה דפליגי האם אפילו מקצת החוב משמט או לא. וצ"ע, דלפי הביאור הראשון שביארנו דרב ור"י פליגי בהגדרת קנין כסף, קשה מהו ענין שמיטה ומשכון לקנין כסף. אך לפי הביאור השני ניתן להבין את ההשוואה, דכמו

דפליגי רב ור"י בערבון ובמקצת פרעון האם מתייחס מקצת הפרעון למקצת החוב או לכל החוב י"ל דה"ה דרשב"ג ורבי פליגי בתפיסת משכון האם המשכון מתייחס למקצת החוב כנגד שוויו בלבד או שמתייחס לכל החוב. וניתן להוסיף דרשב"ג ורבי פליגי בהגדרת יסוד חלות שם חוב, האם כל החוב מהווה חלות חוב אחד, ולכן משכון על מקצתו הוי משכון על כולו, וכמו"כ פרעון למקצתו הוי פרעון לכולו, או דלמא דכל פרוטה ופרוטה דהחוב הוי חלות חוב בפני עצמו, ולכן משכון למקצת החוב חל רק לאותו מקצת החוב בלבד, ופרעון למקצת החוב נמי הוי פרעון רק למקצת החוב ההוא בלבד.

ועוד צ"ב במסקנת הגמ' דיש חילוק בין קנין כסף בקרקע דערבון קונה את כולו, לבין קנין כסף במטלטלין דערבין אינו קונה אלא כנגדו, ומשום שאינו קונה במטלטלין אלא לענין מי שפרע בלבד. ונראה דלפי הביאור הראשון דקנין כסף בקרקע חל בתורת מעשה קנין ואילו במטלטלין הקנין חל מדין פרעון אזי י"ל דבקרקע ערבון קונה כולו בתורת מעשה קנין, ואילו במטלטלין דחל הקנין מדין פרעון י"ל דבתורת פרעון ערבון קונה רק כנגדו. והגמרא מוכיחה דהקנין במטלטלין חל מדין פרעון מדין מי שפרע, כי בתורת מעשה קנין, אי מדרבנן קנין כסף אינו חל א"כ י"ל דלא היה קונה כלל ואפילו למי שפרע. ואילו בתורת חלות פרעון י"ל דתיקנו מקצת קנין לענין מי שפרע בלבד ולא לשאר דיני קנין, דמזה שיש דין מי שפרע במטלטלין מוכח דהקנין חל מדין פרעון ולא מדין מעשה קנין.[227]

וכל זה מבואר לפי הביאור הראשון הנ"ל במחלוקת דרב ור' יוחנן. מאידך לפי הביאור השני דלכו"ע כסף קונה מדין פרעון נראה דהגמרא קובעת דפרעון במקצת חל כפרעון לכל המקח כשקונה את המקח בקנין גמור כבקרקע, משום דחלה חלות דין זקיפת מלוה, כלומר דכשנותן את הערבון דהוי רק חלק מדמי המקח אמרינן דשילם את כל דמי הקרקע משום דהערבון שילם מקצת המחיר ושאר המחיר פרוע בהתחייבות חדשה של זקיפת מלוה. משא"כ במטלטלין שאינו קונה אלא למי שפרע בלבד לא אמרינן הכי, ולכן אין הפרעון במקצת חל לשלם את כל מחיר החפצא, אלא רק כנגדו בלבד.[228]

[227] דחלות מעשה קנין או דחל לקנות לגמרי או דאינו חל כלל, ואילו בפרעון יתכן דחל מקצת קנין לענין מי שפרע, כי עיקר חלות דין מי שפרע הוא שיקיים את דיבורו, דאחרי פרעון חייב הוא לקיים את דיבורו מדין מי שפרע, ודו"ק.

[228] לכאורה כוונת ביאור זה לחלק באומדן דעתן, דבקרקע דחל קנין גמור אמדינן דהסכימו לזקוף את שאר החוב במלוה חדשה, משא"כ במטלטלין דעצם חלות הקנין חלש הוא אזי ליכא אומדן דעת לעשות זקיפת מלוה, וצ"ע.

ב.

בדין קנין קרקע במחילת חוב

והנה הבאנו בשיעורים למעלה (דף מו: ד"ה בענין יש דמים שהן כחליפין אותיות א - ב) שהרמב"ם (פ"ז מהל' מכירה הל"ד) פסק שמחילת חוב מחמת מכר קונה במטלטלין דהו"ל דבר שאינו מצוי דלא גזרו בו רבנן ומעות קונות מדאורייתא. והראב"ד וראשונים אחרים חולקים עליו דס"ל דמלוה להוצאה ניתנה. וביארנו את מחלוקתם דלפי הרמב"ם מעות קונות מדין פרעון, ויש חלות של פרעון במחילת חוב דמשו"ה קונה. ואילו לראב"ד מעות קונות מדין מעשה קנין - וליכא מעשה קנין דנתינת כסף במחילת חוב ומשו"ה אינה קונה.

והנה ביארנו לעיל (באות א') דמעות קונות במטלטלין מדין פרעון ואילו כסף קונה בקרקע מדין מעשה קנין. ומשו"ה ערבון קונה בקרקע כנגד כולו ואילו במטלטלין ערבון קונה רק כנגד מקצתו. ונראה דכן נמי מדוייק בלישנא דגמרא דלגבי מטלטלין איתא "מעות קונות", ו"מעות" היינו לישנא דשוויות ופרעון. ואילו בקרקע הלישנא הוי "כסף קונה" וכדאיתא במס' קידושין (דף כו.) "נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף", והוא לישנא דחפצא דכסף דעושים מעשה קנין בנתינת החפצא דכסף, ואינו לישנא דפרעון, שלא כמו "מעות קונות".

ולפי"ז היה בדין דמחילת חוב תקנה במטלטלין מדין פרעון, אך לא בקרקע הזקוקה למעשה קנין כסף. אך עיין ברמב"ם (פ"ז מהל' מכירה הל"ד) שכתב וז"ל מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר, הרי זה כמי שנתן הדמים עתה וכל החוזר בו מקבל מי שפרע. לפיכך אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו ואע"פ שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר עכ"ל, והראב"ד השיג עליו דמחילת חוב אינה קונה כלל דמלוה להוצאה ניתנה. והרמב"ם אזיל לשיטתו דס"ל דקנין מעות חל מדין פרעון ומחילת חוב מהווה חלות של פרעון, ומשו"ה קונה. אך צ"ע דהניחא במטלטלין, אך למה חלה מחילת חוב לקנות קרקע, דהא קרקע צריכה מעשה קנין ולא פרעון.

ונראה לתרץ דהרי יל"ע למה המתין הרמב"ם מלפסוק את הדין דמחילת חוב קונה בקרקע עד לפ"ז מהל' מכירה אחרי שהביא את ההלכה דמחילת חוב קונה במטלטלין, ולא הביא דין זה בפ"א מהל' מכירה כשכתב כל ההלכות דקנין קרקע בכסף. ונראה דהרמב"ם דייק בסדר הלכותיו כדרכו בקדש, כי בפ"א כתב את ההלכות דקנין כסף בקרקע, דהיינו של מעשה קנין כסף, ומצד הלכות מעשה קנין מחילת חוב אינה קונה

מדחסר בה מעשה דנתינת חפצא דכסף. ורק בפ"ז, אחרי שפסק את ההלכה דמחילת חוב קונה במטלטלין בלי מעשה קנין אלא מדין פרעון, אזי פסק דמחילת חוב אף קונה בקרקע מדין פרעון. כלומר, דיש בקרקע שני אופני קנין - דין אחד דכסף קונה בקרקע מדין מעשה קנין דמשו"ה ערבון קונה בקרקע כנגד כולה אליבא דרב, ודין שני דמעות קונות בקרקע כמו דקונה במטלטלין מדין פרעון, דמחילת חוב קונה נמי בקרקע מדין פרעון כבמטלטלין ואע"פ דחסר מעשה קנין דנתינת כסף.

והרמב"ם פסק (פ"ח מהל' מכירה הל"א - ב) שבקונה קרקע ונותן הלוקח רק את מקצת הדמים בלבד קונה את כולה. ופסק (בפ"ז מהל' מכירה הל"א) נמי במטלטלין שבנותן ערבון שקונה מדין מי שפרע. והמפרשים (עיין בה"ה ובלחם משנה) הבינו שהרמב"ם פסק שערבון במטלטלין קונה כנגד כולה כמו שקונה כנגד כולה בקרקע. ולפי הנ"ל דהרמב"ם סובר דקנין מעות במטלטלין קונה מדין פרעון צ"ל דס"ל שערבון מהווה חלות פרעון על כל המכירה ומשו"ה קונה כנגד כולה. אמנם עיי"ש בלחם משנה שהקשה דא"כ למה פסק הרמב"ם (בפ"ט מהל' שמירה הלי"ד) דבמלוה על המשכון אינו משמט אלא כנגדו. ותירץ וז"ל דס"ל לרבינו דאע"ג דבערבון קונה כנגד כולו במשכון אינו משמט אלא כנגדו משום דבשאר קרינן ביה לא יגוש עכ"ל. ונראה דר"ל דהא דמקצת הפרעון נחשבת כפרעון על כל החוב אליבא דהרמב"ם, היינו דמהווה חלות שם פרעון לגבי כל החוב, ומ"מ אינו פרעון ממש של החוב, דהחוב כולו אינו פרוע. שנשאר עליו לשלם את יתר החוב[229]. ולכן הבחין בפסקיו, דלגבי קנין פסק דקנה את כולה משום דחל חלות שם של פרעון על כל המכירה כולה. ומ"מ פסק דאינו משמט אלא כנגד המשכון, דכנגדו יש פרעון ממש מחמת המשכון, ואילו שאר החוב עדיין אינו פרוע דליכא פרעון ממש, והריהו בר נגישה דקרינן ביה לא יגוש ומשמט, ודו"ק.

ג.

בדין מתנה בקנין כסף

והנה יל"ע בכסף דקונה בקרקע ובמעות הקונות במטלטלין האם קונים במתנה. ולכאורה י"ל דזה יהיה תלוי במחלוקת שבין הסמ"ע והט"ז (חו"מ סימן ק"צ ס"ק א'), כי פרעון אינו שייך במתנה אלא רק מעשה קנין בלבד. ולכן אם קנין כסף חל מדין פרעון אינו מועיל במתנה. מאידך אם חל קנין כסף מדין מעשה קנין יועיל אף במתנה. ולפי הנ"ל יש לחלק בין קרקע לבין מטלטלין, דבמטלטלין מעות קונות מדין פרעון ולא חל במתנה, ואילו בקרקע קנין כסף חל מדין מעשה קנין ומועיל אף במתנה. אך יתכן דלכ"ע

[229] שלא כרש"י דס"ל דכל החוב פרוע הוא דחלה זקיפת מלוה על יתר החוב, ועיין עוד בשיעורים לקמן אות ד'.

כסף יקנה במתנה בתורת מעשה קנין. דרק במכר דשייך בו פרעון אזי רק פרעון קונה ולא מעשה קנין כסף. ואילו במתנה דלא שייך בה פרעון חל מעשה קנין דכסף. ומצינו סברא מעין זו בתוס' בקידושין (דף כה: ד"ה בהמה גסה) עיי"ש.

ד.

גמ'. מיתיבי ערבון כו' דין שיקנה כנגד ערבונו צ"ע אליבא דר' יוחנן דס"ל דערבון קונה כנגד כולו למה בערבוני יקון ס"ל לר' יהודה דיו שיקנה כנגד ערבונו. ועיין בשיטה מקובצת דדנו הראשונים בקושיה זו.

והביא השיטה ביאור בשם הר"ן וז"ל שאמר לו ערבוני יקון כלומר שלא פסקו דמי השדה אלא שהקדים לו קצת מעות וא"ל ערבוני יקון ובכה"ג לא סמכא דעתיה דמוכר, אבל היכא שפסק עמו לתת לו שדה באלף זוז ונתן לו מהם חמש מאות זוז קנה הכל עכ"ל. הר"ן חילק בין ערבון לאחר פיסוק דמים דקנה הכל לבין ערבון לפני פיסוק הדמים דקונה כנגדו בלבד. וכן יתכן לדייק מפרש"י דכתב בדו"ה ערבון וז"ל מקצת המעות נתן לו על פיסוק מרובה עכ"ל. ועוד כתב (בד"ה הנותן ערבון) ז"ל ולא דמי להההיא דלעיל דזה אינו פריעת מקצת המעות אלא ערבון ומשכון לקנוס את החוזר בו עכ"ל. ומשמע דבערבוני יקון לא פסקו דמים ולכן אינו מקצת פרעון אלא רק משכון. ועלינו לבאר שיטה זו.

ונראה דהנה הט"ז (בחו"מ ריש סי' ק"צ) הוכיח מהא דערבון קונה כנגד כולו דקנין כסף הוי מעשה קנין ולא חלות של פרעון - שלא כהסמ"ע - דהא לא פרע כולו. ואליבא דהסמ"ע צ"ל דס"ל דערבון קונה כנגד כולו מפני שחל חלות פרעון על כל דמי המכירה במה ששילם את מקצת דמיו. ונראה שהוא משום שישנה רק מכירה אחת וחל חיוב אחד לשלם את דמי כל המכירה, ובכן מקצת פרעון חל על כל המכירה ולכל דמיו, ומכיון דחל חלות פרעון כנגד כל מכירה לפיכך קונה את כולו, מדחל חלות שם של פרעון על כולו ולכן חל נמי חלות קנין על כולו. אך כל זה שייך אחרי פיסוק הדמים, דנקבע מחיר דמי המכירה כולה, דאזי מקצת התשלומין חל על כל דמי המכירה ולכן קונה כנגד כולו. משא"כ לפני פיסוק הדמים דא"א לייחס את מקצת הפרעון לסכום של כל דמי המכירה, דהא עוד לא פסקו את כל דמיה. ומשו"ה חלות הפרעון מצטמצם לעצם הדמים שנתן ולא ליותר מזה וקונה רק כנגדו בלבד ולא את כולו. וכל זה מתבאר לפי הסמ"ע דסובר דעיקר הקונה בקנין כסף דמכירה הוי חלות פרעון. וכבר קבענו דהרמב"ם ס"ל כוותיה דהקנין חל ע"י הפרעון מהא דפסק (בפ"ז מהל' מכירה) דמחילת חוב קונה, שהרי במחילת חוב חל רק חלות פרעון וליכא בה מעשה קנין בנתינת חפצא

דכסף. ומוכח דהרמב"ם סובר דעיקר הקונה בכסף הוא חלות פרעון ולא מעשה קנין כסף, כשיטת הסמ"ע ודלא כהט"ז.

אמנם עיין ברש"י לקמן (דף עז: ד"ה אבל) שכתב וז"ל אבל נתנו לו בתורת תחלת פרעון הוו להו השאר מלוה עליו עכ"ל. וחידש רש"י דבפריעת מקצת הפרעון הלוקח שלם את כל דמי המכירה, דכל החוב דחל מחמת המכירה פרוע הוא מדין זקיפת מלוה, וחל במקומו חיוב מלוה חדש לשלם את יתר דמי המכירה. ולפי"ז שיטת רשב"ג ור' יוחנן היא דבתשלומי מקצת דמי הפרעון שלם את כל דמי המכירה ע"י מקצת הדמים שנתן ביחד עם זקיפת מלוה וחל איפוא על הלוקח חיוב מלוה חדשה. ופרושו לכאורה קשה, דבעלמא זקיפת מלוה חלה לשלם חוב אחד עם מלוה חדשה רק מדעת שניהם ובקנין חליפין ושטר לזקף מלוה, והרי בערבון יקון קנינים אלה חסרים, ומהיכי תיתי דהתכוונו בערבון לזקיפת מלוה חדשה כדי לפרע את כל החוב דחל מחמת המכירה. ועוד קשה דאם באמת התכוונו וקנו לכך, במה פליגי רב ור' יוחנן, דהא אם הלוקח פרע ממש את כולו עם מקצת הדמים ששילמם ביחד עם זקיפת מלוה, בדין הוא שיקנה את כולו, דהא שילם את כל דמי המכירה בפרעון גמור, ולמה אמר רב דכנגדו בלבד הוא קונה, דהרי פרע את כל דמי המכירה ולכ"ע דינא הוא דלקנות את כולו.

ונראה דרש"י סובר שאין כאן חלות זקיפת מלוה דעלמא, דהא לא עשו קנין מדעת שניהם לשם כך ולא התנו את זה מדעת שניהם, אלא דהוי חלות זקיפה דחלה ממילא. כלומר, דתשלומי מקצת דמי המכירה הופכים ממילא ובלי דעת שניהם לתשלומין של כל דמי המכירה, דא"א לשלם רק את מקצת דמיו, דהרי חלה חלות מכירה אחת וחוב פרעון אחד לשלם את כל דמי המכירה בפרעון אחד, ולכן כשמשלם הלוקח את מקצת דמיו חל עפ"י דין פרעון של כל דמי המכירה, דעל הדמים דלא נתנם ממילא חל חיוב מלוה חדשה. ור' יוחנן סובר דנאמר הלכה מסוימת בדיני פרעון מכירה דע"י מקצת פרעון חל ממילא חיוב מלוה על שאר הדמים, ועפ"י דין חל חלות פרעון של כל דמי המכירה. אך רב חולק על זה וסובר דחל רק מקצת פרעון בלבד למקצת דמי המכירה, ומשו"ה ס"ל דקונה רק כנגדו ולא את כולו.

ולפרש"י מבואר מאד הנ"מ דהר"ן לחלק בין ערבון לבין ערבוני יקון, דבערבון נותן מקצת הדמים כפרעון לדמי המכירה אחרי פיסוק הדמים, ולכן הפרעון הופך ממילא לפרעון של כל דמי המכירה שכבר פסקו את דמיה, משא"א לומר כן כשלא פסקו את כל דמיה בערבוני יקון, דמשו"ה קונה רק כנגדו בלבד ולא את כולו.

אך ראשונים אחרים לא קיבלו פירוש הר"ן, וצ"ב לשיטתם מהו הנ"מ בין הדין דר' יוחנן דערבון קונה כנגד כולו, לבין הדין דר' יהודה בערבוני יקון - דקונה רק כנגדו בלבד ולא את כולו.

ולכאורה נראה לומר דבערבון נתן את מקצת הדמים בתורת תחילת הפרעון של דמי המכר, ולכן קונה כנגד כולו אליבא דר' יוחנן כי מקצת הפרעון הופך להיות חלות שם פרעון על כל דמי המכירה. משא"כ בערבוני יקון אליבא דר' יהודה דנתן את הערבון בתורת משכון בלבד וכקנס להבטיח שלא יחזור בו מן המכירה, אך לא נתנו בתורת מקצת פרעון כלל, ולכן לא חל חלות שם פרעון על כל דמי המכירה ואינו קונה את כולו אלא כנגדו בלבד. אך לפי"ז צ"ב למה קונה עכ"פ כנגדו, הרי לא התכוון לפרעון ולקנין כלל.

וי"ל דמכיון דהלוקח נתן את המשכון למוכר להבטיח את המכירה ושלא יחזור בו, אזי בתורת הבטחת המכירה יש נמי אומדנא דמוכח דשניהם התכוונו לעשות מקצת קנין כנגד שוויות המשכון כדי להבטיח ללוקח שעכ"פ יקנה חלק מהמכירה כנגד דמי המשכון שנתן אפילו אם המוכר יחזור בו, והוא מתנאי הערבון והמשכון להבטיח שהמכירה לא תתבטל לגמרי ויפסיד.

א"נ י"ל דבאמת לא התכוונו המוכר והלוקח לא לפרעון ולא לקנין כלל בנתינת המשכון ורק להחיל קנס בלבד, דתלוי חלות הקנס בדין אסמכתא קניא, ולר' יהודה לא קניא. אלא דמאחר דממון הלוקח נמצא עכ"פ ברשות המוכר שנתנו לו בתורת משכון אזי אפילו בלי דעת המוכר והלוקח, ממילא הופך הממון למקצת פרעון של דמי המכירה. שהרי המוכר והלוקח פסקו את דמי המכירה, ויש בידי המוכר מקצת ממון הלוקח דנעשה מעצמו למקצת פרעון. ודין חדש הוא דאף בלי דעת המוכר והלוקח ממון דהלוקח שבידי המוכר הופך ממילא להיות חלות פרעון וקונה כנגדו. ורק כשמשלם הלוקח מקצת הפרעון מדעת שניהם בערבון דר' יוחנן הופך הפרעון דמקצת הדמים לפרעון לכל הדמים וקונה את כולו. אך בערבוני יקון אליבא דר' יהודה ליכא נתינת דמי הפרעון מדעתם כלל אלא דחל פרעון ממילא בלי דעת מקנה וקונה כפי שיעור מקצת הדמים בלבד ולא יותר מזה וקונה איפוא רק כנגדו ולא כנגד כולו.

ולפי"ז יוצא עוד חידוש, דקנין של מעות קונות דביסודו חל כחלות דין פרעון כנ"ל, אינו חלות קנין מדעת מקנה והקונה כשאר הקנינים שבעולם, אלא דחל כקנין ממילא[230].

[230] נראה דר"ל דיש דעת מקנה וקונה כללית למכור את החפצא אך לא התכוונו שהקנין יחול בנתינת המשכון, ומ"מ הפרעון והקנין חלים ממילא.

כלומר דמאחר שהקונה פרע את דמי החפצא דהמכירה ממילא הוא קונהו, דהפרעון עושהו לבעלים בלי חלות שם מעשה קנין ובלי דעת מקנה וקונה לעשותו מעשה קנין. ולכן בערבוני יקון קונה הלוקח כנגדו בלי דעת המקנה והקונה להקנותו בכך כי מקצת הפרעון דחל עושהו בעלים ממילא, דמאחר שפרע מקצת דמיו ממילא נעשה לבעל החפצא גם בלי דעת מקנה וקונה להקנות בדרך זו. והוא חידוש אך נראה דמסתבר הוא אליבא דהרמב"ם והסמ"ע דס"ל דקנין מעות חל מדין פרעון ולא מדין מעשה קנין.[231]

ברם כל הנ"ל ניחא אליבא דהרמב"ם הסובר דקנין מעות חל מדין פרעון. מאידך ביארנו דלראב"ד הא דמעות קונות אינו מדין פרעון אלא מדין מעשה קנין, דמשו"ה סובר דאין קנין מעות חל במחילת חוב מדחסר בו מעשה קנין דאינו אלא חלות פרעון בלבד. ואליביה מבוארת את שיטת ר' יוחנן הסובר דערבון הווה מעשה קנין ומשו"ה קונה כנגד כולו, דאין דין פרעון נוגע לחלות הקנין, דגם מקצת הפרעון מהווה מעשה קנין גמור לקנות את כולו. אך צ"ע אליביה היאך מבארים את שיטת ר' יהודה בערובי יקון דאינו קונה אלא כנגדו.

וי"ל דהוי אומדנא דמוכח דשניהם רצו והסכימו לקנין במקצת כדי להבטיח את הקונה בנתינת המשכון שלו שלא יפסיד, ומשו"ה קונה כנגדו בלבד. אך הקנין אינו חל מדין פרעון אלא מדין מעשה קנין כסף דעלמא. ועוד נראה דהקנין מצטמצם לכנגדו ולא חל בכולו לא רק משום שיש אומדנא דמוכח אלא משום דעצם הכסף מצומצם, שהרי משכון חל לשם הבטחה כנגד שוויותו, ולכן הכסף קנין שבו ג"כ מצטמצם לקנין כנגדו ולא לקנין בכולו ודו"ק.

ה.

גמ'. קרקע דבכספא קני ליה ממש קני ליה לכולה, מטלטלין דלא קני אלא לקבולי מי שפרע לא קני ליה כוליה. כבר ביארנו דיתכן לבאר דהגמ' מבחינה בין קנין כסף בקרקע דקונה מדין מעשה קנין, לבין קנין מעות במטלטלין שקונה מדין פרעון. ולכן מקצת פרעון בקרקע קונה את כולה דחל מעשה הקנין בכולה ובמטלטלין אינו קונה אלא כנגדו בלבד מדין מקצת פרעון. אלא שקשה לפי"ז היאך מבארים מש"כ בגמ' דקנין גמור חל בקרקע ואילו במטלטלין חל קנין מי שפרע. וי"ל דהגמ' מביאה ראייה דהיינו דמכיון דקנין מעות במטלטלין חל מדין פרעון ולא מדין מעשה קנין משו"ה אפשר היה

[231] ועוד נראה דקנין מעות דחל ממילא בלי דעת לעשותו מעשה קנין דומה לקנין חצר שקונה לאדם שלא מדעת, דהוי נמי קנין דחל ממילא בלי דעת הקונה ובלי מעשה קנין מדעת. ועיין בסוגיות לעיל (דף י. - יב א) ובשיעורים לעיל על קנין חצר, וע"ע ברשימות שיעורים לב"ק דף תל"ה - תל"ו וליבמות דף תי"ד - תט"ו ביסוד דין קנין חצר דדן בו רבינו זצ"ל, האם חל קנין חצר כמעשה קנין או דחל כקנין ממילא.

לגזור שיקנה מעות רק מקצת חלות קנין לענין מי שפרע בלבד מפני דאין בו מעשה קנין. ואילו כסף קונה בקרקע קנין גמור דהו"ל חלות מעשה קנין, דמעשה קנין מחיל חלות קנין גמור וא"א לגזור בו מקצת חלות קנין.

ברם פשטות הגמ' משמע ביאור אחר, דהיינו דעיקר המחייב דמי שפרע אינו עצם חלות הקנין אלא העובדא שאינו עומד בדיבורו ומשקר לחברו. והוא תלוי בסמיכת דעתם, דמכיון דסמך חברו על דבריו אסור לו לחזור בו ואם חזר בו מקבל מי שפרע. ולכן בקנין מי שפרע במטלטלין ערבון קונה רק כנגדו בלבד, דמדשלם רק מקצת הדמים ע"ז בלבד סמכה דעתם. משא"כ קנין כסף בקרקע דחל כקנין גמור, ולכן חלות דינו אינו תלוי בסמיכת דעתם לענין שקר ואמת, אלא בדעת הקנאתם בלבד, דמכיון דגמרו להקנות את כולו הקנין חל בכולו ודו"ק.

ו.

תוס' ד"ה אכפול

עיין ברמב"ם (פי"א מהל' מכירה הל"ד) וז"ל לפיכך הנותן ערבון לחבירו ואמר לו אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך, והלא אמר ואם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך, אם חזר בו הלוקח קנה זה הערבון שהרי הוא תחת ידו, ואם חזר בו המוכר אין מחייבין אותו לכפול הערבון שזו אסמכתא היא ואסמכתא לא קני עכ"ל. הרמב"ם מפרש "דיו שיקנה כנגד ערבונו" לא דחל קנין בקרקע אלא דחל מחילת הערבון שכבר נתנו הלוקח מוכר דבמחילת בעין אמרינן דאסמכתא קניא, עיין במפרשי הרמב"ם. הראב"ד חולק על הרמב"ם וס"ל דאסמכתא לא קניא אפילו במחילה בעין.

ובתוס' כתבו וז"ל דיו אם קונה המקח ע"כ של מוכר כנגד מעות שנתן אבל הלוקח אם ירצה לא יקח כי אם מעות כי יאמר אינו חפץ במעט מקח עכ"ל, כלומר שבידי הלוקח לקחת מעות או קרקע כנגד הערבון. ונראה דתוס' מפרשים את הדין דר' יהודה דחל מדין התחייבות דקניא כנגד הערבון - דהיינו דמכיון דחל חיוב דהלוקח למחילת הבעין ה"ה דחלה התחייבות דהמוכר להחזיר ללוקח ממון או שיתנו לו קרקע תחת הערבון. ונראה דלתוס' לא חל קנין כסף בקרקע ללוקח, אלא רק התחייבות מצד המוכר ללוקח דאינה אסמכתא וקניא. מאידך לרש"י ערבון קונה קנין ממש בקרקע וכדכתב (בד"ה דיו) וז"ל לא זה ולא זה יכולין לחזור מלקיים מן המכירה עכ"ל, דקנין חל בקרקע כנגד דמי הערבון מדין קנין כסף. (ועיין לעיל שביארנו את חלות הקנין אליבא דרש"י).

ז.

גמ'. לימא כתנאי עיין במס' שבועות (דף מג: - מד ב) בסוגית דינא דר' יצחק הסובר דבעל

חוב קונה משכון, ומבואר בסוגיא שם דהגמרא מחלקת בין משכון שלא בשעת הלוואה לבין משכון בשעת הלוואה, דדין דר' יצחק חל רק במשכון שלא בשעת הלוואה. ועיין שם בר"ן על הרי"ף (ריש פ' שבועת הדיינין דף יח. בדפי הרי"ף דפוס ווילנה) שביאר דמשכון שלא בשעת הלוואה היינו שתפסו שליח ב"ד בתורת גוביינא מהמלוה עבור הלוה. ונראה לומר דיש שני חלות דיני משכון: א) משכון שחל בתורת חפצא המשועבד למלוה; וב) משכון שחל בתורת פרעון. ומסתבר דדין דר' יצחק חל רק במשכון שחל בתורת פרעון דאזי קונה המלוה את המשכון, ואילו במשכון שאינו חל בתורת פרעון אלא מדין שעבוד בעלמא לית ליה למלוה קנין בגוויה. וזהו לכאורה החילוק שבין משכון שבשעת הלוואה לבין משכון שלא בשעת הלוואה, דבשעת הלוואה מיירי כשהלוה נתן את המשכון למלוה בתורת שעבוד ומשו"ה לית ליה למלוה קנין בגוויה, משא"כ במשכון שלא בשעת הלוואה, דגבה אותו שליח ב"ד בעד המלוה ובכן חל כפרעון דהחוב, ומשו"ה הבע"ח קונה בו קנין.

ובסוגיין קס"ד דיש להשוות את המחלוקת שבין רב ור' יוחנן עם המחלוקת שבין רשב"ג ורבי. וכבר ביארנו את המחלוקת שבין רב ור' יוחנן דהויא מחלוקת בחלות דין פרעון של מקצת החוב, דלרב הפרעון חל רק כנגדו בלבד ואילו לר"י הפרעון חל בכל החוב, והנ"מ בשיעור הקנין דחל במקצת הפרעון דהמכירה, דלרב קונה כנגדו בלבד וכשיעור הפרעון, ואילו לר"י קונה כנגד כולו מכיון דהפרעון חל בכולו. ולפי הה"א שבגמרא ה"ה דפליגי בזה רשב"ג ורבי בחלות דין משכון - אם המשכון חל כנגד כל החוב, דזהו מה דס"ל לרשב"ג, או דחל המשכון כנגדו בלבד, דזוהי סברת רבי. ונראה דמיירי במשכון דחל בתורת פרעון, דאילו משכון שאינו חלות של פרעון אלא רק חלות שעבוד נכסים בלבד לא שייך לדין פרעון מקצת החוב דפליגי בו רב ור' יוחנן. ולפי"ז אליבא דהגמרא במס' שבועות צ"ל דרשב"ג ורבי פליגי דוקא במשכון שלא בשעת הלוואה דתפסו שליח ב"ד בתורת פרעון החוב, ופליגי האם מקצת הפרעון דחל במשכון חל כחלות דין פרעון בכל החוב ולכן אינו משמט בכולו כרשב"ג או דלמא דחל כחלות דין פרעון רק כנגד מקצת החוב בלבד ולכן אינו משמט רק כנגדו בלבד וכרבי, והויא אותה המחלוקת דפליגי בה רב ור' יוחנן.

ח.

דף מט.

גמ'. לזכרון דברים בעלמא.

בפשטות חלוקים רשב"ג ורבי במהות תפיסת המשכון דשוה חצי חוב. אליבא דרשב"ג המלוה תופס את המשכון כנגד חצי החוב בתורת גבייה, ואילו לרבי, מאחר שיצטרכו בי"ד לגבות פעם שניה את חצי החוב השני, אף בנוגע לחצי החוב שנתפס עליו המשכון אין המשכון נתפס בתורת גבייה אלא בתורת שעבודים, וזוהי כוונת "זכרון דברים בעלמא". ולפיכך משכון כזה אינו מונע את השמטת החוב בשנת השמיטה. ולכאורה י"ל דתהיה עוד נ"מ בנוגע לבל יראה וב"י ולקדושי אשה. דרק במשכון הנתפס בתורת גבייה חלים קנינים דר' יצחק והלכך ניתן להשתמש במשכון כדי לקדש בו אשה וכן עובר עליו בב"י וב"י בפסח. ברם לרבי הסובר שכשתופס המשכון כנגד חצי החוב בלבד אינו תופסו בתורת גבייה אלא בתורת שעבודים, ובהתאם לכך אין לו קניני משכון אזי א"א לו לקדש בו אשה ואינו עובר עליו בב"י וב"י.

אך פי' זה קשה קצת, שהרי החילוקים האחרים האלה לא הוזכרו בגמרא ומשמע מכך שרשב"ג ורבי חלוקים רק לענין שמיטה בלבד. ולכן נראה דיתכן לבאר מחלקותם באופן אחר, די"ל שבנוגע לכהת"כ שפיר חל דין משכון בתורת גבייה וקנין אפילו כשאין המשכון שוה אלא מקצת דמי החוב. ורשב"ג ורבי נחלקו דוקא לענין שמיטה כשיש חוב אחד דבמקצתו קרינן ביה לא יגוש ובמקצתו האחר לא קרינן ביה לא יגוש, האם ניתן לומר בכה"ג שהמקצת שאין בה נגישה אינה נשמטת. אליבא דרבי א"א לחלק את החוב לשנים, ומאחר שמקצתו נשמטת אזי כולו נשמט - כולל אותו חלק שיש עליו משכון. ואילו אליבא דרשב"ג מחלקין את החוב לשנים - לחלק שאין עליו משכון שנשמט ולחלק שני שלא נשמט מאחר שיש עליו משכון. ולפי"ז י"ל דרשב"ג ורבי חולקים אף בנוגע למוסר שטרותיו לב"ד ובאופן שמסר להם את זכות הגבייה רק למקצת החוב בלבד, האם אותו חלק של החוב הנמסר לבי"ד משתמט או לא.

ונראה להוסיף ע"ז עוד ביאור. דהנה עיין בסוגיא של מתנה ע"מ שכתוב בתורה במס' מכות (ג:) דמבואר בגמ' (שם) שאם תנאו קיים האומר ע"מ שלא תשמטנו שביעית אין שביעית משמטת את החוב. וצ"ע דאם נימא דשמיטה הוי אפקעתא דמלכא דין זה לכאורה תמוה, דמניין למלוה ולוה הכח להתנות בשביעית שאינה משמטת, והרי אין זה דומה למקדש אשה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה כי החיובים דשאר כסות ועונה חלין מדעת המתחייב, ומחמת התנאי אינו מתחייב. וכן י"ל דשאני ממי שהתנה ע"מ שאין לך עלי אונאה, דאונאה תלויה בקפידת המוכר והלוקח, והתנאי מבטל את קפידתם.

ואמר הגר"מ זצ"ל דמוכח מכאן שאין שמיטת כספים חלה מדין אפקעתא דמלכא, אלא דהתורה גזרה בדעת ההתחייבות דהלוה מעיקרא להתחייב לשלם למלוה רק עד תום שנת השמיטה. והואיל והשמטת החוב בשמיטה תלויה בדעת המתחייב בידיהם להתנות בה תנאי אליבא דמ"ד מתנה ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים. ולפי"ז יש לומר שרבי סובר שדעת ההתחייבות של הלוה על כל החוב אינה ניתנת להיחלק, ואם מקצת החוב משתמט אזי כולו משתמט מפני שכל החוב חל ע"פ דעת מתחייב אחת.

ע"כ ענין ערבון

גמ'. דברים כו' יש בהם משום מחוסרי אמנה

א.

האם מחוסרי אמנה הוי איסור שקר או איסור ממון

הרי"ף פסק כר' יוחנן דדברים יש בהם משום מחוסרי אמנה, ומ"מ הביא את פירוש אביי בפסוק "הן צדק", שלא יהא אחד בפה ואחד בלב, והוא כרב. וכתב הרא"ש וז"ל ויראה דסבר רב אלפס ז"ל דנהי דפריך מהך ברייתא לרב ומשמע לר' יוחנן דשמעינן מיהא דדברים יש בהן משום מחוסרי אמנה, לבתר דמפליגי לר' יוחנן בין מתנה מרובה למועטת מסתבר דלא שמיע ליה לר' יוחנן מקרא, אלא עיקר קרא אתא לאחד בפה ואחד בלב, דאי שמיע ליה לר' יוחנן מקרא לא מסתבר לחלק בין מתנה מרובה למועטת עכ"ל. ובביאור דבריו נראה דיש לחקור אליבא דר' יוחנן בדין דברים יש בהם משום מחוסרי אמנה, האם הוי איסור שקר או איסור ממון. ונ"מ במתנה מרובה, דאי הוי איסור שקר האיסור חל בין במתנה מועטת ובין במתנה מרובה, שהאיסור חל מצד המדבר שלא יהיו דבריו דברי שקר. ואילו הוי חלות איסור ממון, דהיינו דחלה זכות ממון למקבל מחמת הדברים, ניתן לחלק בין מתנה מועטת לבין מתנה מרובה, כי במתנה מועטת סמכה דעת המקבל על הדברים ולכך קונה מקצת זכות ממון בחפצא ואילו במתנה מרובה לא סמכא דעתיה, ולכן לא קנה זכות ממון. והרי פשטות הפסוק דהוי איסור שקר, ומאחר דלר' יוחנן למסקנא האיסור חל רק במתנה מועטת, והוי איסור ממון, לכן אין לאיסור מקור בפסוק דמשתעי באיסור שקר בעלמא, וביאור הפסוק הוא כרב.

ב.

האם איסור משקלות חסרות הוי איסור ממון או איסור שקר

וי"ל נמי בגדר האיסור דמשקלות חסרות - האם הוי איסור ממון או איסור שקר.

ועיין במנין המצוות לריש הלכות גניבה שמנה הרמב"ם שני איסורים: א) שלא יעשה עול במדות ובמשקלות. ב) שלא יהיה לאדם אבן ואבן איפה ואיפה ואע"פ שאינו לוקח ונותן בהם. ומסתבר שזהו יסוד הנ"מ בין שני האיסורים, דהאיסור לא לעשות עול במדות ובמשקלות מהווה איסור ממון, דהא הזיק לחבירו וגזלו כשהטעהו במדות, ואילו האיסור לא לקיים מדה חסרה בביתו מהווה איסור שקר, ואינו איסור ממון, דהא עוד לא הזיק.

ולכאורה תהיה נ"מ לגבי פסול עדות, שהרי בשני האיסורים האלה אין מלקות, דכשעשה עול במדה והזיק לחבירו וגזל את ממונו[232] חייב לשלם ואינו לוקה, וכשהשהה מדה חסרה בביתו נמי פטור ממלקות מפני שאין בו מעשה (רמב"ם פ"ז מהל' גניבה הל"ב - ג); וכשעבר על איסור בלי מלקות הריהו כשר לעדות (פ"י מהל' עדות הל"ב - ג), אלא אם כן הוי רשע דחמס משום שלקח ממון חבירו והזיקו (שם הל"ד). ובכן, כשעשה עול במדה ומשקל ובכך הזיק את חבירו, שהרי לקח את ממונו שלא כדין, הריהו רשע דחמס ופסול לעדות, ואילו אם השהה מידה חסרה בביתו ולא הזיק את חבירו בממונו, אינו רשע דחמס וכשר לעדות.

ונראה אליבא דהרא"ש דזוהי הנ"מ בין הה"א לבין המסקנא דבגמרא. דהה"א נקטה דהאיסור דמחוסרי אמנה הוי איסור שקר שדומה לאיסור שהיית מדה חסרה בביתו דהוי איסור שקר. ולמסקנת הגמרא איסור מחוסרי אמנה דומה לאיסור עשיית עול במדות חסרות ואיסור ממון הוא.

ג.

דין גניבה במדה חסרה

כתב הרמב"ם (פ"ז מהל' גניבה הל"ב) ז"ל אע"פ שהמודד או השוקל חסר גונב אינו משלם לו תשלומי כפל אלא משלם לו המדה או המשקל, ואין לוקין על לאו זה מפני שהוא חייב בתשלומין עכ"ל. ועלינו להבין, דאם הוי גנב למה אינו משלם תשלומי כפל. ועיין במגיד משנה וז"ל דהאי גזל מעליא הוא ואין כפל בגזל עכ"ל. אך לשון הרמב"ם מפורש דנקרא "גונב" ודהו"ל גנב, וא"כ צ"ע למה פטור מכפל.

והנה בחילוק בין דין גניבה לדין גזילה כתב הרמב"ם בפ"א מהל' גניבה (הל"ג) ז"ל אי זהו גנב זה הלוקח ממון אדם בסתר ואין הבעלים יודעים כו', אבל אם לקח בגלוי ובפרהסיא בחוזק יד אין זה גנב אלא גזלן עכ"ל. ויש להעיר דהנה הגונב מן הגנב אינו משלם כפל

[232] דבטעות במדות המקח חוזר ובלקיחת הממון עבר המוכר על איסור גזילה.

(לקמן דף סב:) ויש לו דין גזלן ולא גנב ואע"פ שלקח הממון בסתר. ומבואר שיש חילוק נוסף בין גניבה לגזילה מלבד זה שגניבה בסתר.

ואאזמו"ר הגאון ר' חיים זצ"ל מבריסק חידש, שחלוק חלות דין גניבה מחלות דין גזילה. גזילה חלה בכל אופן שאדם אחד מעכב ממון חבירו ברשותו ואינו מחזירו, ואע"פ שלא הוציא את הממון מרשות הבעלים נחשב לגזלן. מאידך גניבה חלה רק כשהוציא ממון מרשות הבעלים, דהיינו כשיש מעשה גניבה מרשות הנגנב.[233] ולפיכך בגונב מן הגנב חל דין גזילה ולא דין גניבה שהרי לא הוציא את החפץ מרשות הבעלים עצמם, מאחר שהחפץ כבר איננו ברשות הבעלים מחמת מעשה הגניבה הראשונה, ומשו"ה נחשב לגזלן ולא לגנב.[234]

והגר"ח זצ"ל הביא כמה ראיות ליסודו: א) עיין בפ"ד מהל' גניבה (הל' י') במחלוקת בין הרמב"ם לבין הראב"ד בשומר שגנב מרשותו. שכתב הרמב"ם ז"ל: שומר שגנב מרשותו כו' אם יש עליו עדים חייב בכפל כו' עכ"ל. והשיג הראב"ד ז"ל זה אינו כלום עכ"ל. ומבואר דלהרמב"ם שומר שגנב מרשותו חייב בכפל. ונראה דהראב"ד השיג עליו בנוגע לכפל, ומ"מ אף הראב"ד מודה דכלתה שמירתו ומחוייב באחריות אונסין, דהא על מש"כ הרמב"ם שהשומר שגנב חייב באחריות כתב הראב"ד ז"ל א"א או שיחזיר הכיס לבעליו כו' עכ"ל. וצ"ע בשיטת הראב"ד, דאם נחשב לקיחת השומר ללקיחת ממון מהבעלים, א"כ למה פטור מכפל, ואם לקיחת השומר לא נחשב כלקיחת ממון מהבעלים למה יהיה חייב באחריות כגזלן.

ותירץ הגר"ח זצ"ל דהראב"ד סובר דבשומר שגנב מרשותו חסר לקיחת ממון מרשות הבעלים שהרי רשות השומר הויא רשותו של הבעלים, ומשו"ה עדיין נשאר החפץ ברשות בעליו. אמנם מ"מ השומר מעכב את הממון מבעליו, ולפיכך הוי גזלן, דחלות שם גזלן אינה תלויה במעשה לקיחת ממון מרשות הבעלים אלא בהיכי תמצא של עיכוב ממון מחבירו, והשומר התופס ממון הבעלים ומעכב אותו ממנו הוי גזלן. מאידך חלות דין גניבה חלה רק כשיש מעשה גניבה והוצאה מרשות בעלים. בשומר לא שייך מעשה גניבה, ולפיכך אינו גנב אלא גזלן, ולכן אע"פ שפטור מכפל חייב באחריות כגזלן.

[233] עיין בקצות (חו"מ סי' ל"ד: ג') ובנתיבות (ל"ד: ה') שביארו את פסק הרמ"א שהחולק עם הגנב כשר לעדות, משום שגם איסור גזילה חל רק בלקיחה מרשות הבעלים ודלא כסברת הגר"ח זצ"ל. וצ"ל שהגר"ח זצ"ל ס"ל כדעת התומים החולק על הרמ"א שם.

[234] עיין גם בתוס' רי"ד (ב"ק דף קיא: ד"ה א"ר חסדא) שמחלק בין גנב לגזלן וס"ל דהמחייב דגניבה היינו הוצאה מרשות הבעלים דכתיב וגנב מבית האיש וכדברי הגר"ח זצ"ל שלא כשיטת הקצות ונתיבות (סי' ל"ד) הנ"ל.

אמנם נראה דהרמב"ם חולק על הראב"ד וס"ל דכששומר גונב מרשותו כלתה שמירתו ופקעה רשות הבעלים, ולפיכך חל עליו חיוב גנב וחייב לשלם כפל כי הוציא את החפץ מרשות בעליו לרשותו כגנב דעלמא.[235]

ב) הרמב"ם בפ"א מהל' גניבה (הל"ג) הגדיר שגניבה היא לקיחת ממון מבעליו בסתר וגזילה בגלוי. ויש להקשות דהרי השולח יד בפקדון הוי גזלן (וכדפסק הרמב"ם בפ"ג מהל' גזילה הי"א) ואף באופן ששלח ידו בסתר, וצ"ע דאם שלח בו יד בסתר אמאי לא הוי גנב. ונראה לתרץ עפ"י מש"נ דחלות דין גניבה צריכה הוצאת החפץ מרשות הבעלים, ומאחר שרשות השומר הוי כרשות הבעלים, א"כ נראה דאע"פ ששלח בו יד, עכ"ז לא הוציא את הפקדון מרשות בעליו, ולפי' הוי גזלן ולא גנב.

ג) קיי"ל דהשואל שלא מדעת הבעלים הרי זה גזלן (פ"ג מהל' גזילה הלט"ו). ולכאורה יש להעיר, דמאחר שלקחו בלי ידיעת הבעלים, למה לא יהיה גנב, דהרי כתב הרמב"ם (פ"א מהל' גניבה ה"ג) "איזהו גנב זה הלוקח ממון בסתר בלי ידיעת הבעלים". אולם לפי"ד הגר"ח זצ"ל י"ל דחלות דין גניבה חלה ע"י הוצאת החפץ מרשות הבעלים, ושואל שלא מדעת, הואיל ולקחו בתורת שאלה ולא לעצמו לחלוטין אלא לקחו ע"מ להחזירו, לא הוציאו מרשות הבעלים במידה הקובעת חלות שם גניבה, ואינו אלא גזלן.

ד) הרמב"ם פסק בפי"א מהל' שכירות (ה"ב) שהכובש שכר שכיר עובר בבל תגזול, ומסתימת לשונו משמע דמיירי בכל גווני שכבש שכר שכיר, ולכאורה צ"ע דאם כבש השכר בסתר למה לא יעבור בלא תגנוב. וי"ל דמאחר שאינו מוציא את דמי השכר מרשות בעליו - רק נמנע מלשלם לפועל - אינו גנב כי אם גזלן. ונראה דהוא הדין בכל עושק - מאחר שמונע ממון מהבעלים בסירובו לשלם להם את החוב, אבל אינו מוציא את הממון מרשות הבעלים, הרי הוא בכלל גזלן.

ה) כתב הרמב"ם בפ"ב מהל' גניבה (הלכה א') וז"ל הגונב את העכו"ם או שגנב נכסי הקדש אינו משלם אלא הקרן בלבד שנאמר ישלם שנים לרעהו, לרעהו ולא להקדש, לרעהו ולא לעכו"ם, וכן הגונב קדשים מבית בעליהן בין קדשי קדשים בין קדשים קלים וכו' הרי זה פטור מן הכפל ומתשלומי ארבעה וחמשה שנאמר וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש עכ"ל. וביאר הגר"ח זצ"ל שהרמב"ם הוזקק לשני לימודים לפטור כפל בהקדש: א) "לרעהו ולא להקדש" בנוגע לקדשי בדק הבית, שהם ממון הקדש וקנינו,

[235] לפי"ז צ"ע מאי שנא שומר שגנב מרשותו אליבא דהרמב"ם משומר ששלח יד בפקדון שכ' הרמב"ם בפ"ג מגזילה (הל' י"א) שדינו להיות גזלן ולא גנב. וע"פ השיעורים י"ל שבשליחות יד לא כלתה השמירה ולכן השומר הוי גזלן ולא גנב. ברם עיין במחלו' בין הרמב"ם לבין הראב"ד בפ"ד מהל' גניבה (הל"ב) בנוגע לשולח בו יד ואח"כ טוען טענת גנב. ולכאורה משם ראייה שהרמב"ם סובר שאף בשליחות יד כלתה שמירתו. ויעויין במגיד משנה שם.

וגזיה"כ הוא שאינו משלם כפל להקדש; ב) "וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש" ללמד שאינו משלם כפל לבעל הקרבן אף ד"מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן" (ב"ק דף עו.).

וקצת קשה שכן מפסוק ד"וגונב מבית האיש" דורשים ולא מבית הגנב, וכיצד נלמדים שתי דרשות ושני דינים שונים ממיעוט אחד.

ונראה שהפטור מלשלם לבעל הקרבן אינו גזיה"כ בעלמא, אלא דגזיה"כ קובעת שהגנב פטור הואיל וממון הקרבן אינו ברשות בעליו לעשות בו כרצונו, שהרי המוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום (פ"ד מהל' מעילה הל"ח). ונמצא שהפטור דגניבת קרבן והפטור דגונב מן הגנב מהווה אותו הפטור של הגונב דבר שאינו ברשות בעליו, ויש כאן רק דין אחד דהיינו שחיובי גניבה חלים דוקא בגונב ממון מרשות בעליו.

ד.

האיסור לגנוב כל שהוא

כתב הרמב"ם (פ"א מהל' גניבה הל"ב) וז"ל אסור לגנוב כל שהוא דין תורה ואסור לגנוב דרך שחוק או לגנוב על מנת להחזיר או על מנת לשלם הכל אסור שלא ירגיל עצמו בכך עכ"ל. ועיין במגיד משנה שמפרש שהאיסור לגנוב כל שהוא מבוסס על ההל' שחצי שיעור אסור מן התורה. וצ"ע לפי"ז למה כלל הרמב"ם איסור חצי שיעור ביחד עם האיסור של הגונב ע"מ לשלם וכו'.

אולם הגר"ח זצ"ל נקט דבאמת אי אפשר לומר שפחות משוה פרוטה נחשב לחצי שיעור, כי פרוטה אינה שיעור בחיוב אלא שיעור בחלות שם ממון. חצי פרוטה אינו דומה לחצי כזית חלב, דחצי כזית חלב הרי הוא חפצא דחלב, אלא כשאוכלו ליכא מעשה אכילת הגברא של שיעור כזית, ולפי' פטור ממלקות. מאידך פחות משוה פרוטה אינו חפצא דממון כלל, דפרוטה קובעת את השם ממון בחפצא, ופחות מפרוטה אינו חפצא דממון שיאסר באיסור חצי שיעור.

וראיה לזה הביא הגר"ח זצ"ל מהמשנה דחמש פרוטות (ב"מ דף נה.) המונה ביניהן דיני פרוטה בפדיון הקדש ובקדושין, ולכאורה ליכא שיעורין בקדושין או בפדיון, הפרוטה אינה דין שיעורין אלא שיש צורך בחפצא של ממון, ובכן פחות משוה פרוטה אינו נקרא ממון.[236]

[236] אליבא דהגר"ח זצ"ל זוהי כוונת המשנה בב"מ (דף נה.) חמש פרוטות הן כו' שדין ממון בכהת"כ חל דוקא בשוה פרוטה, ופחות משוה פרוטה אינו ממון כלל. ויעויין בסנהדרין (דף נז.) דישראל מוחל פחות משו"פ אלא דכותי אינו מוחלו ואצל כותי מכותי גזל מעליא הוא. ביאור הדבר - דבנוגע לישראל מאחר דבסתמא מוחלו לפיכך אינו ממון, ואילו אצל כותי מאחר דאינו מוחלו לכן נחשב לממון. ופשיטא דפחות מפרוטה הוי שלו, דאע"פ שאינו

ולכן אמר מרן הגר"ח זצ"ל דמסתבר דלרמב"ם האיסור לגנוב כל שהוא אינו נכלל באיסור חצי שיעור דעלמא אלא שמהווה איסור מיוחד בגניבה. גניבת כ"ש נאסרת משום הלאו דלא תגנבו, והוי איסור טפל ללאו דגניבה שפטור ממלקות. ולפי"ז יוצא דהאיסור גניבה חל מחמת מעשה גניבת כ"ש בעלמא, ואילו חלות גניבה לחייב כפל חל רק בהוצאה ובגניבת ממון מרשות בעליו.

ובאמת יש לעיין עוד מהו גדרו של האיסור לגנוב פחות משוה פרוטה, שהרי אין כאן לקיחת ממון כלל וליכא הפסד לנגנב. ונראה שהתורה אסרה כל מעשה לקיחה של דברים שאינם שלו, ואע"פ שאינו לוקח ממון חבירו, הרי עושה מעשה גניבה, שהרי לוקח דבר שאינו שלו. וזהו יסוד האיסור לגנוב או לגזול פחות משוה פרוטה - איסור גברא של מעשה גניבה ולקיחת חפצא בלי רשות, ואע"פ דליכא גניבת ממון.

ולפי"ז נ"ל, דהאיסור לגנוב דרך שחוק ג"כ מבוסס על איסור זה, דאע"פ שגונב דרך שחוק, וליכא גניבת ממון המחייבתו בכפל, שהרי אינו רוצה לקחת את הממון לעצמו, מ"מ לוקח דבר שאינו שלו מרשות חבירו, דהיינו שהגברא עושה מעשה גניבה, ואסרתו התורה. ולפי"ז, אין כוונת דברי הרמב"ם "שלא ירגיל עצמו בכך" שאיסורים אלה נאסרים רק ממדת חסידות בלבד או מדרבנן בעלמא, כי בודאי גניבות אלו נאסרות מדאורייתא, אלא דהרמב"ם נותן טעמו של האיסור.[237] דאע"פ דאין כאן גניבת ממון המחייבת בכפל ובכל החיובים של אחריות דגניבה וגזילה, מ"מ יש כאן מעשה גניבה, ומעשה גניבה אסרה תורה, ואפי' בלי גניבת ממון. שהרי אסרה התורה אף גניבה פחות משוה פרוטה, ואע"פ שאינו ממון.[238] ולפי"ז מבואר נמי הא דכלל הרמב"ם את האיסור לגנוב פחות

ממון מ"מ קנוי לבעלים ואינו הפקר. ועיין בסנהדרין (שם) דכותי הגוזל פחות משו"פ מישראל חייב "דמצער ליה", כלומר שלוקח דבר שלו בלי רשותו ומצערו, חזינן שקנינו של ישראל הוא.

[237] ויעויין במס' ב"מ (דף סא:) שהגמרא לומדת את האיסור לגנוב ע"מ למיקט מקרא, ומוכח דאיסור דאורייתא הוא. ברם עיין בחוט המשולש להגר"ח מוואלאז'ין זצ"ל המפרש שהאיסור לרמב"ם הוי איסור מדרבנן.

[238] עיין בסנהדרין (דף נז.) שכותי שגזל פחות משו"פ מישראל חייב משום "נהי דבתר הכי מחיל ליה צערא בשעתיה מי לית ליה". ביאור הדבר - דגזל פחות משו"פ הוי מעשה גזילה ואע"פ שאין בכך גזילת ממון, כותי חייב על מעשה גזילה אפילו כשלא גזל ממון. ואילו ישראל חייב דוקא על גזילת ממון. ומ"מ במעשה גזילה גרידא איסור חל גם בישראל. וכך כ' רש"י שם (ד"ה צערא כו') ז"ל הלכך גזל הוא אלא שאין ב"ד ישראל נזקקין להשיבו דבתר הכי מחיל ליה, ובישראל נמי אסור ומעבר לא עבר דכתיב לא תגזול והשיב את הגזילה אמידי דהשבון קרי גזל ואידך לא, אבל בכותי דלאו בר השבון הוא שכל דינו למיתה לא נפיק פחות משו"פ מכלל פרוטה ואפי' מישראל דמחיל ליה בתר הכי עכ"ל. פירוש דבריו שבישראל חלות גזילה תלויה בחפצא של ממון הניתן להשבה דהיינו בשוה פרוטה. ואילו בכותי חיוב גזילה תלוי במעשה גזילה בשעתה ולא בחיובי השבה, ולפי' כותי חייב אף בפחות משו"פ המהווה מעשה גזילה בשעתה.

עיין בש"ע חו"מ (שנ"ט: א') שפסק שמותר לגזול מישראל דבר שאינו מקפיד עליו אלא שהירושלמי אוסרו משום מדת חסידות. ולפי ה"ה הנ"ל שפחות משו"פ הוי חצי שיעור י"ל דדבר שאינו מקפיד עליו אינו נתפס באיסור חצי שיעור. אמנם לפי"ד הגר"ח זצ"ל לכאורה יש לפקפק בפסק זה, שיתכן שאע"פ שאינו מקפיד מ"מ אסור לגזלו

משו"פ באותה ההלכה של הגונב ע"מ לשלם, דיסוד האיסור בתרווייהו הוא משום דהתורה אסרה מעשה גניבה.[239]

ונראה להוכיח דאיסור גניבה חל אף בלי הוצאה מרשות בעלים וכדמצינו במסיג גבול רעהו בסתר (פ"ז מהל' גניבה הלי"א) וז"ל המסיג גבול רעהו והכניס מתחום חבירו בתוך תחומו אפילו מלא אצבע אם בחזקה עשה הרי זה גזלן ואם הסיג בסתר הרי זה גנב ואם בא"י הסיג הגבול הרי זה עובר בשני לאוין בלאו גניבה או בלאו גזילה ובלאו לא תסיג עכ"ל. אך נראה דחלות גניבה לכל דיניה חלה רק בהוצאה מרשות בעלים (וכדנתבאר לעיל באות ג'). ולפי"ז יוצא שגם הגונב מן הגנב עובר בלאו דגניבה, כי האיסור דגניבה וחיובי גניבה אינם תלויים זה בזה.

ולפי"ז נראה לבאר את פסק הרמב"ם (פ"ז מהל' גניבה הל"ב) בעושה עול במדה, די"ל דאה"נ דקעבר על איסור גניבה, ומ"מ ליכא חלות דין גניבה לחייבו בכפל. והביאור בזה הוא משום דבכה"ג ליכא הוצאת ממון מרשות הבעלים שהרי הלוקח הסכים למקח ושילם למוכר. אמנם מאחר שהמוכר הטעה את הלוקח במדה חל איסור מעשה גניבת ממון בסתר, דהא המוכר הסתיר את הרמאות שבמדה מהלוקח וחל משו"ה איסור של מעשה גניבה אך בלי חלות דיני גניבה, ולכן המוכר פטור מכפל. ודינו דומה למשיג גבול בסתר ולגונב ע"מ למיקט ולגונב פחות משו"פ וכדנתבאר לעיל (באות ג').

גמ'. מעשה בר' יוחנן בן מתיא שאמר לבנו צא ושכור לנו פועלים, הלך ופסק להם מזונות וכשבא אצל אביו אמר לו בני אפילו אתה עושה להם כסעודת שלמה בשעתו לא יצאת ידי חובתך עמהם, שהן בני אברהם יצחק ויעקב כו' ואי ס"ד דברים יש בהם מחוסרי אמנה היכי אמר ליה זיל הדר בך.

א) יעויין ברמב"ם (פ"א מהל' שלוחין הל"ב - ג) וז"ל שליח שעבר על דברי משלחו לא עשה כלום, וכן אם טעה בכל שהוא בין בקרקע בין במטלטלין חוזר שהרי הוא אומר לתקן שליחותי שדרתיך ולא לעוות כו' נתן מעות לשלוחו לקנות לו קרקע וקנה לו שלא באחריות הרי זה עוות והשליח לוקח אותה לעצמו שלא באחריות כמו שעשה וחוזר ומוכרה למשלח באחריות הואיל וקנה אותה במעותיו והאחריות על השליח כו' עכ"ל. ועיין שם בראב"ד שהשיג וז"ל באמת כך הוא דרך הגמרא אלא שקשה לי כיון שאנו

שהרי עושה מעשה גזילה. ברם יתכן שאין מעשה גזילה חל בדבר שאינו מקפיד עליו. אמנם עיין בפאת השולחן (סי' ט"ז סעיף ח' ס"ק י"א) שכ' שלרמב"ם אסור מעיקרא דדינא וכדמבואר אליבא דהגר"ח זצ"ל.

[239] אלא דצ"ע בהל' גזלה שהרמב"ם הביא את האיסור לגזול כל שהוא דין תורה (פ"א הל"ב) והשמיט את האיסור של הגוזל ע"מ לשלם. ואמר רבינו זצ"ל דמסתבר שהאיסורים האלה (של חצי שיעור וע"מ לשלם וכו' בעיקרם חלות איסורי גזילה הם ולא חלות איסורי גניבה משום שהוא כבש חפצא חברו בידיו בלי רשות ולא לקח ממון מרשות בעלים, אך מהרמב"ם אינו נראה כן דהא הביא את האיסורים בהל' גניבה.

אומרים כל שינוי שהשליח משנה לעיוות מקחו וממכרו בטל בכל שהוא למה חייבו ר"נ לאותו שליח לקנותו לעצמו שלא באחריות ולחזור הוא למכרו למשלח באחריות יהיה מקחו בטל הואיל וטעה בשליחותו. ונ"ל כל מה דאמרינן דעוות משהו בשליח מבטל המעשה ה"מ בזמן שהמשלח רוצה לבטל המעשה אבל המשלח ההוא רוצה היה המקח ורוצה שיתקן לו השליח את העוות וחייבו ר"נ וכן הדין לכל השליחות. ובעל החיבור הזה חילק שבין שליח שהודיע שהוא שליח לשליח שעושה סתם, ולדבריו מעשה דר"נ אפשר סתם היה עכ"ל. ועיי"ש בכסף משנה שבאמת חילק הרמב"ם בין סתם למפרש וכדכתב להלן בהלכותיו (פ"ב מהל' שלוחין הל"ד) וז"ל השליח שקנה או שמכר והודיע שהוא שליח בדבר זה לפלוני אע"פ שמשך או שהמשיך ונמצא שעבר על דעת המשלח בטל המקח ומחזיר, ואם לא הודיע שהוא השליח נקנה המקח ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו עכ"ל. ונמצא דלרמב"ם בשליח שהודיע ושינה משליחותו הכל בטל, ואילו בשליח סתם השליחות קיימת. ולראב"ד אם המשלח רוצה לחזור בו יכול לחזור בו מהשליחות מחמת העוות ואם אינו רוצה לחזור בו השליחות קיימת.

ובזה מתורץ מה דלכאורה קשה בסוגיא, דצ"ע למה יתחייב האבא מלכתחילה בסעודת הפועלים יותר מסעודת שלמה, הרי בנו שינה משליחותו, וא"כ שליחותו בטלה, ולמה לא יאמר לו לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי. אך לפי הראב"ד י"ל שהאבא לא רצה לחזור בו מהשליחות ומשו"ה קיימת. ולפי הרמב"ם י"ל דמיירי שהבן לא הודיע לפועלים שהוא שליח אביו, דהתחייב להם בסתם, ולכן ההתחייבות חלה וא"א למשלח לחזור בו. ולפי זה נראה בביאור קושית הגמרא שהקשה דהיאך אמר לו האבא הדר בך, הרי דברים יש בהם מחוסרי אמנה, שהקשה שמאחר שהשליחות חלה (מטעם הראב"ד או מטעם הרמב"ם) וחל נמי בדברי הבן דין מחוסרי אמנה אזי חל חלות חיוב ממון על האבא לזונם בסעודת מלכים כחלק מעצם התחייבות הממון על הפעולה. אמנם עוד נראה שאפשר לפרש את הגמרא באופן אחר, דהיינו דהאבא חזר בו מהשליחות ובטילה היא משום העיוות, אלא שאעפ"כ חל דין מחוסרי אמנה משום דדין מחוסרי אמנה חל מדין איסור שקר בעלמא ובכן אע"פ דהשליחות בטילה ואין כאן חלות חיוב ממון כלל, מ"מ חל דין מחוסרי אמנה מדין הן שלך צדק[240].

ב) יל"ע בגדר החיוב לתת לפועלים בהתחייבות סתמא יותר מסעודת שלמה המלך, ונראה שיש לדמות דין זה לגמרא לקמן (דף קיג:) "רשב"ג ור"ש ור' ישמעאל ור"ע כולהו

[240] ונראה כי שני הפירושים בסוגיין דאמר רבינו זצ"ל תלויים בחקירה הנ"ל (בד"ה דברים) האם איסור מחוסרי אמנה הוי איסור ממון או איסור שקר. דאם הוי איסור ממון נעשה חלק מעצם השליחות והתחייבות הממון לפועלים כפירוש הראשון, ואילו אם אינו אלא איסור שקר אינו חלק מעצם השליחות וההתחייבות וכפירוש השני.

ס"ל כל ישראל בני מלכים הם וכו' הרי שהיו נושין בו אלף זוזי ולבוש איצטלא בת מאה מנה כו' ותנא משום ישמעאל ותנא משום ר"ע כל ישראל ראוין לאותה איצטלא". כמו כן כאן משום דכל ישראל בני מלכים הם חייב בעה"ב להאכיל את פועליו סעודת מלכים. ונראה שאין כאן אומדנא בעלמא דרוצה בעה"ב מסתמא להתחייב בכך דמהיכי תיתי לומר הכי, אלא שיש כאן הלכה דכך התחייבה לו התורה להאכיל את פועליו כסעודת מלכים, אם אינו מתנה להם במפורש אחרת. ודין זה זקוק קצת לביאור נוסף.

ונראה דיעויין ברא"ש לפרקין (סוף סי' י"ב) בשם הירושלמי וז"ל רב מפקד לשמעיה כד אימא לך ליתן מתנה לבר נש אי הוה מסכן הב ליה מיד ואי עתיר אימלך בי תניינות עכ"ל. וצ"ע בדינא דירושלמי, דאי מיירי דהתחייב הגברא לתת צדקה לעני (המסכן) פשיטא דחייב ליתן לו את הצדקה מיד מדין נדרי צדקה ומאיסור בל תאחר לשלמו (פ"ח מהל' מתנת עניים הל"א). אלא דמיירי בדלא הבטיחו לתת לו את המתנה בתורת צדקה, אלא בתורת מתנה בעלמא כמו לכל אדם אחר, וא"כ צ"ע למה חייב לתת לו את המתנה מיד כדין צדקה.

ונראה שבירושלמי יש חידוש דהיינו דמכיון דהגברא הבטיח לתת מתנה למי דהוי עני, אע"פ דלא התכוון להתחייב בחיוב נדר צדקה, מ"מ מכיון דהתחייב בפיו לעני, דבריו חלין מדין נדר והריהו חייב מדין נדר צדקה לתת לעני מיד את המתנה שהתחייב בה כבנדרי צדקה דעלמא.

ונראה שיש כאן הלכה מיוחדת דהיינו דכל חלות חיוב ממון שחל על גברא לשלם ולתת לעני מממונו הופך להיות לא רק חיוב ממון בעלמא אלא אף חיוב צדקה. ולכן חיוב ממון בעלים שחל בדברים שיש בהם מחוסרי אמנה הופך לחלות חיוב נדר צדקה המחייבו מיד לקיימו.[241] ויל"ע האם דין זה נמי חל במכירה שאם א' הבטיח למכור מנכסיו לעני, האם חל עליו נדר כמו דחל במתנה או לא וצ"ע.

ולפי"ז יתכן דה"ה בחיוב לתת מזונות לפועלים דהוי חיוב דחל מעין חיוב צדקה דהיינו דהוי חיוב מצוה מיוחדת כבצדקה ואינו חיוב ממון בעלמא. ומשו"ה בהתחייבות בדברים לזון הפועלים בסתם כשחל חיוב ממון על בעה"ב לזונם מדין מחוסרי אמנה, חל נמי עליו מצות מזונות הפועלים מעין מצות צדקה המחייבתו לזונם בסעודת מלכים

[241] עיין בפרש"י על הרי"ף כאן (דף כט: ברי"ף) דכתב וז"ל אי מסכן הוא עני הב ליה, דצדקה נקנית באמירה ושייך בה למימר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דאמרינן בפיך זו צדקה ואתקש לנדר ונדבה דנקנית ע"י אמירה כדכתיב כאשר דברת, עכ"ל. ועיין נמי בר"ן למס' נדרים (דף ח.) ד"ה עליו שכתב וז"ל דבקבלה בעלמא לדבר מצוה מהניא כו' דומיא דמאי דאמרינן דבקבלה בלחוד מהניא לצדקה כדכתיב בפיך זו צדקה וה"ה לכל דבר מצוה עכ"ל. ברם התוס' (שם ד"ה האומר) חולק ומצריך לשון נדר כדי להחיל נדר צדקה ולא דברים בעלמא. וע"ע ברשימות שיעורים למס' נדרים (שם).

מפני שהפועלים בני מלכים הם. ונמצא שמתחייב בחיוב ממון גמור יותר מעצם כוונת הדברים עצמם שאמרם בסתם.

גמ'. ישראל שאמר לבן לוי ופרש"י (ד"ה משו"ה) וז"ל שיש לו לסמוך על מה שכ' שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא יתננו ללוי אחר והא מתנה מועטת היא שאין לישראל במעשר זה אלא טובת הנאה שהיה בידו מתחילה לתת לכל בן לוי שירצה עכ"ל. ולכאורה צ"ע, דנהי דהויא מתנה מועטת ולדברים יש דין מחוסרי אמנה דאסור לחזור בהם, מ"מ היאך נעשה המעשר ממונו של הבן לוי שרשאי לעשותו תרומת מעשר, הרי לכאורה מחוסרי אמנה אינו אלא התחייבות מצוה בעלמא ולא קנין ממון גמור.

ונראה שלבעל המעשר יש רק זכות טובת הנאה בעלמא במעשרו, דאילו עצם ממון המעשר הריהו הממון של שבט הלויים. ומאחר שהבטיח הבעל לתת את המעשר לאותו בן לוי התחייבותו לאותו בן לוי דחלה מדין מחוסרי אמנה מפקיעה את טובת ההנאה שיש לו לתת את המעשר לאחרים, וממילא הוי כאילו נתן את המעשר לבן הלוי ההוא שקנהו בקנין גמור משאר השבט. ועוד יתכן לומר דמחמת חלות דין מחוסרי אמנה נעשה הבן לוי למכירי כהונה שזוכה במעשר תחת שאר הלויים.

ובעצם דין מכירי כהונה שזוכה לוי אחד במתנת הלויה תחת השבט יעויין בתוס' בב"ב (דף קכג: ד"ה הכא כו') שכתבו וז"ל בכל דוכתא עביד מכירי כהונה מוחזק כו' והיינו טעמא שזהו מתנה מועטת ואסור לחזור בו ואפילו בדברים בעלמא אע"פ שאם רצה יכול לחזור בו מ"מ כל כמה דלא הדר הוי מוחזק עכ"ל. תוס' ביארו שעצם חלות דין מכירי כהונה שנעשה כהן א' מוחזק תחת כל שבט הכהונה חל מדין מחוסרי אמנה, וכמו"כ איתא בהגה"ת אשר"י (ברא"ש פ"ג דגיטין אות י"א). ואיתא בסוף התוס' שאם הבעל חוזר מדבריו למכירו אזי המתנה למכירו בוטלה וזוכה שוב הבעל במתנותיו מדין טובת הנאה, וכדאיתא בסוגיין בנוגע לדברים ומחוסרי אמנה. ומשמע דהחזרה חלה למפרע, ומשו"ה בוטל למפרע עצם חלות מכירי כהונה, דאי החזרה מדבריו חלה רק מכאן ולהבא בלבד קשה היאך בוטלה זכיית הכהן מכאן ולהבא מאחרי שכבר זכה במתנותיו. וכ"ז אליבא דתוס' בב"ב. אמנם משאר הראשונים אינו משמע כן, אלא דדין מכירי כהונה חל מדין זכייה בפני עצמו ולא מפאת דין מחוסרי אמנה. ולשיטתם אחרי חלות זכיית מכירי כהונה א"א לחזור ולבטלה כלל. ורק בסוגיין שהבן לוי זכה מדין דברים יש בהם משום מחוסרי אמנה אזי ניתן לחזור על הדברים ולבטל זכיית הבן לוי למפרע.

גמ'. ההוא גברא דיהיב זוזי אשומשמי.

א.

ביאור מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בחיוב אחריות כשנתן דמי מקח וחזר בו המוכר או הלוקח

עלינו לבאר את המחלוקת שבין הרמב"ם ובין הראב"ד (פ"ז מהל' מכירה הל"ג), שהרמב"ם כתב וז"ל הנותן דמי המטלטלין או מקצת הדמים וחזר בו לוקח ואמר לו המוכר בא וטול מעותיך הרי המעות אצלו כפקדון ואם נגנבו או אבדו אינו חייב באחריותן. ואע"פ שחזר בו ואמר ואמר ללוקח בוא וטול את שלך, עד שיקבל עליו מי שפרע ויאמר לו אח"כ בו וטול את שלך עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל אני לא ידעתי מאין לו זה ההפרש בין שחזר בו הלוקח שהוא ש"ח לחזר בו המוכר שהוא חייב בגניבה ואבידה. והגאון לא הפריש בזה ומשמע בשניהם חייב באחריותם עד שיקבל עליו מי שפרע. וחיי ראשי יותר נ"ל כשהלוקח חוזר בו דהמוכר רצה המכר שיהא חייב באחריות שהרי המעות בע"כ יוצאות מידו, וכל זמן שלא קיבל הלוקח מי שפרע המעות עומדות באחריותו עכ"ל.

ונראה דהנה כתב הרמב"ם (פ"ג מהל' מכירה ה"ו) וז"ל נמצאת אומר שאם נתן דמי המקח ונאנס קודם שיקחנו ואומר לו הלוקח תן לי מקחי או החזר לי את מעותי, ואע"פ שיש עדים שאבד באונס ולא היה במוכר כח להצילו ולא נתרשל בדבר הרי זה מחזיר את הדמים שהרי תקנו חכמים משיכה וכו' עכ"ל. וממש"כ "שהרי תקנו חכמים משיכה" משמע דמדרבנן מעות אינן קונות כלל ורק משיכה קונה. אמנם עיין עוד ברמב"ם (פ"ט מהל' תרומות ה"י) שכתב וז"ל יראה לי שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים אע"פ שעדיין לא משך הלוקח הרי זה אסור להאכילה תרומה שדין תורה מעות קונות וכו' ואם מכר ישראל לכהן אע"פ שנתן הדמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק דמעות קונות לחומרא, דאם מכר הכהן את פרתו לישראל בקנין מעות שוב אינה מאכילה בתרומה, דלחומרא נקטינן דהישראל קנה את הפרה במעות ששילם, וס"ל דהרבנן לא ביטלו את חלות המכירה דאורייתא לגמרי, וצ"ע.

ונראה דהרמב"ם סובר דהתקנה דרבנן להצריך קנין משיכה לא ביטלה את קנין המעות לגמרי, אלא דהרבנן תיקנו דחל בקנין מעות קנין פגום, אולם אף מדרבנן אכן חל מקצת קנין מעות. דהיינו דלענין מי שפרע חל קנין מעות אע"פ דלגבי שאר הדינים לא חל. ומשו"ה חלה אחריות דאונסים על המוכר, דקנין המעות חל רק לענין מי שפרע דאם יחזור בו המוכר לאחר שקיבל המעות מהלוקח חייב במי שפרע, אמנם לענין שאר הדינים לא חל קנין, ומשו"ה האחריות דאונסים מוטלת על המוכר ולא על הלוקח.

ולפי"ז יש לבאר את פסק הרמב"ם לגבי תרומה דלחומרא אמרינן דחל הקנין במעות בלבד, דאם שילם ישראל לכהן מעות עבור פרתו מאחר שחל לו ללוקח מקצת קנין לענין מי שפרע, מקצת הקנין שיש לו לישראל בפרה דהכהן פוגם את קנין הכהן המוכר ומשו"ה הכהן אינו יכול להאכילה תרומה. דכדי להאכיל את פרתו תרומה הפרה צ"ל קנין כספו לגמרי דהכהן, והיכא שחל מקצת קנין לישראל בפרת הכהן תו אינו יכול להאכילה תרומה.

ולפי"ז יש לבאר נמי את דברי הרמב"ם הנ"ל (פ"ז מהל' מכירה ה"ג). דיעויין במגיד משנה ובכס"מ (שם) שדנו מהו גדר האחריות אליבא דהרמב"ם כשחזר בו המוכר. והנה הרי"ף פסק דחל אחריות אף באונסין גמורים (וכן הוא דעת הרמב"ן). והכס"מ הכריע שהרמב"ם נמי ס"ל כוותייהו משום שכתב "שהמעות ברשותו וחייב באחריותן" דמשמע שהמעות הן לגמרי ברשות המוכר וחייב גם באחריות דאונסין. ומזה מוכח דחל מקצת קנין ע"י המעות ולכן חשיבי המעות ברשות המוכר וחייב באחריותן, דאי נימא דהרבנן ביטלו את קנין המעות לגמרי דלא קנו כלל קשה מדוע נכנסו המעות לרשות המוכר להיות חייב באונסים, אלא מוכח מכאן דע"י נתינת המעות חל מקצת קנין בחפצא ואפילו לאחר שתיקנו הרבנן דבעינן משיכה, ומשו"ה המעות הויים דמי מקח והמוכר חייב באחריותן.

ובביאור הנ"מ אליבא דהרמב"ם בין חזרת המוכר לבין חזרת הלוקח בדין אחריות המעות ובדין מי שפרע, נראה לומר דבקבלת מי שפרע המקח בטל לגמרי והמעות יוצאות מרשות המוכר לרשות הלוקח ואז הלוקח מתחייב באחריות המעות. אך לפני קבלת מי שפרע הדין חלוק, דכשהמוכר חוזר בו ועוד לא קיבל מי שפרע חזרתו לא חלה והמעות ברשותו הן וחייב באונסי המעות כאילו לא חזר בו, דהלוקח מעכב בחזרתו דטוען שאין למוכר רשות לחזור בו כל זמן שלא קיבל עליו מי שפרע בב"ד. מאידך כשהלוקח חוזר בו והמוכר אומר טול את מעותיך המוכר מוחל על זכות העיכוב שלו, וכאילו אמר ללוקח שאינו צריך לקבל מי שפרע, והסכים שחזרת הלוקח תחול מיד ולכן אמר לו טול את מעותיך אף בלי קבלת מי שפרע, ומשו"ה המקח בטל מיד והמעות יוצאות מרשות המוכר לרשות הלוקח והמוכר פטור מאחריות באונסין (ועיין במגיד משנה).

אולם יש ראשונים שסוברים דאחריות המעות המוטלת על המוכר אינה אלא לענין גניבה ואבידה כדין שומר שכר. וי"ל דחלוקים עם הרמב"ם וס"ל דהרבנן ביטלו את קנין המעות לגמרי, דאינו חל כלל, ומשו"ה המעות ברשות הלוקח לענין אונסין, אלא דחל חיוב שמירה על המוכר לשמור את המעות כל זמן שלא לקח הלוקח את מעותיו חזרה.

ובשיטת הראב"ד נראה דס"ל דשיעור האחריות אינו אונסין אלא גניבה ואבידה. דס"ל דהרבנן ביטלו חלות קנין המעות לגמרי, ולכן המעות ברשות הלוקח הן שחייב באונסיהן, אך המוכר נעשה עליהן שומר שכר משום שהמעות ראויין להיות שלו כשהלוקח ימשוך את המקח. ובההיא הנאה נעשה עליהן ש"ש. ולכן אין נ"מ מי הוא שחוזר בו, כי כל זמן דליכא קבלת מי שפרע המקח מיתלי תלוי, דיתכן שיחול המקח עם משיכה, ובכן יש הנאה למוכר ובינתיים הוי ש"ש עד שתחול חזרה מוחלטת בקבלת מי שפרע. והראב"ד סובר דכשהלוקח חוזר בו המוכר עדיין רוצה שיהא המקח קיים, ויש לו הנאה מהאפשרות דיחול המקח במשיכה, ומשום כך הוי שומר שכר. משא"כ היכא שהמוכר חוזר בו דכלתה ההיא הנאה דהקנין יחול עם המשיכה ולכן פקע מיניה חיוב אחריות דשומר שכר והו"ל רק ש"ח בעלמא.

ב.

שיטת הרי"ף והרמב"ן בחיוב אחריות דמוכר

כתב הרי"ף לסוגיין וז"ל: חזינן לרבינו האי גאון זצ"ל דכתב דאי בחזרת דמים שקלינן לאנפוקינון ולמעבד בהו מאי דבעי אחייב באחריותן בהוו להו כהלוואה גביה, אפילו א"ל למרייהו צא שקול זוזך ולא אתי ואי תניא מיחייב בהו, ואע"ג דמשלם בעי לקבולי מי שפרע ומילי בטעמא נינהו דודאי מאן דיהיב זוזי בזביני ולא יהיב להו אבעתא שלית ליה גבי חבריה אלא ההוא זבינא בלחוד, הילכך קיימי הנהו זוזי ברשותיה דמזבנה דדיליה אינון ואית ליה לא נפוקינון בכל מאי דבעי כו' הילכך כל כמה דלא קביל עליה מוכר מי שפרע קמו זוזי ברשותיה אוי איתניסו איתניסו ליה עכ"ל. אליבא דרבינו האי גאון והרי"ף קנין מעות חל בשעתו וזוזי המקח הריהם לגמרי ברשות המוכר ושלו הם דכל זמן שלא קיבל עליו מי שפרע חייב הוא באחריותן ובאונסיהן ככל בעל זוזי דעלמא. וכשקבל עליו מי שפרע בטל המקח למפרע והמעות אינן של המוכר אלא של הלוקח והלוקח חייב באחריותן כבעלים.

ויעויין בחידושי הרמב"ן דהאריך בדין זה ונבאר את דבריו קטע קטע וז"ל: ובתוספות ראיתי במס' עירובין[242] שהם סבורים להוכיח דמעות ביד המוכר קודם משיכה לא הוי הלוואה גביה ולא שואל נמי הוי עלייהו מדאמרינן לעיל נתנה לספר מעל והא בעי מימשך תספורת כו' ואי ס"ד מותר מוכר להשתמש בהן ולהוצאה יהבינהו ניהליה והוי שואל עלייהו או לוה כי לא הוציא נמי מעל כדאמרינן לעיל בפ' המפקיד (דף מד.) ואי אמרת אפילו נאנסו מאי איריא הוציא אפילו לא הוציא עכ"ל, כלומר דלגבי הפקיד מעות

[242] עיי"ש דף פא: וליתא בתוס' דידן.

אצל שולחני דאם מותרין הן ישתמש השולחני בהן, ואליבא דרב הונא השולחני חייב באונסין, ולכן אם גזבר דהקדש נתן לשולחני מעות של הקדש הגזבר מעל, וקשה למה בקנין מעות אליבא דריש לקיש לא מעל הלוקח בנתינת המעות למוכר בלי משיכה. אלא מכאן מוכח דאסור למוכר להשתמש במעות.

בא"ד. וז"ל והם ז"ל סבורים דמותר הוא ודאי להשתמש בהם והוי שומר שכר עלייהו אבל נאנסו לא דקי"ל כרב נחמן (לעיל מד א) דאמר נאנסו לא ואליבא דידיה הוא דמסיעיה הכא לריש לקיש כו' עכ"ל. תוס' סבורים דקיי"ל כרב נחמן בהיתר בשתמשות אינו מחייב שולחני באונסין, וה"ה דהיתר בשתמשות דהמוכר במעות קנין אינו מחייב המוכר באונסי המעות, ותוס' משווים דין אחריות המעות לר' יוחנן לדין אחריות המעות לריש לקיש, דס"ל לתוס' דאליבא דר"י נמי קנין המעות אינו חל מדרבנן, ומשו"ה המוכר אינו חייב באונסי המעות דעדיין ברשות הלוקח הן והמוכר אינו אלא שומר עליהן, ואע"פ שיש לו רשות השתמשות.

בא"ד. וז"ל ולי נראה כדברי הגאונים דודאי בתורת דמים הן בידו ומותר להתשמש בהם וכיון דשניהן על דעת כן עשו חייב באונסין הוא מעתה, ולא דמי למפקיד מעות לשולחני שאין שולחני רוצה בהם בשאלה עד דמתרמי ליה זבינתיה ויצטרך לאלו. ומיהו לענין מעילה בנותן דמים למ"ד משיכה מפורשת מן התורה כאן דיכול לוקח לחזור בו, ומכיון שחזר בו אסור הלה להשתמש בהם שעל דעת מקח הותר בהם מתחלה והרי חזר בו הלכך לא מעל עד שיוציא, כי ההיא דפ' השואל (דף צט.) דאמרינן ואי לאו דמותרין לשולחני לרב הונא מתחילה הלואה הם, וכשהוא רוצה אותם ממני, נותן לו אחריות וקיימי הני ברשות שולחני לחזרה וה"ה לאונסין כו' עכ"ל. הרמב"ן הבחין בין חיוב באונסין דשואל לבין חיוב האונסין דלוה. דשואל חייב באונסין מדין אחריות דשומר ולא מחמת קנין[243]. משא"כ לוה דחייב באונסין מחמת קנין. ונ"מ למעילה דבמקום קנין חלה מעילה משעת הקנין, וזהו דינא דשולחני אליבא דרב הונא משא"כ אליבא דריש לקיש דאע"פ דחלה רשות השתמשות וחיוב אונסין מ"מ משום שיש אפשרות דחזרה ליכא מעילה. ונראה דהביאור הוא דמעילה תלויה בחלות הוצאה מרשות הקדש, וכל זמן שיכולים לחזור בהם מרשות ההשתמשות ליכא הוצאה מרשות הקדש, ומשו"ה אין מעילה חלה ואפילו המעילה של טובת הנאה. משא"כ בלוה דחל חלות קנין ומשו"ה מועל, כי חלות הקנין מהוה הוצאה מרשות הקדש.

[243] עיין ברשימות שיעורים לב"ק (דף יא.) תוס' ד"ה אין שמין.

בא"ד. וז"ל עוד י"ל דלרי יוחנן כיון דמעות קונות אע"פ שאמרו יכול לחזור בו עד שימשיך כו' לענין אונסין דמעות אדינא דאורייתא מוקמינן להו וחייב בהן המוכר כדין תורה, והיינו דאמרינן דלר' יוחנן מעל משעת נתינת המעות, ואמאי והא בטלוה רבנן לקנית מעות וק"ל הפקר ב"ד הפקר אלא ש"מ לא תיקנו אלא שיחזור בו ומתבטל ואילך מתבטל מקח עכ"ל. כאן הבחין הרמב"ן בין ר' יוחנן לבין ר"ל דאליבא דר"י אפילו אחרי תקנת הרבנן אכן מעות עדיין קונות דלא ביטלו הרבנן את חלות הקנין, אלא שהתקינו זכות חזרה, וכל זמן דלא חזרו בהם הקנין חל ובתוקף הוא ומשו"ה לר' יוחנן מעילה חלה במעות מיד משעת הקנין, דכשיש חלות קנין, זכות חזרה אינה מפקיעה מעילה, שלא כר"ל, דאליבא דר"ל ליכא חלות קנין מעות אלא זכות השתמשות והנאה בעלמא, ומשו"ה לריש לקיש ליכא מעילה כל זמן דניתן לחזור בו דחסרה הוצאה מרשות הקדש.

דף נ:

תוס' ד"ה ואילו

בפשטות בהא פליגי שני התירוצים שבתוס', דאליבא דהתירוץ הראשון דין ביטול המקח דחל ביתר משתות חל מדין מקח טעות דעלמא, בדומה למכר יין ונמצא חומץ. ואילו לפי הריב"ם דין ביטול המקח חל מדין אונאה, ומשו"ה ס"ל דקודם כל צריך המתאנה לחזור בו ורק אח"כ גם המאנה יכול לחזור בו.

והנה בסוגיין פסק רבא בהלכתא דהשיעור דעד שיראה לתגר חל אף בביטול מקח ביתר משתות, ומשמע מזה כתירוץ הריב"ם דדין ביטול מקח ביתר משתות חל מדין אונאה. מאידך לתירוץ הראשון שבתוס' צ"ל דשאני כאן ביתר משתות מבביטול מקח דעלמא ביין וחומץ דהויא שם טעות ממש, דלא מקבלי אינשי כלל, ומשו"ה בכל זמן ולעולם המקח בטל. משא"כ ביתר משתות דאינה טעות ממש אלא רק משום שחוזרים בו, דההחזרה משווה אותה לטעות, ואם לא חזרו אחד מהם מהמקח בתוך הזמן אמרינן דסברי וקבלו עלייהו את האונאה וזכות חזרתם פקעה ואינה טעות.

ועיין בגמרא לקמן (דף נז.) שדנה האם דין ביטול מקח ביתר משתות חל בקרקעות, ואע"פ שאין בהן אונאת שתות. ופרש"י (ד"ה יש) וז"ל מי אמרי' מאל תונו הוא דאימעוט והא לאו בכלל אונאה הוא אלא מקח טעות הוא, או"ד כיון דלאו דבר שבמדה הוא ולא אטעייה בדיבוריה כשאר דין אונאה הוא עכ"ל. ומבואר דאליבא דרש"י הספק שבגמרא הוי האם דין ביטול מקח ביתר משתות חל מדין אונאה דמשו"ה אינו חל בקרקעות או"ד

דחל מדין טעות וחל אף בקרקעות. והוא אותה המחלוקת שבתוס' בין התירוץ הראשון לבין הריב"ם. ולכן עלינו לבאר את ספק הגמרא בקרקעות אליבא דשתי הדיעות שבתוס'.
ונראה אליבא דהתירוץ הראשון שבתוס' שספק הגמרא הוא כך: די"ל דנהי דחל דין טעות ביתר משתות, אך חלות דין טעות זה חל רק משום פרשת אונאה, דהיינו דמפאת פרשת אונאה חל דין טעות, ואילו קרקעות דלא חל בהן פרשת אונאה לא חל בהן נמי חלות דין טעות ביתר משתות, או"ד י"ל דדין טעות חלות דין בפני עצמו הוא ואינו תלוי כלל בפרשת אונאה.
ואליבא דהריב"ם י"ל דהגמרא מסתפקת האם דין אונאה בשתות אינו חל בקרקעות משום דהוי אונאה מועטת, אבל ביתר משתות דהו"ל אונאה מרובה, שדינה חמור מדחל בה דין ביטול מקח ולא רק חזרת דמי האונאה כמו דחל באונאת שתות, ומשו"ה חלה אפילו בקרקעות ושלא כדין אונאת שתות שאינו חל.
והנה מבואר מדברי התוס' דלפי הריב"ם אחרי שהמתאנה תבע את האונאה אזי יכול המאנה נמי לבטל את המקח, ולכאורה הוא מחוסר ביאור. ונראה שעיקר החיוב דחל על המאנה ביתר משתות אינו לשלם את דמי האונאה אלא להחזיר את החפץ, ולכן כשהמתאנה תובע רק את ממון האונאה בלבד ואומר דאע"פ שהמאנה חייב מעיקרא דדינא על חזרת החפץ מ"מ הריהו מוכן לקבל ממנו רק את דמי האונאה ולוותר על תביעת החפץ, אזי אם המאנה אומר שרוצה רק להחזיר את החפץ ולא לשלם את דמי האונאה הדין עמו, דהא מעיקר הדין חיובו הוא להחזיר את החפץ ולא לשלם את דמי האונאה דיתר משתות.
ועיין ברא"ש לב"ב (פ"ה אות י"ד) שכתב וז"ל ופירש ה"ר יונה דהא דקאמר דשניהם חוזרין היינו כל זמן שהמתאנה יכול לחזור גם המאנה יכול לחזור בו וה"ט דלא מצי א"ל אי לאו דאוניתן וכו' משום דאין חזרת המאנה אלא משום לתא דחזרת המתאנה דמקח שיש בו טעות יתר משתות מסתמא יחזור בו המתאנה דכיון שאין יכול לתבוע אונאתו ודאי יבטל המקח שאין אדם מוחל על אונאה יותר משתות ואפילו על אונאת שתות אין אדם מוחל הלכך כיון דמסתמא מקח טעות הוא גם המאנה חוזר דהא לא שייך למימר אי לאו דאוניתן כו' שהרי כנושא ונותן בלא משיכה דמי, אבל אם נתרצה המתאנה במכר אין המאנה יכול לחזור בו אחרי כן. וכן אם נתאנה הלוקח ביתר משתות ושהה בכדי שיראה אע"ג דאמור רבנן מוכר לעולם חוזר הכא אין המוכר יכול לחזור בו כיון שנתקיים המקח לגבי הלוקח שנתאנה, דכיון דאמור רבנן דהלוקח שנתאנה אין יכול לחזור בו אפילו בביטול מקח אחר בכדי שיראה אלמא שנתקיים המקח הלכך אין

המאנה יכול לחזור בו דהא ליכא למימר מקח טעות הוא כיון דאותו שנתאנה אין יכול לחזור בו דודאי לא תיקנו רבנן חזרה לגבי מאנה משום דא"ל אי לאו דאוניתן וכו' עכ"ל. ונראה דה"ר יונה סובר דעיקר דין החזרה ביתר משתות חל עבור המתאנה לבדו לחזור בו ולבטל את המקח. אלא דאם ניתן למתאנה זכות לבטל את המקח ולא למאנה, יש בזה תרתי דסתרי - כאילו הקנין חל רק לגבי המאנה בלבד ולא לגבי המתאנה. ומשו"ה החכמים השוו את מדותיהם, ועקב הזכות שנתנו למתאנה לבטל את המקח נתנו אף למאנה זכות לבטלו. ולכן בדליכא זכות למתאנה לחזור בו כגון אחרי הזמן של להראותו לתגר, אף זכות המאנה לחזור בו נמי פקעה.

ונראה דסברת ה"ר יונה דומה לסברת רב חסדא (לעיל דף מז: ודף מט:) שקבע שכדרך שתקנו משיכה במוכרין כך תקנו משיכה בלקוחות, דר"ש ס"ל בקנין מעות שכל שהכסף בידו ידו על העליונה, דזכות החזרה מהקנין חלה למוכר בלבד ולא ללוקח, וטען רב חסדא נגדו דא"כ הו"ל תרתי דסתרי דהקנין חל לגבי הלוקח בכל תוקפו שא"א לחזור בו ולא חל בתוקף לגבי המוכר דיכול לחזור בו, והו"ל תרתי דסתרי. ולפיכך ס"ל דתקנו החכמים דשניהם יכולים לחזור בו כדי להשוות את המדה. וה"ה באונאה דאף המאנה יכול לחזור בו כמו המתאנה כדי שהקנין יחול באותו תוקף כלפי שניהם. וכן משמע ממש"כ ה"ר יונה "שהרי כנושא ונותן בלא משיכה דמי" ר"ל כשיטת רב חסדא בקנין מעות בלי משיכה, דשניהם חוזרים, דה"ה באונאה.

ונראה דלפי ה"ר יונה אם המתאנה תובע רק את הממון בלבד ולא רוצה לבטל את המקח, אזי המאנה נמי אינו יכול לבטל את המקח, דדין ביטול מצד המאנה תלוי בדין ביטול דהמתאנה, ואם המתאנה מחל על זכותו לבטל את המקח, שאמר שרק רוצה את הממון, אזי המאנה נמי אינו יכול לבטל את המקח.

ועוד נראה לפי ה"ר יונה דאם המתאנה מת תוך הזמן דיראה לתגר, דהמאנה עדיין יכול לחזור בו מן המקח, כיון דהמתאנה לא קיים את המקח, יש זכות למאנה לבטלו, ורק אם עבר הזמן שיראה לתגר, או כשהמתאנה מחל על ביטול המקח, דבכך קיים המתאנה את המקח אזי זכות החזרה דהמאנה נמי פקעה. אך אם המתאנה מת, ולא קיים את המקח, המאנה יכול לבטלו אפילו אחרי מיתת המתאנה, ודו"ק בלשונו.

ועוד עיין בתוס' לקמן (דף נז. ד"ה יצא) וז"ל בהדיוט דהמקח בטל והיינו טעמו משום דבהדיוט המאנה חוזר משום שאינו רוצה להחזיר האונאה עכ"ל. ונראה דהתוס' ס"ל כשיטת הריב"ם, דזכות המאנה באה מחמת תביעת המתאנה, דהמאנה יכול לסרב

להחזיר את דמי האונאה אלא רק להחזיר את עצם החפץ, דעיקר חיובו ביתר משתות הוא החזרת החפץ ולא לשלם את דמי האונאה, ושלא כתביעת המתאנה עבור הדמים. ועוד כתבו שם וז"ל ואפילו אם המתאנה פוטרו מלהחזיר מ"מ שניהם חוזרים כיון שהמתאנה היה יכול לבא לידי הפסד אם לא ירגיש ויחזור בכדי שיראה עכ"ל. ומשמע שכאן נקטו התוס' כר' יונה, דהאפשרות למתאנה לחזור בו נותנת אף זכות החזרה למאנה, דאל"ה הו"ל תרתי דסתרי, דחזרת המאנה היא נמי לטובת המתאנה, ומשו"ה אף המאנה חוזר בו.

תוס' ד"ה ואילו

ז"ל מכר לו שוה ה' בו' לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר, כיון שהוקר בכדי שיראה שזהו זמן שלוקח יכול לתבוע אונאתו והוקר על בטול מקח לכך לוקח יכול לחזור בו, ולכך קאמר ועמדו על ח' ולא קאמר ועמדו על ז' שאין זה בטול מקח עכ"ל. כלומר דתוך זמן בכדי שיראה לתגר לא נגמרה חלות המקח ומשו"ה חל שיעור אונאה חדשה מו' עד ח' דהוי שיעור של ביטול מקח. אלא דרק הלוקח יכול לחזור בו כי האונאה מו' עד ח' באה מאליה ולא מחמת האיסור דאונאה בשעת המכירה. ומצרפים את השיעור של האונאה מו' עד ח' דהוי שיעור של ביטול המקח עם איסור האונאה רק בעד הלוקח בלבד שנתאנה מלכתחילה מה' עד ו', דרק הלוקח לבדו יכול לבטל את המקח ולא המוכר.

דף נא.

רש"י ד"ה בדבר שבממון.

בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה

א.

האם עונה הוי דבר שבממון

עיין ברש"י (ד"ה בדבר שבממון) וז"ל כגון שאר וכסות ניתן למחילה והרי מחלה אבל עונה שהוא צער הגוף לא ניתן למחילה עכ"ל. ולכאורה דברי רש"י צ"ע שהרי אף עונה ניתן למחילה (וכדפסק הרמב"ם פי"ד מהל' אישות הל"ב והל"ז). וכן הקשה הריטב"א בשיטה וז"ל ואינו נכון דצער הגוף נמי ניתן למחול כדאיתא בפרק החובל (דף צג.), ועוד כי בירושלמי אמרו ועונה לאו דבר שבממון הוא (בתמיהה), הי ניהו דבר שאינו של ממון על מנת שלא תצטרכי גט שלא תהיה זקוקה ליבם עכ"ל.

ובביאור פרש"י נראה דיש שני דיני מחילה: א) מחילה בממונות דמהווה חלות של דעת מקנה דע"י המחילה חל קנין והפקעת שעבודי ממון. וכן מוכח ממה שדנו בתוס'

בסנהדרין דף ו. (ד"ה צריכא קנין) האם מחילה צריכא קנין או לא. ונראה דזהו דין המחילה דחל בשאר וכסות, דהבעל נשתעבד בשעבוד ממון מן התורה לתת לאשתו שארה וכסותה וכשמחלתם הבעל פטור מחמת הקנאתה ומחילתה דהאשה הויא בעלים להקנות ולמחול חיובי הממון דשארה וכסותה.

ב) מאידך מחילת עונת אשת איש הוי חלות דין מחילה אחרת - דהמחילה אינה אלא פיוס בעלמא. וכמו כשהנחבל מוחל על צערו שהוא מתפייס ונותן רשות לחבירו להכותו, ומשום שמחל לא חל מעיקרא על מעשה המכה חלות שם מעשה חבלה, וכמו כן י"ל דכשמחלה אשה על עונתה ונתפייסה לבעלה לא לדרוש עונתה הריהי מפקיעה כל חיוב העונה מעיקרא. ברם אין זה כמו דעת מקנה ומחילה של ממון אלא הוי רק פיוס בעלמא, דאינה בעלים על העונה כמו בעל ממון דהוי בעלים על ממונו להקנותו בדעת מקנה ומוחל.

ולפי"ז י"ל דס"ל לרש"י דרק כשמחילה חלה מדין דעת בעלים ומקנה אזי הבעלים יכולים להתנות תנאי בעצם מעשה המחייב שהחיוב לא יחול. וזהו הדין דחל בתנאי שאין לך עלי שאר וכסות, דע"י דעת מחילתה דהויא בעלים אזי חיובי שאר וכסות לא חלין, דמדעת הבעלים שיש לה יכולה לשנות את עצם מעשה הנשואין. משא"כ לגבי עונה, דלית לה חלות דין בעלים, אין בכחה של התנאתה לשנות את עצם חלות הנשואין מעיקרא ולהפקיע חלות חיוב עונה שלא תחול כלל, דע"ז איננה בעלים.

ב.

שיטת הרמב"ם במתנה ע"מ שכתוב בתורה ובתנאי שא"א לקיימו

כתב הרמב"ם (פ"ו מהל' אישות הל"ט - י) וז"ל ובמה אמרו חכמים כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל חוץ מדבר שבממון שתנאו קיים, כגון שקידש או גירש או נתן או מכר על תנאי שהוא רוצה בתנאי שיזכה עצמו בדבר שלא זיכתה לו תורה ומנעה ממנו או יפטור עצמו בתנאו מדבר שחייבה אותו בו התורה, שאומרין לו תנאך בטל וכבר נתקיימו מעשיך ואין אתה נפטר מדבר שחייבה אותך בו התורה ולא תזכה בדבר שמנעה אותך ממנו. כיצד כגון שקידש אשה על תנאי שאין לה עליו שאר כסות ועונה. שאומרין לו בכסות ושאר שהוא תנאי שבממון תנאיך קיים אבל בעונה תנאך בטל שהתורה חייבה אותך עונה והרי זו מקודשת ואתה חייב בעונתה ואין בידך לפטור עצמך בתנאך וכן כל כיוצא בזה. וכן המקדש יפת תואר על תנאי שיתעמר בה הרי זו מקודשת ואין לו להתעמר בה שהרי התורה מנעה אותו מלהשתעבד בה אחר שנבעלה. ולא מפני תנאי יזכה בדבר שמנעה אותו תורה אלא תנאו בטל וכן כל כיוצא בזה עכ"ל.

ויל"ע במה שהשמיט הרמב"ם את שני האופנים שבירושלמי המובאים בריטב"א (לעיל אות א') של מתנה ע"מ שכתוב בתורה וכגון שקידשה ע"מ שלא תצטרך גט או ע"מ שלא תהיה זקוקה ליבם.

ונראה לבאר דיעויין ברמב"ם (פ"ז מהל' אישות הלי"ג) שכתב וז"ל אם אמר לה הרי את מקודשת לי ע"מ שתהיי מותרת לפלוני הרי זו מקודשת ותהיה אסורה עליו כשאר העם מפני שהתנה בדבר שא"א לקיימו עכ"ל. וצ"ע למה פסל הרמב"ם תנאי זה מדין דבר שא"א לקיימו ולמה לא פסלו מדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה.

ונראה שבתנאי של ע"מ שתהיי מותרת לפלוני ישנו תרתי דסתרי מיניה וביה, שהרי מצד אחד קדשה במעשה קדושין גמורין האוסרין אותה על פלוני, ומצד שני התנה שלא תאסור עליו, ותנאו הבל הבלים ודברי הבאי, דזהו עצם חלות הקדושין לאוסרה באיסורי אשת איש, וא"א שתהיה מקודשת כלפי פלוני וגם מותרת לו בב"א ולכן התנאי בטל דא"א לקיימו. דשאני מהיכא דקדשה חוץ מפלוני דאזי לא החיל קדושין לגבי פלוני, שהקדושין חלין על שאר העולם לבר מפלוני דאפשר שתהיה מותרת לפלוני דכלפיו אינה מקודשת (ועיי"ש ברמב"ם בריש הלי"ג). משא"כ כשהתנה שתהיה מקודשת לגבי פלוני, אך תהיה גם מותרת לו, דזהו דבר שבלתי אפשר להיות ומשו"ה בטל מדין תנאי דא"א לקיימו.

ומאידך במתנה ע"מ שכתוב בתורה, כגון שקידשה ונשאה ע"מ שלא יתחייב בשאר וכסות, אין תרתי דסתרי בין מעשה הנשואין לבין התנאי, כי התנה דעיקר הקידושין והנשואין יחולו אלא שלא יחייבוהו בחיובי שאר וכסות, שהן חיובים החלין ממילא מחמת הנשואין אבל אינן מגדירים את עצם החלות של נשואין. ולכן הו"ל תנאי שאפשר לקיימו אלא שהתנאי פסול משום דהוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה.

ולפי"ז מבואר למה השמיט הרמב"ם את שני האופנים דהירושלמי דמתנה ע"מ שכתוב בתורה. דבהתנה שמקדשה ע"מ שלא תצטרך גט הרי הוי תנאי דא"א לקיימו, שהרי גופו של חלות הקידושין הוא חלות דאיסורי אישות, שא"א שיותרו אלא רק בגט אשה או במיתת הבעל בלבד ואם קדשה בע"כ היא צריכא גט, שתנאו להתירה בלי גט סתירה הוא לעצם חלות הקידושין ולהגדרתו, ומשו"ה אין תנאו תנאי דא"א לקיימו ולהתנותו כלל. ואף תנאי שלא תזדקק ליבום הוי תנאי שסותר לעיקר החלות של הקדושין והנשואין עצמם, דמעצם דין קדושין הוי דנופלת ליבום, ואין זה תוצאה דממילא בעלמא של הקדושין והנשואין כהחיובים של שאר כסות ועונה אלא הוי דין בעיקר החפצא וחלות

דקידושין ונשואין, ולפיכך הוי תנאי דא"א לקיימו[244].

ג.

ע"מ שאין לך עלי אונאה

איתא בסוגיין "ע"מ שאין לך עלי אונאה, רב אמר יש לו עליו אונאה ושמואל אמר אין לו עליו אונאה. לימא רב דאמר כר"מ ושמואל דאמר כר"י כו' אמר לך רב אנא דאמרי אפי' לר"י, עד כאן לא קאמר ר"י התם אלא דידעה וקא מחלה אבל הכא מי ידע דמחיל. ושמואל אמר אנא דאמרי אפילו לר"מ, עד כאן לא קאמר ר"מ התם אלא דודאי קא עקר אבל הכא מי יימר דקא עקר מידי".

ונראה בביאור שיטת רב דקסבר דדין אונאה אינו חלק מעצם חלות המכירה ודעת המקנה והקונה, אלא הוא דין דממילא דחל משמים. משא"כ חיובי שאר כסות ועונה דהויים חיובי הנשואין דנכללים בדעת הנשואין, ומשו"ה ס"ל דניתן להתנות שהנשואין יחולו בלי חיובי שאר כסות ועונה, כי יש לאיש ולאשה בעלות למעט חיובים אלה מחלות הנשואין. משא"כ דין אונאה דאינו נכלל בעצם חלות המכירה, אלא הוי דין דחל ממילא, שהתורה הטילה דין אונאה על המקח, ולכן למוכר וללוקח ליכא בעלות להתנות ולמעטו מכיון דהוי דין דחל ממילא מדין התורה ולא מחמת המוכר והלוקח.

וע"ז חולק שמואל דקסבר דדיני אונאה אינן חלין ממילא משמים מדין התורה, אלא הויין חלק מעצם דעת המקח למכור ולקנות. ומשו"ה ס"ל דניתן להתנות תנאי למעט שלא יחול דין אונאה. ואף לר"מ דס"ל דאין מתנין ע"מ שכתוב בתורה היינו רק בעקירה וודאית, משא"כ באונאה דאינו וודאי עוקר את דין התורה, ומשו"ה יכול להתנות שדין אונאה לא חל. והנה רבא אליבא דרב חילק בין סתם דאין תנאי חל לבין מפרש דיש תנאי. ונראה דס"ל דרב נמי סובר דאונאה הוי חלק מעצם המכירה דאפשר להתנות עליו שלא תחול, אלא דבמפרש, התנאי מועיל, דהדעת להתנות גמורה, משא"כ בסתם דלא ידע דיש אונאה, דחסרה דעת גמורה להתנות תנאי גמור ומשו"ה התנאי אינו חל.

והנה רב ענן חילק אליבא דשמואל בין ע"מ שאין לך עלי אונאה התנאי מועיל לבין שאין בו אונאה שהתנאי אינו מועיל. ועיין ברש"י ובתוס' ד"ה ע"מ. ובתוס' כתבו ז"ל ורבינו שמואל פרש דע"מ שאין בו אונאה משמע ע"מ שלא יחול איסור דלא תונו על המקח וע"כ הוא חל עכ"ל. ונראה לבאר דס"ל דאונאה אינה שייכת לעצם חלות מכירה אלא הויא חלות דין דחל ממילא משמים ומשו"ה אינו יכול להתנות על האיסור דלא תונו,

[244] לכאורה סברת מו"ר זצ"ל כאן היא דזיקת יבום הויא המשך אישות המת, ומשו"ה א"א להתנות תנאי שלא תפול ליבום דהרי קידשה והו"ל תרתי דסתרי. ועיין עוד בשיעורים למס' יבמות באריכות רבה.

דליכא להם בעלות להתנות על זה. ואילו על חיוב הממון דבאונאה ניתן להתנות, אע"פ דחל החיוב משמים, דמ"מ הוי חיוב ממון דחלה בו בעלות לבסוף ואינו דומה לחלות האיסור דליכא בו חלות בעלות כלל. ומשו"ה על חיוב הממון שבאונאה אפשר להתנות תנאי ואילו על האיסור דאונאה א"א להתנות תנאי. ומשו"ה תנאי שאין לך עלי אונאה חל ותנאי שאין בו אונאה אינו חל.

ד.

ע"מ שלא תשמטני שביעית

בגמרא מכות (דף ג:) איתא "ואמר רב יהודה אמר שמואל האומר לחבירו ע"מ שלא תשמטני שביעית משמטת לימא קסבר שמואל מתנה על מה שכתוב בתורה הוא וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, והא אתמר האומר לחבירו ע"מ שאין לך עלי אונאה רב אומר יש לו עליו אונאה ושמואל אומר אין לו עליו אונאה. הא איתמר עלה אמר רב ענן לדידי מפרשא ליה מיניה דשמואל ע"מ שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה ע"מ שאין בו אונאה הרי יש בו אונאה ה"נ ע"מ שלא תשמטני בשביעית אין שביעית משמטתו, ע"מ שלא תשמטני שביעית שביעית משמטו". הגמרא השווה אליבא דרב ענן ושמואל דין תנאי בשביעית לדין תנאי באונאה שהתנאי "שאין בו" אינו חל ואילו התנאים ד"שאין לך עלי אונאה" ו"שלא תשמטני בשביעית" חלין.

ובפשטות נראה דכי היכי שבאונאה אינם יכולים להתנות על האיסור שלא יחול משום דהאיסור חל ממילא מדין התורה ואינו בבעלותם להתנות עליו דאינו חלק מעצם המכירה, דה"ה בשביעית דאינם יכולים להתנות על האיסור דשביעית משום דחל משמים מדין התורה ואינו בבעלותם להתנות עליו, דאין דין שמיטה חלק מעצם ההלוואה. ומאידך יכולים להתנות על חיובי הממון דאונאה ושביעית שלא יחולו, דאע"פ דאינם חלים בעצם מעשי המכירה וההלואה, מ"מ חיובי הממון הריהם תחת בעלות דבעלי המעשה, ומשו"ה על חיובי הממון המסתעפים והיוצאים מהמעשים יכולים הבעלים להתנות שלא יחולו.

והנה יל"ע בפסקי הרמב"ם באונאה ושביעית דכתב (בפי"ג מהל' מכירה הל"ג - ד) ז"ל האומר לחבירו ע"מ שאין לך עלי אונייה יש לו עליו הונייה. בד"א בסתם שאין יודע כמה הונייה יש בו כדי שימחול. ואצ"ל אם אמר לו ע"מ שאין בו הונייה שהרי יש בו. אבל במפרש אין לו הונייה שכל תנאי שבממון קיים. כיצד מוכר שאמר ללוקח חפץ שאני נותן במאתים יודע אני שאינו שוה אלא מנה ע"מ שאין לך הונייה אני מוכר לך אין לו עליו הונייה. וכן לוקח אמר למוכר חפץ זה שאני לוקח ממך במנה יודע אני

ששוה מאתים ע"מ שאין לך עלי הונייה אני לוקח ממך אין לו עליו הונייה עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק כרב אליבא דר' יהודה שתנאי שבממון דעלמא קיים אלא שבאונאה התנאי חל דוקא כשיודע מפורש מהו מוחל, אך בסתם שלא יודע מהו מוחל אין התנאי חל. ואילו (בהל' שמיטה פ"ט הל"י) כתב וז"ל המלוה את חבירו והתנה עמו שלא תשמטני שביעית ה"ז נשמט שאינו יכול לבטל דין שביעית. התנה עמו שלא ישמיט הוא חוב זה ואפילו בשביעית תנאו קיים שכל תנאי שבממון קיים ונמצא זה חייב עצמו בממון שלא חייבתו תורה שהוא חייב עכ"ל. ומבואר דפסק כשמואל אליבא דרב ענן דיש נ"מ בין תנאי "שלא תשמטני שביעית" שתנאו בטל לבין תנאי "שלא ישמיט הוא חוב זה אפילו בשביעית" שתנאו חל. ועיי"ש במגיד משנה ובלחם משנה שדנו ביישוב פסקיו. והנה יש לדקדק בלשון הרמב"ם, דבהל' שמיטה לגבי התנאי שלא תשמטני שביעית כתב וז"ל שאינו יכול לבטל דין שביעית עכ"ל, אולם בנוגע לאונאה לא כתב כלשון הזה שאינו יכול לבטל דין אונאה אלא כתב וז"ל ואצ"ל אם אמר לו ע"מ שאין בו הונייה שהרי יש בו עכ"ל, ומשמע דהטעם שהתנאי דאין בו אונאה אינו חל הוא משום דהוי שקר בעלמא שאמר שאין בו אונאה והרי יש בו, והוי מקח טעות. וצ"ע א"כ מ"ש שביעית מאונאה, שאינו יכול לבטל דין שביעית בתנאי, ומאידך יש בידו לבטל דין אונאה בתנאי כשמתנה התנאי בלשון שאינו משקר.

ולכאורה יתכן לומר דדין השמטת מלוה בשמיטה הוי דין דחל ממילא מדין התורה, ומשו"ה אינו יכול להתנות עליו ולעוקרו משום דאין לו בעלות לבטלו. משא"כ דין אונאה הוי דין שחל בעצם המקח, דהבעלי הדברים התחייבו בעצם המקח בדיני אונאה, ומשו"ה הם בעלים לבטל דין אונאה מהמקח. אך ביאור זה קצת קשה דמסתבר דאף דין אונאה חל משמים ואינו חלק מעצם המקח, דבפשטות בכל מכירה דעלמא המוכר והלוקח אינם מתחייבים בדיני אונאה מדעתם.

ונ"ל דהרמב"ם הבחין בין שביעית לבין אונאה מטעם אחר, דהיינו דדין השמטת מלוה בשביעית הוי דין דחל מחמת שנת השמיטה, וחל על כל ההלוואות שבעולם להשמיטן בבת אחת, ואינו דין מסוים דחל על כל הלוואה והלוואה לבדה. משא"כ דין אונאה חל משמים על כל מקח ומקח לבדו. ולכן כ' הרמב"ם שאינו יכול לבטל דין השמטת ההלוואה דהוי דין דחל לכולי עלמא ולא חל רק בהלוואה זו ולמלוה וללוה האלו. ומשו"ה התנאי לבטל דין שמיטה אינו חל. משא"כ דין אונאה דחל כדין מסוים בכל מקח ומקח לבדו, ומשו"ה ביד המוכר והלוקח להתנות שלא יחול דין האונאה על מקחם.

ולפי"ז יתכן דבאמת הרמב"ם חולק על תוס' וס"ל דבין דין שביעית ובין דין אונאה הוי חלק מעצם מעשה ההלוואה והמקח. ומשו"ה היה יתכן להתנות עליהם ולבטלם. אלא דבשביעית התנאי אינו חל משום דחלות ההשמטה חלה לכולי עלמא מדין שנת השמיטה ואין בבעלותם לבטל דין דחל אכולי עלמא, ובאונאה החסרון הוי רק בלשון התנאי.

ה.

ביאור דברי התוס' בכתובות דף נו א, בדין מתנה עמש"כ בתורה

עיין בתוס' כתובות (דף נו.) ד"ה הרי זו כו'. וז"ל ותימא א"כ אמאי היא מקודשת הרי התנה בפירוש שאם יהא לה שאר כסות ועונה שאינה מקודשת כו' ואר"י דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן ה"א דשום תנאי אינו מבטל את המעשה ואפילו לא יתקיים בסוף המעשה קיים והשתא דילפינן מהתם דמהני תנאי לבטל המעשה אמרינן דדוקא שאינו מתנה ע"מ שכתוב בתורה דומיא דבני גד ובני ראובן שלא התנו ע"מ שכתוב בתורה עכ"ל. דבריהם צ"ב.

ונראה לבאר עפי"מ שכתבו התוס' בקידושין (דף מט: ד"ה דברים שבלב אינם דברים) וז"ל ואומר ר"י דצריך לחלק ולומר דיש דברים שאינם צריכין תנאי כפול אלא גילוי מילתא דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד כו' וכמו"כ אנן סהדי דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל עכ"ל. ומבואר מדברי הר"י דיש שני דינים בביטול מעשה: א) ביטול המעשה מדין טעות. ב) ביטול המעשה מדין תנאי. ונראה דכשחל דין טעות אזי איכא אנן סהדי שלא היתה דעת קנין כלל, דכל מעשה המקח לא חל מעיקרא בגלל הטעות, דחסרה עצם הדעת לעשות את הקנין. משא"כ בתנאי דיש דעת קנין, אלא שהמעשה מתבטל ע"י חלות דין תנאי, המפקיע חלות הקנין לפי משפטי התנאים. אך היכא שהתנאי אינו לפי משפטי התנאים - וכגון שמתנה ע"מ שכתוב בתורה - לא חל דין תנאי, ולכן בכל אופן המעשה קיים, דהרי היתה דעת קנין גמורה להחיל את הקנין, דליכא אנן סהדי ואומדנא דחסרה דעת לעשות את הקנין.

ונראה דזה הוא נמי יסוד שיטת הראב"ד (פ"ג מהל' זכייה הל"ח) דס"ל דצריכים משפטי התנאים רק בגיטין וקדושין ולא בדיני ממונות שכתב וז"ל וטעם גדול יש לדבר ואיך יתכן דזה מוכר קרקע או נותנו ואומר אינו נותנו או מוכרו אא"כ יעשה לי כך וכך ונוציא אותו מידו ולא עשה בו מה שהתנה עליו, אבל גיטין וקדושין אומדן דעתא הוא מכיון שנתן דעתו לגרש או לקדש אינו אלא דמפליג בדברים, וקירוב הדעת וריחוק הדעת אין תנאי מועיל בו לרחק ולקרב אא"כ חזרו בכפילו בכל העניינים שנתפרשו בו כי

כולם חוזק התנאי הם ובין תבין עכ"ל. ונראה לבאר דר"ל, דבדיני ממונות אנן סהדי דדעת הקנין תלויה במה שהתנו הבעלים, דבלי קיום התנאי דעת הבעלים להקנות לא חלה כלל, ומשו"ה ביטול הקנין אינו תלוי במשפטי התנאים, דהקנין בטל מחמת טעות בעצם דעת הבעלים לעשות את הקנין. משא"כ בגיטין וקידושין דיש דעת גמורה לגרשה ולקדשה, אלא דכשחל דין תנאי אזי חל ביטול המעשה מחמת משפטי תנאים ולא מחמת טעות בדעת, ומשו"ה כשהתנאי אינו לפי משפטי התנאים התנאי בטל והמעשה קיים, וכדנתבאר לעיל דזהו היסוד שקבע הר"י בתוס' לחלק בין טעות לבין תנאי.

אולם נראה דיש הבדל בין שיטת הר"י לבין שיטת הראב"ד, דהר"י סובר דטעות חלה רק במקום שיש אנן סהדי ובדליכא אנן סהדי אף בדיני ממונות חלים משפטי התנאים, וכשהתנאי בטל המעשה קיים. ואילו הראב"ד סובר דשאני דיני ממונות דחלה בם חלות בעלות גמורה, ולכן אף בלי אנן סהדי חל דין טעות, דיכולים הבעלים לתלות דעתם בכל דבר לשווייה טעות בלי חלות דין משפטי התנאים[245].

בא"ד. דלא אמרי' מתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאי בטל אלא היכא שמתכוין לעקור מה שכתוב בתורה אבל התם סבור שיש מצוה בבית חניו כמו בביהמ"ק ואין מתכוין לעקור אית לן למילף מתנאי בני גד ובני ראובן עכ"ל. ביאור דבריהם דדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה חל רק כשחלה עבירה בזדון בקיום התנאי, אך בשוגג באומר מותר דליכא עבירה בזדון לא חל דין מתנה ע"מ שכתוב בתורה והתנאי חל. ולכאורה סברא זו סותרת לסברת ה"ר אלחנן לקמן בתוס', דס"ל דמתנה ע"מ שכתוב בתורה חל כשהתנאי סותר לחלות דאורייתא - כגון שהתנה לקדשה בלי שאר וכסות דעוקר כל עיקר חלות הקדושין כדינו, וא"כ אין נ"מ בין מזיד לשוגג, דבכל אופן התנאי הוי כנגד חלות התורה והוא בטל, דא"א לשנות חלות התורה.

בא"ד. שאם יאמר עשה עמי וחובך מחול לך יהא מתנה ע"מ שכתוב בתורה עכ"ל. צ"ע דכאן ליכא עבירה, ולפי הר"י דדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה חל רק כשיש עבירה. ואפילו אליבא דה"ר אלחנן צ"ע, דהתנאי בפועל אינו בא לשנות את חלות התורה, כמו שעושה התנאי בקדושין כשהתנה דאין לך עלי שאר כסות ועונה, כי שם רוצה לקדשה בלי החיובים, ובכך התנאי משנה את חלות הקדושין. משא"כ בפועל דהתנאי הוי שימחול את התשלומין, כלומר, שיעבד בחנם בתורת מתנה, דאין זה משנה את עצם דיני הפעולה אלא רק שיעשה הפועל את הפעולה בתורת מתנה בעלמא, וצע"ג דאיך זה מתנה ע"מ שכתוב בתורה, דהא לפי התורה אפשר לאיש לתת מתנה לחבירו, וצ"ע.

[245] ע"ע במאסף תורני "מסורה" חוברת ב' דף ל"ט - מ"ג.

בא"ד. ותירץ ה"ר אלחנן דהתם נמי אם היה אומר קרע ושבר ע"מ שאין שאין לך עלי דין נזק חשיב מתנה ע"מ שכתוב בתורה אבל למחול יכול וכן הכא גבי שאר כסות ועונה דוקא כשאמר ע"מ שאין לך עלי דין שאר כסות ועונה הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה, אבל ע"מ שתפטרי אותי משאר כו' פטור, וכן ע"מ שאין לך עלי אונאה ע"מ שאין לך עלי דין אונאה וכן ע"מ שלא תשמיטנו שביעית עכ"ל. ונראה דאליבא דהתירוץ הראשון דין המתנה ע"מ שכתוב בתורה חל כשהתנה לשנות את עצם מעשה המחייב שלא יחייב. אבל אם התנה שימחול את זכותו לגבות את התשלומין התנאי חל. והתירוץ האחר בתוס' חולק ע"ז דס"ל דאם חלה מחילה בעיקר המעשה שלא יוכל השני לגבות את החוב אזי עצם המחייב נמי השתנה והו"ל מתנה ע"מ שכתוב בתורה (ועיין עוד להלן באות ו').

בא"ד. ועוי"ל דנזקין לא דמי לקדושין דהכא ה"ט דאין קדושין לחצאין כו' אבל גבי נזקין לא שייך למימר הכי וא"ת א"כ היכי מדמה בפרק המגרש (גיטין דף פד.) הרי את מגורשת ע"מ שתאכלי בשר חזיר למתנה ע"מ שכתוב בתורה והא בתנאי זה לא הוי גרושין לחצאין וי"ל דגבי ממון דניתן למחילה דוקא אמרי' טעמא משום דלחצאין אבל גבי איסורא לא בעינן האי טעמא עכ"ל. לפי זה יש שני דינים דמתנה ע"מ שכתוב בתורה: א) כשהתנאי משנה את עצם החלות שבתורה כגון כשקדשה ע"מ שאין לה שאר כסות ועונה. ב) כשהתנאי גורם איסור תורה כגון ע"מ שתאכלי בשר חזיר. אך למסקנת הגמרא (שם) התנאי דע"מ שתאכלי בשר חזיר חל, וכן פסק הרמב"ם (פ"ו מהל' אישות הל"ח), ויוצא דמתנה ע"מ שכתוב בתורה הוי רק כשהתנאי משנה חלות, וכן היא שיטת הרמב"ם (פ"ו מהל' אישות הל"ט - י'), אך כשהתנאי גורם איסור בעלמא אין זה מתנה ע"מ שכתוב בתורה[246].

בא"ד. והא דתנן מתנה ש"ח להיות פטור משבועה, כו' וי"ל דשאני התם כיון דריבתה תורה שומרים הרבה ש"ח והשואל נושא שכר וכו' יכול נמי כל אחד להיות לפי תנאו עכ"ל. ונראה דר"ל דמאחר שהתורה לא הקפידה על חלות שמירה אחת מסוימת דא"א לשנותה, דיש ד' שומרים שונים בתורה ולכן ניתן לשנות דיני שומר עם תנאי.

בא"ד. א"נ דשאני התם דחייבתו תורה ש"ש על שלוקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה הלכך במקום שאין משעבדים עצמם פטורים עכ"ל. ר"ל דכל חיובי שומר חלים משום דעת השומר להשתעבד עבור כל

[246] וכשמתנה ע"מ שתבעלי לאביך התנאי בטל משום דא"א לקיימו ולא משום מתנה ע"מ שכתוב בתורה. עיין ברמב"ם (פ"ו מהל' אישות הלי"א).

חיוב וחיוב בפני עצמו, ואם הוא רוצה לחדש בדעתו שעבודים שהם שונים מהתורה בידו לעשות כן, כי אין חלות שמירה אחת מסוימת כמו חלות קדושין אלא התחייבות והשתעבדות בעלמא כפי רצונו של השומר.

ו.

שיטת הרמב"ן

עיין בחידושי הרמב"ן לב"ב (דף קכו: ד"ה הרי זו). והקשה הרמב"ן על המקדש אשה ע"מ שאין לך עלי שאר וכסות דמשום דין מתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו בטל דמקודשת וחלים חיובי שאר וכסות, למה יחולו ומתקדשת, הרי התנה במפורש שאם יחולו שאינו רוצה לקדשה.

וז"ל ואיכא מאן דתריץ דהכי אמר לה ע"מ שתמחלי לי שלא אתחייב לך בשאר כסות ועונה והאי תנאה לאו תנאי דידיה הוא דרחמנא חייביה ומשום תנאה לא מצי לממחל ליה ואה"נ דאי מחלה מדעתה בתר הכי מחילתה מחילה אבל אם משום תנאי לא, דרחמנא אמר ליכא דנסיב איתתא ולא ליחייב בשאר כסות ועונה, ודמיא לע"מ שאין בו אונאה שיש בו אונאה ואע"ג דמצי מחיל דתנאיה לאו תנאי הוא כיון דתנאיה לאו תנאה דידיה הוא לא חל עלה כלל כו', ולי נראה טעמא דכל מתנה ע"מ שכתוב בתורה דתנאו בטל משום דכל תנאי דקא עקר ליה למעשה לאו תנאה הוא שכיון שאמר ע"מ שאין לך עלי הרי את מקודשת לי חלו הקדושין שמצאו מקום לחול שהרי אפשר להתקיים התנאי שלא יתן לה שאר כסות ועונה וכיון שחלו לא חלו לחצאין שאין אישות לחצאין ולא דמו לשאר תנאין שלא נתקיימו שהקדושין בטלים כו' עכ"ל.

ובביאור דבריו נראה דקסבר דאם התנה ע"מ שאין בו דין שאר וכסות התנאי בטל דא"א להו לשנות את עצם חלות הקדושין ולהפקיע חיובי שאר וכסות. אלא דמיירי שהתנה ע"מ שתמחלי לי שאר וכסות, דאליבא דר' יהודה מכיון שהתנאי אינו נוגע לעצם חלות הקדושין אלא לגביית הממון אחר כך שתמחול אותו, התנאי חל ככל תנאי שבעולם, דאין התנאי בא לשנות את עצם חלות הקדושין.

ומאידך ר"מ סובר דהוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה משום דצריכא למחול ולא תגבה שאר וכסות. ומכיון דהחיובים האלה אינם ראויים לגבייה משום דמחלתם אינם חלין כלל, דכל חיוב ממון דלית ליה זכות לגבות אותו אינו חל. ונמצא דע"י התנאי דמחילה, הקדושין יחולו בלי חיובי שאר כסות, ושוב הו"ל מתנה ע"מ שכתוב בתורה שהתנאי בטל.

ונראה דלר' יהודה נמי הקדושין חלין בלי חיובי שאר וכסות, ואם אח"כ האשה תתבע שארה וכסותה הבעל פטור, דההרי חל התנאי ועקר את החיובים דשארה וכסותה מעצם חלות הקדושין. אלא דס"ל לר"י דא"א להתנות על עצם הקדושין עצמם שחיובי שאר וכסות לא יחולו, אבל יכולים להתנות שתמחול את זכות הגבייה, ומכיון דליכא זכות גבייה עצם החיובים נמי בטלים, דליכא חיוב ממון בלי זכות גבייה, ובכך עצם הקדושין נמי נשתנו.

ובנוגע לקושיתו דהאיך חלו הקדושין לר"מ אחרי שאמר במפורש שאם יתחייב בשאר וכסות שאינו רוצה לקדשה, תירץ הרמב"ן בסוף דבריו שאין קדושין לחצאין, כלומר דהבעל קדשה מדעתו אלא שלא רצה שיחולו חיובי שאר וכסות. ומכיון דרצה עכ"פ בחצי הקדושין יש דעת המספיק לחלות כל הקדושין. ונראה דדומה למקדש חצי אשה דמקודשת משום דפשטה קדושין בכולה (קדושין דף ז.), דה"ה כשמקדשה בלי שאר וכסות יש דעת מקדש לחצי קדושין, והדין הוי דכל הקדושין חלין, דדעת לחצי קדושין נחשבת לדעת למעשה קדושין, וממילא כל חלות הקדושין חלה, דאינו יכול לשנותה כלל.

ז.

תנאי למכור קרקע בא"י לצמיתות בזמן שיובל נוהג

עיין בחדושי הרמב"ן למס' מכות (דף ג: ד"ה ודאמרינן) וז"ל כתב הרב הנזכר (הרמב"ם) ז"ל דה"ה ליובל שתנאו קיים[247]. וצריך תלמוד שהרי מקרא צווח (ויקרא כ"ה: כ"ג) לא תמכר לצמיתות שלא יעשה דבר שמכירתו תהא לצמיתות, כדדרשינן לא יאכל לא יהא בו היתר אכילה. ועוד אני אומר שזה הכתוב אזהרה למוכר הוא שלא ימכור לצמיתות, וכל היכא דלמוכר אזהר רחמנא ליכא תקנתא בתנאין דלא דבר שבממון הוא כיון דמוכר נמי הוא מוזהר ולא מצי מחיל, דמי לריבית דאזהריה רחמנא ללוה ולא מצי לאתנויי ע"מ שלא יהא בו משום ריבית עכ"ל.

ומבואר דאליבא דהרמב"ם תנאי חל למכור קרקע בא"י לצמיתות בזמן שיובל נוהג. והרמב"ן פליגי וסובר דתנאי אינו מועיל. וטענה הראשונה של הרמב"ן היא שפשטות דהקרא מונעת את זה וכדכתיב "לא תמכר" דר"ל בשום אופן לא תמכר ואפילו בתנאי. ויעויין ברשב"א וז"ל י"ל דלכ"ע אין תנאי מועיל ביובל שאין אדם מתנה על מה שאינו שלו שכן כתוב ביובל והארץ לא תמכר לצמיתות כי לי הארץ ע"כ. והנמוקי יוסף (לעיל

[247] לא נמצא דין זה בנוסחת הרמב"ם שלנו במשנה תורה. ועיין בהגהות הרה"ג משה הרשלר זצ"ל על חדושי הרמב"ן למס' מכות שם.

דף נא.) ד"ה ע"מ כ' וז"ל דלא מהני תנאה ביובל כלל וטעמא דאין לו זכות כדי להתנות עליה משום שאינה שלו שהיא קדש לה' דכתיב כי לי כל הארץ עכ"ל. ומבואר דלפי הרשב"א והנ"י הגזה"כ ד"והארץ לא תמכר לצמיתות" אינה גזיה"כ בעלמא, אלא דליכא בעלות להדיוט למכר א"י לצמיתות מכיון דקדושת ארץ ישראל מהווה חלות של בעלות שמים בארץ ישראל הפוגמת את בעלות ההדיוט ומונעתו מלמכר את הארץ לצמיתות דלענין זה אין הארץ של ההדיוט אלא של השי"ת.

וטענה שניה כתב הרמב"ן דהאיסור מכירה לצמיתות אינו דבר שבממון מכיון דלמוכר נמי אזהר רחמנא והוא לא מצי מחיל. וי"ל דהרמב"ן אזיל לשיטתו (ב"ב דף קכו: ד"ה הרי זו) דתנאי שבממון מועיל רק מדין מחילה, דבלי"ז א"א להתנות על עצם החלות שלא יחול דין תורה, והמוכר אינו בר מחילה למכור לצמיתות, דע"ז אזהרתיה התורה שלא ימחול. והביאור דדין דיובל אינו זכות של המוכר אלא דין בפני עצמו, ואינו בעלים למוחלו[248].

אך נראה שיש לתלות את השאלה של התנאת תנאי ביובל בחקירה האם יובל חל בעצם המכירה מעיקרא לצמצם את עיקר חלותה, להוי חלות קנין לזמן והקנין הוי חלות קנין פירות, או דיובל אינו פוגם את עצם חלות הקנין דמעיקרא, דהקנין חל כקנין הגוף ולעולם אלא דחל דין אפקעתא דמלכא בשעת היובל להפקיע את הקנין מכאן ולהבא. דפשיטא דתנאי בעלמא שהותנה מלכתחילא בשעת המעשה דמעיקרא כשהוא מועיל הוא מועיל לשנות את עצם המעשה ואת החלות דמעיקרא. ולמשל היכא שקדש איש אשה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה דמועיל התנאי משום דהוי תנאי שבממון, אזי עצם חלות הקידושין דמעיקרא השתנה דחלה כקידושין בלי חיובי שאר כסות ועונה. דחלק מחלות קידושין דעלמא כשהוא חל בלי תנאי הוי חיובי שאר כסות ועונה. והתנאי קובע חלות קידושין מחודשת דחלה בלי חיובי שאר כסות ועונה. וה"ה בתנאי בהשמטת שביעית. דכל מלוה בעלמא מלכתחילא חל רק עד לשביעית, דהשמטת המלוה בשביעית הויא חלק מעיקר חלות וזמן המלוה דמעיקרא. ובתנאי דע"מ שלא תשמיטנו בשביעית י"ל דעצם חלות המלוה דמעיקרא השתנה, דחל כמלוה בלי חלות זמן והשמטה בשביעית כי זמן המלוה הריהו לעולם ואינו רק עד שנת השביעית בלבד. ולפי"ז נראה לגבי יובל נמי, דאם יובל חל בעיקר חלות המכירה דמעיקרא, דהיינו דהמכירה מעיקרא חלה רק עד לזמן היובל, א"כ שפיר ניתן להתנות בה תנאי, כדי לשנות את עצם חלות המכירה מחלות מכירה לזמן דחלה רק עד ליובל למכירה דחלה לעולם, משום דהוי דבר שבממון

[248] עיין עוד ברשימות לעיל (דף נא.) בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה (אות ו').

דהתנאי קיים. אמנם אם נימא דיובל אינו חל בעצם חלות המכירה, ומעיקר הדין המכירה חלה כקנין הגוף לעולם, ויובל הוי חלות דין אפקעתא דמלכא דחל לאחר זמן בשעת היובל לעקור את הקנין ולהחזיר את השדה מכאן ולהבא, אזי י"ל דא"א להתנות ביובל תנאי. כי הדין דיובל מפקיע הקנין אינו חל בעיקר המעשה וחלות המכירה דמעיקרא להוי רק קנין לזמן, דתנאי מועיל רק לשנות את עיקר המעשה ועצם החלות, וזה לא שייך ביובל דהפקעת הקנין ביובל אינו חלות דין בעיקר המכירה אלא אפקעתא דמלכא. ולפי"ז יוצא דלפי הרמב"ם (וכדנקט בו הרמב"ן) דתנאי מועיל י"ל דיובל חל בעיקר המכירה להשוותו קנין לזמן, ואילו לשיטת הרמב"ן דתנאי אינו מועיל, יובל הוי אפקעתא דמלכא שחלה לאחר זמן בשעת היובל, ואילו עצם הקנין דמעיקרא חל כקנין הגוף דעלמא וכקנין לעולם.

אמנם לכאורה נראה שיש לתלות את השאלה של תנאי במכירה לצמיתות בדבר אחר. דהנה בלאו דלא תמכר לצמיתות פליגי רש"י והרמב"ן. דהרמב"ן כתב דהאיסור חל בין על המוכר ובין על הלוקח. וכן נמי פסק הרמב"ם (פי"א מהל' שמיטה הל"א) דשניהם עוברים בלא תעשה. מאידך רש"י על התורה חולק ע"ז (ויקרא כ"ה: כ"ג) שכתב וז"ל והארץ לא תמכר ליתן לאו על חזרת שדות לבעלים ביובל שלא יהא הלוקח כובשה עכ"ל. ובפשטות ס"ל דהאיסור חל רק על הלוקח בלבד הכובש את הקרקע ואינו מחזירה. ויוצא דלפי הרמב"ן הלאו חל בשעת מכירה גם על המוכר וגם על הלוקח, דעצם מעשה המכירה לצמיתות מהווה איסור. ואילו לרש"י האיסור חל על הלוקח בשנת היובל כשכובש את הקרקע ואינו מחזירה.

ונ"ל דיתכן לומר דתהא נפ"מ בין רש"י והרמב"ן לענין תנאי, די"ל דאליבא דרש"י חל תנאי ביובל אך לא אליבא דהרמב"ן. דפשיטא כדאיתא ברמב"ן דתנאי אינו מועיל להתיר רבית. ומאידך תנאי מועיל בשאר כסות ואונאה. וצ"ע הרי אף תנאי ברבית הריהו תנאי שבממון, ואין לומר דברבית יש איסורים דהא בשאר כסות ואונאה נמי יש איסורין, ומ"מ הריהם נחשבים לדבר שבממון וה"ה לכאורה צ"ל ברבית, ומ"ש זה מזה.

ונראה דהנ"מ ביניהם נמצאת ביסוד חלות דיניהם, דיל"ע האם דין הממון גורם את דין האיסור או דדין האיסור גורם את דין הממון. דאם דין הממון גורם את חלות האיסור הריהו דבר שבממון שניתן להתנות עליו. ומאידך אם חלות האיסור גורם את דין הממון אזי איננו דבר שבממון, אלא דבר שבאיסור, דא"א להתנות עליו.

והנה יל"ע למה למ"ד תנאי שבממון קיים ניתן להתנות תנאי בשאר וכסות ובהשמטת מלוה וא"א להתנות תנאי להתיר הלוואה ברבית. ונראה דהחיוב דשאר וכסות חל

מעיקרא מדין ממון, והאיסור ד"לא יגרע" חל רק אחרי שחל חיובי הממון. ומשו"ה אפשר להתנות על הממון דשאר וכסות דלא יחולו וממילא פקע האיסור. וכן הוא באונאה, דלכתחילא חל חיובי ממון דאונאה, ואח"כ חל הלאו ד"לא תונו". וכשהתנו, דליכא חלות חיובי הממון אזי אף הלאו ד"לא תונו" נמי פקע. וה"ה בשמיטה, דמקודם חל דין הממון, ששמיטה משמטת את החוב, וע"ז חל האיסור ד"לא יגש". ולכן בחלות תנאי שבממון דלא ישתמט החוב דשביעית לא חל הלאו ד"לא יגש", דהאיסור נקבע כפי דין הממון. משא"כ ברבית דלכתחילא חל האיסור ללוות ברבית בעצם ההלוואה, והאיסור דריבית אינו בא מחמת דין ממון דרבית, ומשו"ה תנאי אינו מועיל ברבית.

ולפי"ז מסתבר דלפימש"נ בשיטת הרמב"ם דס"ל דדין יובל חל בעיקר המכירה להשוותה חלות קנין לזמן, אזי י"ל דעיקר דינו דיובל הוי חלות דין ממון, ועל דין הממון דחל מעיקרא חל נמי האיסור ד"והארץ לא תמכר לצמיתות", ומשו"ה הו"ל חלות שם דבר שבממון דניתן להתנות בו תנאי שבממון ולשנות את דין הממון לקנין לעולם, וממילא הותר נמי האיסור. ואילו לפי הרמב"ן דין יובל חל מדין אפקעתא דמלכא ואינו חלות דין בעצם ממון המכירה מעיקרא, אזי י"ל דהאיסור ד"והארץ לא תמכר לצמיתות" חל כאיסור בפני עצמו דאינו תלוי בחלות דין קנין ממון בעצם המכירה, ובכן לא הוי דבר שבממון אלא דבר איסור ותנאי אינו מועיל.

ולפי"ז מסתבר לומר דאליבא דרש"י הסובר דהאיסור ד"לא תמכר לצמיתות" חל על הלוקח לבדו כשהוא כובש את הקרקע ביובל, דחלות האיסור חל מחמת הממון ומחמת הקרקע שהלוקח כובשה. ולפי"ז י"ל דלרש"י תנאי מועיל דהו"ל דבר שבממון. משא"כ אליבא דהרמב"ן דהאיסור חל על המוכר ועל הלוקח בשעת המכירה, י"ל דס"ל דעצם מעשה המכירה לצמיתות נאסר, ואזי י"ל דחלות האיסור הוי דין בפ"ע ואינו תלוי בחלות דין הממון, ולפי"ז י"ל דתנאי אינו מועיל דאינו דבר שבממון.

אך לפי"ז תקשה עלינו את שיטת הרמב"ם שהרי פסק (פי"א מהל' שמיטה הל"א) שגם המוכר והלוקח שניהם עוברים על הלאו דצמיתות בשעת המכירה וגם פסק דתנאי מועיל מדהוי דבר שבממון, וצ"ע.

ונראה דהרמב"ם סובר דעיקר הדין דצמיתות חל מדיני ממונות דהיינו דמכיון דאי אפשר לעשות מכירה לצמיתות בדיני ממונות משו"ה חל איסור לעשות מעשה מכירה לצמיתות. ברם במקום תנאי דמדיני ממונות המכירה לצמיתות חלה, הותר נמי האיסור של מכירה לצמיתות.

ח.

מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי

במסכת נזיר (יא.) איתא דהאומר הריני נזיר על מנת שאשתה יין הו"ל מתנה ע"מ שכתוב בתורה דהתנאי בטל. והקשו שם בתוס' (בד"ה דהוי) דתיפוק ליה דנזירות א"א לקיים ע"י שליח ומילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי. ותירצו דקרבנות הנזיר ישנם בשליחות. ותירוצם תמוה, דהא מעשה קבלת הנזירות עצמו ליתא בשליחות[249] ומה לי דהקרבנות ישנם בשליחות. ועוד הקשה הגרע"א זצ"ל שם (בגליון הש"ס) דאף בנדרי איסור אפשר להתנות תנאים, ושם הרי ליכא חיוב קרבנות, והאיך חלים תנאים בנדרים, הא נדרים הויים בכלל מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי, ונשאר הגרע"א זצ"ל בצ"ע.

והגר"ח זצ"ל אמר דיש לתרץ את קושיית התוס' והגרע"א זצ"ל, דהנה בגמ' כתובות (עד.) איתא דאין תנאי חל בחליצה מכיון דליכא בה שליחות, דגמרינן מתנאי בני גד ובני ראובן דמילתא דאפשר לקיומיה ע"י שליח הוי תנאה, וחליצה דלא אפשר לקיומיה ע"י שליח לא הוי תנאה.

והנה לכאורה היה יתכן לומר דיש חילוק בין החולץ לבין החלוצה לענין שליחות שרק החולץ אינו יכול למנות שליח ואילו החלוצה יכולה למנות שליח לחלוץ במקומה. דלכאורה י"ל דהטעם דליכא שליחות בחליצה הוא משום דהויא מצוה שבגופו של החולץ שצריך להיות נעול בנעל על רגלו הימנית, ובמצוה שבגופו אין שליחות, וכמו שביאר קצוה"ח (חו"מ ריש סימן קפ"ב)[250]. וכל זה נכון בנוגע לחולץ, ואילו החלוצה עושה מעשה חליצה בעלמא הדומה לשאר המעשים שבתורה, כמו מעשי קנין קידושין וגירושין הנתפסים בשליחות, וה"ה מעשה החליצה שהחלוצה עושה, שאינו מעשה מצוה שבגופה ונתפס בשליחות.

אך הגר"ח זצ"ל נקט דליכא חלות שליחות בחליצה כלל בין לגבי החולץ ובין לגבי החלוצה, דהנה בגמרא כתובות (שם) איתא דאין תנאי מועיל בחליצה. וכתבו בתוס' (שם ד"ה תנאי כו') וז"ל וא"ת מה סברא יש כאן כו' וי"ל דהיינו טעמא דהואיל והמעשה כל כך בידו שיכול לקיים ע"י שליח סברא הוא שיהא כמו כן בידו לשוויי ביה תנאה, אבל חליצה שאין בידו לקיימה ע"י שליח לא הוי בידו נמי למירמי ביה תנאה, ואפילו לא יתקיים התנאי יהיה המעשה קיים כו' עכ"ל. וביאר הגר"ח זצ"ל דמבואר מדברי התוס' שרק מי שנחשב לבעלים על המעשה יכול להטיל במעשיו תנאי ולמנות שליח. ובגיטין

[249] עיין בנדרים (דף עב:) בדין הפרה ע"י שליח.

[250] ועיין בתוס' רי"ד (קידושין דף מב) ובפירוש הרא"ש לנדרים (דף עב).

וקידושין חל חלות דין בעלים דהאיש והאשה פועלים את החלות איסור והיתר מדעתם, ולכן יכולים האיש והאשה להטיל במעשיהם תנאים ולמנות שלוחים. מאידך בחליצה ליכא חלות שם בעלים - דהחולץ והחלוצה עושים מעשה החליצה בלבד, ואילו חלות פטור החלוצה לשוק חל ממילא משמים ולא מחמת בעלות ודעת החולץ והחלוצה. ויש להביא ראייה לזה מהסוגיא ביבמות (דף ק"ד - ק"ה) בדין חליצת קטנה חרש וחרשת דלא אמרינן שתפסל משום דלאו בני דעת נינהו, ומוכרח שחליצה חלה בלי חלות דין דעת בעלים אלא בכוונה בעלמא שאפילו קטנה חרש וחרשת יכולים לכוון אותה. ומוכח דחליצה אינה כמו קניני קידושין וגירושין שחלין מדין דעת בעלים דחליצה חלה מפני שהחולץ והחלוצה מתכוונים למעשה החליצה והפטור חל ממילא מדין תורה, ולא מדין בעלים ולכן אפילו מי שאינו בר דעת יכול לכוון לעשות חליצה. ועפ"י יסוד זה ביאר הגר"ח זצ"ל את שיטת הרמב"ם (פ"ד מהל' יבום וחליצה הל' ט"ז) דס"ל שאין צורך בעידי קיום לחליצה - כי עדי קיום באים לקיים את דעת הבעלים, ואילו בחליצה ליכא דין דעת בעלים, (ועיין עוד בספרו על הרמב"ם פ"ד מהל' יבום וחליצה הלט"ז ואכמ"ל). ולפי"ז נראה דאין לחלק בין שליחות דהחולץ לבין שליחות דהחלוצה דמכיון דשניהם אינם בעלים על פטור החליצה שניהם אינם יכולים להתנות בה תנאי למנות בה שליח[251].

ולפימש"נ נראה לבאר נמי דברי הגמרא בכתובות (עד.) שהקשה דאי כל מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי, כשמקדש אשה בביאה היאך יכול להתנות תנאי בקידושין, והרי ביאת קידושין ליתא בשליחות. ועונה הגמרא וז"ל התם משום דאיתקוש הויות להדדי עכ"ל. ואמר הגר"ח זצ"ל דביאור הגמרא הוא - כי האיש נחשב לבעל מעשה הקידושין כדכתיב כי יקח, בין כשמקדש בכסף ובשטר ובין כשמקדש בביאה. ומה שביאה אינה בשליחות שכן תלויה בגופו אינו פוגם את בעלות האיש בקידושין[252], דהבעל הוא הבעלים של הקידושין בכל אופן. וכן מוכח מדברי הר"ן בנדרים (דף ל. ד"ה ואשה וכו') שכתב וז"ל כיון שהתורה אמרה כי יקח איש אשה ולא אמרה כי תלקח אשה לאיש לא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל וכו' אלא מכיון שהיא מסכמת לקדושי האיש היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו, הלכך אין אנו דנין בקידושין מצד האשה אלא מצד הבעל עכ"ל. ומשו"ה נ"ל דאף המקדש בביאה יכול להתנות תנאים שהרי הוא הבעלים של הקידושין. ומאידך בחליצה, שחלה בלי דעת החולץ, אין החולץ בעל חלות החליצה דאינו פועל חלות

[251] ועיין ברשימות שיעורים למס' יבמות דף נג. ד"ה תוס' רבינא (עמ' תקנ"ו), ובקובץ הערות סימן ע"ו.

[252] בשיעוריו למס' קידושין ביאר רבינו זצ"ל שהבעל בלבד הוא הבעלים על הקידושין, וכדחזינן מדין כי יקח ולא כי תקח.

ההיתר לשוק מדעתו, ולכן אינו יכול למנות שליח או להתנות תנאים בחליצתו. ומבואר מהנ"ל דיש שני סוגי דברים שאינם נתפסים בשליחות: א) דברים התלויים בגופו של העושה כגון הנחת תפילין וביאת קידושין. ב) דברים שאין לעושה אותם חלות בעלות ולפיכך אינו יכול למנות שליח כגון חליצה.

ולכאורה פשיטא דאליבא דהגר"ח זצ"ל י"ל דיבום נמי ליתא בשליחות ובתנאי, שהרי ליכא ביבום חלות דין בעלים מאחר דקנין היבום אינו זקוק לדעת היבם והיבמה וכדאיתא במשנה ביבמות (דף נג:) שהבא על יבמתו קונה אותה בין בשוגג בין במזיד בין באונס בין ברצון. ולפי מש"כ הגר"ח זצ"ל לגבי חליצה (עיין בספרו פ"ד מהל' יבום וחליצה הט"ז) יוצא דביבום נמי היבם והיבמה עושים מעשה היבום בעלמא וחלות היבום חלה ממילא מן התורה משמים בלי דעתם, ומשו"ה אינם בעלים ואינם יכולים למנות שליח ולהתנות בו תנאים[253].

ומבואר לפי"ז ההבדל שבין חליצה לבין נדרים. בחליצה אין לחולץ חלות דין בעלים, ולכן אין בידו למנות שליח או להתנות תנאים כי אינו בעל המעשה. ומאידך הנודר נדר או הנוזר נזירות הוי הבעלים של הנדר ושל הנזירות שהרי נדרים זקוקים לחלות שם דעת בעלים (דמופלא סמוך לאיש קובע דין דעת בעלים לענין נדרים, עיין בשיעורים לריש פרק נערה המאורסה). ומה שהנדרים אינם בשליחות הוא מדין מיוחד שנדר כעין מצוה שבגופו - כי פי השליח אינו כפי המשלח לענין הפלאה, ובכן ליכא חלות שליחות להפליא נדרים ונזירות. ואילו בנוגע להתנאת תנאים בנדרים הואיל והנודר נחשב לבעל הנדר יש לו הכח להתנות תנאי בנדריו מדין בעל הנדר[254].

עוד מרגלא בפומיה של הגר"ח זצ"ל שברוב מצוות התורה לא שייך דין בעלים, ולפיכך אין בהן חלות שליחות אליבא דהתוס' בכתובות. אולם בקרבנות חל חלות דין בעל הקרבן, ולכן חל שליחות בקרבנות, וה"ה בקידושי אשה. מאידך במצוות אחרות כגון בהנחת תפילין, מילה, תלמוד תורה וכו' ליכא דין של בעלים - ולפיכך לא חל בהן דין שליחות. והיה מוסיף שליסוד זה מסכים הרמב"ם ולא רק בעלי התוס' בכתובות[255].

[253] אמנם לפי הטעם דיבום הוי מצוה שבגופו י"ל דנהי דליתא בשליחות מ"מ איתא בתנאי, ויבום דומה לקידושי ביאה דהויא מצוה שבגופו דליתא בשליחות ומ"מ איתא בתנאי.

[254] אך עדיין קשה תירוצם של בעלי התוס' דיש שליחות בקרבנות. ואולי י"ל דר"ל דעל קרבנו פשיטא דהנזיר הוי בעלים, דהריהו בעל הקרבן לכל דיניו, ומזה יש ראייה דהוי בעלים על כל קבלת הנזירות מעיקרה ויש לו כח בעלים להתנות עליה תנאי. ודו"ק.

[255] צ"ע לפי דברי הגר"ח זצ"ל מהמ"ד שסובר שיש שליח לדבר עבירה (קידושין מב ב), והרי שם אין לו בעלות על המעשה. וצ"ל שמ"ד זה חולק על היסוד של בעלות בשליחות (רבנו זצ"ל), ועי' בנתיבות המשפט ריש סי' קפ"ב ובתשובות חתם סופר או"ח סי' ר"א. ועוד יתכן שאין שם חלות שליחות דכהת"כ אלא חיוב מיוחד בעבירות ובעונשיהם.

ולפי"ד הגר"ח זצ"ל נראה דהאב אינו צריך למנות את המוהל להיות שלוחו, שהרי אין לאבי הנימול דין בעלים במצות המילה כי אינה אלא חובת מצוה בעלמא כרוב מצוות אחרות שבתורה. ומה שהאב יכול לקיים את המצוה ע"י אחר הוא משום שעיקר חיוב המצוה אינו שיעשה האב את מעשה המילה אלא חובתו להבטיח ולסדר שבנו יהיה מהול. ולכך אין המוהל צריך להיות ממונה כשלוחו של האב[256].

וכן היה טוען הגר"ח זצ"ל שא"א להתפלל תפילת שמונה עשרה בתנאי - ודלא כדברי הפוסקים דס"ל בספק תפילה שיתפלל תפלה בתנאי שאם חייב להתפלל תהיה תפילתו לשם חובתו ואם פטור מלהתפלל תהא תפילתו לנדבה. דתפילה לא דמי לקרבן שכן בקרבן יש חלות דין בעלים ולכן ביד הבעלים למנות שליח ולהתנות תנאים בקרבנו. משא"כ בתפילה ליכא חלות דין בעלים דתפילה אינה אלא חובת מצוה בעלמא כרוב מצוות אחרות שבתורה דליכא בהו חלות של בעלים, ומשום כך י"ל דאין בה דין תנאים[257].

ועוד תירץ הגר"ח זצ"ל את קושית התוס' די"ל שתנאים בנדרים ובנזירות אינם חלין משום פרשת התנאים דבני גד ובני ראובן, כי מאחר שנדרים ונזירות אינם חלין ע"י שליח אינם נתפסים בדיני תנאים של בני גד ובני ראובן[258]. אלא שדין נדרים ונזירות על התנאי נלמד מדין האדם בשבועה פרט לשוגג ופרט לאונס (שבועות דף כו.). ולכן התנאי מבטל את הנדר ואת הנזירות כי על ידו חל דין האדם בשבועה[259].

ועיין בחידושי הרמב"ן לב"ב (דף קכו: ד"ה הרי) שעל קושיית התוס' היאך חל תנאי בנזירות, והא ליתא בשליחות, הביא ב' תירוצים, וז"ל יש אומרין כי גמרינן מתנאי בני

[256] ועיין ביו"ד סי' רס"ה סעיף ח' בגר"א שם אותיות ל"ה ומ', ובקצות החושן (חו"מ סי' שפ"ב אות א') ובפתחי תשובה שם אות ב'. ועיין בקצות החושן סימן קפ"ב ס"ק א'.

[257] וכמו"כ א"א ליחיד למנות לו שליח להתפלל בעבורו מאחר שאינו בעלים. והא דמצינו שליח ציבור המועיל הוא מדין אחר ולא מדין שליחות דכהת"כ, כי הש"ץ מתפלל על שם כל הציבור ועל ידו מתהוה חלות מיוחדת של תפלת הציבור וכדמבואר ברשימות שיעורים למס' סוכה דף קפ"ז, ולמס' ברכות (עמ' יב - יד, של - שלא, דש, שמו - שמח, תסד - תסה).

ועיין בב"י סי' ק"ז שמביא בשם הרשב"א שניתן להתנות תנאי בספק התפלל וז"ל ומיהו מתפלל ומתנה אם לא נתפלל זו לחובתו ואם נתפלל תהא לנדבתו עכ"ל. וכן איתא במג"א שם. אך מהרמב"ם משמע שחולק ע"ז, דעיין (בפ"י מהל' תפלה הל"ו) וז"ל מי שנסתפק לו אם התפלל אם לא התפלל אינו חוזר ומתפלל אלא אם כן מתפלל תפלה זו על דעת שהיא נדבה שאם רצה יחיד להתפלל כל היום תפלת נדבה יתפלל עכ"ל, ויש לדייק בדברי הרמב"ם שלא הזכיר שיצריך להתנות תנאי כמו שכ' הרשב"א, ושיטתו מבוארת היטב לפי"ד הגר"ח זצ"ל.

[258] דגם החסרון דמצוה שבגופו המונע שליחות ג"כ מונע להתנות תנאים. ושאני ביאת קדושין משום דאתקיש הוויות להדדי, דאע"פ דהויא מצוה שבגופו דליתא בשליחות מ"מ איתא בתנאי.

[259] וצ"ל שדין מילתא דליתא בשליחות ליתנא בתנאי חל דוקא בפרשת התנאים של בני גד ובני ראובן ולא בתנאים בפרשת האדם בשבועה. מאידך דין אין מתנין ע"מ שכתוב בתורה חל אף בתנאים המיוסדים בפרשת האדם בשבועה, עיי"ש בסוגיא במס' נזיר ועיין נמי בחדושי מרן רי"ז הלוי על הרמב"ם ריש הלכות נזירות. וברשימות שיעורים למס' יבמות דף נג. ד"ה תוס' ד"ה רבינא (עמ' תקנ"ו).

גד ובני ראובן ה"מ כיוצא בו שהוא תנאי שבין אדם לחבירו, אבל תנאי שבינו לבין עצמו בכל תנאו, הלכך אף תנאי כפול לא בעינן כו' ונכון הוא זה עכ"ל. ונראה שתירוץ זה ס"ל כתירוץ השני של הגר"ח זצ"ל דבנזירות ל"צ לחלות דין משפטי התנאים, דתלוי בדין אדם שבועה המחדש דיני טעות מיוחדים בהפלאה - כמו דין דברים שבלב הויין דברים לאשוויה טעות בנדר, עיין בסוגיות לפ"ג דמס' נדרים. ומשו"ה משפטי התנאים לא חלים בנדרים חוץ מדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה דמפקיע אף דין האדם בשבועה, דבאופן כזה התנאי בטל והנדר קיים.

ועוד כתב הרמב"ן וז"ל ואחרים אומרים נזיר נמי משכח"ל ע"י שליח שאומר אדם לחברו הריני נזיר על דעתך וכל זמן שתרצה תדירנו בנזיר עכ"ל. ונראה דתירוץ זה ס"ל כתירוץ הראשון של הגר"ח זצ"ל דיש חלות שם בעלות לבעל הנדר הנותנת לו הכח להתנות תנאי. וההוכחה דהוי בעלים מהא דיכול למסור דעתו כבעלים לחבירו לקיים או לבטל את נדרו, ומהכ"ת שיש לו כח כזה, אלא ש"מ דהוי חלות שם בעלים, ומשו"ה יכול נמי להתנות תנאים.

ט.

שליחות בגט אשה

אמנם לכאורה צ"ע בדברי הגר"ח זצ"ל (הנ"ל) דשליחות חלה רק בעד בעל החלות, דהרי קיי"ל דאשה עושה שליח לקבל את גיטה, והרי קיי"ל דאשה מתגרשת אפילו בע"כ (קידושין דף ה:), וא"כ מוכח שאין האשה בעלים על הגירושין, וא"כ צ"ע היאך יכולה היא למנות שליח לקבלה. אך נראה שאין כאן קושיא כלל שהרי בגמרא בקידושין (דף מא.) מובאה גזיה"כ מיוחדת שהאשה ממנה שליח לקבלת גיטה וכדאיתא התם וז"ל דתניא ושלח מלמד שהוא עושה שליח ושלחה מלמד שהיא עושה שליח עכ"ל, ואדרבא לכאורה יל"ע למה צריכא הגמרא לגזיה"כ מיוחדת ד"ושלחה" ללמדנו שהיא עושה שליח לקבלה, ולא למדה שהיא עושה שליח לקבלה מאותו הלימוד "ושלח" המלמד שהאיש המגרש עושה שליח. ונראה דהביאור הוא דבגירושין האשה שאני מהאיש. כי האיש הוי בעל הגירושין, דהגירושין תלויים בדעתו בלבד שרק הוא מצוה את הסופר לכתב את הגט והוא מגרשה בגטו מדעתו. מאידך האשה אינה בעלים על הגירושין דמתגרשת בע"כ. ולפיכך הפסוק ד"ושלח" המלמד שהאיש עושה שליח מועיל רק בשבילו דהוי בעל הגירושין ולא מועיל בשבילה שאינה בעלים, והדין שהאשה עושה שליח נלמד מגזיה"כ מיוחדת "ושלחה" המחדשת שהיא עושה שליח לקבל את גיטה

ואע"פ שאינה בעלים על הגירושין[260].

ברם עדיין צ"ע, שמאחר שיש גזיה"כ שהאשה עושה שליח לקבל את גיטה ואע"פ שאינה בעלת הגירושין, למה לא נלמד מזה לחליצה וליבום שאף מי שאינו בעלים ממנה שליח. ונראה די"ל דשאני האשה בגט מהחולץ והחלוצה או מהיבם והיבמה. כי אין האשה פועלת בגט כגברא אלא כחפצא, כלומר שהגט צריך להנתן לתוך חפצא של ידה, אך אין לאשה פעולה כלל בתורת גברא שפועל חלות, ודין ידה שבגירושין הוי מעשה קוף בעלמא ולא מעשה גברא. ודוקא במקרה כזה חידשה התורה ששליחות חלה, דהגזיה"כ ד"ושלחה" היא דכי היכי שידה שבגופה הוי חפצא לקבלת הגט ה"ה שיד השליח נעשה לחפצא של ידה לקבלת הגט. וכמו דמצינו שגם חצרה נחשבת ע"פ דין לחפצא של ידה לקבלת גיטה ואע"פ שאין החצר חלק מגופה - ה"ה שלוחה[261]. משא"כ ביבום וחליצה שהיבם החולץ והחלוצה פועלים בתורת גברא, כי מעשה היבום ומעשה החליצה מעשי גברא הם ולא מעשי קוף בעלמא - בין מעשה של האיש ובין מעשה של האשה. ולפיכך לא חלה בהם שליחות, כי שליחות חלה בעד גברא דהוי בעל החלות ולא בעד גברא שעושה מעשה גברא בלי להיותו הבעלים של החלות.

ויש להביא ראייה שקבלת הגט מהוה מעשה קוף בעלמא ולא מעשה גברא מפסק הרמב"ם (פ"ו מהל' גירושין הל"ט) שכתב וז"ל וקטנה אינה עושה שליח לקבלה כו' מפני ששליח קבלה צריך עדים ואין מעידין על הקטן שאינו בן דעת גמורה עכ"ל. ועיין בהשגת הראב"ד שהקשה וז"ל אלא אתם גם אתם לרבות שלוחכם מה אתם בני דעת אף שלוחכם בני דעת נמצא שהשליח והשולח צריכין להיות בני דעת עכ"ל, כלומר דצ"ע אליבא דהרמב"ם מאי שנא שליחות לקבלת הגט משליחות בכהת"כ הזקוקה למשלח בן דעת למנות את השליח. ועוד יש להקשות על הרמב"ם שאם עדים אינם יכולים להעיד על מעשה קטנה ולקיימו, א"כ היאך מגרשים אשה קטנה כשהבעל נותן לה גט לתוך ידה, והרי אין עדים מעידים על מעשה קטנה.

ונראה לתרץ קושיית הראב"ד דס"ל להרמב"ם שצריכים בן דעת למנות שליח רק כשחלה השליחות ע"פ מינוי בעלים, דאזי רק בן דעת יכול למנות שליח. משא"כ שליחות האשה בקבלת גיטה שהשליחות אינה שליחות של בעלים, אלא חלות שליחות מיוחדת לעשות מעשה קוף בעלמא כדי ליצור חפצא של יד נוספת לאשה ביד השליח, ומינוי השליחות

[260] עיי"ש בתוס' הרא"ש (קידושין דף מא).

[261] עיין בלשון הרמב"ם ריש פ"ה מהלכות גירושין (ה"א) וז"ל זה שנאמר בתורה ונתן בידה אין ענין הכתוב אלא שיגיע הגט לה ואחד ידה או חיקה או חצרה או שלוחה שעשתה ידו כידה הכל אחד הוא עכ"ל, ומבואר להדיא כדברי רבינו זצ"ל.

המיוחדת הזו אינה זקוקה לבן דעת ואפילו קטנה היתה יכולה למנות השליח אם לא היה חסרון בהעדאת העדים שאינם מעידים על מעשה קטנה.

ובנוגע לקושיא השניה נראה ג"כ דשאני אשה בקבלת גיטה בידה, כי כשהיא מקבלת הגט בידה אינה עושה מעשה גברא אלא מעשה קוף בעלמא עם החפצא של ידה שהוא המקום לנתינת הגט. ולפי"ז נראה שהעדים המקיימים את הגירושין אינם מקיימים את קבלת הגט של האשה, כי עיקר דין עדי קיום המקיימים ומכשירים דבר שבערוה הוא כדי לקיים מעשה גברא, אך לא לקיים מעשה קוף בעלמא. ומשום כך נראה לומר דהעדים בגירושין מעידים ומקיימים רק את מעשה האיש המגרש שעושה מעשה גברא ולא את מעשה האשה המתגרשת, כי היא אינה עושה מעשה גברא ואינה אלא החפצא והמקום דקבלת הגט. ולפיכך אפשר לגרש קטנה בפני עדי קיום כי העדים המקיימים את הגירושין אינם מעידים על הקטנה כגברא, שלא באו אלא להעיד ולקיים את מעשה נתינת הגט שהאיש עושה בתורת גברא הפועל, ולא את מעשה קבלת האשה דהויא רק חפצא. משא"כ במינוי שליח לקבלה, י"ל דהאשה פועלת בתורת גברא במעשה המינוי שלה, ולפיכך זקוק מעשה המינוי שלה להעדאת עדים לקיום הדבר. ולכן פסק הרמב"ם שאין מעידים על קטנה לקיים את מעשה המינוי שלה[262].

ע"כ ענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה

שיטת הרמב"ם באיסור "שארה כסותה ועונתה לא יגרע"

יל"ע בשיטת הרמב"ם באיסור "שארה כסותה ועונתה לא יגרע". דעיין בסה"מ (מצות ל"ת רס"ב) שכתב וז"ל הזהיר מענות אמה עבריה כשנקנה אותה אם נשאה, ר"ל שנחסר ממנה מזונה כסותה ועונתה על דרך העינוי וההכאבה. והוא אמרו שארה כסותה ועונתה לא יגרע. וזאת האזהרה תכלול כל מי שישא בת ישראל שלא יענה אותה בדבר מאלו הדברים על צד ההכאבה והצער כו' עכ"ל. כאן הרמב"ם כולל שאר כסות ועונה כל שלשתם בעיקר הלאו.

אולם מאידך בהל' אישות יש לכאורה קצת סתירה בדברי הרמב"ם כי במנין המצוות והלאוין בריש הלכות אישות כתב הרמב"ם וז"ל שלא ימנע שאר כסות ועונה עכ"ל, והוא כמו שכתב בסה"מ שהלאו חל על שלשתן. אמנם בגוף ההלכות (פי"ד מהל' אישות הט"ז) כתב וז"ל אסור לאדם למנוע אשתו מעונתה ואם עבר ומנע כדי לצערה עבר בלא

[262] אמנם לפי"ז צ"ע מדברי הגר"ח זצ"ל שם בפ"ד מהלכות חליצה שכתב שרק דבר שתלוי בדעת בעלים בעי עדים לקיום הדבר ולא כוונה בעלמא, ולכן חליצה ל"צ עדים לקיומי, והרי חליצה בוודאי הוי מעשה גברא ולא מעשה קוף שהרי חליצה צריכה כוונה להתיר אלא דמ"מ אינו בעלים, וא"כ צ"ע מ"ש מינוי שליחות לקבלה דבעי עדים וצ"ע.

תעשה שבתורה שנאמר שארה כסותה ועונתה לא יגרע כו' עכ"ל. ויש לדקדק דהרמב"ם הזכיר הלאו רק בעונה בלבד ובשאר הלכות אישות אינו מביא שיש לאו במניעת שאר וכסות, וצ"ע בזה.

והנה מלשון הרמב"ם בסה"מ "וזאת האזהרה תכלול כל מי שישא בת ישראל שלא יענה אותה בדבר מאלו הדברים על צד ההכאבה והצער" וממש"כ (בפי"ד מהל' אישות הט"ז) "ואם עבר ומנע כדי לצערה עובר בלא תעשה", משמע שהלאו ד"לא יגרע" חל רק אם הבעל מונע ואינו מקיים חיוביו לאשתו כדי לצערה. ומשמע שאם אין בכוונתו לצערה אינו עובר על הלאו. ולפי"ז יוצא דיש שני דינים - א) חיובי שאר כסות ועונה חלין בכל אופן, ב) אך הלאו ד"לא יגרע" אינו חל אלא רק כשמגרע ממנה מלתת לה הדברים שחייב לתת לה כדי לצערה.

ולפי"ז יתכן לומר דכשהבעל מונע מאשתו את שארה וכסותה הרי היא יכולה ללכת לבי"ד ולתבוע את הממון המגיע לה. ולפיכך חסר שיעור צער המחייב את הלאו, דהא מ"מ תקבל שארה וכסותה מבי"ד. משא"כ בעונתה שאם יגרע אותה א"א לו לשלם לה תשלומין על מה שחסרה, ולכן הצער שיש לה מזה צער גמור הוא ולכן עובר הוא על הלאו ד"לא יגרע". ואה"נ דיכול לעבר על הלאו אף בשאר וכסות אם אינה יכולה לתובעו בבי"ד. אך האופן דליכא בי"ד אינו מצוי, ולכן השמיטו הרמב"ם, ויל"ע בזה.

דף נב:

גמ'. אמר חזקיה.

א.

בביאור הדין דחזקיה עיין בשיטה מקובצת בשם הרא"ש וז"ל הכל תלוי בכסף דשום מטבע לא יהא נתפס בקדושת מעשר אם לא יתקדש ממנו פרוטה אחת, אבל אם כבר קדוש מקצתו יכול לחלל עליו אפילו פחות משוה פרוטה עכ"ל. והנה יש לחקור בדין פדיון מע"ש האם חל מדין קנין כסף או מדין חילול. ונראה דאי חל פדיון מע"ש מדין קנין כסף אזי לכאורה ההדין דחזקיה לפי הביאור דהרא"ש אינו מובן, דהא הפודה משתמש בפחות משו"פ, שנשארה בכסף הראשון לפדות פחות משו"פ ממע"ש, והרי קנין כסף אינו חל בכסף פחות משו"פ[263]. ולכאורה מוכח מכאן דפדיון מע"ש חל מדין חילול,

[263] אך יתכן דקנין כסף דעלמא חל מדין פרעון כשיטת הסמ"ע (חו"מ ק"צ: א) ולכן כסף פחות משו"פ אינו קונה מדאינו פרעון. ואילו פדיון מע"ש חל מדין מעשה קנין בחפצא דכסף ובלי פרעון, ולכן מועיל בציור דחזקיה, דכסף הקנין הוי המטבע.

כלומר דהקדושה דהפירות מתחללת אכסף, ולכן חל הפדיון אפילו אפחות משו"פ שנשאר בכסף הראשון.

ועיין לקמן (דף נג:) דפליגי ר"י ור"ל, דלר"י אין בו שו"פ ולר"ל אין בחומשו. והגמרא הקשה וז"ל מע"ש שאין בו שו"פ דיו שיאמר הוא וחומשו מחולל על מעות הראשונות, בשלמא למ"ד אין בחומשו היינו דקתני דיו דאע"ג דבדידיה אית ביה כיון דבחומשיה ליכא שפיר, אלא למ"ד אין בו מאי דיו קשיא עכ"ל. והגמרא מחוסרת ביאור. ועיין ברש"י שכ' וז"ל דיו שיאמר כדחזקיה ולא אמרי' ימתין עד שיעלנו לירושלים או ימתין עד שיצרפנו עם אחר דכיון דבחומשיה ליכא פרוטה לא קחשיב ודיו בכך. אלא למ"ד אין בו מאי דיו, מאי רבותיה דאיצטריך למתני דיו ליתני אומר הוא וחומשו כו' עכ"ל. ודבריו סתומים ומחוסרים ביאור.

ונראה דיסוד הדין דאין בו או אין בחומשו שו"פ קובע דמע"ש פחות משיעור זה אינו בר קיום מצות הבאת מע"ש למקומו בירושלים. דיעויין לעיל (דף מה. ד"ה הזהב קונה את הכסף - בענין פדיון מעשר שני אות א - ב) דביארנו דדין פדיון מע"ש יסודו הוא קיום מצות הבאת מע"ש לירושלים ע"י הפדיון. ומזה דמיעטה התורה פחות משו"פ (או בו או בחומשו) מפדיון מע"ש מוכח דהתורה מיעטה מע"ש כזה מקיום מצות הבאת מקום לירושלים. ובפדיון דחזקיה נהי דהפדיון חל וכדביאר הרא"ש, מ"מ בפדיונו ליכא קיום מצוה דהבאת מע"ש לירושלים, דהיינו דיש בפדיון דחזקיה מעשה וחלות פדיון המחלל קדושת המע"ש מהפירות על גבי הכסף, אך הפודה לא קיים בפדיון כזה מצות הבאת מקום[264]. ונראה דזהו מה שאמרה הגמרא, דבשלמא למ"ד אין בחומשו סד"א דמכיון דהמע"ש עצמו שו"פ שיש בו קיום דהבאת מקום, ולכן השתמשה הברייתא במילת "דיו" לומר שאעפ"כ פודין בדרך דחזקיה כי באמת אין בפדיון זה קיום דהבאת מקום, דלמ"ד אין בחומשו אין מצות הבאת מקום חלה. אך למ"ד אין בו שו"פ למה כתוב "דיו", הרי פשיטא שבפחות משו"פ אין קיום דהבאת מע"ש לירושלים, והפדיון באופן דחזקיה הוא דין דלכתחילה, ואין צורך לומר "דיו", ודו"ק.

ב.

הרמב"ם (פ"ה מהל' מע"ש הל"ד - ו) כתב וז"ל מע"ש שאין בחומשו שו"פ אינו מוסיף עליו חומש כו' הפודה מע"ש והיה לו מע"ש אחר שלא נפדה, אם אין בחומשו שו"פ דיו שיאמר הוא וחומשו מחולל על מעות הראשונות לפי שאי אפשר לאדם לצמצם את

[264] ורבינו זצ"ל אמר דחסר קיום מצות הבאת מקום משום דחסר קנין כסף, דרק כשיש פדיון מע"ש דחל מדין קנין כסף חל נמי הקיום דמצות הבאת מע"ש לירושלים ע"י הפדיון. אך לא בפדיון דחזקיה דהוי מעשה פדיון לחלל המע"ש אך בלי קיום מצות פדיון דהבאת מקום. ויל"ע בזה.

מעותיו, והפודה מעשר ביותר על דמיו לא נתפסה התוספת למעשרות עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק כמ"ד אין בחומשו. אך לשונו צ"ע דלכתחילה כתב שאינו מוסיף חומש ולבסוף כתב דמוסיף חומש בדרך פדיון דחזקיה, וצ"ב.
ונראה דהרמב"ם סובר דכשאין בחומשו שו"פ אכן חל חיוב חומש, אלא דא"א להוסיף חומש על כסף הפדיון כשהוא פחות משו"פ. אך בדרך דחזקיה דהיינו כשכבר פדה בכסף הזה מע"ש אחר ושיש בחומשו שו"פ, ניתן להוסיף את החומש שהוא פחות משו"פ על החומש דשו"פ דכבר נמצא בכסף הראשון, וככה להוסיף חומש על פדיונו ואע"פ שאין בחומשו שו"פ בפדיון המע"ש השני.
אך הרמב"ם השמיט את הדין דחזקיה כשאין במע"ש עצמו שו"פ. ויתכן דס"ל דדין דחזקיה חל רק כשחומשו פחות משו"פ. ומאידך דין דחזקיה אינו חל במע"ש שאין בו שו"פ. וי"ל שהוא משום דסובר דפדיון דמע"ש חל מעיקר דינו מדין קנין כסף, וקנין כסף אינו חל כשהכסף הקונה הוא פחות משו"פ, ובדין דחזקיה כשאין בו שו"פ חסר כסף שו"פ לקנות בו את המע"ש. ואילו בפדיון מע"ש כשאין בחומשו שו"פ הכסף הפודה הוא שו"פ, ומשו"ה חל דין קנין כסף, והפדיון תופס את החומש אע"פ שהוא פחות משו"פ, דנתוסף הוא על החומש של הפדיון הראשון דהוי שו"פ ודו"ק.

דף נג.

גמ'. והן נכסי כהן.
לכאורה יל"ע בזה שהרי ביכורים מחייבים מצות הבאת לירושלים (רמב"ם פ"ב מהל' ביכורים הל"א) ובהנחה בעזרה (פ"ג שם הל"ד), וניתנין לאנשי משמר המחלקים אותם ביניהם כקדשי המקדש (שם הל"א), ואסור לכהן לאכל ביכורים מחוץ לירושלים (פ"ג שם הל"ג) או לאכלם באנינות (שם הל"ו). ואעפ"כ הריהם נכסי הכהן לכל דבר (פ"ד שם הלי"ד) שקונה בהם הכהן עבדים קרקעות ובהמה טמאה ואינם ממון גבוה, וצ"ע דמ"ש ביכורים ממע"ש דהרי מעשר שני ג"כ טעון הבאת מקום לירושלים (רמב"ם פ"א מהל' מע"ש הלי"ד), ונאכל רק לפנים מחומת ירושלים (פ"ב שם הל"א), ואסור לאכלו מחוץ לירושלים (פ"ב מהל' מע"ש הל"ה), ואסור לאונן (פ"ג שם הל"ה), ובמע"ש קיי"ל דהוי ממון גבוה (וכדפסק הרמב"ם פ"ג מהל' מע"ש הלי"ז), ואילו בביכורים קיי"ל שהן נכסי כהן, שהרי דיניהם ומצוותם נראים מאד דומים זה לזה, ומ"ש זה מזה לענין חלות דין ממון.

ולכאורה י"ל דשאני מצות הבאת מע"ש לירושלים ממצות הבאת ביכורים לירושלים, דמצות הבאת מע"ש כוללת אף מצות אכילתו בירושלים, וכדכתב הרמב"ם (פ"ב מהל' מע"ש הל"א) וז"ל מע"ש נאכל לבעליו לפנים מחומת ירושלים שנא' ואכלת לפני יי' אלקיך במקום אשר יבחר לשכן שמו שם כו' עכ"ל. ויתכן דמשו"ה מע"ש הוי ממון גבוה, דמאחר שמצותו כוללת גם מצוה להאכל לבעליו לפנים מן החומה, לכן הטילה התורה על מע"ש חלות דין ממון גבוה, כי מצותו להאכל כממון גבוה בירושלים. משא"כ בביכורים דמצותם להביאם ולהניחם בעזרה, אך משהניחם בעזרה נגמרה מצות הבאתם והותרו לכהן כתרומה, שאין באכילת הביכורים קיום מצות ביכורים מסוימת אלא מצות אכילת תרומה בעלמא, וכי היכי דתרומה הויא נכסי כהן ה"ה לביכורים[265].

אך לכאורה יש להוכיח דיש מצוה מסוימת לאכל ביכורים בירושלים כמו שיש במע"ש ממה שפסק הרמב"ם (פ"ג מהל' ביכורים הל"ג) וז"ל כהן שאכל ביכורים חוץ לירושלים מאחר שנכנסו לפנים מן החומה לוקה מן התורה שנ' לא תוכל לאכול בשעריך גו' ותרומת ידך והם הביכורים עכ"ל. ומבואר דכהן שאכל ביכורים מחוץ לחומת ירושלים לאחר שנכנסו לפנים מן החומה לוקה, ומשמע דיש קיום מצוה מסוימת בביכורים להאכל בירושלים. ועיין בהמשך ההל' שכתב הרמב"ם וז"ל וכן אם אכלן הכהן בירושלים קודם הנחה בעזרה לוקה מן התורה כמי שאכלן בחוץ לפי שהן טעונין הנחה בעזרה שנ' והנחתו לפני מזבח יי' אלקיך עכ"ל. וצ"ע דמהו השייכות בביכורים בין אכילתם מחוץ לירושלים לאכילתם קודם הנחתם. ונראה לומר דהנחת ביכורים בעזרה מתרת את הביכורים לכהן אך ההיתר מצומצם לאכילה בתוך חומת ירושלים. ולכן כשכהן אוכל את הביכורים בירושלים קודם ההנחה עובר הכהן על איסור אכילתן בלי המתיר דההנחה, וכן כשהונחו הביכורים בעזרה ואכלן הכהן מחוץ לירושלים נמי עבר על אותו איסור ד"לא תוכל לאכל בשעריך" דיסוד האיסור היא לאכול את הביכורים בלי היתר הנחה, וההנחה בעזרה מתירה אכילת ביכורים רק בתוך חומות ירושלים בלבד ולא מחוץ לירושלים. ומכל זה משמע שיש קיום מצוה מסוימת בביכורים להאכל בירושלים, וביכורים דומים בזה למע"ש. ועוד יש להעיר דהרמב"ם פסק דביכורים אסורים לאונן (פ"ג מהל' ביכורים הל"ו) וז"ל ומנין שהביכורים אסורין לאונן שהרי נאמר בהן ושמחת בכל הטוב, מכלל שהוא חייב לאוכלן בשמחה לא באנינות עכ"ל. וקשה דהא תרומה מותרת לאונן (וכדפסק הרמב"ם בפ"ג מהל' ביכורים הל"ה), וא"כ צ"ע מ"ש ביכורים

[265] דמצות קריאת פרשת ביכורים אינה חלק ממצות ההנחה וההבאה אלא מצוה בפני עצמה, דהרי הרמב"ם מנאן לב' מצוות נפרדות (בריש הל' ביכורים), ועוד קיי"ל דהקריאה אינה מעכבת באכילת כהן (פ"ג מהל' ביכורים הל"ד), דאחרי ההנחה נגמרה מצות ההבאה והותרו.

מתרומה. ומשמע מזה שיש קיום אכילה מסוימת בביכורים לאכלם בשמחה, ואכילת ביכורים שאני מאכילת תרומה בעלמא, ומשמע נמי מזה דביכורים דומים במצות אכילתם לאכילת מע"ש. ולפי"ז שוב צ"ע מ"ש ביכורים ממע"ש לענין חלות דין ממון. וי"ל דאה"נ דקיום אכילת הביכורים בירושלים הוי קיום מצוה דחל בחפצא והויא חלק ממצות החפצא להביאו לירושלים כדי שיאכל שם ע"י הכהנים, ודומה בכך למע"ש. אולם מאחר דהתורה הטילה על ביכורים נמי חלות שם תרומה, י"ל דעצם חלות שם תרומה מחדשת חלות דין ממון לכהנים, ומשו"ה ביכורים הוי ממון הכהן, משום חלות שם תרומה[266].

תוס' ד"ה הו"ל דשיל"מ. בהגדרת דין דרבנן דשיל"מ אפי' באלף לא בטל פליגי רש"י והר"ן. רש"י (ביצה ג ב ד"ה אפילו) פירש וז"ל הואיל ויש לו מתירין לאחר זמן לא יאכלנו באיסור ע"י ביטול עכ"ל. ומאידך הר"ן בנדרים (דף נב. ד"ה וקשיא) מבאר הטעם דהוי כהיתר בהיתר דאינו בטל. ולכאורה יש כמה נ"מ לדינא בין רש"י והר"ן, וכגון לגבי דין תערובת של כלי שיש בתוכו בליעת איסור שנתערב בכלים מותרים, דיכול להגעיל ולהתיר את הכלי בלי ביטול, דפליגי הראשונים והאחרונים בדינו (עיין ביו"ד ק"ב: ג' ובנושאי כלים שם), אי הוי דשלי"מ או לא. ובפשטות י"ל דאליבא דסברת רש"י הו"ל דשיל"מ דהא בהיכי תמצי יש דרך להשתמש בכלי בלי ביטול. ואילו לפי הר"ן י"ל דעצם

[266] יל"ע מתי חל דין ממון כהן בביכורים. ועיין במשנה בסוף מס' שקלים (ח: ח) במקדיש ביכורים, דלת"ק הריהן קדש ולר"ש אינן קדש. ועיי"ש בפיה"מ דפליגי האם הבעלים יכולים להקדיש ביכורים לבדק הבית, וקבע הרמב"ם כר"ש שאינם יכולים להקדיש את ביכוריהם. וצ"ע מ"ש ביכורים ממע"ש דיכולים הבעלים להקדישם הקדש עילוי לבדק הבית וכדפסק הרמב"ם (פ"ג מהל' מע"ש הלכ"ה), דאע"פ דמע"ש ממון גבוה מ"מ יש לבעלים חלות בעלות המספיקה להקדשו הקדש עילוי, ומ"ש ביכורים שאינם ברשות הבעלים להקדישם.
וביאר הגר"ח זצ"ל (עיין בספרו על הרמב"ם פ"ו מהל' ערכין הלט"ז) דחל דין תרומה וממון שבט הכהנים בהפרשת הביכורים וכדפירש הרמב"ם בפיה"מ (בכורים ב: ד), אלא דלת"ק יש טובת הנאה לבעלים לתתם לכל כהן שירצה וכשיטת ר' יהודה (בפ"ג מס' מבכורים משנה י"ב) דטובת הנאה הויא ממון ולכן חל בבכורים חלות דין בעלות להדיוט, ומשו"ה הבעלים יכולים להקדישם. ואילו ר"ש סובר כחכמים (שם) שביכורים מתחלקים לאנשי משמר כקדשי מקדש, ואין לבעלים טובת הנאה ומצות נתינה כלל, ומשו"ה חל חלות ממון שבט הכהנים בשעת הפרשת הביכורים בלי טובת הנאה לבעלים, ומשו"ה א"א להקדישם הקדש עילוי לבדק הבית, דאינם בעלים של הביכורים כלל בדיני ממונות דהוי ממון של שבט הכהנים.
והנה הרמב"ם פסק (פ"ג מהל' בכורים הל"א - ב) וז"ל הבכורים ניתנין לאנשי משמר והן מחלקים אותן ביניהן כקדשי המקדש, וכבר ביארנו שהן קרויין תרומה, ולפיכך זר שאכל בכורים בכל מקום חייב מיתה בידי שמים, והוא שיאכל אותן מאחר שנכנסו לחומת ירושלים. היו מקצתן בפנים ומקצתן בחוץ, זה שבפנים חייבין עליו מיתה והרי הוא הקדש לכל דבריו וזה שבחוץ הרי הוא כחולין לכל דבריו עכ"ל. ובפשטות קבע הרמב"ם דקדושת תרומה חלה רק משנכנסו לירושלים, ועיין ברדב"ז שם דפירש דהרמב"ם ר"ל שבאו לעזרה ונתקיימה כל מצות ההבאה והנחה, ואילו הכסף משנה קבע דהכניסה לתוך חומת העיר מקדשתם בקדושת תרומה בלי הנחה בעזרה. וקשה, דהא לר"ש חלות של ממון שבט הכהנים חל משעת הפרשת הבכורים במחובר לקרקע, דכבר חל אז שם תרומה, והיאך פסק הרמב"ם שמחוץ לחומת העיר הריהם חולין לכל דבריהם. ונראה דהרמב"ם מחלק בין חלות ממון השבט לבין קדושת תרומה, דממון שבט הכהנים חל בבכורים בשעת הפרשתם במחובר, ואילו קדושת התרומה חלה רק אחרי הבאת הבכורים לתוך חומת ירושלים ונתקדשו.

בליעת האיסור אינו דשיל"מ, כי הגעלה אינה חלות דין מתיר של האיסור הבלוע בכלי, אלא רק היכי תמצי להפליט את הבלוע לתוך המים ולבטלו שם, דהכלי ממילא הותר מדליכא בו עוד בליעת איסור. ולכן לר"ן אין עצם האיסור הבלוע בכלי נחשב להיתר שנתערב בהיתר, דהו"ל תערובת דאיסור גמור בהיתר, ומשו"ה לא הוי דשיל"מ. ומבואר דרש"י והר"ן פליגי בגדר דין דשיל"מ, דלרש"י דין דשיל"מ תלוי רק בהיכי תמצי, דאם אפשר להנות מהחפצא בלי ביטול אזי הו"ל דשיל"מ, ואילו לר"ן דין דשיל"מ אינו תלוי בהיכי תמצי בלבד אלא אף בגופו של האיסור - האם האיסור עצמו ניתן להיתר, שאם חל מתיר לעצם האיסור הו"ל דשיל"מ, ואי לאו הכי לא הוי דשיל"מ.

והנה הרמב"ם פסק (פט"ו מהל' מאכ"א הל"ט) שחמץ בפסח הוי דשיל"מ, וז"ל חמץ בפסח אע"פ שהוא מאיסורי תורה אינו בכללות אלו לפי שאין התערובת אסורה לעולם שהרי לאחר הפסח תהיה כל התערובת מותרת כמו שביארנו לפיכך אוסר בכל שהוא בין במינו בין שלא במינו עכ"ל. מאידך רוב הראשונים לא קיבלו את שיטת הרמב"ם בזה דס"ל דחמץ בפסח אינו דשיל"מ. וצ"ב ביסוד מחלוקתם. ויתכן לומר דפליגי במחלוקת שבין רש"י ובין הר"ן הנ"ל. דאם נימא דדין דשיל"מ תלוי בהיכי תמצי של היתר כפרש"י, אזי י"ל דחמץ הו"ל דשיל"מ שהרי בהיכי תמצי ניתן לאוכלו אחרי פסח. ומאידך אם יסוד הגדר דדשיל"מ הוא משום דהאיסור עצמו ניתן להיתר וכמו שביארנו בסברת הר"ן אזי י"ל דחמץ בפסח אינו דשיל"מ. דאליבא דהר"ן דין דשיל"מ חל רק באיסור שחל בו דין מתיר, כמו איסור טבל דהפרשת תרומה מתרת אותו, או איסור חדש שקרבן העומר מתיר את האיסור של חדש. משא"כ באיסור חמץ בפסח, דאין בו חלות דין מתיר, אלא שנאסר מלכתחילה לזמן חג הפסח בלבד, ואחרי חג הפסח החמץ מותר ממילא מאליו בלי חלות מתיר. ומשו"ה י"ל דחמץ אינו דשיל"מ, דרק איסור שחל בו מתיר כשנתערב בהיתר הו"ל היתר בהיתר דאינו בטל.

אולם לכאורה יש להקשות ע"ז מהגמרא במס' ביצה (דף ג:) דקבעה דביצה שנולדה ביו"ט אינה בטלה בתערובות מדהו"ל דשיל"מ, מכיון דמותרת אחרי החג, וצ"ע דמ"ש מחמץ בפסח דלפי הראשונים דלא ס"ל כהרמב"ם הו"ל איסור דחל לזמן בלי חלות מתיר, דמשו"ה אינו דשיל"מ, ולפי"ז צ"ע דלכאורה אף איסור מוקצה הוי איסור שחל רק לזמן היו"ט בלבד, וממילא הותר מאליו אחרי יו"ט בלי חלות מתיר, וא"כ למה איסור מוקצה נחשב לדשיל"מ. וצריכים אנו לחלק, דאיסור מוקצה וכגון ביצה שנולדה ביו"ט הו"ל איסור דחל בחפצא שאוסר את החפצא לעולם, אלא דמוצאי יו"ט מתיר את האיסור דמוקצה כמו דהפרשת תרומה מתרת את האיסור דטבל. משא"כ איסור חמץ בפסח

דאינו חל כאיסור עולם אלא כאיסור לזמן חג הפסח בלבד, ואחרי פסח, האיסור של חמץ ממילא מותר מאליו בלי חלות מתיר, ושלא כהיתר דמוקצה אחרי היו"ט דמוצאי יו"ט הוי חלות שם מתיר[267].

והנה תוס' כאן ביארו עפ"י הגמ' בנדרים (נט.) דתרומה שאני מקונמות, דקונמות הויין דשיל"מ משום דמצוה לאתשולי עליהון משא"כ תרומה. ונראה לבאר הגמ' אליבא דרש"י דיסוד הגדר דדשיל"מ הוא משום דבהיכי תמצי עומד החפצא להיות מותר, וא"כ י"ל דה"ה לגבי קונמות מאחר דמצוה לאתשולי הו"ל דשיל"מ, משום דבהיכי תמצי עומד החפצא דקונם להיות מותר, ודומה לכל דשיל"מ שההיתר עומד לבא, וכמו ההיתר דהפרשת התרומה המתרת טבל והיתר דקרבן העומר להתיר חדש. אך לפי הר"ן צ"ע בכוונת הגמרא. ונראה דהנה בסוגיין איתא דבאופנים שונים מע"ש אינו דשיל"מ, וכגון דלית ליה כסף הפדיון בידו או דהוי מע"ש פחות משו"פ, וכ"ז ניחא לפרש"י, דמכיון דאינו עומד להיתר בהיכי תמצי ע"כ לא הוי דשיל"מ. אך לפי הר"ן צ"ע מ"ט לא הוי דשיל"מ. וצ"ל דאף לפי הר"ן דין דשיל"מ חל באיסור שיש לו חלות דין מתיר אך הוא חל רק כשעומד האיסור בהיכי תמצי לאותו היתר. ולפי"ז קונמות שעומדין להיתר משום מצוה לאתשולי, והיתר החכם חל מדין מתיר לאיסור הנדר, משו"ה הויין בכלל דשיל"מ. משא"כ תרומה דאינה עומדת להיתר, לכן אינה דשיל"מ, ואע"פ שניתן להתירה בהתרת חכם, אך אינה עומדת לכך. ולשיטת הר"ן חלות שם דשיל"מ תלוי בשני דינים - א) חלות מתיר, וב) שיהא עומד לכך בהיכי תמצי.

והנה יל"ע לפי מה שנתבאר בשיטת הר"ן דקונמות הויין דשיל"מ משום דעומדין להתרת חכם, דלכאורה התרת חכם אינה חלות דין מתיר, אלא גלוי מילתא בעלמא דהנדר היה נדר בטעות, דאזי ממילא בטל הנדר ואינו נדר כלל. ולפימש"נ דהר"ן סובר דלהוי דשיל"מ בעינן תרתי - חלות מתיר ושיהא עומד בכך בהיכי תימצי, צ"ע אמאי קונומות הויין דשיל"מ, והרי לכאורה אין בקונומות חלות דין מתיר, דהתרת החכם חלה מדין טעות והוי גילוי מילתא דהנדר לא היה קיים מעולם.

ונראה ליישב שיטת הר"ן עפי"מ שכתב הרמב"ם (פי"ג מהל' נדרים הל"ב) ז"ל שאין האב והבעל מתיר כמו החכם אלא עיקר הנדר מתחילתו ומפירו עכ"ל, ותמהו עליו נושאי כלי הרמב"ם דלכאורה מש"כ כאן הוא היפך מההלכה דהא אנן קיי"ל בעל מיגז גייז

[267] ובתוספת ביאור י"ל דאיסור חמץ חל מחמת עצם קדושת חג המצות ומשו"ה איסור לזמן החג בלבד ואחרי החג האיסור ממילא פקע. משא"כ איסור נולד דהו"ל איסור דחל בחפצא בשם איסור בעלמא לעולם ומוצאי יו"ט חל בו כמתיר, כי האיסור דנולד אינו תלוי בעצם קדושת יו"ט כמו האיסור דחמץ בפסח.

ומפר הנדר מכאן ולהבא ואילו חכם עוקר הנדר מעיקרו[268].
ועיין במש"כ הרמב"ם בפיה"מ (סוף פ' נערה המאורסה) ז"ל וענין השאלה לחכם שאנו קורין אינה היתר נדרים הוא שיתיר השבועה הנקשרת והמחוייבת ויסתלק דינה מן העתיד, וזה לא יעשנה זולתי חכם כו' עכ"ל. ונראה לומר דכוונת הרמב"ם היא שהחכם מורה היתר בנדר מכאן ולהבא, ואחרי שחל המתיר ממנו מכאן ולהבא חל נמי עקירת הנדר מעיקרו דחלה מדין טעות. דנראה דמיירי שאין כאן טעות פשוטה שבעצמה מבטלת את הנדר, אלא הויא טעות בהלכות התרת נדרים, דהיינו דהחכם מתיר על ידי פתח את הנדר מכאן ולהבא ואחרי שחל ההיתר שלו מכאן ולהבא, חל נמי עקירת הנדר וביטולו למפרע. ויוצא שהתרת נדרים מהווה חלות של מתיר, ולכן קונמות הריהן דשיל"מ.
ברם לפי הנ"ל היה לכאורה נראה דרק קונמות הויין דשיל"מ משום שאיסור קונם מהווה חלות איסור נדר דבל יחל דברו, ויש בו חלות דין התפסה ושאר דיני איסורי נדר, ואיסור נדר הריהו איסור שיש לו מתיר של התרת חכם. דהא דין התרת חכם כלולה בעצם איסור נדר, וכדילפינן "לא יחל דברו, הוא אינו מחל אבל אחרים מוחלין לו" (חגיגה דף י.) וא"כ י"ל דהתרת חכם חלה כמתיר של איסור הנדר דבל יחל דברו. משא"כ איסור תרומה המהוה חלות שם איסור לעצמו, דלא חל בתרומה חלות איסור בל יחל, דליכא התפסה בתרומה (נדרים דף יג:) ואינה דבר הנדור אלא דבר האסור. ובכן מסתבר לומר דהא דהתרת נדרים מועלת בתרומה הוא משום דיש בהפרשת תרומה מעשה הפלאה, והתרת חכם חלה למעשה ההפרשה דמעיקרא לבטלה, ולא חל היתר דהתרת חכם בעצם האיסור דתרומה עצמה, דאיסור תרומה אינו חלות איסור נדר. ולפי"ז נראה דהתרת חרם בתרומה אינה חלה מדין מתיר כבאיסור נדר דעלמא, אלא רק מדין ביטול הנדר מפאת חלות דין טעות. וא"כ י"ל דמאחר דבהתרת חכם לגבי תרומה ליכא חלות דין מתיר משו"ה תרומה אינו דשיל"מ. אך יש להעיר דבגמרא איתא דהחילוק הוי דבקנומות יש מצוה לאחשולי עליה משא"כ בתרומה. ובפשטות יש מזה ראייה לפרש"י, דאילו לפי הר"ן הגמרא היתה יכולה לחלק כדביארנו, דבקונמות ישנו חלות דין מתיר ומשו"ה הוי דשיל"מ, משא"כ בתרומה דליכא חלות מתיר אלא רק חלות ביטול מטעות ומשו"ה לא הו"ל דשיל"מ, וצ"ע.
תוס' ד"ה ואסורה לזרים. וז"ל ואסורה לזרים אפילו חצי שיעור או דאורייתא או דרבנן דפליגי ר"י ור"ל עכ"ל. ויפלא, למה סד"א דלא חל איסור חצי שיעור בתרומה ובביכורים.

[268] עיין בנזיר (דף כ: - כג א).

והנה יל"ע באיסור חצי שיעור האם נאסר באותו חלות שם איסור של השיעור או דנאסר בחלות שם איסור בפני עצמו ולא מאותו חלות שם איסור דהשיעור. והנה עיין ברמב"ם (פ"ד מהל' שבועות הל"א) שכתב וז"ל מי שנשבע שלא יאכל היום כלום ואכל פחות מכזית פטור שאין אכילה פחותה מכזית והרי הוא כאוכל חצי שיעור מנבלות וטרפות כו' עכ"ל. ומשמע דפטור רק מקרבן אמנם אכילת חצי שיעור אסורה אף בשבועה (עי' ביומא (עד.) וגם במל"מ שם באריכות). וכן משמע ממש"כ בהל' נדרים (פ"א הל"ה) וז"ל אמר אכילה מפירות מדינה פלונית אסורין עלי או אכילה מפירות אלו אינו לוקה עד שיאכל כזית, עכ"ל. ומשמע דעכ"פ חצי שיעור אסור, אלא דאינו לוקה אא"כ אכל כזית. (דאם הרמב"ם סובר שפחות מכזית מותר היה לו לפרש, ועיין להלן בהל"ט, והל"י). וצ"ע דבשלמא נדרים מכיון שהם איסורי אכילה דאורייתא דחלים בחפצא, אזי י"ל דחצי שיעור אסור בהו כמו בכהת"כ. אך בשבועה שאיסורה הוא לא לשקר לכאורה קשה היאך חל איסור חצי שיעור, והרי בביטוי השבועה אסר רק שיעור, ולמה עובר על דברי השבועה בשאוכל חצי שיעור. ואמנם הר"ן שעל הרי"ף במס' שבועות (דף ט' בדפוס ווילנא) מבאר את מה שאסר הרמב"ם חצי שיעור בשבועה משום דחזי לאצטרופי, וז"ל ובשבועות נמי אע"פ שאין בכלל דבריו אלא שיעור שלם ה"מ למלקות ולקרבן אבל כיון דחזי לאצטרופי ולאשלומי לכזית איסורא מיהא איכא כו' משום דפשיטא לן דלא אסרה רחמנא אלא משום דחזיא לאצטרופי ולמה לא יהא דין שבועות כדין שאר איסורין עכ"ל. ונראה דאליבא דהר"ן ח"ש אסור מדין איסור חדש ומטעם דחזי לאצטרופי - אבל אין בו אותו איסור שבועה שעוברים עליו בכשיעור, ולכן נאסר ח"ש בשבועה שלא אוכל אף שלא נשבע עליו ואין בו שם איסור שבועה[269].

והנה הרמב"ם פסק (בפ"ה מהל' שבועות הל"ז) וז"ל שבועה שלא אוכל כל שהוא מנבלות וטרפות ואכל פחות מכזית חייב בשבועה שהרי אינו מושבע על חצי שיעור מהר סיני עכ"ל. והקשו המפרשים (עיי"ש בכ"מ וברדב"ז) מאחר שחצי שיעור אסור מה"ת (אליבא דהרמב"ם בפ"ב מהל' שביתת עשור הל"ג) למה תחול השבועה. ונראה ליישב קושייתם עפ"י דברי הר"ן שביאר דלדעת הרמב"ם חצי שיעור אסור מה"ת משום דחזי לאצטרופי, ולכאורה מבואר מדבריו דס"ל דחצי שיעור אינו אסור בשם האיסור של השיעור עצמו אלא מהווה חלות שם איסור חדש דחצי שיעור דנאסר משום דחזי לאצטרופי. וי"ל דלפיכך פסק הרמב"ם דשבועה חלה עליו. דהא דאין שבועות חלות לקיים ולבטל מצוה היינו דוקא כשיש לאותה המצוה חלות שם מסוים מן התורה, כגון

[269] עי' בצפנת פענח פ"ב מהל' ק"ש (הלי"ג) ובמכתבי צפנת פענח מכתב רל"ז.

שמות איסורי נבלה חלב ודם. ואילו חצי שיעור איסור בעלמא הוא בלי שם מסוים דאורייתא ולכן חלה עליו השבועה אף שח"ש אסור מדאורייתא. ועפי"ז מבואר נמי הוראת הגר"מ זצ"ל שמי שאכל חצי שיעור ביום הכיפורים עדיין נחשב לצם ויכול לעלות לתורה, ואע"פ שקיי"ל דבתענית אין קורין לתורה אלא אלו שמתענים (שו"ע או"ח סימן תקס"ו סעיף ו') דמאחר שלאיסור דחצי שיעור אין חלות שם האיסור המסוים של השיעור אלא הוי חלות שם איסור בפני עצמו, והאיסור הכללי דחצי שיעור אינו מבטל את קיום מצות הצום, ומי שאכל פחות מכשיעור לא עבר על האיסור של "והנפש אשר לא תעונה", ומדאורייתא נחשב כמי שהתענה ושפיר אפשר להעלותו לתורה[270].

ומבואר מזה דהחפצא של ח"ש הויא חפצא של היתר, אלא שאסור לאוכלו משום דחזי לאצטרופי - ומדין איסור גברא בעלמא (והוא כעין הרחקה וגדר מדאורייתא ולא שם איסור מסוים בחפצא). ויתכן דיש בזה נ"מ לגבי נזיר בדין היתר מצטרף לאיסור וכגון היכא דיש חתיכה אחת בלועה חציה מיין וחציה היתר דההיתר מצטרף לשיעור עם האיסור. ויש לעיין אם יאכל הנזיר את צד ההיתר לבדו בלי לאכול את החצי של איסור הבלוע מיין היחול עליו איסור חצי שיעור או לא. דהנה אם ננקוט שח"ש אסור באותו שם איסור של השיעור אזי י"ל דרק חלק היין ייאסר ולא חלק ההיתר. מאידך אם נימא כמו שביארנו בדברי הר"ן אליבא דהרמב"ם והגר"מ זצ"ל שחצי שיעור אסור כחלות שם איסור בפני עצמו - משום דחזי לאצטרופי, והוי איסור כללי דחצי שיעור א"כ מסתבר לומר שאף החלק של ההיתר לבדו אסור לנזיר לאכול, כי הואיל והוא ראוי להצטרף לאיסור חל על החצי איסור גברא לאוכלו, ואע"פ שעצם הדבר היתר הוא.

ולכאורה עוד תהיה נ"מ בנוגע לח"ש בקונמות, שהרמב"ם פוסק שאסור. ויש להסתפק מה דינו של המתפיס חתיכת היתר בח"ש חתיכת קונם, האם חלה ההתפסה או לא. ונראה דאם יש בח"ש דין איסור נדר בחפצא אזי חלה ההתפסה. אולם לפי מה שנתבאר דעצם החפצא של ח"ש הויא חפצא של היתר אלא שחל בחצי שיעור איסור אכילה לגבי הגברא, אזי י"ל דלא תחול התפסה בח"ש קונם, מאחר שלא נאסר גוף החפצא באיסור קונמות[271].

וכן יתכן דיש נ"מ בחקירה הנ"ל לגבי ח"ש במצוות - דאם דין חצי שיעור באיסורין חל עם אותו השם של השיעור יתכן שיחול גם במצוות - כגון באכילת מצה - ויהיה חיוב לאכול

[270] ועיין ברשימות שיעורים למס' ברכות (עמ' ד).

[271] יש לדון בזה דלכאורה תלוי בטיב דין התפסה אם הוא רק בעצם החפצא או שתתכן התפסה גם בהפלאה המחילה איסור, ועיין בתשו' צפנת פענח סי' רפ"ח וברשימות שיעורים לנדרים (כ:) ד"ה שיטת הרמב"ם בהתפסה אות א'.

אף ח"ש (אף שלא קיים המצוה כדינה). ברם אם ח"ש הוי איסור בעלמא בפני עצמו אזי מסתבר לומר שאין דין ח"ש נוהג בקיום מצוות עשה ואינו חל אלא באיסורין[272].

ונראה דדברי הגר"מ זצ"ל מבוארים היטב אליבא דרוב הראשונים, אך יש להעיר דמדברי הרמב"ן (בס' תורת האדם) מבואר שלא כשיטת הגר"מ זצ"ל, שכתב (שם) שביוה"כ מאכילין לחולה הקל קל תחילה ואפילו כשאוכל ח"ש, וז"ל ואם תשאל א"כ למה אמרו מאכילין אותו הקל הקל כו' והלא בשניהם אין בהם אלא איסור בעלמא. אפילו הכי כיון דבשעורא חמורין זה מזה לעונשין, אף בפחות מכשעור חומרו של זה יותר מחומרו של זה, עכ"ל, הרי מפורש שבחצי שיעור יש אותו חומר ושם האיסור כמו בשיעור עצמו ואינו איסור בעלמא (וראה חדושי הרמב"ן למס' יומא פב א).

והנה הרמב"ם (פ"א מהל' חו"מ הל"ז) פסק שהאוכל מן החמץ עצמו בפסח כל שהוא אסור מן התורה שנא' לא יאכל אך אינו לוקה עליו דהוי איסור טפל ולא עיקר הלאו. וקשה מאחר שהרמב"ם פסק ח"ש אסור מן התורה ואין לוקין עליו לשם מה הוסיף לפרט שלא לאכול חמץ כל שהוא בפסח. ולפי"ד הגר"מ זצ"ל י"ל דבשאר איסורי התורה מהווה כל שהוא איסור בעלמא אבל אין בו שם איסור מסוים, ולכן חלה בו שבועה לקיימו ולבטלו כי בכ"ש ליכא ההל' של מושבע ועומד מהר סיני וכנ"ל. משא"כ איסור חמץ בכ"ש מהוה חלות שם איסור מסוים דחמץ מן התורה מהלאו דלא יאכל, וע"ז בא הקרא. ולפי"ז יוצא שבנשבע לקיים או לבטל אכילת חמץ בכ"ש בפסח אין השבועה חלה שכן מושבע ועומד מהר סיני בשם איסור מסוים של חמץ דאורייתא[273].

ובנוגע לפסק הרמב"ם בחמץ כל שהוא שאסור מגזה"כ "לא יאכל" יש להעיר שבירושלמי (ריש פרק שני דמס' פסחים) איתא שאסור גם להאכיל חמץ לבהמת הפקר בפסח שנא' לא יאכל (ועיין באו"ח סי' תמ"ח ס"ו ובפוסקים שם) - והירושלמי מביא אותו הפסוק שנקט בו הרמב"ם לאסור אכילת חמץ במשהו בפסח. וצ"ע בדברי הירושלמי, דלמה יהיה איסור כזה - דהרי אינו נהנה כשבהמת ההפקר אוכלת החמץ שלו. ומשמע דיסוד חלות האיסור ד"לא יאכל" הוא שלא לגרום שהחפצא של חמץ יהיה נאכל, ומשמיע לנו הקרא שבחמץ יש איסור חפצא שחמץ לא יהיה נאכל על ידו, ועקב כך אסור להאכילו לכלב של הפקר כי גורם בזה שהחמץ יהיה נאכל. ויתכן שזה שורש דינו של הרמב"ם שאסור לאכול חמץ כל שהוא, שכן דוקא כשהאיסור הוא איסור אכילת

[272] עיין במנחת חינוך במצות עשה של אכילת בשר פסח פר' בא ובמל"מ פ"א מהל' חו"מ הל"ו.

[273] וע"ע ברשימות שיעורים עמ"ס שבועות ח"א (עמ' לה - לז), וברשימות שיעורים עמ"ס ברכות (עמ' ד - ה).

גברא אזי יש שיעור כזית, ואילו בחמץ יש גזה"כ ד"לא יאכל" - דהיינו איסור בחפצא של החמץ שלא יהיה נאכל ומשו"ה עוברים על הלאו באכילת משהו.

והנה שיעור הכזית חל גם במצוות אכילה כמו במצה ומרור ומשמע שהוא דין במעשה אכילה. לעומת זה בנוגע לאכילת קדשים הדין הוא שמנחות ולחה"פ מתחלקים לאנשי המשמר אפי' כשכל כהן וכהן מקבל ואוכל פחות מכזית (עיין יומא (לט.) ובמנ"ח מצוה ק"ב ומצוה קל"ד). ותמה בעל המנ"ח (במצוה קל"ד) היאך מקיימים הכהנים מצות אכילת קדשים בפחות מכזית. והשיב הבית הלוי (בח"ג סימן נ"א אות ג' - ד')[274] שעיקר מצות אכילת קדשים אינה מצות אכילה הגברא אלא מצות אכילת החפצא, כלומר, שמצוה שהחפצא של הקרבן יאכל, ולכן אם נאכל כזית מהקרבן הרי יש אכילה בנוגע לחפצא, והמצוה איפוא מתקיימת. משום כך יכול כל כהן וכהן לאכול פחות מכזית, כי כל האכילות מצטרפות לכזית בנוגע לחפצא של הקרבן. ועוד י"ל דבנוגע לדין אכילה דמתקיים בחפצא, אפילו פחות מכזית נחשב לקיום אכילת החפצא, ואפילו בלי לצרף כזית מכהנים שונים. דשיעור כיזת נאמר רק במצוות המתקיימות באכילת הגברא ולא במצוות המתקיימות באכילת החפצא, ויל"ע בזה.

ואחרי ההקדמה הארוכה הנ"ל, נראה דיתכן לבאר שני ביאורים במש"כ התוס' דחצי שיעור כזית דתרומה וביכורים אסור לזרים. וצ"ע דמ"ש תרומה וביכורים משאר איסורי תורה.

א) יתכן דר"ל דאף דבשאר איסורי התורה ח"ש אסור בחלות שם איסור כללי דעלמא ולא בחלות שם איסור מסוים, תרומה וביכורים שאני דח"ש נאסר לזר באותו שם איסור זרות דחל בשיעור כזית. ונ"מ לזר שנשבע לאכול פחות מכזית תרומה וביכורים, דאילו היה חל איסור כללי בלי שם מסוים י"ל דהשבועה היתה חלה, וכדפסק הרמב"ם בשאר איסורי ח"ש. אך מאחר דח"ש דתרומה וביכורים נאסר לזר באותו שם איסור זרות המסוים דחל בשיעור כזית הו"ל נשבע לבטל את המצוה דהשבועה שבועת שוא היא דאינה חלה[275].

ב) א"נ י"ל דאיסור זר בתרומה וביכורים אינו איסור שחל על הגברא כשאר איסורי אכילה שבתורה, אלא שמהוה חלות איסור שחל בחפצא. והיסוד לזה הוא משום דתרומה וביכורים ניתנים לכהן לקיים בהן מצות קדושתם להאכל לכהן, דאכילת כהן הריהי קיום מצותה דהחפצא דתרומה, וכמו שכתב הרמב"ם (פי"א מהל' תרומות הל"א

[274] ועיי"ע בחת"ס או"ח סי' ק"מ ובנוב"י דורש לציון סוף דרוש א'.

[275] צ"ע מהו המקור לאיסור המסוים דזר בח"ש דתרומה וביכורים שדומה לח"ש חמץ בפסח ולא לשאר איסורי תורה. ועיין להלן באות ב'.

- ו) וז"ל התרומה ניתנת לאכילה ולשתייה ולסיכה כו' לאכול דבר שדרכו לאכול ולשתות דבר שדרכו לשתות ולסוך דבר שדרכו לסוך, ולא יסוך יין וחומץ, אבל סך הוא את השמן הטהור ומדליק את הטמא כו' אין מבשלין יין של תרומה מפני שהוא ממעטו כו' שמן של תרומה אין חוסמין בו תנור וכירים כו' עכ"ל. ובכן מסתבר דאיסור זר בתרומה חל מפני שאכילת זר מבטלת את קיום מצות הניתן שבחפצא דתרומה, ולכן אסרתו התורה - כי באכילתו הזר מבטל את מצות החפצא דתרומה להאכל לכהן. ולפי"ז מבואר דיסוד איסור אכילת זר בתרומה מהווה איסור חפצא ולא חלות איסור גברא בעלמא.

ולפי"ז נראה דהאיסור דזר בח"ש תרומה אינו חלות שם איסור כללי בעלמא דחל על מי שאוכל ח"ש באיסורים אחרים, אלא דהוי איסור מסוים דחל בתרומה שלא לבטל את מצות החפצא של תרומה באכילת הזר. והנה נתבאר לעיל בשם מרן הבית הלוי זצ"ל דבמצוות אכילת חפצא כמצותו - כמו באכילת הקרבנות - אף ח"ש מהווה קיום מצוה, ולפי"ז נראה דה"ה באיסור זר לא לאכול תרומה וקדשים, דאף באכילת זר חצי שיעור הזר מבטל בכך את מצות החפצא של התרומה להאכל כמצותו לכהן, דכמו דיש קיום מצות אכילת תרומה המתקיימת בחפצא באכילת פחות מכשיעור, ה"ה דיש איסור ביטול מצות החפצא דתרומה בזר האוכל ממנה פחות מכשיעור. והוי חלות שם איסור מסוים דתרומה ולא חלות איסור כללי בעלמא. ונ"מ לזר שנשבע לאכול פחות מכשיעור תרומה דהוי נשבע לבטל את המצוה דהשבועה אינה חלה ושלא כדין מי שנשבע לאכול ח"ש ממאכ"א דהשבועה חלה.

ולפי"ז יתכן דאף ריש לקיש הסובר בשאר איסורי תורה דח"ש אינו אסור אלא מדרבנן ס"ל דח"ש דתרומה וביכורים נאסר לזר באיסור דאורייתא, דהא הזר מבטל את מצותה דהחפצא מדאורייתא באכילתו, ומשו"ה אסור לו לאכול ח"ש מן התורה.

בא"ד. ואין לפרש דאסורה לזרים אפי' ע"י פדיון כו' עכ"ל. דברי התוס' לכאורה צ"ע דאיזוהי ה"א יש דיש פדיון בתרומה וביכורים.

ונראה דא"א שיהיה פדיון בתרומה ולא זוהי הס"ד אלא דסד"א דיש פדיון בביכורים. דכפי המבואר בשיעורים לתחילת פרקין פדיון מע"ש חל מדין מצות הבאת מקום לירושלים, ואף בביכורים חלה מצות הבאת מקום לירושלים. ולכן סד"א דניתן לפדות ביכורים כמו שפודין מע"ש כדי לקיים מצות הבאת מקום, קמ"ל[276].

[276] ויתכן לנמק דבמע"ש עיקר קיום הבאת מקום הוא כדי לאכלם בירושלים, וע"י פדיון וקניית מאכלים בירושלים נמי מתקיימת מצות האכילה. ואילו בביכורים עיקר המצוה היא גופא דההבאה עצמה והנחתם בעזרה, ובכן המצוה מתקיימת רק בביכורים עצמם וא"א לפדותם.

תוס' ד"ה באחד ומאה עולין. ז"ל וטעמא דצריך להרים טפי בתרומה מבשאר איסורים מפרש בירושלמי משום גזל השבט פירוש כהן עכ"ל. אך יעויין ביו"ד (סי' ק"ט: א) שהרמ"א כ' בדין תערובת יבש ביבש מין במינו דחד בתרי בטל "ויש מחמירין להשליך אחד או ליתן לעכו"ם (מוהר"ם ורש"י בע"ז עד א) ואינו אלא חומרא בעלמא". אמנם בביאור הגר"א (אות ז', בליקוט) כתב וז"ל "רש"י בפ"ק די"ט (ג:) והקושיא שהקשו עליו ממ"ש בתרומה משום גזל השבט תי' דשם מעורב הכל ביחד וא"י לאכול האיסור לבדו משא"כ בדבר יבש, מרדכי שם".

ונראה בביאור שיטת רש"י והמרדכי דהנה ביו"ד (יו"ד סימן ק"ט סעיף א') מובאה את המחלוקת שבין הרשב"א לבין הרא"ש בדין תערובת יבש ביבש דחד בתרי בטל, דהרשב"א סובר דאסור לאדם אחד לאכול כל ג' החתיכות בבת אחת, וכמו כן פסק המחבר. ואילו הרא"ש סובר דמותר לאכול כל ג' החתיכות בבת אחת. ועיי"ש (בסי' ק"ט) בש"ך (ס"ק ז') ובגר"א (אות ו') דביארו דהרא"ש והרשב"א פליגי ביסוד הדין של חד בתרי בטל, דהרא"ש סובר דהאיסור מתהפך להיות היתר, ומשו"ה פסק דמותר לאדם אחד לאכלן בב"א מכיון דכל החתיכות הריהן היתר, דביטול יבש ביבש דומה לביטול לח בלח, דפשיטא לכ"ע דבלח בלח האיסור נהפך להיות היתר. ואילו הרשב"א סובר דשאני תערובת יבש ביבש מתערובת לח בלח. דבלח בלח האיסור נבלע בהיתר וא"א להפרידם מכיון דנבללו יחד, ואזי על כרחך צ"ל דדין ביטול בלח בחל היינו דהאיסור מתהפך להיות היתר. משא"כ בתערובת של יבש ביבש דכל החתיכות נפרדות הן דאזי י"ל דיסוד דין ביטול ברוב אינו משום דהאיסור נהפך להיות היתר, אלא דחל היתר לאכלם בזה אחר זה, דחל דין כל דפריש מרובא פריש על כל אחד ואחד דאוכל. וכ"כ הש"ך בשם הרשב"א וז"ל דכשאוכל הא' אני אומר זהו של היתר, וכן בכל א' וא', ואפי' באחרון אני אומר מה שנאכל ראשון הוא היה של איסור וכבר הלך לו וזה של היתר הוא משא"כ בדברים הנבללים, לפיכך אינו אוכלן כולן כאחד עכ"ל.

ולפ"ז יש לבאר את שיטת רש"י והמרדכי דס"ל כשיטת הרשב"א, דההיתר ביבש ביבש חל מדין כל דפריש, אך האיסור עצמו עדיין עומד באיסורו בתערובת ולא נהפך להיות היתר. ולפיכך החמירו להשליך חתיכא אחת ולא לאוכלה כדי לתלות בה ולומר שהאיסור נזרק ולא נמצא בתערובת כלל, שכשיאכל את כל החתיכות האחרות יכול לתלות עפ"י דין כל דפריש שלא אכל את האיסור כלל.

וביאר הגר"א דלפי שיטת רש"י והמרדכי, החומרא לתת א' לכהן חלה אף בתערובת לח בלח הוא משום דין ממון השבט, ואילו בתערובת של יבש ביבש אף באיסורים

אחרים, ולא רק בתרומה, חייב להשליך א' מהתערובת כדי שיוכל לתלות בה ולאכול את החתיכות האחרות המותרות לו מדין כל דפריש.

בענין מעשר שני

א.

מע"ש ממון גבוה או ממון הדיוט

המחלוקת בין ר"מ דס"ל דמע"ש ממון גבוה הוא לבין ר"י הסובר מע"ש ממון הדיוט מובאת בכמה מקומות בש"ס. במס' קידושין (נד:) איתא דלר"מ הסובר דמע"ש ממון גבוה א"א להקנותו במתנה. ובמשנה (שם דף נב:) פליגי ר"מ ור"י בקידש אשה במע"ש, דלר"מ אינה מקודשת ואילו לר"י מקודשת, משום דלר"מ מע"ש ממון גבוה ולר"י מע"ש ממון הדיוט. ובגמ' סוכה (דף לה.) פליגי לענין שלשה דינים: א) אתרוג של מע"ש. ב) מצה של מע"ש. ג) חיוב חלה בעיסת מע"ש, דכולהו בעינן "לכם", דלר"י מע"ש הוי "לכם" ואילו לר"מ מע"ש אינו "לכם".

והנה בפסקי הרמב"ם לכאורה יש סתירה. דפסק (פ"ג מהל' מע"ש הלי"ז) וז"ל מע"ש ממון גבוה הוא שנא' לד' הוא לפיכך אינו נקנה במתנה כו' ואין מקדשין בו את האשה ואין מוכרין אותו ואין ממשכנין אותו ואין מחליפין אותו ואין מרהינין אותו עכ"ל. ומסתימת דבריו משמע שפסק דמע"ש ממון גבוה הוא בכל מקום - בין בירושלים ובין בגבולין. ואילו לענין מצה, אתרוג, וחלה הרמב"ם הבחין בין מע"ש בירושלים לבין מע"ש בגבולין, דבירושלים פסק דנחשב ל"לכם" ואילו בגבולין פסק דמע"ש אינו "לכם". דלגבי מצה פסק הרמב"ם (פ"ו מהל' חו"מ הל"ח) וז"ל וכן יוצאין במצה של מעשר שני בירושלים עכ"ל. ובאתרוג פסק (פ"ח מהל' לולב הל"ב) וז"ל ושל מע"ש בירושלים לא יטול עכ"ל, ובפ"ו מהל' בכורים הל"ד וז"ל עיסה של מעשר שני בירושלים וכו' חייבין בחלה עכ"ל). ומשמע דדוקא בירושלים מע"ש הויא ממון ממון הדיוט ומשו"ה הוי "לכם". (וכנראה שלמד כך מהסוגיא במס' סוכה עיי"ש). וצ"ע מ"ש לענין ג' דינים אלו שפסק הרמב"ם דיש לחלק בין מע"ש בירושלים למע"ש בגבולין, דבירושלים מע"ש הוי ממון הדיוט לגבי דיני "לכם", ומאידך בדיני הקנאה וקדושין פסק דמע"ש ממון גבוה בכל מקום ואף בירושלים. ולכאורה יסוד החילוק לחלק בין מע"ש בירושלים לבין מע"ש בגבולין הוא משום דבהבאת מע"ש לירושלים חל ההיתר ומצות האכילה המשווה את המביא לבעל הממון דמע"ש לאוכלו, אך עדיין צריך ביאור מהו ההבדל בין הקנאה לבין דין מצה, אתרוג, וחלה.

ונראה לבאר דהנה יעויין במס' מנחות (דף פב.), "איתמר המתפיס מעות מע"ש לשלמים רב יוחנן אמר קני ר"א אומר לא קני, ואילבא דר' יהודה דאמר מעשר שני ממון הדיוט הוא דכ"ע לא פליגי דקני, כי פליגי אליבא דר' מאיר דאמר מ"ש ממון גבוה הוא, מ"ד לא קני כר"מ ומ"ד קני כיון דמעשר קרי ליה שלמים כי מיתפסת ליה נמי תפיס". וצ"ע דהא לכ"ע אדם יכול להקדיש מע"ש שלו בהקדש עילוי לבדק הבית וכדמבואר בתוספתא דמע"ש (פ"ה הל' י"ב), וכמו שפסק הרמב"ם (פ"ג מהל' מע"ש הלכ"ה), ונמצא דלכ"ע, אפי' אליבא דמ"ד מע"ש ממון גבוה, שפיר הוי בעלים להקדיש דמי מע"ש בחלות הקדש עילוי לבדק הבית, ומ"ש לר"מ דס"ל מע"ש ממון גבוה דאין להקדיש את דמיו למזבח. ועוד צ"ע שהרי קיי"ל דמכסף פדיון מע"ש לוקחין בהמה לזבח שלמים וכדאיתא בפ"ג דמע"ש משנה ב' ובמנחות (דף פב.), וחזינן דשפיר הוי בעלים לקנות קרבן שלמים בכסף מע"ש, וא"כ למה אליבא דר"מ אינו בעלים להתפיס את הפירות דמע"ש בקדושת דמים לקרבן שלמים בהקדש עילוי.

ונראה דיש שתי מחלוקות שונות בין ר"מ לבין ר"י בדין מע"ש אי ממון גבוה או ממון הדיוט הוא. מחלוקת אחת נוגעת לחלות הבעלות דמע"ש בדיני ממונות, דלר"י ההדיוט הוא הבעלים ולר"מ אינו הבעלים. ויש מחלוקת שניה בנוגע להגדרת חלות שם הקדושה דחלה במע"ש, דלר"י דס"ל מע"ש ממון הדיוט קדושת מע"ש אינה חלות קדושה לגבוה בדומה לקדושת קרבן אלא שמהווה חלות קדושה למצוה בדומה לקדושת תרומה. ואילו לר"מ דס"ל מע"ש ממון גבוה מע"ש הויא חלות שם קדושה לגבוה בדומה לקדושת קרבן. ומשו"ה ס"ל לר"מ שאינו מתפיס פירות מע"ש בקדושת דמים דשלמים למזבח ואילו כסף מע"ש שפיר מוציאו לקנות קרבן שלמים, כי בלוקח בהמה לשלמים בכסף מעשר, מכיון שיקריב ויאכל את גוף השלמים בירושלים בקדושת מע"ש, חלה בחפצא קדושת הגוף דשלמים ביחד עם קדושת מע"ש, ובאכילת החפצא דקרבן שלמים תתקיים נמי מצות אכילת מע"ש כמצותו להאכל לבעליו בירושלים, ואין בזו סתירה, אלא אדרבא שתי המצוות דאכילת קרבן ואכילת מע"ש מצטרפות ומתמזגות אהדדי למעשה וקיום מצוה אחת. משא"כ במתפיס פירות מע"ש בקדושת דמים לשלמים מדין הקדש עילוי, דלא תתקיימנה שתי המצוות דאכילה בהדדי בחפצא א' ובמעשה מצוה אחת, אזי שתי חלותי הקדושה דקרבן ומע"ש בסתירה הן עומדות, ואינן יכולות לחול ביחד באותו חפצא דפירות מע"ש, ומאחר דקדושת מע"ש חלה מקודם, קדושת דמים דשלמים אינה חלה כלל. ונראה להביא ראייה לכך מפסק הרמב"ם שכתב (פ"ז מהל' מע"ש הלי"ח) וז"ל לקח בהמה לשלמים ונפל בה מום פקעה ממנה קדושת מעשר ופודה אותה ואין הדמים

מעשר עכ"ל. ובביאור הדין נראה, דמכיון דנפל בה מום ופסולה לקרבן, אזי מעתה שתי הקדושות דקרבן ומע"ש בסתירה הן, כי א"א לקיים שתי קיומי המצוה דאכילת מע"ש וקרבן בחפצא בהדדי, ומכיון דקדושת השלמים אלימתא מפקיעה היא לגמרי את כל חלות קדושת מע"ש מהחפצא. אך כל זה הוא אליבא דר"מ דס"ל מע"ש ממון גבוה. ואילו לר"י שפיר מקדיש מע"ש בהקדש עילוי לשלמים. וי"ל דהביאור בזה הוא דלר"מ קדושת מע"ש מהווה חלות קדושת גבוה מעין קדושת קרבן, ומשו"ה קדושת מע"ש דהויא קדושה לגבוה וקדושת דמים דשלמים דנמי הויא קדושת גבוה הריהן בסתירה. משא"כ לר"י דס"ל מע"ש ממון הדיוט, דהיינו דאין במע"ש קדושת גבוה אלא רק קדושה למצוה כמו דחלה בתרומה, אין סתירה בין קדושת מע"ש לבין קדושת קרבן, ומשו"ה ס"ל דניתן להקדיש פירות של מע"ש בהקדש עילוי למזבח ולקדש את דמיו לקרבן שלמים.

ומעין סברא זו נראה לבאר את הדין הפשוט דבעל קרבן דעלמא יכול להקדיש את קרבנו בקדושת דמים לבדק הבית מדין הקדש עילוי, אך אינו יכול להקדישו בהקדש עילוי לשם קרבן אחר למזבח. וצ"ע שהרי הוי אותו דין בעלות להקדישו בין לזה ולזה. וצ"ל שאין כאן חסרון בעלות, אלא חלות דין וסתירה בחלות הקדושות, דהיינו דקדושת דמים לבדק הבית אינה בסתירה לקדושת קרבן להקרבה, ומשו"ה חלה הקדש עילוי לבדק הבית ע"ג קדושת קרבן. ואילו קדושת קרבן אחד סותרת חלות קדושת קרבן שני, ומשו"ה א"א להקדיש קרבן א' לשם קרבן אחר בהקדש עילוי למזבח מאחר דהקדושות סותרות זו לזו. ומשו"ה ס"ל לר"מ דאע"פ דיש להקדיש מע"ש בהקדש עילוי לבדק הבית, מ"מ א"א להקדישו בהקדש עילוי למזבח, דמע"ש דומה לקדושת קרבן לגבוה וקרבן ומע"ש בסתירה הן, אך קדושת דמים אינה סותרת קדושת מע"ש, ומשו"ה חלה על גבה בהקדש עילוי.

ולפי"ז יש ליישב את פסקי הרמב"ם הנ"ל, דנראה דס"ל דכל הנ"מ בין גבולין לבין ירושלים בדין מע"ש ממון גבוה היינו לגבי חלות דין בעלות בדיני ממונות, דבגבולין ליכא חלות בעלות הדיוט, ואילו בירושלים דחלה מצות אכילת הבעלים, חל דין בעלות וממון הדיוט, ומשו"ה מע"ש הוי "לכם" לענין ג' הדינים התלויים בחלות דין בעלות בדיני ממונות - במצה, באתרוג, ובחלה.

משא"כ מפאת חלות שם הקדושה שבו אין נ"מ בין מע"ש שבגבולין לבין מע"ש שבירושלים, דמע"ש מהווה חלות שם קדושת גבוה גם בגבולין וגם בירושלים. ומשו"ה פסק הרמב"ם דבנוגע להקנאתו ולקדש בו אשה גם בגבולין וגם בירושלים א"א להקנות מע"ש. דנראה דמפאת דיני ממונות אפילו בגבולין יש לבעל מע"ש קנין ממון במע"ש

שלו, ומצד דיני ממונות באמת היה יכול להקנותו. והראייה דחל קנין ממון לבעלים במע"ש בגבולין מפסק הרמב"ם (בפ"ג מהל' מע"ש הלכ"ד) וז"ל כבר ביארנו שהמעשר ממון גבוה הוא לפיכך אנו אומרים שהגונב מע"ש אינו משלם תשלומי כפל עכ"ל, ומשמע דמי שגנב מע"ש משלם קרן דגניבה לבעלים אפילו כשגנבו בגבולין, ומוכח מכאן דלהדיוט חל דין בעלים דמע"ש בדיני ממונות בכל מקום. ולפי"ז נראה דהא דאי אפשר להקנות מע"ש ולקדש בו אשה אינו מצד חסרון בעלות דהדיוט בדיני ממונות, אלא הוא משום חלות קדושת מע"ש לגבוה דחלה בחפצא, דקדושה הזאת מונעת הקנאת מע"ש מהדיוט להדיוט ומלהשתמש בו לקידושי אשה, (וכן לשאר ההשתמשות שהרמב"ם אסרם בהלכה), ואינו רק איסור בעלמא אלא מניעה של עצם חלות ההקנאה והקידושין, דקדושת גבוה דמע"ש מפקיעה הקנאת הדיוט וקידושי אשה. ונראה דכן נמי מדוייק בלישנא דהרמב"ם (פ"ה מהל' אישות הל"ד) שכ' וז"ל קידשה במע"ש כו' אינה מקודשת לפי שאין לו לעשות בו שאר חפציו עד שיתחלל עכ"ל, ומפורש בדבריו דהמעכב הוא חילול קדושת החפצא דמע"ש לעשות בו שאר חפציו, אך אין כאן חסרון בעלות, דבאמת הוי בעלים דמע"ש בדיני ממונות לענין הקנאה, ואפילו לר"מ דס"ל מע"ש ממון גבוה. וכל מניעת הקנאת מע"ש לאשה לקידושיה אינה מצד חסרון בעלות להקנות אלא מצד חילול קדושת הגבוה דחלה בחפצא דמע"ש המונעת ומפקיעה את הקנאת המע"ש לאשה לקידושין. ומניעה זו חלה בין בגבולין ובין בירושלים[277].

ב.

איסור "ולא נתתי ממנו למת"

עיין בתוס' (דף נג. ד"ה והן) וז"ל דההיא פרק בתרא דמ"ש אתיא כר' יהודה דאמר ממון הדיוט הוא עכ"ל. לכאורה קשה מה ענין ממון הדיוט לאיסור שלא להוציא מעות מע"ש לשאר הדברים חוץ מאכילה.

ונראה דהתוס' בתירוצם ס"ל כדמבואר לעיל (באות א') דיש שני דינים במע"ש ממון הדיוט: א) קנין להדיוט בדיני ממונות; ב) חסרון של חלות קדושת גבוה דמע"ש הוי חלות של קדושת מצוה המהווה קדושה קלה, דאילו קדושת גבוה מהווה קדושה חמורה. ובכן למ"ד מע"ש ממון הדיוט דהקדושה קלה היא אפשר להוציא מעות מע"ש על דברים אחרים, משא"כ למ"ד מע"ש ממון גבוה אסור להוציא מעות מע"ש על דברים אחרים משום דקדושת מע"ש לגבוה קדושה חמורה היא. ויוצא דהוצאת מעות מע"ש על בגדים ושאר הצרכים חוץ מעל אוכלים תלוי אי מע"ש ממון גבוה או ממון הדיוט, דלמ"ד מע"ש

[277] ועיין במש"כ רבנו זצ"ל באגרות הגרי"ד הלוי פ"ג מהל' מעשר שני הי"ז.

ממון הדיוט הוא הריהו מותר מכיון דהקדושה קלה היא דדומה לקדושת תרומה ולכן מותר להוציאו על כל הדברים. ואילו למ"ד ממון גבוה הוא קדושת מע"ש דומה לקדושת הקדש ולקרבנות, ולכן אסור להוציא המעות על שאר הדברים חוץ מלצורך מצות אכילה. ולפי תירוץ זה שבתוס' יוצא דלר' יהודה האיסור ד"ולא נתתי ממנו למת" אוסר כל הדברים חוץ מאכילה, ואילו לפי ר"מ הריהו איסור מיוחד להוציא מע"ש לצורך המת ולקנות לו ממנו ארון ותכריכין, ואילו לצורך אדם חי מותר להוציא מעות מע"ש על כל צרכיו ולאו דוקא לאכילה.

והנה הרמב"ם (פ"ג מהל' מע"ש הלי"ז) פסק כר"מ דמע"ש ממון גבוה. וכמו"כ פסק באיסור "ולא נתתי ממנו למת" דאסור להוציא מע"ש לשאר הדברים, דכתב (פ"ג מהל' מע"ש הל"י) ז"ל מע"ש ניתן לאכילה ושתיה שנ' ואכלת לפני יי' אלקיך. וסיכה כשתיה. ואסור להוציאו בשאר צרכיו כגון שיקח בו כלים ובגדים ועבדים שנ' לא נתתי ממנו למת, כלומר לא הוצאתי אותו בדבר שאינו מקיים את הגוף כו' עכ"ל. ובפשטות ניתן לבאר את הרמב"ם דס"ל כתירוץ שלפנינו בתוס'.

ועיי"ש ברדב"ז וז"ל וא"ת מ"ש האי לאו דלא נתתי ממנו למת דלא לקי כי היכי דלקי אלא אכלתי באוני ולא בערתי ממנו בטמא כו' א"נ דלאו דלא נתתי ממנו למת לא הוי לאו מיוחד שהרי כולל כל מיני צרכים כו' עכ"ל. ובביאור מש"כ הרדב"ז נראה דלפי הרמב"ם הלאו ד"ולא נתתי ממנו למת" שאני מהלאוין דאונן וטמא, כי באונן וטמא יש מעשה עבירה מסוים והו"ל לאוין שיש בהן מעשה דלוקין עליהן. משא"כ הלאו ד"ולא נתתי ממנו למת" דאין כאן מעשה עבירה מסוים, דכל שאינו לצורך אכילה הריהו אסור, והו"ל לאו שבכללות דלא לוקין עליו, כלומר לאו בלי מעשה עבירה מסוים[278]. ונראה עוד, דעיקר האיסור ד"ולא נתתי ממנו למת" חל הוא במצות החפצא דמע"ש, שמצותו היא להוציאו על אוכלין דוקא כדי לאכלם. וכשמוציא מעות מע"ש בשאר צרכיו הריהו מבטל את מצות החפצא דמע"ש, וכשעיקר הלאו הוא ביטול עשה אין לוקין עליו. ובזה מבואר לישנא דהרמב"ם שהתחיל "מע"ש ניתן לאכילה ושתיה כו'" וסיים "ואסור להוציאו בשאר צרכיו כו'", כלומר דהאיסור בשאר צרכיו הוא שמבטל את מצות הניתן לאכילה ושתיה דמע"ש דהוא מצות העשה דמע"ש, והאיסור הוא ביטול העשה.

ולפי"ז לכאורה היה נראה דמי שמשחית ומאבד מע"ש בידים ג"כ עובר על האיסור ד"ולא נתתי ממנו למת". אך הרמב"ם כתב "ואסור להוציאו בשאר צרכיו כו'" דמשמע

[278] דביאר הגר"מ הלוי זצ"ל דהאיסור של לפני עור הוי לאו שבכללות משום שאין בו מעשה עבירה מסוימת, ועיין באריכות ברשימות שיעורים למס' שבועות ח"א בענין לאו שבכללות (עמ' קצ"ב - קצו).

שאסור רק בהוצאת המעות כשקנה בהן שאר הדברים חוץ מאוכלין, אך אינו עובר על הלאו באיבוד מע"ש בידים בעלמא, וצ"ע בזה.

ועיין בפירוש הרמב"ן עה"ת (דברים כ"ו: י"ד ד"ה ולא נתתי ממנו למת) שכ' וז"ל והרב ר' משה כתב בחיבורו כו' כלומר לא הוצאתי אותו בדבר שאינו מקיים את הגוף, עשה מלת למת בכאן כינוי לדברים אשר לא יחיה האדם בהם ואלו דברי הבאי, ואחרים מפרשים אזהרה שלא נתן ממנו על ארון ותכריכין אפילו למת שהוא מצוה, וכ"ש לחי בטלית וחלוק עכ"ל. ונראה לומר דהאחרים ס"ל כשיטת הרמב"ם דיש איסור לאו דאורייתא ד"ולא נתתי ממנו למת" להוציא מעות מע"ש בשאר צרכיו חוץ מאכילה.

ונראה דיש עוד טעם למה אין לוקין לפי הרמב"ם על הלאו הזה. דנתבאר לעיל (באות א') דאליבא דר"מ דס"ל מע"ש ממון גבוה א"א להוציא מעות מע"ש על שאר צרכיו, כלומר דא"א להקנותו בקנין כלל או לקדש בו אשה, דאיסור ההוצאה מונע ומפקיע את כל חלות הקנין מעיקרו. ולפי"ז נמצא דכשהוציא מעות מע"ש בשאר צרכיו ועבר על האיסור ד"ולא נתתי ממנו למת" הקנין אינו חל כלל. אך פשטות הלאו ד"ולא נתתי" הוי איסור לעשות קנין דחל, ואם הקנין אינו חל א"כ לכאורה לא עבר על הלאו, והוא לכאורה דבר תמוה.

אולם מצינו כעין זה במקו"א, דכתב הרמב"ם (פ"ו מהל' בכורות הל"ה) וז"ל מעשר בהמה אסור למוכרו כשהוא תמים שנא' בו לא יגאל כו' ויראה לי שהמוכר מעשר לא עשה כלום ולא קנה לוקח, ולפיכך אינו לוקה כמוכר חרמי כהנים שלא קנה לוקח וכמוכר יפת תואר כו' עכ"ל. הרמב"ם פסק שהמוכר מעשר בהמה, חרמי כהנים, ויפת תואר אינו לוקה משום שהקנין אינו חל. וצ"ע למה המוכר מעשר בהמה, חרמי כהנים, ויפת תואר אינו לוקה, והרי המוכר עשה מעשה קנין, וא"כ לכאורה הו"ל לאו שיש בו מעשה שלוקין עליו. ומעין זה פסק הרמב"ם נמי במוכר קרקע בא"י לצמיתות שאין המכירה חלה ותחזור השדה ביובל (פי"א מהל' שמיטה ויובל הל"א), ובמל"מ דייק דאף בזה ליכא מלקות להרמב"ם, ולכאורה צ"ע למה לא ילקה על שעשה מעשה המכירה לצמיתות.

וביאר מרן הגר"מ זצ"ל דאי יסוד האיסור דמכירת מעשר בהמה, חרמי כהנים, ויפת תואר, ומכירת א"י לצמיתות הוי עצם מעשה המכירה אזי בדין היה שילקה עליהם, דהרי עשה מעשה מכירה גמורה ועבר על האיסור בשלימות. אולם אם עיקר יסוד האיסור הוא חלות המכירה, א"כ נראה דהמכירות לא חלו לשאר דיני התורה, כי האיסור שבהם מונע ומפקיע את חלות המכירה בכל אחד ואחד מהאיסורים האלה ולא עובר. וא"כ צ"ע אמאי קאעבר על האיסור. ובהכרח צ"ל דלענין לעבור על האיסור אמרינן שהיתה איזו חלות

מכירה כל שהיא לשעה אחת דמיד נתבטלה מחמת האיסור. ובאיסור כזה, שהחלות האסורה מתבטלת מיד מחמת האיסור ואינה קיימת לשאר דיני התורה, ההלכה קובעת שעבר הוא על האיסור, אך אינו לוקה עליו מאחר דהחלות מיד נתבטלה לכל שאר דיני התורה. דהאיסור שעבר עליו נחשב לאיסור שאינו גמור שהרי האיסור הוא חלות המכירה וחלות זו בטלה ואינה קיימת.

ונראה דכמו כן י"ל לענין האיסור ד"ולא נתתי ממנו למת", בהוצאת מעות מע"ש בשאר צרכיו, דהאיסור דחל מדין ממון גבוה מונע ומפקיע את חלות המכירה, ברם עיקר האיסור ד"ולא נתתי" הוי איסור על חלות המכירה והוצאת המעות בשאר צרכיו, ולא רק איסור דמעשה המכירה, אך בגלל האיסור של גבוה המכירה מופקע ולא חלה, והחלות מכירה חלה רק לשעה כדי שיעבור על האיסור, ומשו"ה האיסור אינו גמור ולא לוקין עליו כמו דאינן לוקין במכירת מעשר בהמה, חרמי כהנים, יפת תואר, ומכירת קרקע לצמיתות בא"י.[279]

בא"ד. א"נ תרוייהו כר' יהודה ובגדים דוקא שהגוף נהנה מהם שרי עכ"ל. צ"ע בשיטה זו, דפשיטא דאי הוציא מעות מע"ש לקחת בגדים דקדושת מע"ש לא חלה אבגדים שלקח, דרק אוכלים נתפסים בקדושת מע"ש ולא דברים אחרים, וא"כ קשה מה מועיל הנאת הגוף שבבגדים, דמאחר דלא חלה קדושת מע"ש על הבגדים הרי ליכא קיום מצוה ללובשם, דהרי נתבאר בשיעורים לעיל שקיום מצות מע"ש חלה כדי לקיים את דין הניתן למצותו דהחפצא, וקיום הניתן שבחפצא שייך רק בחפצא שנתקדש בקדושת מע"ש, ולא בבגדי חול בעלמא.

ואולי כוונת התוס' היא שיש מצוה לקנות את הבגדים, ואע"פ דליכא מצוה ללובשם, מ"מ מעשה לקיחתם מהווה מצוה. דיתכן דבכל הוצאת מעות מע"ש על אוכלים, יש

[279] ועיין בחידושי הגר"מ הלוי פ"ג מהל' מעשר שני ה"ה שתירץ באופן אחר קצת וז"ל הרמב"ם בהל' סנהדרין פי"ט בחשבון הלאווין שלוקין עליהן לא חשיב הלאו דולא נתתי ממנו למת שבמע"ש, וגם הרמב"ם בהל' מע"ש פ"ג ה"י אינו מבואר דלוקין עליו, ובמנין הלאוין מל"ת קנ"ב חשיב אותו ללאו, ומשמע דדעת הרמב"ם דהוא איסור לאו אבל מלקות אין בו. ולכאורה צ"ע אמאי. אכן הפירוש פשוט, דהרי הלאו דולא נתתי ממנו למת דעת הרמב"ם (פ"ז מהל' מע"ש הי"ז) היא שאם הוציא המע"ש לשאר דברים שאינם בני אכילה ושתיה קדושתן במקומון עומדת וכו' דאם לקח שאר דברים שאינם בני אכילה יחזרו הדמים למקומן. נמצא דבאמת המע"ש נשאר בקדושתו, ועל הדברים שאינם בני אכילה לא חלה כלל קדושת מעשר ולא אהני מעשיו במה שהוציא לשאר צרכיו, ובאמת ליכא כאן הוצאה דמע"ש לשאר דברים שאינם בני אכילה. אכן הלאו מיהא עובר, דכן הוא הלאו אם הוציא לשאר דברים שלא לאכילה. ובאמת משום זה גופא דמע"ש לא ניתן אלא לאכילה, לא אהני מעשיו. ובאופן כזה סובר הרמב"ם דמקרי לא עבר על הלאו בשלימות ונשאר רק איסור אבל מלקות אין בו. כאשר חזינן דכן פסק הרמב"ם גם במוכר מעשר בהמה ובמוכר חרמי כהנים ומוכר יפת תואר דאינו לוקה, משום דמטעם הלאו גופא באמת המכירה אינה חלה ובאמת ליכא כאן מכירה כמבואר כ"ז ברמב"ם פ"ו דבכורות ה"ה ומשום הכי אינו לוקה בכל הני. וכל כי האי גוונא סובר הרמב"ם דלא עבר על הלאו בשלימות ונשאר רק איסור אבל מלקות אין בו עכ"ל.

קיום מצוה אחת לקנותם, ועוד יש קיום מצוה שנית לאכלם מאחר שנתקדשו בקדושת מע"ש בחפצא. משא"כ בבגדים, אע"פ דמקיים מצוה בלקיחתם, דהא ראויים הם להנאת גופו, אך מאחר דלא נתקדשו בקדושת מע"ש בחפצא ליכא מצוה ללבשם.

ועוד יתכן לבאר לפי"מ שפסק הרמב"ם (פ"ז מהל' מע"ש הלי"ד) וז"ל הלוקח מים ומלח או פירות מחוברין או פירות שאינן יכולין להגיע לירושלים לא קנה המעשר אע"פ שיצאו המעות לחולין עכ"ל. והראב"ד השיג וז"ל זה שבוש אלא יחזרו דמים למקומן כו' עכ"ל. וצ"ע בשיטת הרמב"ם, (ועיי"ש בכס"מ וברדב"ז). וע"ע ברמב"ם (פ"ז מהל' מע"ש הלי"ז) שכ' וז"ל לקח עבדים וקרקעות ובהמה טמאה בין במזיד בין בשוגג אם ברח המוכר הרי זה יאכל כנגד אותן המעות בירושלים כו' זה הכלל כל שהוציא חוץ לאכילה ושתייה וסיכה מדמי מעשר וברח המוכר או מת יאכל כנגדו, ואם היה המוכר קיים יחזרו הדמים למקומן עכ"ל. וצ"ע ברמב"ם דמ"ש מים ומלח ופירות מחוברין מעבדים וקרקעות ובהמה טמאה. ומשמע דס"ל לרמב"ם דעבדים קרקעות ובהמה טמאה הריהם לגמרי מופקעים מכל קיום מצות מע"ש, ולפיכך אין המקח וחילול מע"ש חלים כלל ויחזרו הדמים למקומן. משא"כ במים ומלח שאע"פ דבחפצא אינם נתפסים בקדושת מע"ש, מ"מ מעשה לקיחתם מהווה קיום מצות מע"ש, ומשו"ה המעות דמע"ש יוצאים לחולין, דהא הוציאם בקיום מצות לקיחת מים ומלח המהווה קיום מצות לקיחה, ואע"פ דלא מתקיימת מצות אכילת מע"ש באכילתם. ויתכן דס"ל לתוס' בבגדים כשיטת הרמב"ם במים ומלח, ולפיכך כשקונה בגדים במעות מע"ש המעות מתחללין וקדושתן פקעה ואע"פ דהבגדים אינם מתקדשים בקדושת מע"ש.

ע"כ ענין מעשר שני

תוס' ד"ה וטעונין

נוטלין ידים לקדשים, לתרומה, למע"ש, ולחולין, כל אחד כדינו. ויל"ע האם יסוד דין נטילת ידים בהני גווני הוי חלות דין אחד או לא.

ונראה דפליגי בזה הרמב"ם והראב"ד. דעיין ברמב"ם (פ"ח מהל' אבות הטומאות הל"ח) שכתב וז"ל שלמה המלך ובית דינו גזרו על כל הידים שיהיו שניות כו' ולא גזר שלמה על הידים טומאה אלא לקדש ואח"כ גזרו חכמים שאחריו אף לתרומה כו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל ואח"כ גזרו על אכילת חולין שצריך נטילת ידים עכ"ל. ואילו הרמב"ם הביא את תקנת נטילת ידים לחולין בהלכות ברכות (פ"ו מברכות הל"א) וז"ל כל האוכל פת שמברכין עליו המוציא צריך נט"י תחילה וסוף, ואע"פ שהוא פת חולין ואע"פ שאין ידיו מלוכלכות ואינו יודע להן טומאה לא יאכל עד שיטול שתי ידיו כו' עכ"ל. ויוצא

דלפי הראב"ד חלות דין נט"י לחולין הוי אותו חלות דין נט"י לקדש ולתרומה, דבכולן גזרו החכמים נט"י מדין טומאת ידים, ואילו להרמב"ם אינו נוטל ידיו לפת חולין מדין טומאה כפי שנוטל את ידיו לקדש ולתרומה, אלא מגזירה אחרת של נקיות הידים.

ונראה דמקור מחלוקתם נמצא בסוגיות הגמרא, דבמס' חולין (דף קו.) איתא ז"ל נטילת ידים לחולין מפני סרך תרומה עכ"ל, והוא מקור לראב"ד שנוטלים ידים לחולין מדין טומאה כבתרומה ובקדשים. ואילו במס' ברכות (דף נג:) איתא וז"ל תנא והתקדשתם אלו מים ראשונים והייתם קדושים אלו מים אחרונים עכ"ל, דמשמע דכמו תקנת מים אחרונים הויא משום זוהמת הידיים ונקיותם כמו כן תקנת מים ראשונים לפת הויא משום זוהמת הידים ונקיותם, והוא מקור לרמב"ם.

ונ"מ במי שנטל ידיו לפת ובאמצע הסעודה נגע בכתבי הקדש, דמטמאין את ידיו אך לא מזהמין אותן, אם צריך ליטול ידיו פעם שנית, דמדין טומאה כשיטת הראב"ד הריהו חייב ואילו מדין זוהמה ונקיות כשיטת הרמב"ם הריהו פטור[280].

גמ'. וניתי מעשר דאית ליה ונצטרפינהו רש"י פירש את קושית הגמרא אליבא דכ"ע. ומאידך בשיטה מקובצת מובא דהרמב"ן והריטב"א פי' את קושית הגמרא רק אליבא דחזקיה, וז"ל הריטב"א וא"ת ולדידן נמי תיקשי הכי, וי"ל דלדידן מעשר שאין בו שו"פ אינו בר פדיון כלל ואפילו ע"י צירוף כו' עכ"ל, וכ"כ נמי הרמב"ן. ושיטתם מחודשת שפחות משו"פ של מע"ש לדידן אינו מצטרף לשו"פ דאינו בר פדיון כלל ואפילו בצירוף עם מע"ש אחר לשו"פ.

ולולי דמסתפינא י"ל דקושיית הגמרא היא רק אליבא דחזקיה ולא אליבא דרבנן. ונראה דאליבא דחזקיה מע"ש פחות משו"פ עומד לפדיון, דמצותו להפדות ולהביאו לירושלים. ולכן אליביה הקשה הגמרא דליצרפינהו עם מע"ש אחר ולפדותו, דמשום הכי צ"ל דשיל"מ. משא"כ לרבנן, דנהי דפחות משו"פ מצטרף לשו"פ דמעשר ואפשר לפדותו, אך כל זמן דלא הצטרף אין מצותו לפדותו, דהא הרבנן לא הסכימו לפדיון דחזקיה, ומאחר דמעשר פחות משו"פ אינו עומד לפדיון אינו דשיל"מ. והנה הבאנו לעיל (דף נג. ד"ה תוס' הו"ל דשיל"מ) את המחלוקת בין רש"י ובין הר"ן בגדר דין שיל"מ, דלרש"י דין דשיל"מ תלוי בהיכי תמצי - דיש היכא תימצא שהאיסור יהיה מותר, ולר"ן דשיל"מ תלוי בעצם חלות האיסור שיש לו מתיר. ולפי"ז מסתבר דלרש"י מע"ש פחות משו"פ הוי דשיל"מ, דבהיכי תמצי בידו לפדותו בצירוף מע"ש אחר והוי דשיל"מ אפילו אליבא

[280] ורבינו זצ"ל סיפר דמקרה זה קרה לאחד שבא אצלו בפורים לשאול האם חייב ליטול את ידיו עוד פעם משום שקרא קריאת מגילת אסתר מקלף באמצע סעודתו ונגע בקלף, ורבינו זצ"ל אמר לו שתלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד. וע"ע ברשימות שיעורים עמ"ס ברכות (עמ' רב - רג).

דרבנן. וכמו"כ פרש"י לסוגיין כשיטתו בדשיל"מ. משא"כ אליבא דהר"ן דס"ל דדשיל"מ תלוי בחלות שם איסור שיש לו מתיר, אזי י"ל דמע"ש פחות משו"פ אליבא דהרבנן מכיון שאינו עומד לפדיון, אינו דשיל"מ, דעצם איסורו אינו עומד להיתר, ולכן אין תערובתו נחשבת לתערובת של היתר בהיתר דאינו בטל, אלא כתערובת של איסור בהיתר דשפיר בטל. ואע"פ שיש לו צירוף לשו"פ, אך אינו עומד לפדיון דאין זו מצותו, ולפיכך אינו דשיל"מ, ודו"ק.

גמ'. ודאורייתא ודרבנן לא מצטרפי יעויין בשיטה בשם הראב"ד וז"ל פי' מע"ש שאין בו שו"פ מן התורה אינו צריך פדיון ויכול לאכול חוץ לחומה לפי שאין לו כסף וכתיב וצרת הכסף עכ"ל. ונראה לבאר דבריו עפי"מ שנתבאר למעלה בשיעורים לתחילת פרקין (דף מה. בענין פדיון מע"ש אות א') דפדיון מע"ש אינו חל רק מדין חילול קדש בעלמא אלא דיסוד דינו הוא דחל דין פדיון כדי לקיים על ידו מצות הבאת מע"ש לירושלים. ומכיון דבמע"ש פחות משו"פ ליכא חפצא דכסף פדיון דחל מדין הבאה לירושלים, לכן לא חלה עליו קדושת מע"ש כלל מן התורה, דמע"ש דאינו בר הבאה לירושלים בכסף פדיון אינו מע"ש כלל.

ונראה דרש"י חולק ע"ז שפירש וז"ל שהמעורב מן התורה בטל ברוב דכתיב אחרי רבים להטות ורבנן הוא דאמרו היכא דיש לו מתירין לא ליבטול, הלכך אין איסור מעשר הזה אלא מדרבנן, הלכך אין מצטרף עם זה לתפוס פדיונו, נמצא שזה חצי פרוטה שהביא נאכל בלא חילול עכ"ל. לרש"י החסרון בעצת צירוף הוא מפאת המע"ש דאורייתא דהוי בעין וששוה פחות משו"פ דלא מתחלל מדאורייתא, דהצירוף אינו מועיל אלא מדרבנן, כי המע"ש שבתערובת בטל ברוב. וצ"ע למה לא יחול הצירוף מדרבנן כדי לפדות את המע"ש שבתערובת דאינו צריך חילול אלא רק מדרבנן. ויתכן דרש"י סובר דיתכן דמזה תצא תקלה, דילמא יחשבו שהחילול חל מדאורייתא אפילו לגבי המע"ש דאורייתא שהוא בעין ששוה פחות משו"פ, ולפיכך גזרו הרבנן לא לחלל אפילו מדרבנן את המע"ש שבתערובת בצירוף המע"ש שבעין.

ברם פשטות הגמרא, משמע שלא כפרש"י אלא דדיני דרבנן ודאורייתא לא מצטרפין כלל, אפילו לדין מע"ש מדרבנן, ולפיכך חסר שיעור שו"פ אפילו לחלל את המע"ש שבתערובת מדרבנן, דאינם מצטרפים כלל אהדדי[281].

[281] רבינו זצ"ל לא ביאר מהו החסרון בצירוף מדרבנן. וי"ל דמכיון שחל הביטול מדאורייתא, ואינו בטל רק מדרבנן, דין האיסור שבתערובת אינו דומה לאיסור מע"ש בעין, דחסר חפצא דאיסור דבטל בתערובת, אלא דחל איסור חדש דמשהו מדין דשיל"מ, ואין לצרפו למע"ש ממש בעין. ואכמ"ל באיסור משהו בתערובת דכבר האריך רבינו זצ"ל בגדר איסור משהו בתערובת בשיעוריו לעניני איסור והיתר.

דף נג:

גמ'. הלקוח בכסף מ"ש שנטמא כו' כר"י דאמר יקבר וכתב רש"י וז"ל צרכי סעודה שלקח בירושלים בכסף מעשר, יקבר, דקא סבר לא אלים למיתפס פדיונו עכ"ל. דבריו זקוקים לביאור. ונראה דר"ל דקדושת לקוח חלה עבור מצות אכילה בלבד ומשו"ה א"א לפדותו על דבר אחר, דמצות אכילתו מפקיעה פדיון[282]. ובזה מבואר למה הקדש בדק הבית שונה ממע"ש דניתן לפדות מהקדש ראשון לשני ולשלישי, כי רק במע"ש חלה מצוה לאכול את הדבר הלקוח, והיא שמפקיעה כל פדיון, משא"כ בהקדש.

גמ'. דנפול מחיצות. עיין בשיטה מקובצת בשם תוס' שאנ"ץ דמפרש דר"ל דקדושת ירושלים בטלה משום דלא קדשה לעתיד לבא. ומאידך עיין ברמב"ם (פ"ו מהל' בית הבחירה הלי"ד - ט"ז) שפסק שקדושת מקדש וירושלים קדשה לעתיד לבא, וז"ל ובמה נתקדשה בקדושה ראשונה שקדשה שלמה שהוא קידש העזרה וירושלים לשעתן וקידשן לעתיד לבא. לפיכך מקריבין הקרבנות כולן אע"פ שאין שם בית בנוי. ואוכלין קדשי קדשים בכל העזרה אע"פ שהיא חריבה ואינה מוקפת במחיצה ואוכלין קדשים קלים ומע"ש בכל ירושלים אע"פ שאין שם חומות שהקדושה ראשונה קדשה לשעתה וקדשה לעתיד לבא. ולמה אני אומר במקדש וירושלים קדשה ראשונה קדשה לעתיד לבוא ובקדושת שאר א"י לענין שביעית ומעשרות וכיוצא בהן לא קדשה לעתיד לבוא, לפי שקדושת המקדש וירושלים מפני השכינה ושכינה אינה בטלה, והרי הוא אומר והשמותי את מקדשיכם ואמרו חכמים אע"פ ששמומין בקדושתן הן עומדים כו' עכ"ל. והראב"ד השיג עליו מהגמ' דנפול מחיצות דחזינן מכך דלא קדשה לעתיד לבוא. והיא קושיה גדולה על הרמב"ם שפסק כסוגיין (בפ"ו מהל' מע"ש הלט"ז) וז"ל מע"ש בטל ברוב, באיזה מעשר אמר במעשר שנכנס לירושלים ויצא ונפלו המחיצות שהרי אין שם מחיצות להחזירו לשם כו' עכ"ל. וקשה למה פסק הרמב"ם שמע"ש שנכנס לירושלים ויצא ונפלו מחיצות דא"א להחזירו ולאכלו שם, דהרי הרמב"ם עצמו פסק (בפ"ו מהל' בית הבחירה הלי"ד - ט"ז), דמע"ש נאכל בירושלים בזה"ז משום דקדשה לעתיד לבא. וי"ל עפ"י הגמרא בזבחים (דף ס.) דקבעה שאם המזבח נפגם אין אוכלין בגינו קרבנות. ובגמרא מכות (דף יט.) הוקש מע"ש לבכור, מה בכור אינו אלא לפני הבית אף מעשר

[282] ובזה שאני דין מע"ש לקוח מדין פרי ראשון של מע"ש שנטמא בירושלים דנפדה, כי לקוח קדוש רק לאכילתו ולא לדבר אחר, משא"כ פרי ראשון דמע"ש דנתקדש בקדושת מע"ש דעלמא, בין להבאה ובין אכילה ולכן כשנטמא ניתן לפדותו כדי לקיים עמדו מצות הבאתו, כי הטומאה פוגמת את קיום ההבאה, וזה מה שנלמד מ"שאתו", וע"ע בתוס' (ד"ה כר"י) ובמה שהביאו מדברי הרבנן ור"י במס' מעשר שני (ג: י).

אינו אלא לפני הבית. ותוס' (שם ד"ה אפילו) קבעו דר"ל דאי נפגם המזבח אף מע"ש אינו נאכל. והרמב"ם פסק את ההיקש בין בכור למע"ש (בפ"ב מהל' מע"ש הל"א) וז"ל מע"ש נאכל לבעליו לפנים מחומת ירושלים שנא' ואכלת לפני יי' אלקיך במקום אשר יבחר לשכן שמו שם וגו' ונוהג בפני הבית ושלא בפני הבית אבל אינו נאכל בירושלים אלא בפני הבית שנא' מעשר דגנך תירושך ויצהרך ובכורות בקרך וצאנך, מפי השמועה למדו מה בכור אינו נאכל אלא בפני הבית אף מע"ש לא יאכל אלא בפני הבית עכ"ל. וי"ל דכוונת הרמב"ם "בפני הבית" היינו דהמזבח שלם ואינו נפגם. ולפי"ז י"ל דלרמב"ם הביאור בגמרתנו "דנפול מחיצות" ר"ל דנפגם המזבח, ומשו"ה אין לאכול מע"ש בירושלים ואע"פ שקדושת ירושלים עדיין במקומה. ומה שפסק שאוכלים מע"ש בירושלים בזה"ז אינו רק כשיש מזבח שלם במקומו[283].

א"נ י"ל דהרמב"ם חילק בין מע"ש בזה"ז דנאכל בירושלים בלי מחיצות לבין מע"ש שנכנס לירושלים בשעה שיש לה מחיצות, דמשנכנס לתוך המחיצות אזי מצותה להאכל רק בתוך מחיצות ירושלים בלבד, ואם נפלו אין לאוכלו בתוך ירושלים בלי מחיצות.

ובביאור החילוק הזה נראה דהרמב"ם פסק (בפ"ב מהל' מע"ש הל"ה - ו) וז"ל כל האוכל כזית מע"ש או ששתה ממנו רביעית יין חוץ לחומת ירושלים לוקה שנא' לא תוכל לאכול בשערך מעשר דגנך תירושך ויצהרך וגו' ואינו לוקה מן התורה עד שיאכלנו אחר שנכנס לחומת ירושלים, שנא' לא תוכל לאכול בשעריך וגו' ואכלת לפני יי' אלקיך, כיון שנכנס למקום אכילתו ואכלו בחוץ לוקה כו', עכ"ל. ובדומה לזה פסק הרמב"ם נמי לענין בכורים (פ"א מהל' בכורים הל"א - ב) ז"ל זר שאכל בכורים בכל מקום חייב מיתה בידי שמים והוא שיאכלם מאחר שנכנסו לחומת ירושלים. היו מקצתן בפנים ומקצתן בחוץ זה שבפנים חייבין עליו מיתה והרי הוא הקדש לכל דבריו וזה שבחוץ הרי הוא חולין לכל דבריו עכ"ל. ומלשון הרמב"ם מוכח דהכניסה לתוך מחיצות ירושלים מקדשת את הבכורים, וקדושה זו אוסרתו לזר. ונראה דהוא גם יסוד איסור אכילת מע"ש מחוץ לירושלים, דהכניסה לתוך מחיצות עיה"ק מקדשת את המע"ש, וקדושה זו אוסרת את האכילה מחוץ לעיר.

ולפי"ז יתכן דדוקא כשיש מחיצות, כלומר דירושלים והבית בנויים, חל קידוש המחיצות למע"ש שנכנס בתוך העיר. דפשיטא דיש נ"מ בקדושת העיר והמקדש בין כשהעיר חרבה לבין כשהיא בנויה עם בית המקדש במקומו. דאע"פ דפסק הרמב"ם דירושלים נתקדשה לעתיד לבא היינו רק לגבי קדושת המקום שחלה בקרקע דהר הבית ועיה"ק,

[283] ועיין במל"מ (פ"ו מהל' בית הבחירה הלי"ד).

אך בית המקדש עצמו קדוש, ובבנינו נתוספה קדושה בכל עיה"ק ירושלים. וזהו יסוד הדין "מחיצות לאכול דאורייתא" דאמר רבא - דהיינו דמחיצות עיה"ק וביהמ"ק מקדישין מע"ש שנכנס בהן בקדושה נוספת דחלה בו מפאת קדושת עיה"ק הבנויה ואוסרת את המע"ש להאכל מחוץ לעיר.

ובזה מבואר הנ"מ בין מצות אכילת מע"ש בזה"ז לבין מצות אכילת מע"ש בזמן שביהמ"ק היה קיים - דמע"ש בזה"ז אע"פ דנאכל בירושלים מפאת קדושת המקום הקיימת, מ"מ המע"ש לא נתקדש בקדושה שלמה דמע"ש. כי רק כשיש בנין ביהמ"ק ועיה"ק בנויה עם הביהמ"ק אזי נתקדש המע"ש שבתוכה בקדושה שלמה דמעשר שני. ולכן מע"ש שקלטהו מחיצות בזמן שביהמ"ק היה קיים ונתקדש בקדושה שלמה דמע"ש מחייב את הבעלים לאוכלו רק בפני הבית ולא לאוכלו משנפלו מחיצות, דאזי חסרה קדושת ביהמ"ק בנוי, והמע"ש נתקדש בקדושה שלמה, ומצותו להאכל דוקא בפני הבית, ומשו"ה בנפלו המחיצות אסור לאוכלו. משא"כ במע"ש בזה"ז שלא נתקדש בקדושת מע"ש שלמה, דבזה"ז חסר ביהמ"ק, לכן מותר לאכלו בירושלים גם בלי מחיצות, דהא עדיין יש חלות קדושת מקדש ושל ירושלים במקומם להכשיר אכילת מע"ש[284].

ונראה עוד דדין אכילת מע"ש בירושלים בזה"ז אליבא דהרמב"ם אינו אלא היתר, אך ליכא חיוב מצוה להביאו לירושלים ולאוכלו שם. דרק בזמן שביהמ"ק קיים, כשקדושת ירושלים עיה"ק שלמה, חל חיוב מצוה להביא לשם קרבנות ומע"ש[285]. משא"כ בזה"ז כשאין ביהמ"ק י"ל דנהי דיש חלות קדושת מקום בירושלים ובהר הבית להכשיר הקרבת קרבנות ואכילת מע"ש, אך חובה לא חלה כלל, וכן נמי משמעות לישנא דהרמב"ם בהל' בית הבחירה (הנ"ל). והוא משום שבזמן הזה בזמן החורבן חסרה קדושת ביה"ק השלמה המחייבת בחובת מצות הקרבת הקרבנות. ובאמת ישנן מצוות הנוהגות רק בפני הבית ולא בזה"ז אף לשיטת הרמב"ם, כגון מצות הבכורים וכדפסק הרמב"ם (בפ"ב מהל' בכורים הל"א) וז"ל מצות עשה להביא בכורים למקדש, ואינם נוהגין אלא בפני הבית ובא"י בלבד שנא' ראשית בכורי אדמתך תביא בית יי' אלקיך עכ"ל. ונראה דהוא משום דביהמ"ק שבנוי מוסיף על קדושת המקום, וקדושה שלמה דביהמ"ק מעכבת במצות הבכורים, וע"כ אי אפשר לקיימה בזה"ז כלל.

[284] ולפי דברי רבינו זצ"ל לכאורה יוצא שמי שהביא מע"ש לירושלים בזה"ז ואח"כ הוציאו ואכלוהו מחוץ לירושלים אינו עובר על איסור מלקות, דלא נתקדש בקדושת מע"ש שלמה מדחסרה מחיצות.

[285] וכדכתיב (דברים י"ב: ה - ו) "לשכנו תדרשו ובאת שמה, והבאתם שמה עלתיכם וזבחיכם ואת מעשרותיכם", ד"לשכנו" משמעו ביהמ"ק בנוי ולא רק מקום ביהמ"ק שנתקדש בקדושת מקום.

ובנוגע לדיון הגדול שבין גדולי האחרונים בענין הקרבת קרבן פסח בזה"ז ידוע מה שאמר הנצי"ב זצ"ל דכל זה אפשר לדון רק בנוגע לקרבן פסח לפי הרמב"ם הסובר דמקריבין קרבנות בזה"ז, אך אפילו לפי הרמב"ם אין להקריב קרבן תמיד בזה"ז, דבתמיד כתיב "ריח ניחח להה'" (במדבר כ"ח: ח) וכשחסר ביהמ"ק חסר ה"ריח ניחוח להה'" דכתיב (ויקרא כו: לא) "והשמותי את מקדשיכם לא אריח בריח ניחחכם".

והנה הרמב"ם (פ"א מהל' בית הבחירה הל"א) כתב וז"ל מצות עשה לעשות בית לה' מוכן להיות מקריבים בו הקרבנות עכ"ל. ולכאורה צ"ע דהרי הרמב"ם פסק (פ"ו שם הלט"ו) שמקריבין קרבנות בזה"ז אף בלי ביהמ"ק, וא"כ מדוע כתב דיש מצות עשה לבנות בית לה' להיות מוכן להקריב בו הקרבנות. ונראה לתרץ דחיוב הקרבנות תלוי בביהמ"ק שהוא בנוי, וזהו כוונת פסקו בריש הל' בית הבחירה, ומה שמקריבין קרבנות אף בזה"ז אינו אלא בתורת רשות בלי חיוב[286].

והנה כתב הרמב"ם (פ"ז מהל' בית הבחירה הל"ז) ז"ל אע"פ שהמקדש היום חרב בעונותינו חייב אדם במוראו כמו שהיה נוהג בו בבנינו כו' שנא' את שבתותי תשמורו ומקדש תיראו מה שמירת שבת לעולם אף מורא מקדש לעולם שאע"פ שחרב בקדושתו עומד עכ"ל. וצ"ע ל"ל לימוד משבת לחייב מורא בית המקדש בזה"ז דהרי הרמב"ם פסק (בפ"ו שם) מגזיה"כ ד"והשמותי" שמקריבין קרבנות אף בלי ביהמ"ק, דבקדושתו עומד אע"פ ששמם. ונראה דהרמב"ם מודה דבלי ביהמ"ק בנוי במקומו קדושת ביהמ"ק בזה"ז אינה שלמה. וגזיה"כ "והשימותי" מכשרת הקרבת קרבנות בזה"ז רק בתורת רשות, אך איננה מחייבת הקרבתם, ומשו"ה סד"א דבזה"ז ליכא חובת מורא מקדש, כי קדושת מקום המקדש אינה בשלמות, קמ"ל הלימוד משבת דאעפ"כ חייבים במורא המקדש בזה"ז, ואע"פ דקדושת המקום פגומה היא.

ונראה דמדברי הרמב"ם פ"ו מהל' ביהב"ח (הי"ד - טז) "לפיכך מקריבין הקרבנות כולן אע"פ שאין שם בית בנוי. ואוכלין קדשי קדשים בכל העזרה אע"פ שהיא

[286] וכ"כ בספר החינוך מצוה ת"מ דאיסור שחוטי חוץ נוהג בזה"ז משום שראוי להקריב בפנים דמקריבים אע"פ שאין בית אבל אין הכוונה לומר שיהיה עליו חיוב להקריב קרבן בביהמ"ק עכשיו שהוא חרב. ועיין בקהילות יעקב עמ"ס שבועות סימן י"א. ולפי"ד רבנו זצ"ל יתכן לומר דמה שפסק הרמב"ם שמקריבין קרבנות בזה"ז אע"פ שאין בית חל רק בקרבנות דאפשר להקריבן בתורת רשות, כמו קרבן פסח דבכמה אופנים הריהו קרבן רשות, כגון לקטנים או למי שהיה בדרך רחוקה. משא"כ קרבן תמיד דהוי חובת הציבור, ובזה"ז דליכא חובה להקריבו משו"ה אינו קרב כלל, דא"א להביאו בתורת רשות אלא רק כחובה. ונראה דה"ה בקרבנות המוספין ובשאר קרבנות חובת הציבור. ולפי"ז מבוארת נוסחת תפלת המוסף בחג, "ואין אנחנו יכולים לעלות כו' ולעשות חובותינו בבית בחירתך בבית הגדול והקדוש כו' יה"ר מלפניך כו' שתשוב ותרחם כו' ועל מקדשך כו' ושם נעשה לפניך את קרבנות חובותינו, תמידים כסדרם ומוספים כהלכתם". ומשמע דבזה"ז דליכא ביהמ"ק א"א להקריבם כלל - אפילו בתורת רשות, וגם הרמב"ם מודה לזה. ויל"ע לפי"ז בדין חטאת יחיד ובשאר חובות היחיד האם מקריבין אותן בזה"ז בתורת רשות או לא.

חריבה ואינה מוקפת במחיצה ואוכלין קדשים קלים ומע"ש בכל ירושלים אע"פ שאין שם חומות שהקדושה ראשונה קדשה לשעתה וקדשה לעתיד לבא. ולמה אני אומר במקדש וירושלים קדשה ראשונה קדשה לעתיד לבוא ובקדושת שאר א"י לענין שביעית ומעשרות וכיוצא בהן לא קדשה לעתיד לבוא, לפי שקדושת המקדש וירושלים מפני השכינה ושכינה אינה בטלה", מוכח שקדושת ביהמ"ק חלה אף בנוגע לקדושת ירושלים דקדשה לעתיד לבא משום שהשכינה לא בטלה. ולכאורה הרמב"ם אזיל לשיטתו (בפיה"מ רפ"ד מס' ר"ה, ובמ"ש ג: ד, ובשקלים א: ג) דירושלים נקראת מקדש, דקדושת ירושלים הריהי חלק מקדושת ביהמ"ק. וכן נמי מבואר מהמשנה כלים א: ז - ח) "עשר קדושות הן, א"י מקודשת מכל הארצות ומה היא קדושתה שמביאין ממנה העומר והביכורים ושתי הלחם, מה שאין מביאין כן משאר ארצות. עירות מוקפות חומה מקודשת ממנה וכו' לפנים מן החומה מקודש מהם שאוכלים שם קק"ל ומע"ש, הר הבית מקודש ממנו וכו' החיל מקודש ממנו וכו' עזרת נשים מקודשת ממנו וכו'" עכ"ל. וצ"ע מדוע נקטה המשנה דא"י מקודשת לענין הבאת העומר ושתי הלחם וביכורים ולא דא"י מקודשת משאר ארצות משום שחייבת בתרומות ומעשרות. ונראה דהמשנה מבארת דיש י' דרגות בקדושת המקדש, וא"י יש בה חלות קדושת מקדש לענין דמביאין ממנה עומר ושתי הלחם, משא"כ קדושת א"י לענין תרומות ומעשרות אינה שייכת לקדושת מקדש שבא"י והוי דין בקדושת א"י בעלמא. ולפי"ז מבואר דכל העשר קדושות הויין חלות דין קדושה בקדושת המקדש ויש עשר דרגות בקדושת המקדש. ולפי"ז נמצא דירושלים כלולה בקדושת המקדש, וכן נראה לבאר נמי ברמב"ם שמנה העשר קדושות (פ"ז מהל' בית הבחירה הלי"ג - כ"ג). ולפי"ז י"ל דמחיצות ירושלים יש להן דין מקדש והמחיצות הויין חלק מדין צורת המקדש. ומשו"ה בנפילת מחיצות העיר חל דין חורבן ביהמ"ק כי המחיצות הן חלק מביהמ"ק, וחל בחורבנן דין חורבן ביהמ"ק ופגימת קדושת המקום.

תוס' ד"ה דנפול

וז"ל פי' רוב מחיצות דאי נפול מקצתם אע"ג דאסור לטלטל בשבת מ"מ מקרי מחיצה לענין אכילת מעשר וקדשים קלים כו' עכ"ל, כלומר דבשבת פרצה יתרה מי' אמות מבטלת מחיצה משא"כ לענין אכילת מעשר וקק"ל. ובביאור שיטתם נראה דהמחיצות בשבת חלין למנוע דריסת רגל הרבים לתוך מקום רה"י, ומשו"ה בקיעת הרבים בפרצה יתרה מעשר תוך המחיצות מבטלתן, משא"כ המחיצות דביהמ"ק דאינן באות למנוע את רגל הרבים, אלא כדי להקיף את מקומות הקדושים. ולכן פרצה יתרה מי' אמות מבטלת

מחיצת שבת מכיון דיש פריצה לבקיעת הרבים, משא"כ מחיצות ירושלים וביהמ"ק שכשרוב המחיצות קיימות הריהן מקיפות את המקום ומקדשותו, דאע"פ שיש פירצה יתרה מעשר אמות, הריהן כשרות לקידוש ירושלים והמקדש[287].

תוס' ד"ה לא פלוג

בענין פדיון מע"ש אחרי שקלטוהו מחיצות

א.

ז"ל תימה כו' ולא קשה מידי כו' עכ"ל. בביאור מש"כ התוס' להבחין בין סוגיין לבין הסוגיא בסנהדרין נראה דיש ב' דינים בדין קלטוהו מחיצות: א) הכניסה לתוך מחיצות ירושלים מקדשת מע"ש בקדושה גמורה. וכדמוכח מהא דקיי"ל שאינו לוקה מן התורה על אכילת מע"ש מחוץ לירושלים אלא "עד שיאכלנו אחר שנכנס לחומת ירושלים" (רמב"ם פ"ב מהל' מע"ש הל"ו). ועוד ראייה ממה שפסק הרמב"ם (פ"ב מהל' מע"ש הל"י) וז"ל פירות שנגמרה מלאכתן ועברו בתוך ירושלים ויצאו אינו יכול להוציא עליהן מע"ש מפירות אחרות שלא נכנסו לירושלים כו' חומר הוא במחיצות ירושלים הואיל וקלטו קלטו עכ"ל. ומבואר מהלכה זו שהכניסה למחיצות העיר מקדשת מע"ש והטבל דמע"ש בקדושה יתרה ולכן ההפרשה מפירות שלא נכנסו ושלא נתקדשו על פירות שנכנסו הויא כאילו מן הפטור על החיוב דאינה חלה. ב) החפצא דמע"ש נחשב לנכסי ירושלים מדאסור להוציאו משם מאחר שנכנס לתוך המחיצות וכדכתב הרמב"ם (פ"ב מהל' מע"ש הל"ט) וז"ל מע"ש שנכנס לירושלים אפילו של דמאי אסור להוציאו משם שכבר קלטוהו מחיצות כו' וקליטת מחיצות מדבריהם עכ"ל.

ובזה מבואר את החילוק שבתוס', שכתבו דסוגיין מירי לענין פדיון מע"ש אחרי שקלטוהו מחיצות דאסור לפדותו ואפילו אם נפלו המחיצות. דדין זה חל מחמת הקדושה היתרה שחלה במע"ש שנכנס לתוך מחיצות ירושלים. דמאחר דנתקדש המע"ש בקדושה שלמה למצות האכילה א"א לפדותו ל"ש דאיתנהו למחיצות ל"ש דליתנהו למחיצות, דקדושת המע"ש לא פקעה בנפילת המחיצות ובחורבן העיר. משא"כ דין שלל ירושלים שחל במע"ש מפני שנחשב לנכסי ירושלים מדקלטוהו מחיצות דאסור להוציאו משם, דדין זה חל רק בדאיתנהו למחיצות דירושלים במקומן משא"כ בדליתנהו למחיצות, דעיה"ק נחרבה דאזי לא חל עוד איסור להוציא את המע"ש משם, דהא ליכא עיר ירושלים בקדושתה, וממילא פקע מהמע"ש דין שלל ירושלים.

[287] עיין במשנה (עירובין דף סב.) ובמחלוקת בין ר"י והחכמים, ובמס' סוכה (דף ד:) בתוס' ד"ה פחות. וע"ע ברשימות שיעורים למס' סוכה (דף ב.) ד"ה סוכה וכו'.

בא"ד. אבל נפול מחיצות אחר גמ"ד לא גזור רבנן להעמיד דבריהם על דין תורה לקרות שלל ירושלים ולאכול אע"ג דבשעת גמר דין קלטוהו מחיצות כיון דנפול מחיצות אחר גמר דין עכ"ל. ומבואר דדין שלל ירושלים מתלא תלי וקאי, דאע"פ דבשעת גמר דין היה שלל ירושלים אך אם נפלו המחיצות אח"כ לפני שריפת העיר הנידחת, אזי פקע דין שלל ירושלים למפרע והוי שלל העיר. והוא חידוש, דבשאר דיני התורה הכלל הוא לגמר את הדין כפי המציאות שבשעת גמר הדין ולא לתלותו במה שיקרה אח"כ. אך שאני בדין שלל העיר דדינו יכול להשתנות משעת גמר הדין דהיה שלל ירושלים ואח"כ להתהפך להיות שלל העיר, דדין שלל ירושלים פקע למפרע.

ועל זה חולק הא"נ להלן בתוס' דכתבו וז"ל אבל נפול מחיצות אחר גמר דין כיון דהוי שלל ירושלים בשעת גמר דין תו לא פקע עכ"ל, דס"ל דדין שלל העיר נקבע בשעת גמר הדין בלבד כשאר דיני התורה.

בא"ד. אבל אי נפול מחיצות קודם גמר דין אע"ג דלא הוי שלל ירושלים מ"מ לא חל עליו גמר דין דה"ל כגבולים וה"ל שלל שמים כיון שאינו ראוי לאכול ולא לפדות כו' עכ"ל. הא"נ בתוס' חולקין וז"ל בנפול מחיצות קודם גמר דין ולא הוי כמו בגבולים דכיון שהיה ראוי לאכלו שעה אחת הו"ל ממון הדיוט כו' עכ"ל. שיטת התוס' היא דמשנכנס מע"ש לירושלים והותר לאכל נעשה ממון הדיוט מאחר דהו"ל שלו לענין אכילה. וסברת הא"נ היא דמדחל דין ממון הדיוט ואיננו שלל שמים משעת הכניסה למחיצות העיר גם אחרי שנפלו המחיצות הו"ל ממון הדיוט ולא שלל שמים. והדיעה הראשונה שבתוס' סוברת דאם נפלו המחיצות ונאסר באכילה פקע דין ממון הדיוט מיניה וחוזר להיות ממון גבוה והו"ל שלל שמים.

בא"ד. וי"ל דדוקא זבחים שעושין מהם עבודות אבל מעשר או בשר זבח לאחר העבודה או שירי מנחה חוזרין ונראין עכ"ל. כלומר דיש דחוי בהכשר עבודת הקרבנות ולא במצות אכילת קדשים ומע"ש. וקשה דהא במס' סוכה (דף לג.) איבעיא ליה לר' ירמיה האם יש דחוי אצל מצוות או לא, וכגון במצוות נטילת לולב. וי"ל דתוס' אזיל רק כפי המ"ד אין דחוי אצל מצוות. א"נ י"ל דתוס' הבחינו בין שאר מצוות התורה דחל בהן דין דחוי לבין מצוות אכילה דאינן נדחין[288].

[288] רבינו זצ"ל לא ביאר את החילוק הזה. ויתכן לומר דהסוגיא דדחוי במצוות מיירי במצוות נטילת לולב וכסוי הדם דהויין חובות גברא, דחל בהן דין דחוי בחפצא של המצוה וכגון דנקטם הערבה ודם שכסהו הרוח. ושאני מצוות אכילת קדשים ומע"ש דהמצוה חלה בחפצא להאכל, ומשו"ה דין דחוי לא חל, דאף בשעת פסולו החפצא עדיין עומד למצותו להאכל ולכן איננו נדחה.

אולם לכאורה היה אפשר לחלק ולומר דבנפלו המחיצות לא חל פסול בחפצא דמע"ש אלא דבהיכי תמצי א"א לאכלו, דחסר הכשר מקום אכילתו ולכן אינו נדחה. משא"כ בנפגם המזבח דחל פסול בחפצא דהקרבן דמשו"ה נדחה. וכן בנקטם הערבה חל פסול בחפצא עצמו ונדחה. וה"ה בכסהו הרוח דחל פסול בחפצא דהדם למצות כסוי דמשו"ה נדחה. אך תוס' לא ס"ל לחלק הכי, משום דס"ל דאף במע"ש כשנפלו המחיצות או נפגם המזבח חל פסול בחפצא דמע"ש עצמו ואינו רק פסול דחל במקום האכילה בלבד ומשו"ה בדין היה דנדחה.

ב.

שיטת התוס' שאנ"ץ בדין קלטוה מחיצות

עיין בשיט"מ בשם תוס' שאנץ (ד"ה לא פלוג), וז"ל ונ"ל דאע"ג דמחיצה לקלוט דרבנן לא קרינן ביה נקבצים לתוכה כיון שאסרו לו חכמים להוציא, כדאשכחן בריש כל שעה דהמקדש אשה בחמץ בשעה דרבנן אין חוששין לקדושיו עכ"ל. דבריהם צ"ע דמהו ההשוואה בין דין דנקבצים לתוכה בעיה"נ ודין חמץ בשעה חמישית.

ונראה דר"ל שכמו שבחמץ הגזירה מדרבנן לאוסרו בשעה החמישית מטיל על החפצא חלות שם איסה"נ מדרבנן, דחלות שם אסה"נ הזה מפקיע כל חלות ממון, ושאם קידש בו אשה אינה מקודשת אף מדאורייתא, דה"ה בקלטוהו מחיצות, דחלות האיסור דרבנן להוציא את החפצא דמע"ש מירושלים להחזירו לעירו מפקיע ממנו חלות דין שלל עיה"נ מדאורייתא, דדין דאורייתא חל מחמת דין דרבנן.

בא"ד. והא דאמרינן בשמעתין דלא פלוג היינו לענין פדייה דבשום ענין אינו נפדה דגזרו רבנן שלא יפקיע קדושתו כיון דקלטו מחיצות ואם היה פודהו הרי הוא מפקיע קדושתה, אבל לענין להוציא חוץ מירושלים היכא דמחיצות קיימות אמור מפני שמפקיע קדושתו אבל נפלו מחיצות אין כאן הפקעה במה שמביאו עכ"ל. ביאור דבריו דקלטוהו מחיצות מקדש את החפצא דמע"ש בקדושה נוספת לענין ב' דינים - דאינו נפדה ושאסור להוציאו מירושלים. ובנפלו מחיצות המע"ש עדיין עומד בקדושתו ואסור לפדותו. אך נפילת המחיצות, דהיינו חורבן הבית, מבטלת את קדושת ירושלים וכדביאר התוס' שאנץ (בשיטה ד"ה דנפיל מחיצות) וז"ל וי"ל דהכא כמ"ד לא קדשה לעתיד לבא כו' דנפיל מחיצה כגון דחרב הבית עכ"ל. ונראה דמאחר דנתבטלה קדושת ירושלים אף איסור ההוצאה בטלה, דירושלים עיה"ק איננה קיימת, ולכן הו"ל שלל עיה"נ דאינו שייך עוד לירושלים. ומשו"ה נמי הוי ממון הדיוט וכדכתב תוס' שאנץ (בסוף ד"ה לא

פלוג) וז"ל דכיון דנכנס והותר מיד באכילה ונעשה ממון הדיוט שוב לא יעשה ממון גבוה עכ"ל.

ג.

שיטת הרמב"ן

עיין בשיטה מקובצת בשם הרמב"ן הדן בסתירת הסוגיות שבכאן ושבסנהדרין. וז"ל ואיכא למימר מאי יצא דקתני לא שיצא ממש אלא שנפלו מחיצות וכל זמן שהוא בתוך העיר לא פלוג רבנן אפילו נפול נמי אינו נפדה כדי שלא יאמרו ראינו מעשר נפדה בירושלים והתם בשיצא חוץ לירושלים וכיון דנפלו מחיצות והוא חוץ לירושלים לא גזור עכ"ל. אליבא דרמב"ן אם המע"ש יצא מחוץ לירושלים משנפלו המחיצות הריהו נפדה דדין קלטוה מחיצות פקע בנפילת המחיצות. ונראה דס"ל דדין קלטוהו מחיצות קיים רק כל זמן דחל חיוב לאוכלו בירושלים. אך משנפלו המחיצות ופקעה קדושת ירושלים פקעה נמי חובת מצות אכילת מע"ש. ולכן אם יצא המע"ש מירושלים ליכא חיוב להחזירו לשם, דפקעה כל קדושת מע"ש דחלה מחמת קליטת המחיצות ויש לו פדיון. ואילו תוס' והתוס' שאנץ חולקים ע"ז דס"ל דקדושת החפצא דמע"ש אינה פקעה בנפילת המחיצות ומשו"ה אינו נפדה. ולרמב"ן הקדושה חלה רק כל זמן דניתן לקיים את מצות האכילה, אך לא משנפלו המחיצות, דאז הקדושה דקלטוה מחיצות פקעה ונפדה. ועוד כתב הרמב"ן וז"ל ול"נ דהתם כגון דנפלו מחיצות קודם שהכניסו שם ולא גזרו רבנן שהרי הוא כמו שלא נכנס והכא כגון דנפלו מחיצות לאחר שהכניסו וגזור בהו רבנן עכ"ל. כלומר דקלטוה מחיצות חל כשהמחיצות קיימות וירושלים בקדושתה, כשהמע"ש נכנס לתוכה. ואילו אם נפלו המחיצות ואח"כ נכנס מע"ש דליכא קדושת ירושלים דבטלה בחורבן העיר לא חל דין קלטוה מחיצות. ולכאורה דין זה פשיטא, ויל"ע האם הביאור הראשון בהרמב"ן מסכים לדין זה או לא. דאם פליג יצא דס"ל דאף בזה"ז אם מע"ש נכנס לירושלים אע"פ דירושלים אינה בקדושתה, מ"מ המע"ש אינו נפדה כל זמן שהוא בעיר, כדי שלא יאמרו ראינו מע"ש נפדה בירושלים, וצ"ע.

ד.

קדושת ירושלים וקדושת ביהמ"ק

עיין בשיטה (בד"ה דנפיל מחיצות) בשם תוס' שאנץ וז"ל דהכא כמ"ד לא קדשה לעתיד לבא ואע"ג דכל זמן שבית המקדש קיים דמסתבר דכל הקדשות קיימות כו' יש לפרש דנפיל מחיצה כגון דחרב הבית עכ"ל. אליבא דשיטה זו רק בנפלו המחיצות של ביהמ"ק עצמו בטלה קדושת העיר ושוב לא קולטין המחיצות. ברם אם מחיצות העיר נפלו אמנם

מחיצות ביהמ"ק עדיין עומדות אזי קדושת העיר לא בטלה וקלטוה המחיצות. דקדושת ירושלים קיימת מחמת מחיצות ביהמ"ק.

ועיין בתוס' זבחים (דף ס: ד"ה מאי) וז"ל וכי תימא כשחרב הבית ונהרס המזבח אבל חומת ירושלים קיימת ולא בטלה קדושתה לענין קדשים קלים ומע"ש, זהו תימא לומר דהא ירושלים לא נתקדשה אלא בשביל הבית עכ"ל. לפי הה"א בתוס' שם קדושת ירושלים שאני מקדושת ביהמ"ק, דאע"פ שביהמ"ק חרב וקדושתו בטלה אם עדיין נשארו מחיצות ירושלים במקומן אזי קדושת ירושלים עדיין קיימת אף בלי קדושת ביהמ"ק. ולפי"ז סוגייתנו משתעי בנפילת מחיצות ירושלים ולא בנפילת מחיצות ביהמ"ק, שלא כהתוס' שאנץ. אך תוס' שם דחו דיעה זו וס"ל דקדושת ירושלים אינה חלות קדושה בפני עצמה אלא דהויא חלק מקדושת ביהמ"ק, ואם ביהמ"ק חרב וקדושתו בטלה אזי אף קדושת ירושלים נמי בטלה, וכשיטת התוס' שאנץ.

ה.

בדין קדושת בתי ערי חומה

איתא בתוס' זבחים (דף ס: ד"ה מאי) דאם ביהמ"ק נחרב אזי בטלה כל קדושת עיר ירושלים, ואע"פ שחומות העיר קיימות, כי קדושת ירושלים הרי היא חלק מקדושת ביהמ"ק. וכן איתא בפיה"מ לרמב"ם (רפ"ד דמס' ר"ה, במס' מעשר שני ג: ד, ובשקלים ו: ג) דירושלים נקראת מקדש, דקדושתה חלק מקדושת ביהמ"ק. וכן נמי משמע מדין עשר קדושות דנמנין ברמב"ם (פ"ז מהל' בית הבחירה הלי"ג - כ"ג).

ויל"ע בקדושת בתי ערי חומה, האם קדושתן תלויה בקדושת ביהמ"ק, שאם ביהמ"ק נחרב אזי קדושת בתי ערי חומה נמי בטלה, או"ד דחלות קדושה בפני עצמה הן, דחלה קדושתן מפאת קדושת ארץ ישראל ולא מפאת קדושת ביהמ"ק.

ועיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שמיטה ויובל הלט"ו) ז"ל אין סומכין אלא על חומה המוקפת בשעת כיבוש הארץ. כיצד עיר שלא היתה מוקפת חומה בשעה שכבש יהושע את הארץ אע"פ שמוקפת עתה הרי היא כבתי החצרים, ועיר שהיתה מוקפת חומה בימי יהושע אע"פ שאינה מוקפת עתה הרי היא מוקפת. וכיון שגלו בחרבן ראשון בטלה קדושת ערי חומה שהיו בימי יהושע עכ"ל. ואמר הגר"מ זצ"ל דהנה הרמב"ם פסק שקדושת בית המקדש הראשון לא בטלה ואע"פ שבטלה קדושת א"י שחלה בימי יהושע בן נון וכדכתב (בפ"ו מהל' בית הבחירה הלט"ז) ז"ל ולמה אני אומר במקדש וירושלים קדושה ראשונה קדשה לעתיד לבוא ובקדושת שאר א"י לענין שביעית ומעשרות וכיוצא בהן לא קדשה לעתיד לבוא, לפי שקדושת המקדש וירושלים מפני השכינה ושכינה אינה

בטלה, והרי הוא אומר והשמותי את מקדשיכם אמרו חכמים אע"פ ששמומין בקדושתן הן עומדים, אבל חיוב ארץ בשביעית ובמעשרות אינו אלא מפני שהוא כבוש רבים וכיון שנלקחה הארץ מידיהם בטל הכבוש כו' עכ"ל. והנה אם נימא דאליבא דהרמב"ם קדושת בתי ערי חומה חלה מפאת קדושת ביהמ"ק, אזי לכאורה בדין היה שגם אחרי שגלו מהארץ בזמן חרבן הבית הראשון שישארו בתי ערי חומה בקדושתן כמו קדושת ביהמ"ק דקדושתו עדיין קיימת במקומו מפני השכינה. ואילו הרמב"ם (פי"ב מהל' שמיטה ויובל הלט"ו) פסק שקדושת בתי ערי חומה בטלה בשעת הגלות הראשונה מהארץ. ומכאן מוכח דס"ל להרמב"ם דעיקר חלות קדושת בתי ערי חומה היא חלות קדושת א"י ולא חלות קדושת ביהמ"ק. ומשו"ה מדבטלה קדושת הארץ בגלות הראשון קדושת בתי ערי חומה נמי נתבטלה[289].

והנה עיין ברש"י (מס' שבועות דף טז. ד"ה וקידשום) וז"ל לא פורש לי במה מקדשים ערי ארץ ישראל עכ"ל. ולכאורה אם קדושת בתי ערי חומה חלה מפאת קדושת הארץ לא היו צריכים מעשה קידוש מיוחד אלא רק שישנן מחיצות העיר המקיפות אותה וממילא נתקדשה בקדושת ערי חומה דחלה מפאת קדושת ארץ ישראל. אמנם יעויין ברש"י במס' ערכין (דף לב: ד"ה וקידשום) וז"ל מפרש במס' שבועות (דף טז.) דמקדשי לה בשתי תודות ובשיר ובית דין מהלכין ושתי תודות אחריהן עכ"ל, כלומר דמקדשין ערי חומה באותו מעשה קידוש שבו מקדשין ירושלים עיה"ק בשתי תודות ובשיר. והנה נתבאר לעיל דקדושת ירושלים חלה מפאת קדושת ביהמ"ק, ולפי"ז נ"ל דמשו"ה ירושלים נתקדשה ע"י ב' תודות ובשירי הלויים, דקרבנות ושירי הלויים תלויים בקדושת ביהמ"ק. ולכאורה יוצא אליבא דפרש"י בערכין דאף קדושת ערי חומה חלה מפאת קדושת ביהמ"ק כמו קדושת ירושלים עיה"ק, ולא חלה מפאת קדושת א"י, ושלא כשיטת הרמב"ם לפי ביאור הגר"מ זצ"ל[290].

וע"ע בגמרא ברכות (דף ה:) בענין נגעים ויסורין של אהבה דהגמרא הבחינה "הא לן והא להו". וכ' בתוס' שם (ד"ה הא) ז"ל פרש"י לבני א"י שצריכין שילוח חוץ לג' מחנות לאו הוו ייסורין של אהבה. ותימא דשילוח מחנות לא היה נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג ובתי ערי חומה ובימי האמוראין לא היה יובל נוהג כדאמרי' במס' גיטין, והיאך היה

[289] ועיין בחידושי הגר"מ הלוי פי"ב מהל' שמיטה ויובל הט"ו שהאריך בביאור המחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד.

[290] לכאורה יוצא דלשיטת רש"י בתי ערי חומה נתקדשו בזמן יהושע מחמת קדושת המשכן. וא"כ צ"ע כשנחרב משכן שילה נ"ב שנה לפני שבנו את ביהמ"ק מה היה דינם של ערי חומה. ויתכן דקדושת שילה נשארה במקום שילה אע"פ שעצם המשכן נחרב כמו קדושת ביהמ"ק בזה"ז אליבא דהרמב"ם. אך משנבחרה ירושלים אזי נתבטלה קדושת שילה לגמרי וכדכתיב "ויטש משכן שילה" (תהלים ע"ח: ס'). וע"ע ברשימות שיעורים למס' יבמות הערה 231).

מדבר ר' יוחנן בדבר שלא היה נוהג בימיו עכ"ל. ומשמע דרש"י ס"ל דדין שלוח מצורעים מבתי ערי חומה נוהג אף בזה"ז, דסובר דאע"פ דקדושת הארץ בטלה מ"מ קדושת ערי חומה לא נתבטלה. ויתכן דס"ל דקדושת ערי חומה חלה מדין קדושת ביהמ"ק, וקדושת בית המקדש חלה אף בזה"ז מפני שהשכינה אינה בטלה ואע"פ שקדושת הארץ בטלה. ויוצא דרש"י בברכות אזיל לשיטתו במס' ערכין דקדושת ערי חומה חלה מדין קדושת בית המקדש ואינה תלויה בקדושת הארץ (וכדנתבאר לעיל) - ודלא כדעת הרמב"ם.

והנה יש כמה דינים דחלים בעיר חומה כגון דין שילוח מצורעים מתוכה, ואיסור קבורת המתים בתוכה (רמב"ם פ"ז מהל' בית הבחירה הלי"ג), וגאולת הבית בעיר חומה לגאול בית שנמכר כל י"ב חדש (רמב"ם פי"ב מהל' שמיטה ויובל הל"א). ומסתבר לומר דיש לחלק ביניהם, דדיני שילוח המצורעים ואיסור קבורת המת חלים מפאת קדושת העיר, שיש לה חומר מקום קדוש מעין קדושת ביהמ"ק וקדושת ירושלים. וי"ל דמשו"ה הביא הרמב"ם (שם בהל' בית הבחירה) את הדינים האלו בתוך רשימת עשר הקדושות דבא"י זו למעלה זו, דהויין קדושות דחלין מדין בית המקדש, מקדושת בתי ערי חומה עד לקדושת קדש הקדשים. ואילו דין גאולת בתי ערי חומה אינו חל מפאת קדושת ביהמ"ק שבעיר חומה אלא חל מפאת קדושת הארץ וכשאר דיני גאולה הנוהגין בא"י בשדות ובבתים. ולפי"ז י"ל דמש"כ רש"י שמשלחים מצורעים מבתי ערי חומה אף בזה"ז ר"ל דדין שילוח דחל מפאת קדושת המקדש שבעיר עדיין נוהג, אך נראה דדין גאולת הבתים הנמכרים בעיר חומה אינו חל בזה"ז גם לרש"י, דדין גאולת הבתים תלוי בקדושת ערי חומה דחלה מפאת קדושת הארץ, וקדושת הארץ נתבטלה בגלותנו.

והנה מזה דהרמב"ם מנה קדושת ערי חומה בתוך עשר קדושות דבא"י משמע דסובר דחלה קדושת עיר חומה מדין קדושת ביהמ"ק. ואעפ"כ פסק דנתבטלה קדושת ערי חומה בגלותנו מהארץ דמשמע דקדושת בתי ערי חומה היא מפאת קדושת א"י, וצ"ע דלכאורה פסקיו סתרי אהדדי. והגר"מ זצ"ל ביאר דלשיטת הרמב"ם חלין שני דיני קדושות בערי חומה - חלות קדושה אחת מפאת קדושת המקדש, ועוד חלות קדושה מפאת ארץ ישראל. אולם הרמב"ם סובר ששתי הקדושות תלויות זו בזו, ולכן בגלות מהארץ נתבטלה כל חלות קדושת ערי חומה - בין הקדושה החלה מצד בית המקדש ובין הקדושה החלה מצד א"י. דא"א שתחול קדושת מקדש בערי חומה בלי קדושת הארץ. משא"כ ביהמ"ק עצמו דקדושתו קיימת בזה"ז בלי קדושת א"י. ובביאור החילוק נראה לומר דמדמצינו קדושת ביהמ"ק דחלה בחוץ לארץ, דחלה במשכן של משה רבינו במדבר, ולכן אף בא"י עצמה אע"פ שקדושת הארץ בטלה בגלות בבל, מ"מ

מקום ביהמ"ק נשאר בקדושתו כמו המשכן שבמדבר. משא"כ קדושת ערי חומה, דאע"פ דהויא מעין קדושת בית המקדש וירושלים, מ"מ תלויה נמי בקדושת הארץ, ומשנתבטלה קדושת הארץ בטלה כל קדושת ערי חומה - אף חלות הקדושה מפאת בית מקדש[291].

והנה הראב"ד (פי"ב מהל' שמיטה ויובל הלט"ו) כתב וז"ל שהראשונות בטלו משבטלה הארץ אע"פ שחומתה קיימת ואם נפלה חומתן מיד בטלה קדושתן עכ"ל. ונראה דהראב"ד אזיל לשיטתו דס"ל (בפ"ו מהל' בית הבחירה הלט"ו) דקדושת ביהמ"ק בטלה ביחד עם קדושת הארץ, וז"ל למ"ד קדושה ראשונה לא קדשה לעתיד לבא לא חלק בין מקדש לירושלים לשאר א"י עכ"ל. וס"ל דקדושת ערי חומה נמי בטלה עם בטול קדושת הארץ. והראב"ד הבחין בין קדושת המשכן דחלה בחו"ל בלי קדושת א"י לבין קדושת בהמ"ק דחלה רק בא"י בזמן דחלה קדושת הארץ. ונראה לבאר סברתו די"ל דקדושת ביהמ"ק חלה לא רק בבית עצמו אלא אף במקום ובקרקע של הבית. והקרקע זקוקה לקדושת א"י כדי שתתקדש אף בקדושת בית המקדש. משא"כ במשכן שבמדבר שנסע ממקום למקום למסעותיו במדבר י"ל דקדושתו חלה רק בחפצא דהמשכן עצמו, ולא חלה בקרקע שבמדבר בשעת חנייתו, ומשו"ה אף במקומו חלה קדושת המשכן בלי קדושת הארץ כלל. ולפי"ז יל"ע בקדושת משכן שילה האם דומה לקדושת המשכן שבמדבר ולא חל ביה קדושת המקום, או"ד שדומה לביהמ"ק דהקדושה חלה אף במקום, וצ"ע.

והנה בסוף דבריו כ' הראב"ד שבזמן שקדושת הארץ והמקדש קיימת אם נפלו חומות העיר של עיר חומה אזי קדושתה בטלה. ויש לבאר דבריו בשני אופנים: א) י"ל דר"ל נפילת חומות העיר במציאות, דאזי העיר אינה נחשבת תו לעיר חומה דחסר לה היקף חומות במציאות, דבנפלו החומות א"א לקרותה עוד עיר חומה, ולכן קדושתה בטלה. ויש להוסיף עוד דס"ל לראב"ד דקדושת העיר תלויה בקידוש תמידי ע"י מחיצותיה, דהמחיצות אינן מקדשות את העיר לעתיד לבא אלא רק מקדשות את העיר לאותה שעה שהן מקיפות אותה ומשנפלו בטל קידוש דהמחיצות ונתבטלה קדושת העיר.

ב) י"ל דבנפלו החומות כוונתו דנפלו מחמת חורבן העיר ע"י כיבוש שונאים, וכדמצינו בביאור סוגיין דנפלו מחיצות ירושלים וביהמ"ק ר"ל חורבן ע"י השונאים (כנ"ל מתוס' שאנ"ץ). ולפי"ז יוצא דבנחרב עיר חומה ע"י כיבוש שונאים החורבן מבטל את קדושתה,

[291] ועיין בחידושי הגר"מ הלוי פי"ב מהל' שמיטה ויובל הט"ו ד"ה אכן הפירוש להרמב"ם.

ואע"פ דהשונאים לא כבשו ולא החריבו שאר א"י ירושלים וביהמ"ק, מ"מ חל דין חורבן על אותה עיר חומה שכבשוה לבטל ולהפקיע ממנה את קדושתה[292].

ע"כ ענין פדיון מעשר שני אחרי שקלטוהו מחיצות

בענין ארץ ישראל וקדושתה

א.

שם ארץ ישראל וקדושת א"י

כתב הרמב"ם (פ"א מהלכות תרומות הל"א - ב) ז"ל התרומות והמעשרות אינן נוהגין מן התורה אלא בארץ ישראל כו' א"י האמורה בכל מקום היא בארצות שכיבשן מלך ישראל או נביא מדעת רוב ישראל וזהו הנקרא כיבוש רבים, אבל יחיד מישראל או משפחה או שבט שהלכו וכבשו לעצמן מקום אפילו מן הארץ שניתנה לאברהם אינו נקרא א"י כדי שינהגו בו כל המצוות עכ"ל. ומבואר ברמב"ם שיש שני דינים בא"י: א) חלות שם דא"י דהיינו הארץ שניתנה לאברהם אבינו לגבולותיה; ב) קדושת א"י דחלה ע"י כיבוש רבים. ומצוות תו"מ נוהגות מן התורה רק במקומות שנתקדשו בקדושת הארץ, ברם מלשון הרמב"ם "אינו נקרא א"י כדי שינהגו בו כל המצוות", משמע דכדי שיחול חיוב של כל המצוות התלויות בארץ בעינן כיבוש רבים וחלות קדושת א"י, אמנם משמע שיש כמה מצוות הנוהגות בכל מקום שנקרא בשם ארץ ישראל אע"פ שחסר קדושת א"י, וכדיבואר להלן.

ב.

האם מצות ישוב א"י תלויה בקדושת א"י או בחלות שם א"י

ולכאורה נראה דמצות ישוב הארץ נוהגת בא"י אפילו בלי חלות קדושת הארץ, שהרי אברהם אבינו נצטווה להתיישב בה גם בלי קדושת הארץ, וכן נצטוו אבותינו יצחק ויעקב. ויעויין ברמב"ם (פ"ה מהל' מלכים הל"ט - י"ב) המאריך בחיוב לדור בארץ ישראל ולא בחו"ל בזה"ז, ולא הבחין כלל אם יש בא"י קדושת הארץ או לא, כפי מה שהבחין בפ"א מהל' תו"מ לענין תרו"מ, ומשמע דמצות ישוב א"י מדאורייתא אינה תלויה בקדושת א"י אלא בחלות שם א"י בלבד[293].

---

[292] ויוצא לפי"ז חידוש דחל דין חורבן על מקצת א"י להפקיע ממנה את קדושתה ואע"פ ששאר א"י לא חרבה ובקדושתה עומדת. ונראה דכ"ז בחורבן עיר אחת בא"י, משא"כ בחורבן ירושלים עיה"ק דאזי פקעה קדושת כל הארץ ואפילו ממקומות שלא נחרבו, דחורבן ביהמ"ק וירושלים מהווה עפ"י דין חורבן לכל הארץ דפקעה כל קדושתה, וכן משמע מהראב"ד ודו"ק.

[293] אולם עיין ברמב"ם בספה"מ שלא מנה מצות ישוב א"י, והשיג עליו הרמב"ן והאריך להביא ראיות שנצטוינו בירושת וכיבוש הארץ בכל הדורות (עיי"ש מצות עשה ד' ששכח אותן הרב), ובמגילת אסתר תירץ דהרמב"ם סובר שאין מצות ישוב א"י נוהגת אלא בזמן הבית, ומשמע דס"ל למגילת אסתר דהרמב"ם סובר דמצות ישוב א"י

אמנם לכאורה צ"ע בזה, שהרי הרמב"ם (בפ"ה ממלכים הל"י) כתב וז"ל גדולי החכמים היו מנשקין על תחומי ארץ ישראל ומנשקין אבניה ומתגלגלין על עפרה, וכן הוא אומר כי רצו עבדיך את אבניה ואת עפרה יחוננו עכ"ל. והמקור להרמב"ם הוא הגמרא בכתובות (דף קיב.) דר' אבא נשק כיפי דעכו. וצ"ע שהרי עכו הוי הגבול הצפוני לקדושת הארץ לענין תו"מ (עיין גיטין ז ב), ומ"מ חל שם א"י יותר צפונה מעכו, ולמה נשק ר' אבא דוקא כיפי דעכו. וצ"ל דר' אבא נישק כיפי דעכו להראות את חיבתו לקדושת הארץ, דמתחילה מעכו.

והנה בנוגע לאיסור להתיישב בארץ מצרים כ' הרמב"ם (פ"ה מהל' מלכים הל"ח) ז"ל ויראה לי שאם כבש ארץ מצרים מלך ישראל עפ"י בי"ד שהיא מותרת, ולא הזהירה אלא לשוב לה יחידים או לשכון בה והיא ביד עכו"ם מפני שמעשיה מקולקלין יותר מכל הארצות שנאמר כמעשה ארץ מצרים עכ"ל. וצ"ע מה בא כאן הרמב"ם לחדש, דהא אם קדשו ב"ד בכיבוש רבים את ארץ מצרים בקדושת הארץ פשיטא דמותר לשבת בה, דתו אינה עוד ארץ מצרים דהתהפכה להיות א"י המקודשת בקדושת הארץ (וכדפסק הרמב"ם פ"ה מהל' מלכים ה"ו), וא"כ צ"ע למה כתב הרמב"ם "ויראה לי" דמשמע שיש בהלכה זו איזה שהוא חידוש שלו בלי מקורות.

ונראה לבאר עפי"מ דכתב הרמב"ם (פ"א מהל' תרומות הל"ג - ד') וז"ל הארצות שכבש דוד חוץ לארץ כנען כגון ארם נהרים וארם צובה אחלב וכיוצא בהן אע"פ שמלך ישראל הוא ועפ"י ב"ד הגדול הוא עושה אינו כא"י לכל דבר ולא כחוצה לארץ לכל דבר כגון בבל ומצרים, אלא יצאו מכלל חוצה לארץ ולהיותן כא"י לא הגיעו, ומפני מה ירדו ממעלת א"י מפני שכבש אותם קודם שיכבוש כל א"י אלא נשאר בה מז' עממים, ואילו תפס כל ארץ כנען לגבולותיה ואח"כ כבש ארצות אחרות היה כיבושו כולו כא"י לכל דבר. והארצות שכבש דוד הן הנקראין סוריא. סוריא יש דברים שהיא בהן כא"י ויש דברים שהיא בהן כחו"ל. והקונה בה קרקע כקונה בא"י לענין תרומות ומעשרות ושביעית והכל בסוריה מדברי סופרים עכ"ל. ועיין בגמרא גיטין (דף ח:) וז"ל והקונה שדה בסוריא כקונה בפרוארי ירושלים. למאי הלכתה, אמר רב ששת לומר שכותבין עליו אונו ואפילו בשבת. בשבת ס"ד. כדאמר רבא אומר לעכו"ם ועושה ה"נ אומר לעכו"ם ועושה ואע"ג דאמירה לעכו"ם שבות משום ישוב א"י לא גזור רבנן עכ"ל. ועיין ברמב"ם (פ"ו מהל' שבת הי"א) וז"ל הלוקח בית בארץ ישראל מן הנכרי מותר לו לומר לנכרי לכתוב לו שטר

מדאורייתא תלויה בקדושת הארץ ולא בחלות שם א"י. ועיין באחרונים שדחו דברי המגילת אסתר ותירצו השגת הרמב"ן בכמה אופנים.

בשבת, שאמירה לנכרי בשבת אסורה מדבריהם ומשום ישוב ארץ ישראל לא גזרו בדבר זה, וכן הלוקח בית מהם בסוריא שסוריא כארץ ישראל לדבר זה עכ"ל. ומשמע דהרמב"ם סובר דחל בסוריא דין ישוב הארץ מדאורייתא ולפיכך פסק דבקונה בית בסוריא מותר לומר לנכרי לכתוב שטר בשבת. ונראה דהרמב"ם סובר דדין סוריה הוא דין דאורייתא דחל בה שם א"י מדאורייתא אך ליכא בסוריא חלות דין קדושת הארץ מדאורייתא. וזהו כוונתו במש"כ "שסוריא כארץ ישראל לדבר זה", דר"ל דאע"פ שפסק (פ"א תרומות ה"ב) דכיבוש יחיד לא שמיה כיבוש (ובגמ' בגיטין ח: מבואר דלמ"ד כיבוש יחיד שמיה כיבוש כותבין שטר בשבת בקונה בית בסוריא), מ"מ חל בסוריא חלות שם ארץ ישראל, וי"ל דמשו"ה חל בסוריה מצות ישוב הארץ מדאורייתא, ומשו"ה כותבין עליו שטר אפילו בשבת. אולם מצוות תו"מ אינן חלין בסוריה אלא מדרבנן (וכדפסק בפ"א מהל' תרומות ה"ד). ונראה דזהו הביאור במש"כ הרמב"ם דסוריה "יצאה מכלל חו"ל" - דחל בה שם א"י, "ולהיות כא"י לא הגיעה" - דלא נתקדשה בקדושת א"י מדאורייתא.

ועיין ברמב"ם (שם ה"ו) וז"ל וחוצה לארץ נחלקת לשניים ארץ מצרים ושנער ועמון ומואב המצוות נוהגות בהם מדברי סופרים ונביאים ושאר הארצות אין תרומות ומעשרות נוהגות בהן עכ"ל. ונראה דיש חילוק בין דין תרו"מ בארץ שנער ועמון ומואב דחלין מדרבנן מטעם גזירה, משא"כ בסוריא דחלה בה קדושת א"י חיוב תרו"מ מדרבנן מחמת השם א"י שחל בה מה"ת. ומשו"ה כתב הרמב"ם (פ"א תרומות ה"ד) לגבי סוריא "יש דברים שהיא בהן כא"י", ואילו בארץ שנער ועמון ומואב (שם ה"ו) כתב רק דתרו"מ נוהגות בהם מדברי סופרים, ולא כתב שהן כא"י - דבאמת הארצות הסמוכות אינן חייבות בתרו"מ בתורת א"י אלא רק מגזירה דרבנן ואין בהן שם א"י כלל[294].

[294] וכן דייק הגר"ח זצ"ל בחידושי רבנו חיים הלוי פ"א מהל' תרומות הכ"ב. ועיין ברמב"ם (פ"א מהל' מע"ש הי"ד) וז"ל ויראה לי שמע"ש שמפרישים בארץ שנער ובמצרים פודין אותו ומביאים דמיו לירושלים. וכן יראה לי שלא חייבו מקומות אלו במע"ש אלא כדי לקבוע מעשר עני כדי שיהיו עניי ישראל סומכים עליהם עכ"ל. ודייק רבנו זצ"ל דהרמב"ם כתב שתיקנו מע"ש בארץ שנער ומצרים כדי לקבוע מעשר עני ולא כתב דחייבין במע"ש ובמעשר עני משום שתיקנו חיוב דרבנן של תרו"מ בארץ מצרים ושנער וכדפסק (בפ"א מהל' תרומות ה"ו) "וחוץ לארץ נחלקת לשנים ארץ מצרים ושנער ועמון ומואב המצות נוהגות בהם מד"ס, ושאר הארצות אין תרו"מ נוהגות בהן". ונראה לומר דשאני חיוב מעשר עני בסוריא מחיוב מעשר עני בארץ מצרים ושנער, דבסוריא חל חיוב מעשר עני משום שחל בסוריא דין תרו"מ מדרבנן בתורת א"י - משום שחל בה חלות שם א"י. וכן משמע מלשון הרמב"ם (פ"א מהל' תרומות ה"ד) "סוריא יש דברים שהיא בהן כא"י וכו' והקונה בה קרקע כקונה בא"י לענין תרומות ומעשרות והכל בסוריא מדברי סופרים", דהרמב"ם דקדק בלשונו דסוריא היא כא"י לענין תרו"מ משא"כ בארץ מצרים ושנער כתב רק דחייבים בתרו"מ מד"ס. ונראה דהחיוב דתרו"מ בארץ מצרים ושנער הוי רק גזירה דרבנן בעלמא בתורת חו"ל דמדרבנן גזרו במקומות הסמוכים לא"י דין תרו"מ מדרבנן, ומשו"ה כתב הרמב"ם (פ"א מע"ש הי"ד) דתיקנו במצרים ושנער מע"ש כדי לקבוע מעשר עני. ולפי"ז נמי יש לבאר מש"כ הרמב"ם (פ"ד מהל' שמיטה ויובל הכ"ז) וז"ל סוריא אע"פ שאינה נוהגת בה מן התורה גזרו עליה שתהיה אסורה בעבודה בשביעית כארץ ישראל וכו' אבל עמון ומואב ומצרים ושנער אע"פ שהם חייבות במעשרות מדבריהם אין שביעית נוהגת בהן עכ"ל. ונראה לומר דהחילוק בין סוריא למצרים ושנער הוא כנ"ל דבסוריא תיקנו רבנן חיוב תרו"מ בתורת א"י ומאחר

ונראה דזוהי נמי כוונת הרמב"ם (פ"ה מהל' מלכים ה"ח) שכתב "שאם כבש ארץ מצרים מלך ישראל עפ"י בי"ד שהיא מותרת", דהיינו שכבשה בכיבוש יחיד כמו שכבש דוד המלך את סוריה. ושיטת הרמב"ם היא דחלות השם דא"י דחל במצרים עפ"י כיבוש יחיד מתיר להתיישב שם, מאחר דחל בה מצות ישוב הארץ מדאורייתא כדחל בסוריה[295].

ג.

מצוות אחרות התלויות בשם א"י ולא בקדושת א"י

ונראה דבנוסף למצות ישוב הארץ יש עוד מצוות אחרות הנוהגות במקומות שחל בהן שם א"י אף בלי חלות קדושת א"י, ונ"מ למקומות שהחזיקו בהן עולי מצרים ולא החזיקו בהן עולי בבל דלא נתקדשו בקדושת הארץ השניה (עיין ברמב"ם פ"א מהל' תרומות ה"ה), אך מ"מ נראה דחל עליהן שם א"י מדאורייתא[296]. ולכאורה יהיה כמה נפ"מ לדינא וכדלהלן.

א) לגבי מצות עגלה ערופה כתב הרמב"ם (פ"י מהל' רוצח הל"א) וז"ל אין דין עגלה ערופה נוהג אלא בא"י וכן בעבר הירדן עכ"ל, ויש לדקדק דהרמב"ם לא חילק בין המקומות שהחזיקו בהן עולי בבל לבין המקומות שהחזיקו בהן רק עולי מצרים בלבד. ומשמע מזה דסובר דמצות עגלה ערופה נוהגת בכל א"י ואף במקומות שהחזיקו בהן עולי מצרים בלבד ולא נתקדשו בקדושת הארץ השניה. ומוכח מכאן דמצות עגלה ערופה תלויה בשם א"י ולא בקדושת א"י. וכן מוכח ממה שפסק דמצות עגלה ערופה נוהגת בעבר הירדן, והרי הרמב"ם פסק (פ"ד מהל' שמיטה ויובל הכ"ח) דשביעית נוהגת בעבר הירדן מדרבנן וספיחי עבר הירדן מותרין באכילה, דלא תהא עבר הירדן חמורה ממקומות בא"י שהחזיקו בהן עולי מצרים בלבד. ומבואר דהרמב"ם סובר דעבר הירדן לא נתקדשה בקדושה שניה דלא החזיקו בה עולי בבל (עיי"ש בראב"ד ובדרב"ז),

---

שחל בה שם וקדושת א"י ממילא שביעית נמי נוהגת בה משא"כ במצרים ושנער עמון ומואב דהוי רק גזירה דרבנן בעלמא לחייב הגברא דחו"ל בתרו"מ אין שביעית נוהגת בהן דלית להו חלות שם וקדושת א"י כלל, (רבנו זצ"ל).

[295] צ"ע שהרי הרמב"ם פסק (פ"א מהל' מע"ש הלי"ד) שאין מביאין בכור ומע"ש מסוריה דאין מצות הבאת מקום נוהגת בחו"ל (עיין לעיל בשיעורים לתחילת פרקין בענין פדיון מע"ש אות ו'), ומסתימת לשון הרמב"ם (שם) משמע דס"ל דסוריה הויא חלות שם חו"ל. וצ"ע דכאן נקט רבנו דחל בסוריא חלות שם א"י מדאורייתא. וצ"ל דדין הבאת מקום בבכור תלוי בחפצא דא"י ולא רק בשם א"י, וכוונת הרמב"ם דאין מביאין מע"ש ובכור מסוריא הוא משום דאינה חפצא דא"י, והראייה דגזרו על סוריה טומאת ארץ עממים, אע"פ דחל בה חלות שם א"י מחמת הכיבוש. (ועיין עוד לקמן אות ג' ס"ק ז). כי החפצא דא"י נתקדשה בקדושת א"י מיד בשעת כיבוש רבים המחייבתה במצות הבאת מקום בבכור ומע"ש, משא"כ סוריה, דחל בה שם א"י בעלמא מחמת קנין ממון דבנ"י שקנו אותה בכיבוש יחיד בלי חלות קדושת הארץ מדאורייתא. וע"ע לעיל דף קפ"ג קפ"ד.

[296] ועיין בחידושי הרמב"ן לגיטין דף ב. ד"ה מאשקלון לדרום שכתב דאף מקומות שלא כבשו עולי בבל וליכא בהם קדושת א"י לענין מצות התלויות בארץ מ"מ א"י בחיבתה עומדת לענין ישיבתה ודירתה, ומבואר דחל שם א"י במקומות שכבשו עולי מצרים ולא כבשום עולי בבל. וע"ע בס' כפתור ופרח (פרק י').

ואעפ"כ פסק דנוהג בה דין עגלה ערופה, ומוכח דדין עגלה ערופה תלוי בשם א"י ולא בקדושת א"י.

ב) בנוגע לסמיכת זקנים כתב הרמב"ם (פ"ד מהל' סנהדרין הל"ו) וז"ל אין סומכין זקנים בחוצה לארץ כו' וכל א"י שהחזיקו בה עולי מצרים ראויה לסמיכה עכ"ל. ומבואר להדיא ברמב"ם שמצות סמיכת זקנים חלה בכל א"י שהחזיקו בה עולי מצרים, ומוכח דמצות סמיכת זקנים תלויה בחלות שם א"י, ואע"פ שהוי מקום שלא החזיקו בה עולי בבל וחסרה בה קדושת הארץ.

ג) כתב הרמב"ם (פ"ה מהל' קדוש החדש הל"ג) ז"ל זה שאנו מחשבין בזה"ז כל א' וא' בעירו ואומרין שר"ח ביום פלוני ויו"ט ביום פלוני לא בחשבון שלנו אנו קובעין ולא עליו אנו סומכין. שאין מעברין שנים וקובעין חדשים בחוצה לארץ ואין אנו סומכין אלא על חשבון בני א"י וקביעתם. וזה שאנו מחשבין לגלות הדבר בלבד הוא. כיון שאנו יודעין שעל חשבון זה הן סומכין אנו מחשבין לידע יום שקבעו בו בני א"י אי זה יום הוא. וקביעת בני א"י אותו הוא שיהיה ר"ח או יו"ט, לא מפני חשבון שאנו מחשבין עכ"ל. ומפורש שקביעת בני א"י קובעת ר"ח אף בזה"ז, וקידוש החדש ועיבור שנה בא"י אינם תלויים בקדושת הארץ אי קיימת בזה"ז או לא, או במקומות שהחזיקו בהן עולי בבל וקידשום או לא, אלא שקביעת בני א"י כולה קובעת, ונראה דקביעת ר"ח תלוי בחלות שם א"י ולא בקדושת הארץ.

וע"ע בתוס' (סנה' דף יא: ד"ה אין) שכ' בשם הירושלמי שבזמן שאין יכולין לעבר את השנה בא"י מעברין אותה בחו"ל. והירושלמי הביא ראייה מיחזקאל הנביא ומברוך בן נריה שעברו שנה בחו"ל ואע"פ שעברו אחרי החורבן שבטלה קדושת הארץ, ומוכרח שקדה"ח ועיבור השנה תלויים בחפצא דא"י ולא בקדושת א"י[297].

ד) לגבי האיסור של בן לוי לקבל נחלה בארץ ישראל כדכתיב "בארצם לא תנחל", כתב הרמב"ם (פי"ג מהל' שמיטה הלי"א) ז"ל יראה לי שאין הדברים אמורים אלא בארץ שנכרתה עליה ברית לאברהם ליצחק וליעקב וירשוה בניהם ונתחלקה להם. אבל שאר כל הארצות שכובש מלך ממלכי ישראל הרי הכהנים והלוים באותן הארצות ובביזתן ככל ישראל עכ"ל. והראב"ד השיג עליו וז"ל א"כ לא יטלו בהן תרומות ומעשרות כי הם היו תחת חלק הארץ עכ"ל. ונ"ל דנחלקו בזה, דלרמב"ם האיסור ללוי ליטול נחלה

[297] ועיין בחידושי הגר"מ הלוי סוף הל' שמיטה ויובל ד"ה אותם הדינים שאינם מהמצות התלויות בארץ, ועיין באגרות הגרי"ד הלוי ריש הל' מלכים עמ' רס"ה, ועיין בשיעורי הרב עמ"ס סנהדרין עמ' קע"ח - ק"פ, ובס' שיעורי הרב עמ"ס גיטין ח"א עמ' פ"ז - פ"ט, ובס' שיעורי הרב על מס' חלה ועניני מצות התלויות בארץ עמ' קכ"ו - קל"א.

תלוי בחפצא דא"י הניתנת לאבותינו בלבד ובשם א"י בלבד ולא בקדושת הארץ בעלמא. משא"כ הראב"ד סובר דכל מקום שנתקדש בקדושת הארץ בעלמא נאסר לבני לוי.

ה) במצות בכורים כתב הרמב"ם (פ"א מהל' בכורים הל"א) ז"ל מצות עשה להביא בכורים למקדש ואינם נוהגין אלא בפני הבית ובא"י בלבד שנא' ראשית בכורי אדמתך תביא בית ד' אלקיך עכ"ל. והנה הרמב"ם לא הבחין בבכורים בין מקומות שהחזיקו בהן עולי בבל או לא, ומשמע דס"ל דבזמן בית המקדש השני הביאו בכורים מכל א"י ואפילו ממקומות שהחזיקו בהן עולי מצרים בלבד ולא החזיקו בהן עולי בבל, דס"ל דמצות בכורים תלויה בחלות שם ובחפצא דא"י ולא בקדושת הארץ.

והנה מדאורייתא אין להביא בכורים מעבר לירדן מזרחה דהיינו מנחלת ראובן גד וחצי שבט מנשה מפני שאינה ארץ זבת חלב ודבש (בכורים פ"א משנה י'), וכן פסק הרמב"ם (פ"ב מהל' בכורים הל"א). ונראה דהביאור ב"ארץ זבת חלב ודבש" ר"ל הארץ הנבחרת והמובטחת לאבותינו לאברהם ליצחק וליעקב, דלא הובטחו אלא לקבל את א"י מעבר לירדן מערבה, דהוי החלק דא"י המובחרת, דעיני ה' אלקיך בה מראשית השנה ועד אחרית שנה. ואע"פ דבארץ סיחון ועוג חלה קדושת א"י אך אינה הארץ המובטחת והנבחרת, ומשו"ה אין מביאין ממנה בכורים[298].

ונראה מזה שיש ג' דרגות בא"י: א) שם וחפצא דא"י הכוללת א"י גם מעבר לירדן מזרחה וגם מערבה. ב) א"י זבת חלב ודבש והיא הארץ הנבחרת מעבר לירדן מערבה. ג) קדושת הארץ דהיינו המקומות שקדשו בי"ד הגדול ע"י כיבוש וחזקה.

ו) עיין ברמב"ם (פ"א מהל' מתו"ע הלי"ד) וז"ל כל מתנות העניים האלו אינן נוהגות מן התורה אלא בא"י כתרומות ומעשרות, הרי הכתוב אומר ובקצרכם את קציר ארצכם, כי תקצור קצירך בשדך עכ"ל. ולכאורה מזה דהשווה הרמב"ם את מתנות עניים לתרומות ומעשרות משמע דמצוות מתנות עניים מדאורייתא תלויות בקדושת הארץ, והמקומות שהחזיקו בהן עולי מצרים ולא עולי בבל אינם חייבים במתנ"ע מדאורייתא בזמן בית שני מדליכא בהן קדושת ארץ ישראל ואע"פ דהויין חפצא וחלות שם א"י. וכן נקט החינוך (מצוה רט"ז). אך עיין במנחת חינוך (שם) דדן בזה הרבה ולא ניחא ליה להשוות מצוות מתנות עניים לתרומות ומעשרות לכל דבר, וס"ל דאע"פ דתו"מ בזה"ז מדרבנן הן מדליכא

[298] ולפי"ז יתכן לבאר למה משה רבינו מלכתחילה התנגד לנחלת בני גד וראובן בעבר הירדן דסבר דמכיון דאינה ארץ זבת חלב ודבש ואינה הארץ המובטחת לאבותינו ליכא בה מצות ישוב הארץ. וה' יתי' גילה לו דמצות ישוב הארץ נוהגת גם בארץ סיחון ועוג ואע"פ שאינה מארץ המובחרת, דמ"מ נתקדשה בקדושת הארץ. ויתכן דאף נקראת בשם א"י ואע"פ שאינה מובחרת.

היום ביאת כולכם (רמב"ם פ"א מהל' תרומות הלכ"ו) מ"מ מתנ"ע הן מדאורייתא. ולפי"ז י"ל ג"כ דאין מתנ"ע תלויות בקדושת הארץ אלא רק בשם א"י בלבד[299].

ז) בנוגע למצות בכור כתב הרמב"ם (פ"א מהל' בכורות הל"ה) וז"ל מצות בכור בהמה טהורה נוהגת בארץ ובחו"ל ואין מביאין בכורות מחוצה לארץ לארץ שנא' ואכלת לפני ה' אלקיך מעשר דגנך תירושך ויצהרך ובכורות בקרך וצאנך. ממקום שאתה מביא מעשר דגן אתה מביא בכור בקר וצאן וממקום שאין אתה מביא מעשר דגן אי אתה מביא בכור בקר וצאן אלא הרי הוא כחולין ויאכל במומו וכו' עכ"ל. וי"ל בדין בכור חו"ל דלפי הרמב"ם פקעה קדושתו מפני דליכא בו חובת מצות הבאת מקום וכדמבואר לעיל (בשיעורים לריש פרק הזהב בענין פדיון מע"ש אות ו'), האם דינו תלוי בקדושת הארץ או בשם א"י בחפצא, ונ"מ לגבי מקומות שהחזיקו בהן עולי מצרים ולא החזיקו בהן עולי בבל. ופשטות לשון הרמב"ם משמע דאין מביאים בכור מחוץ לארץ, היינו ממקום דליכא בו חלות שם א"י כלל. אמנם אם חל במקום ההוא שם א"י מביאים בכורות משם אע"פ דליכא באותו מקום קדושת א"י. אך מההשוואה של בכור למע"ש לכאורה משמע לאידך גיסא דתלוי דין בכור בקדושת הארץ כמו דין מע"ש עצמו ולא רק בשם א"י בלבד, וצ"ע.

והנה הבאנו בשיעורים בשם הגר"ח זצ"ל דההשוואה בין בכור למע"ש דברמב"ם אינו בדין קדושת הארץ, דהא מצות בכור אינה ממצוות התלויות בארץ, אלא דההשווה בין בכור למע"ש חל מדין הבאת מקום - דלא חלה מצות הבאת מקום מחו"ל להביא מע"ש ובכור משם לירושלים. ולכאורה י"ל דהיינו מחו"ל ממש, אך במקום שחל בו שם א"י אפילו בלי קדושת א"י, חלה בו מצות הבאת בכור לירושלים, דפטור בכור בחו"ל הוא במקום דלא חל עליו שם א"י כלל.

ונראה שיש לדמות בכור לבכורים, דהא אף בבכורים נוהגת מצות הבאת מקום. וקבענו לעיל דמצות בכורים לרמב"ם תלויה בשם א"י ולא בקדושת הארץ, וא"כ י"ל דה"ה בבכור דמתקיימת מצות הבאת מקום להביאו ממקום שחל בו שם א"י אפילו בלי קדושת

[299] עיין בפירוש הרמב"ן עה"ת (ויקרא י"ג: מ"ז) בנוגע לנגעי בתים ובגדים וז"ל והנה איננו נוהג אלא בארץ שהיא נחלת ה' כמו שאמר כי תבאו אל ארץ כנען אשר אני נותן לכם לאחוזה, ואין הדבר מפני היותו חובת קרקע, אבל מפני שלא יבא הענין ההוא אלא בארץ הנבחרת אשר השם הנכבד שוכן בתוכה. ובתו"כ דרשו עוד שאין הבית מטמא אלא אחר כבוש וחלוק ושיהא כל א' וא' מכיר את שלו, והטעם כי אז נתישבה דעתם עליהם לדעת את ה' והשרה שכינה בתוכם, וכן אני חושב בנגעי בגדים שלא ינהגו אלא בארץ עכ"ל. משמע דס"ל שנגעי בתים נוהג רק בארץ הנבחרת ולא בעבר הירדן. ועוד דתלוי בהשראת השכינה ולא בקדושת הארץ בקרקע. ונ"מ לכאורה אליבא דהרמב"ם דס"ל דלאחר חורבן בית הראשון קדושת הארץ בטלה אך השכינה דבמקדש ודבא"י לא בטלה, דלפי הרמב"ן דיני נגעי בתים עדיין יחולו.

הארץ[300].

ונראה שיש עוד הוכחה מהא דפסק הרמב"ם (פ"א הל' תרומות הלכ"ו) דבבית שני לא נהגו מצוות תרומות ומעשרות מפני דחסרה ביאת כולכם, דהוי חסרון בקדושת הארץ וכדביאר הגר"ח זצ"ל בספרו (מובא בשיעורים לעיל). ברם מכמה משניות וגמרות בש"ס מבואר דנהגו מצות בכור בזמן בית שני, ולכאורה משמע מזה דמצות בכור אינה תלויה בקדושת הארץ כתו"מ אלא בשם א"י בלבד. אך יש לדחות דביאת כולכם מהווה חלות דין בקדושת א"י לענין תרומות ומעשרות בלבד, ולא לגבי שאר המצוות התלויות בקדושת הארץ. דחסרון ביאת כולכם פוגמת בקדושת א"י לגבי תו"מ, אך מכל מקום אף היכא דליכא ביאת כולכם חלה איזושהי קדושת הארץ פגומה המחייבת במצוות אחרות כגון בבכור[301].

ד.

קדושת הארץ והמקדש בזה"ז

כתב הרמב"ם (פ"א מהל' תרומות הל"ה) ז"ל כל שהחזיקו עולי מצרים ונתקדש קדושה ראשונה כיון שגלו בטלה קדושתן, שקדושה ראשונה לפי שהיתה מפני הכיבוש בלבד קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבא. כיון שעלו בני הגולה והחזיקו במקצת הארץ קדשוה קדושה שניה העומדת לעולם לשעתה ולעתיד לבא עכ"ל. ועוד כתב (פ"א מהל' תרומות הלכ"ו) ז"ל התרומה בזה"ז ואפילו במקום שהחזיקו עולי בבל ואפילו בימי עזרה אינה מן התורה אלא מדבריהן שאין לך תרומה של תורה אלא בא"י בלבד ובזמן שכל ישראל שם שנא' כי תבואו ביאת כולכם כשהיו בירושה ראשונה וכמו שהן עתידין לחזור בירושה שלישית לא כשהיו בירושה שניה שהיתה בימי עזרה שהיתה ביאת מקצתן, ולפיכך לא חייבה אותן מן התורה. וכן יראה לי שה"ה במעשרות שאין חייבין בזה"ז אלא מדבריהם כתרומה עכ"ל. ובהל' בית הבחירה (פ"ו הלט"ז) כ' וז"ל ולמה אני אומר במקדש וירושלים שקדושה ראשונה קדושתן לעתיד לבא ובקדושת שאר ארץ ישראל לענין שביעית ומעשרות וכיוצא בהן לא קידשה לעתיד לבא, לפי שקדושת המקדש וירושלים מפני השכינה ושכינה אינה בטלה, והרי הוא אומר והשמותי את מקדשיכם ואמרו חכמים אע"פ ששמומין בקדושתן הן עומדים, אבל חיוב ארץ בשביעית

[300] צ"ע כי הרמב"ם (פ"ב מהל' ביכורים הל"א) פסק שמביאין ביכורים בסוריא ולא בכור ומע"ש, ומ"ש ביכורים מבכור ומע"ש. ותירץ רבינו זצ"ל דשאני בכור ומע"ש דהבאת מקום מהוה דין בעיקר קדושתם משא"כ בבכורים דעיקר קדושתם חל מדין קדושת תרומה והבאת בכורים לירושלים הוי קיום מצוה דחלה על הגברא ולא בחפצא, עיין בספר שעורי הרב על עניני מצות התלויות בארץ דף קנ"ד - קנ"ה וקס"ד - קס"ה.

[301] בהגדרת הקדושה הפגומה הזו עיין בהערות לקמן.

ובמעשרות אינו אלא מפני שהוא כיבוש רבים וכיון שנלקחה הארץ מידיהם בטל הכיבוש ונפטרה מן התורה מן המעשרות ומן השביעית שהרי אינה ארץ ישראל, וכיון שעלה עזרא וקידשה לא קידשה בכיבוש אלא בחזקה שהחזיקו בה ולפיכך כל מקום שהחזיקו בו עולי בבל ונתקדש בקדושת עזרא השניה הרי הוא מקודש היום ואע"פ שנלקחה הארץ ממנו וחייב בשביעית ובמעשרות על הדרך שביארנו בהלכות תרומה, עכ"ל.

ובכסף משנה (בהל' בית הבחירה שם) תמה על דברי הרמב"ם וז"ל, איני יודע מה כח חזקה גדול מכח כיבוש ולמה לא נאמר בחזקה גם כן משנלקחה הארץ מידינו בטלה חזקה, ותו בראשונה שנתקדשה בכיבוש וכי לא היה שם חזקה, מי עדיפא בלא כיבוש מחזקה עם כיבוש, וצל"ע.

והנה במסכת כלים (פ"א מ"ו) תנן, "עשר קדושות הן, ארץ ישראל מקודשת מכל הארצות ומה היא קדושתה שמביאים ממנה העומר והביכורים ושתי הלחם מה שאין כן בכל הארצות". ולכאורה תמוה אמאי לא הזכירה המשנה דא"י מקודשת משאר כל הארצות משום שנתחייבה בתרומות ומעשרות וכל מצוות התלויות בארץ, וקתני רק הני תלת מצות של קרבן העומר והביכורים ושתי הלחם.

ונראה דיש ב' קדושות בארץ ישראל: א) קדושת הארץ המחייבת במצוות התלויות בה, וב) קדושת הארץ מחמת קדושת בית המקדש. וקדושת המקדש דבא"י מחייבת במצוות המקדש, דהיינו שמביאין מארץ ישראל עומר בכורים ושתי הלחם לביהמ"ק. ונראה דמשנה זו עיקרה לבאר דיש עשר דרגות של קדושת המקדש, ולכן לא נקטה את שאר המצוות התלויות בארץ כתרומות ומעשרות מכיון שאינן חלין מחמת קדושת המקדש שבארץ ישראל. ועיין בהגהות הגר"א במשנה שם דיש להשמיט תיבת "ביכורים" מהמשנה. ונל"ב דהגר"א סובר דצריך להשמיט "ביכורים" מהמשנה משום שביכורים אינו חיוב דתלוי בקדושת המקדש שבא"י, אלא היא כשאר מצוות התלויות בארץ ולא שייכא למשנתנו. אמנם לפי הגירסא שלפנינו צריך לומר שמצות ביכורים אינה כשאר מצוות התלויות בארץ, אלא היא תלויה בקדושת המקדש, שכל מצותה להביאה למקדש ולהניחה בעזרה ככל האמור בסדר הבאתה, ודמיא לעומר ושתי הלחם המהוות מצוות התלויות בקדושת המקדש.

ולפי זה יש לבאר את החילוק בין קדושה ראשונה לקדושה שניה אליבא דהרמב"ם, שקדושה ראשונה דא"י התחילה בכיבוש מלחמה ע"י יהושע בן נון, ורק אחרי שנים רבות בנו דוד ושלמה את בית הבחירה, ולכן קדושת א"י וקדושת המקדש לא השתייכו

אהדדי, ומשו"ה י"ל דקדושת א"י בטלה בכבוש בבל, ואילו קדושת ביהמ"ק לא בטלה דשכינה לא בטלה. משא"כ בבית שני דבראשונה הקים עזרא מזבח לה' ובנה את בית המקדש, ואז התחילו להתיישב מסביב לבית המקדש ונתפשטו משם לשאר ערי הארץ. ונראה שזוהי כוונת הרמב"ם שקדושת שניה לא קדשוה בכיבוש אלא בחזקה, כלומר שקדושתה חלה על ידי חזקת הארץ ובנינה בהדי קדושת בית המקדש, ועל כן לא נתבטלה קדושת א"י השניה בדומה לקדושת ירושלים שאינה בטלה לעולם, שקדושת הארץ בזמן עזרא נובעת מקדושת בית המקדש, דאינה בטלה לעולם[302].

ועוד נראה לבאר את החילוק שבין כיבוש יהושע לבין חזקה דעזרה כי בכיבוש יהושע ארון הקדש היה נוסע לפניהם למלחמה לכבוש את הארץ וכדחזינן שעברו את הירדן (יהושע ד: ז' - י"א) עם ארון הברית, וגם כבשו את יריחו (יהושע ו: ו' - ט') עם הארון, וככה קיימו בנ"י את מצות ארון הברית היוצא לפניהם למלחמה (עיין בפרש"י על התורה במדבר י': ל"ג ע"פ הספרי). והנה מצות כיבוש הארץ עם הארון מפורשת היא בתורה (במדבר י': ל"ה) "ויהי בנסע הארון ויאמר משה קומה ה' ויפצו אויביך וינסו משנאיך מפניך", כלומר דממצות הארון הוא לנסע לפני בנ"י למלחמה כדי שינוסו האויבים מלפניהם. ולפי"ז כיבוש יהושע שקדש את א"י היה ע"י ארון הברית שהלך לפניהם למלחמה כדי לכבוש את הארץ. ולכן כשהארץ נחרבה ע"י הבבלים קדושת א"י בטלה, שהרי בזמן יהושע בנסיעת הארון שונאי ישראל נסו מלפניו וככה כבשו בנ"י א"י וקידשוה. אך בזמן שהבבלים באו וכבשו את הארץ מבנ"י לא נסו השונאים מלפני בנ"י, ולכן הכיבוש בטל וגם הקדושה בטלה, כי הקדושה תלויה בניסת שונאי ישראל מלפני ארון ברית ה'.

וכל זה היה הדין בקידוש יהושע בן נון ובביאה הראשונה, אך בביאה שניה כשעזרא ובנ"י באו לארץ נכנסו בלי ארון הברית שכבר גנזו יאשיהו המלך מתחת לביהמ"ק (רמב"ם פ"ד מהל' בית הבחירה הל"א), ולכן עזרא לא היה יכול לקדש את א"י בכיבוש דהא חסר ארון הברית, אלא דזוהי גזיה"כ "והטיבך והרבך מאבותיך" וכדאיתא

[302] וראיתי לידידי הרה"ג מנחם גנק שליט"א שביאר על פי דברי רבנו זצ"ל את דרשת הגמ' (בחולין צא ב) שהובאה ברש"י על הפסוק (בראשית כ"ח, י"ג) הארץ אשר אתה שוכב עליה לך אתננה ולזרעך. ודרשו, קיפל הקב"ה כל ארץ ישראל תחתיו, רמז לו שתהא נוחה ליכבש לבניו. והנה המקום ששכב עליו יעקב אבינו היה בהר המוריה ובמקום המקדש, וכמו שאמר יעקב אבינו, "אין זה כי אם בית אלקים וזה שער השמים". וקיפל הקב"ה כל ארץ ישראל תחתיו להראות לו שישנה קדושת ארץ ישראל הנובעת ממקום המקדש שהיה יעקב שוכב עליו. וקדושה זו תהא בזמן קדושה שניה ולא תיבטל לעולם. וזוהי הכונה שתהא נוחה להיכבש לבניו, שתתקדש ע"י חזקה באופן שלא תתבטל. דיעקב אבינו בברחו מעשו אחיו דאג במיוחד על חורבן הבית שיהיה ע"י מלכות רומי שהיא מזרעו של עשו, והבטיחו הקב"ה שקדושת הארץ לא תתבטל בחורבן הבית כי קדושתה מפני השכינה שאינה בטלה לעולם. ועיין בס' שיעורי הרב עמ"ס חלה ועניני מצות התלויות בארץ עמ' קל"ב - קל"ג.

בירושלמי (שביעית ריש פ"ו) "אבותיכם לא היה עליהם עול מלכות ואתם אע"פ שיש עליכם עול מלכות". דקידוש דעזרה חלה ע"י כח דחזקה דמקדשת לעולם, ובכן אף בזמן שהשונאים שולטים עלינו הקדושה דא"י אינה בטלה.

אולם עלינו להבין מהו יסוד הכח דחזקה לקדש לעולם. ובדרך דרוש נראה לומר דהכח דקידוש דעזרא דחזקה הוא שחל הקידוש ע"י התורה שבע"פ. דבאמת עיקר המקדש דא"י היא התורה הנכנסת עם בנ"י לארץ ישראל. ובביאה הראשונה שנכנסו לארץ עם ארון הברית, הקידוש נעשה בכח התורה שבכתב הכתובה על לוחות הברית שהיו מונחים בארון הקודש, ונמצא דהתורה שבכתב שבארון הברית הלכה לפניהם במלחמה וע"י נכבשו הז' עממים שהיו בארץ ישראל, וקדשה בכך את הארץ. מאידך ביאת עזרא היתה בלי ארון הברית, ולכן נ"ל דעיקר כח המקדש דא"י בימי עזרא היתה התורה שבע"פ, דבאה עם עזרא ועם בית דינו אנשי כנסת הגדולה לא"י. ונראה דהתורה שבעל פה היתה עיקר התורה שקדשה את א"י בשעת ביאה שניה - בביאת עזרא וסיעתו, והקידוש שע"י התושבע"פ חל לעולם. דאין קדושת התורה שבע"פ תלויה באיזה חפצא כמו החפצא דהלוחות וארון הברית - אלא רק בעצם הפעולה של לימוד התורה שבע"פ, והוא שעמד על ידם דאנשכה"ג לקדש את הארץ בביאה שניה. ומשו"ה קדושת הארץ השניה אינה בטלה לעולם כמו שהתורה שבעל פה ולימוד תורתנו הק' אינה בטלה לעולם. דנהי דהחפצא דלוחות הברית נעלם אך לא בטל לימוד התורה הק' ובמיוחד לימוד התורה שבע"פ וכדכתיב "ואני זאת בריתי אתם אמר ה' רוחי אשר עליך ודברי אשר שמתי בפיך לא ימושו מפיך ומפי זרעך ומפי זרע זרעך אמר ה' מעתה ועד עולם" (ישעיה נ"ט: כ"א)[303].

ה.

ביאור הגר"ח זצ"ל בדין קדושה שניה קידשה לשעתה ועת"ל לפי הרמב"ם

ובשיטת הרמב"ם שקדושה שניה שנתקדשה בה ארץ ישראל היתה ע"י חזקה בלבד ולא בטלה לעולם, אמר הגר"ח זצ"ל דשיטת הרמב"ם מיוסד בירושלמי (שביעית ריש פ"ו) וז"ל והטיבך והרבך מאבותיך, אבותיך פטורים היו ונתחייבו ואתם פטורים הייתם ונתחייבתם. אבותיכם לא היה עליהם עול מלכות ואתם אע"פ שיש עליכם עול מלכות. אבותיכם לא נתחייבו אלא לאחר ארבע עשרה שנה, שבע שכבשו ושבע שחילקו, ואתם כיון שנכנסתם נתחייבתם. אבותיכם לא נתחייבו עד שעה שקנו כולה ואתם ראשון ראשון קונה ומתחייב עכ"ל. ומבואר בירושלמי דבביאה שניה נתקדשה ארץ ישראל

[303] עיין עוד במש"כ רבנו זצ"ל בשיעורים לזכר אבא מרי ח"א עמ' קפ"ט - קצ"ו, ועיין בס' מפניני הרב עמ' של"ו - של"ט, ועיין ברמב"ם פ' י"ב מהל' מגילה הלי"ח.

בחזקה בלי כיבוש וחלה בה ברכת "והטיבך והרבך מאבותיך", דאבותיכם לא נתחייבו אלא לאחר כיבוש וחילוק ואילו בבית שני נתחייבו במצות התלויות בארץ מיד ע"י חזקה בלבד. ונ"ל דזהו המקור למש"כ הרמב"ם דהקדושה השניה קידשה לשעתה ולעת"ל, דמאחר דנתקדשה בביאה שניה ע"י חזקה בלי כיבוש, עפ"י הבטחת "והטיבך והרבך מאבותיך, דראשון ראשון קנה ומתחייב", אפילו שבטלה הכיבוש לא נתבטלה הקדושה.

ו.

ביאור נבואת זכריה

בנבואת זכריה (פרק ד) כתוב שראה זכריה מנורת זהב עם שני זיתים עליה, אחד מימין ואחד משמאל. ושאל זכריה את המלאך, "מה אלה אדוני", וענה לו המלאך, "הלא ידעת", והשיב, "לא אדוני". ויען המלאך "ויאמר זה דבר ה' אל זרבבל לאמר לא בחיל ולא בכח כי אם ברוחי אמר ה' צבקות וגו'". וצריך לבאר השקו"ט מה היתה שאלת זכריה ומה ענה לו המלאך. והנה איתא בחז"ל שב' הזיתים רומזים אחד למלך ואחד לכה"ג (כמבואר ברש"י שם בפסוק יד). וצ"ע דבבית שני לא היה שמן המשחה, והכהן גדול היה רק מרובה בגדים ולא נמשח בשמן המשחה. וביאר הגר"ח שמראה הנבואה של מנורת זהב עם שתי הזיתים עליה וכו' היתה על גדלות של בית שני, ועל זה היה הנביא תמה, מה תפארת וגדולה היא זו, והלא בזמן בית שני היו ישראל תמיד תחת יד עכו"ם, ולא היו נביאים וגם גילוי שכינה לא היה כמו בבית ראשון, ופרצו מחלוקות גדולות בישראל עם צדוקים בייתוסים ומינים שקמו כנגד חז"ל והמסורת. והשיבו המלאך, "לא בחיל ולא בכח כי אם ברוחי אמר ה' צבקות", כלומר שהקדושה השניה דבית שני גדולה כחה מהקדושה הראשונה, משום שהקדושה הראשונה נתקדשה ע"י כיבוש - "בחיל ובכח", וע"כ משבטל הכיבוש בטלה הקדושה. משא"כ קדושה שניה נתקדשה "ברוחי" כלומר שלא היה צריך כיבוש בכדי שתתקדש, אלא שנתקדשה בחזקה בלבד כשנתיישבו בני ישראל בארץ ישראל ע"פ ה'. ולכן קדושה שניה אינה בטילה לעולם, דהקדושה אינה מחמת הכיבוש ומגזה"כ "והטיבך והרבך מאבותיך" נלמד דקדושה שניה אינה בטלה ונתקדשה לעת"ל, ובבנין הבית השלישי יושלם קידוש זה, ותתגשם הנבואה בשלמותה שיהיה כ"ג שנמשח בשמן המשחה[304].

[304] וע"ע ברשימות שיעורים למס' סוכה עמ' ר"פ, ובשיעורי הרב עניני מצות התלויות בארץ עמ' קל"ד, ובחידושי הגרי"ז עה"ת זכריה פ"ד: ב). והנה בשיטת הרמב"ם לחלק בין חזקה בביאה שניה לבין כיבוש בביאה ראשונה נראה לע"ד להוסיף ביאור בירושלמי שהביא הגר"ח זצ"ל כמקור לשיטתו. דהנה שיטת הרמב"ם לכאורה צע"ג שפסק שקדושת עזרה לא בטלה לעולם ומ"מ פסק בסוף פ"א מתרומות דאין תרומות ומעשרות נוהגות בזה"ז מדחסרה ביאת כולכם. וביאר הגר"ח בספרו דביאת כולכם אינו פטור בעלמא אלא דחסרה עצם קדושת הארץ לענין תו"מ ושביעית, וא"כ צ"ע לענין מה נאמר שקדושת עזרה חלה בחזקה ולא בטלה, והרי הקדושה מעיקרא

ע"כ ענין א"י וקדושתה

גמ'. הבעלים אומרים בעשרים עיין בפרש"י וז"ל הבעלים אומרים בעשרים גבי מקדיש ופודה הקדשו וכו' מפני שמוסיפין חומש ועשרים שלהן הוו כ"ה דאילו שאר כל אדם לא יוסיף חומש עכ"ל. אליבא דרש"י הבעלים מוסיפים חומש רק על שומתם שאמרו עשרים. ומשום פסידא דהקדש, כי האחר הוסיף עילוי על שומת הבעלים ומחייבים את הבעלים לשלם את העילוי, אבל על זה ליכא הוספת חומש. והביאור, דעיקר דמי הפדיון הם דמי השומא דמעיקרא שהבעלים עצמם אמרו דהיינו עשרים - דע"ז מוסיפים חומש. ואילו דמי העילוי אינם חלק מעצם דמי הפדיון אלא הוי חיוב ממון בעלמא להקדש, ומשו"ה אין מוסיפים עליו חומש, דמוסיפים חומש רק על עצם דמי הפדיון, ולא על חיוב ממון בעלמא.

ועיין ברמב"ם (בפ"ח מהל' ערכין הל"ה) דפליג על שיטת רש"י וז"ל הבעלים קודמין לכל אדם מפני שהם מוסיפים חומש ואין מוסיפין חומש על עלוין של שאר הפודים אלא מה שנתנו הם תחלה. כיצד אמרו הבעלים הרי זה שלנו בעשרים ובא אחר ואמר הרי הוא שלי בעשרים הבעלים קודמין מפני שהן מוסיפין חומש ונותנין חמש ועשרים. בא אחד ואמר הרי הוא שלי באחת ועשרים אם שתקו הבעלים ולא הוסיפו כלום מוכרין אותה להם בחמש ועשרים. ואם הוסיפו הבעלים על עשרים ואחת אפילו פרוטה אחת הרי אלו נותנין שש ועשרים ופרוטה אחת, אחת ועשרים ופרוטה שנתנו מעצמן וחמש

לא חלה מדחסרה ביאת כולכם. ויתכן דנ"מ לעתיד לבא כשתהיה ביאת כולכם שקדושת הארץ תחול ממילא בלי קידוש ב"ד כבכר נתקדשה בחזקה ע"י ב"ד דעזרה. אך עיין בספר הגר"ח זצ"ל (פי"ב משמיטה הלט"ז) דמסופק בזה ודעתו נוטה דיהיה צורך לקידוש ב"ד בשעת ביאת כולכם לעתיד לבא. וא"כ לענין מה פסק הרמב"ם דיש קדושת עזרה בזה"ז בא"י והרי חסרה ביאת כולכם.

ונראה דיעויין ברמב"ם (פ"י ממאכ"א הל"ח) דפסק דכלאי הכרם אסורים מן התורה בא"י. וכן פסק (שם הל"י) לחלק מדאורייתא בין דיני ערלה בא"י לבין דיני ערלה בחו"ל. והרמב"ם לא הבחין בהן בין ביאת כולכם או לא. וי"ל דלענין האיסורים דכלאי הכרם וערלה חלה הקדושה דחזקה בביאה שניה דנתקדשה הארץ בלי ביאת כולכם. ובביאור החילוק בין תו"מ לבין כלאי הכרם וערלה י"ל דבני ישראל מקדשים את הארץ, דב"ד הגדול מייצג את בני ישראל. אך בנוסף לקידוש בנ"י ע"י שלוחם ב"ד הגדול צריכים בני ישראל בגופם לבא לארץ ולהקדישה מדין ביאת כולכם. ובבית שני חל הקידוש דב"ד הגדול אך חסר הקידוש דבנ"י בגופם. ונ"מ למצוות דכלאי הכרם וערלה דחלו ואילו המצוות דתו"מ לא חלו. ובביאור י"ל דתו"מ הריהן מצוות שבין אדם לחבירו ובלי ביאת כולכם לא חלה קדושת הארץ השלימה לענין מצוות תו"מ הנוהגין בין אדם לחבירו. ומאידך המצוות דכלאי הכרם וערלה אכן חלו דהריהן ממצוות בין אדם למקום.

ובביאור החילוק שברמב"ם לחלק בין חזקה דלא בטלה לבין כיבוש דבטל, נלע"ד שמיוסד הוא בדין גניבה, דהגנב והנגנב שניהם אינם יכולים להקדישו, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו (ב"ק דף סט.). ונמצא שכשאוה"ע כבשו וגזלו את א"י מבנ"י הארץ לא היתה עוד ברשות בנ"י, ואעפ"כ עדיין היתה שלהם ואפילו אחרי כיבוש העמים. ובקדושה הראשונה שחלה ע"י כיבוש היתה ההלכה שהקדושה קיימת רק כל זמן שהכיבוש קיים דהיינו דהארץ קנויה לבנ"י וגם נמצאת ברשות בנ"י. ובכיבוש הבבלים א"י יצאה מרשות בנ"י לרשות הבבלים, והקדושה משו"ה בטילה. ובאה גזיה"כ "והטיבך והרבך מאבותיך" דבקדושה דחלה ע"י חזקה, אף שנכבשה הארץ ע"י האדומים, קדושתה לא בטלה, דהקדושה נשארת מחמת הקנין של בנ"י בארץ ישראל מדין שלהם, דדין ברשותם אינו מעכב בקדושה השניה ושלא כחלות קדושת הארץ בביאה הראשונה.

שהן חייבין בו משום חומש המתן שנתנו תחלה כו' עכ"ל. והראב"ד תמה על שיטתו, וצ"ע ברמב"ם.

ונראה דהרמב"ם חולק על רש"י וסובר שאין מכריחין את הבעלים לשלם להקדש בעל כרחם דמי העילוי של האחר. ולפיכך אם האחר הציע עשרים ואחת והבעלים שתקו הבעלים פודין בעשרים וחמש, עשרים לדמי הפדיון וחמש לחומש, והקדש אינו מפסיד דמקבל כ"ה. אבל אם הבעלים הוסיפו והציעו יותר מהעילוי דהאחר כגון דהציעו הבעלים עשרים ואחת ופרוטה אזי הצעתם חלה לחייבם לשלם סכום זה שהוא יותר מהצעת האחר שהוא הציע רק עשרים ואחת. אך הבעלים משלמים חומש רק על העשרים שהיתה בהצעתם הראשונה ואינם חייבים לשלם חומש על ההוספה דהאחת והפרוטה שהוסיפו מחמת הצעת האחר שהציע עשרים ואחת. ונראה דלרמב"ם יש שני דינים בהצעת דמי פדיון - דמי ההצעה הראשונה הם עיקר דמי הפדיון המחייב לשלם חומש, דהיא השומא העיקרית ועצם דמי הפדיון של הבעלים. ואילו בהצעה השנית הבעלים הוסיפו יותר כדי להתגבר על הצעת האחר, וההוספה של אחת ופרוטה שהבעלים הוסיפו והציעו בהצעה השנית אינה מעצם דמי הפדיון, דעיקר דמי הפדיון הם רק דמי ההצעה הראשונה דהיינו עשרים. ההוספה השנית אינה אלא התחייבות נוספת להקדש, אך אינה מעצם דמי הפדיון, ומשו"ה עליה אין לשלם חומש והבעלים משלמים עשרים ושש ופרוטה אחת, וכדמבואר ברמב"ם.

תוס' ב"ק (דף סח:) ד"ה הוא וז"ל וי"ל דלא דמי דהקדש מאחר שהוקדש יצא מרשות בעלים וכמו שהבעלים יכולין לפדותו כמו כן אחר אבל כרם רבעי אע"ג דממון גבוה הוא מ"מ הבעלים זכאים לאוכלה בירושלים עכ"ל. תוס' חילקו בין הקדש לבין מע"ש דבהקדש כל אחד יכול לפדות ואילו במע"ש רק הבעלים יכולים לפדותו או מי שקבל רשות מהבעלים. ונראה דהביאור בדבריהם הוא דבקדושת דמים ליכא קנין ממון הדיוט כלל דקדושת דמים מהווה ממונו של הקדש. ומשו"ה כל אחד יכול לפדותו. משא"כ במע"ש דאע"פ דחל בו דין ממון גבוה מ"מ עדיין יש בו קנין בעלים דמצות הבעלים להביא המע"ש ולאכל אותו בירושלים. ומכיון דעדיין הויים בעלים בדיני ממונות בנוגע למצות הבאה ואכילה מעכבים אחרים מלפדותו. ועיי"ש בתוס' שדנו למה אחרים שאינם בעלים יכולים לפדות שביעית ופטר חמור. ותירצו ששביעית אינה אלא תקנה מדרבנן, ופטר חמור אסור בהנאה והוי כמו הקדש דליכא בו בעלים בדיני ממונות.

ולעד"נ נראה דיש לחלק, דחלות דין הפדיון דמע"ש חלוק ביסוד דינו מחלות דין הפדיון בהקדש, שביעית, ופטר חמור. דיסוד החלות של פדיון מעשר שני הוא שהפודה קונה

את הפירות בקנין כסף ממע"ש. והראייה לכך משיטת הראשונים שממע"ש למדים חלות דין קנין כסף דעלמא[305]. ואילו בהקדש יש שתי הלכות של פדיון: א) פדיון בתורת קנין מהקדש. ב) פדיון שחל כמתיר של איסורי הקדש. והראייה דבקונם כללי יש פדיון משום דהוי הקדש (נדרים דף לה.) והנה בקונמות אע"פ שאיסורי הקדש חלין בחפצא מ"מ ליכא בעלות ורשות הקדש, דרק בקדשי מזבח ובקדשי בדק הבית חלה בעלות דהקדש ורשות גבוה בחפצא. משא"כ בקונמות, דאינן קדשי השם כלל. ומשו"ה ההפקעה דהקדש מדיני שמירה שבועה גניבה וכו' אינה חלה בקונמות, כי רק כשיש רשות גבוה חלה ההפקעה דהקדש ולא בקונמות שאינן ברשות גבוה. ומ"מ יש פדיון בקונמות כבהקדש דעלמא משום שפדיון קונם חל מדין מתיר ואע"פ שאינו חל מדין קנין. ולכן כשחלות הפדיון מהווה חלות מתיר, כבהקדש, אזי גם אדם אחר שאינו הבעלים יכול לפדות. משא"כ במעשר שני רק הבעלים יכולים לפדות, כי פדיון מע"ש חל רק מדין קנין בלבד. וזכות הממון שיש לבעלים במע"ש נותנת לו את הזכות לקנות את המע"ש לעצמו ע"י הפדיון ולמנוע את הפדיון והקנין של אדם אחר.

ונראה דבשביעית נמי גופו של הפדיון מהווה חלות מתיר של איסורי שביעית, ולא קנין משביעית. והראיה לכך כי בשביעית חל חלות פדיון בין בדרך מקח ובין בדרך חילול (סוכה דף מ:), ובפדיון בדרך חילול הרי ליכא הקנאת הפירות, אלא החלפת קדושה דעלמא מהפירות לכסף. ומוכח שהפדיון חל מדין מתיר של איסור השביעית ולא מדין קנין, ולפיכך קיי"ל דאף אדם אחר שאינו הבעלים יכול לפדות שביעית. וי"ל דהוא הדין בפטר חמור, הרי מסקנת הגמרא שפדיונו פדוי לבעלים, דהיינו שלאחר שנפדה החמור בשה, החמור הוא ברשות הבעל הראשון ואינו נקנה לפודה. יוצא איפוא שפדיון פטר חמור חל כמתיר של איסורי החמור בלי קנין של החמור תחת השה. ולפיכך גם אדם אחר יכול לפדות פטר חמור בלי הסכמת הבעלים מדין מתיר. משא"כ פדיון מעשר שני, שאין הפדיון חל מדין מתיר אלא מדין קנין, ולכן רק הבעלים בלבד יכולים לפדות ולקנות את הפירות ממע"ש ולא אדם אחר.

והנה הסוגיא במס' סוכה (דף מ:) לומדת דין פדיון שביעית בדרך חילול מפדיון הקדש בדין חילול. ונ"ל דעיקר הראייה מהקדש היא מקונמות כי בקונמות יש פדיון שאינו קונה אלא חל כמתיר של איסורי הקדש, וזהו אף עיקר חלות דין הפדיון של שביעית בדרך חילול שחל כמתיר ולא כקנין.

[305] עיין ברש"י קידושין (כו.) ד"ה דבר ובחידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם פ"ח ממע"ש הל"ז, וע"ע בס' רשימות שיעורים לנדרים ח"א (דף נ"א - נ"ג) ולנדרים ח"ב (דף רסח).

דף נד.

תוס' ד"ה או דלמא
וז"ל וא"ת והלא בהקדש שוה מנה שחללו על שו"פ מחולל כו' וי"ל דודאי אם אמר הוא וחומשו מחולל על פרוטה מועיל אבל כי לא מזכיר בהדיא החומש לא מהני עכ"ל. ובביאור דבריהם נראה שאם חומש מעכב י"ל שאין עצם נתינת החומש מעכבת, אלא רק דמעשה הפדיון צ"ל פדיון שיש בו חומש, ומשו"ה אם הזכיר את החומש בפדיונו יצא ואע"פ שלא נתנו.
אולם מפרש"י (ד"ה חומש) משמע שעצם נתינת החומש מעכבת. וכן משמע מהגמרא בפסחים (לה:) וגם מלשון הרמב"ם (פ"ז מהל' ערכין הל"ג) וז"ל הפודה קדשיו אין החומש מעכב אלא מאחר שנתן את הקרן יצא הקדש לחולין ומותר ליהנות בו. ומדברי סופרים שאסור לו ליהנות עד שיתן החומש שמא יפשע ולא יתן אבל בשבת מפני עונג שבת התירו לו לאכול ואע"פ שעדיין לא נתן את החומש והרי הגזברין תובעין אותו עכ"ל. ובכן הדרא קושית התוס' לדוכתא, ועוד צ"ע ברמב"ם שהביא את שתי ההלכות (בפ"ז מהל' ערכין בהל"ג ובהל"ח). ולולי דמיסתפנא הייתי אומר דדין דשמואל חל להתיר את איסורי החפצא דהקדש ומע"ש דיצאו לחולין בפדיון שו"פ, אך החומש מעכב בקיום מצות הבאת מעות מע"ש לירושלים ובמצות אכילת מע"ש בתוכה דאינן מתקיימות בלי נתינת החומש המעכבת במצוות האלו. אך פירוש זה בדותא, דהניחא בפדיון מע"ש, אך בסוגיין אף דנו לגבי פדיון הקדש האם החומש מעכב, והרי שם ליכא מצות הבאה לירושלים, ואף במע"ש משמע דהחומש מעכב ביציאת פירות מע"ש לחולין ולא רק בקיום מצות ההבאה לירושלים, ועיין בלשונם דרש"י הרמב"ם, וצע"ג[306].
גמ'. אמר רמי בר חמא יש ג' אבעיות לרמי בר חמא בדין אי חומש כמותו: א) האם החומש דפדיון הקדש מתחלל על קרקע. ב) האם החומש דתשלומי תרומה משתלם שלא מן החולין. ג) האם החומש דפדיון מע"ש מתחלל על אסימין. ויל"ע האם יש רק אבעיא אחת או שיש שלש אבעיות שונות.
ועיין ברש"י ד"ה עליו שכ' וז"ל בכולהו חומשין כתיב אף עליו עכ"ל. ומלשונו דכתב "בכולהו" משמע דס"ל דיש ג' אבעיות שונות ופשטינן כל אחת מהן מדכתיב בכל א' מהן "עליו" ללמד שחומשו כמוהו. ונראה לבאר את הגמרא אליבא דרש"י ששלש אבעיות שונות הן.

[306] רבנו זצ"ל יגע ודן שעות ארוכות בשיעוריו לבאר את תמיהת התוס' אליבא דרש"י והרמב"ם, ולא עלה הביאור בידו, וה' ית' יאיר עינינו בתורתו הקד'.

א) בנוגע לאבעיא בפדיון הקדשות י"ל דהאבעיא היא האם החומש הוי חלק מגופו של הפדיון ומשו"ה אינו מתחלל על קרקע כמו עצם כסף הפדיון, או"ד דהחומש הוי חיוב תשלומין בפני עצמו וניתן לחללו על קרקע משום דאינו מעצם כסף הפדיון.
והנה לעיל בגמרא איתא דאם חומש מעכב "ארבעה בחמשה פריק" ובפשטות ר"ל דהחומש הוי חלק מעצם כסף הפדיון. ולפי"ז אין מקום לספקו של רמי בר חמא ופשיטא דהחומש אינו מתחלל על הקרקע. אך יש מקום לספקו אליבא דמ"ד דחומש אינו מעכב. ורבא הסיק "עליו לרבות חומשו כמותו". ועיין בתוס' (ד"ה עליו) שכ' וז"ל וא"ת והלא אין חומש מעכב כו' וי"ל דעליו לא מיירי אלא בדבר שמשלם קרן משלם חומש עכ"ל, ובביאור דבריהם נראה דהפודה א"צ לתת חומש, דהפדיון חל בלי החומש, אך כשנותן את החומש הריהו מצטרף לעצם הפדיון, ודיני הפדיון חלים בחומש ואין החומש מתחלל על הקרקע.
ב) והנה בנוגע לתשלומי דמי תרומה וחומש נראה דהחומש חל מדין מכפר. דכ"כ התוס' (כתובות דף ל: ד"ה זר) דיש נ"מ בין החומש דתשלומי תרומה לבין החומש דתשלומי מעילה. דבתשלומי תרומה הקרן והחומש חלים מדין מכפר ומשו"ה לא חל בהו דין קלבד"מ. משא"כ בקרן וחומש דתשלומי מעילה דחלין מדין תשלומי גזילה (דהוי חלות דין של תשלומי נזק) ולא חלין מדין כפרה, ומשו"ה חל בהן דין קלבד"מ לפטור מתשלומיהן. ולפי"ז מבואר דהחומש דתשלומי תרומה מהווה חלות מכפר כמו עיקר דמי הקרן - אלא דהאבעיא היא האם הזר נותן את הקרן והחומש דוקא בנתינה אחת או דנותנם בשתי נתינות, דאם נותנם בנתינה אחת צריך לתת לכהן גם את החומש נמי מדבר הראוי להיות קדש. ואילו אם נותן את החומש בנתינה בפני עצמה, ולא כחלק מנתינת הקרן, אינו צריך לתתו מדבר הראוי להיות קדש. ויוצא דאף אם החומש אינו ניתן מדבר הראוי להיות קדש והוי תשלומי דמים מ"מ אף הדמים מכפרין.
ויעויין ברמב"ם (פ"י מהל' תרומות הלי"ח) שכתב וז"ל כל האוכל תרומה בין בשוגג בין במזיד אינו משלם אלא מן החולין המתוקנים שהוציאו מהן תרומות ומעשרות כו' עכ"ל. ועיי"ש במשנה למלך דרש"י ותוס' פליגי על הרמב"ם דס"ל דדין ראוי להיות קדש חל רק באוכל תרומה בשוגג כשהתשלומין חלים מדין כפרה. ואילו במזיד דפטור מלשלם חומש אינו משלם את הקרן מדין כפרה אלא מדין דמי מזיק בעלמא, ולכן אינו משלם מדבר הראוי להיות קדש. אך הרמב"ם סובר שגם הקרן דתשלומי תרומה שאכלה זר במזיד נמי אינו משתלם אלא מדבר הראוי להיות קדש.

ולפי הרמב"ם צ"ל דאף תשלומי מזיד כשמשלם קרן בלי חומש הויין חלות מכפר, ולכן צ"ל דבר הראוי להיות קדש. ותמה ע"ז במל"מ מפסק הרמב"ם (פ"י מתרומות הלט"ו) דכהן אינו יכול למחול תשלומי הקרן והחומש בשוגג, משום דאינם חיובי תשלומין בעלמא דניתן למוחלם אלא מהווים תשלומי כפרה דא"א למוחלם. ומאידך הרמב"ם פסק (שם) דבאכל תרומה במזיד מכיון דמשלם קרן בלי חומש והתשלומין חולין דאם רצה הכהן למחול הריהו מוחלם. וצ"ע דמאחר דהרמב"ם מחייב נמי את האוכל תרומה במזיד לשלם מדבר הראוי להיות קדש משמע דהוי חלות כפרה, וא"כ היאך יכול הכהן למחול, דמ"ש מזיד משוגג דא"א לכהן למוחלם.

ונראה דהרמב"ם סובר דשני דינים חלין בתשלומי אכילת תרומה במזיד: א) דין תשלומין דעלמא מדין מזיק וגזלן, ב) דין כפרה, אלא דס"ל דשני הדינים תלויים זה בזה. ולכן חייב לשלם מדבר הראוי להיות קדש כדי לקיים את הדין דכפרה. ומאידך, הכהן יכול למחול את הקרן כי במחילתו הריהו מפקיע את חיוב התשלומין שחל מדין מזיק. ודוקא כשהזר חייב לשלם את הקרן מדין מזיק הריהו נמי חייב לשלם מדין כפרה. אך במחילת החיוב לשלם מדין מזיק פקע נמי החיוב לשלם את הקרן מדין כפרה.

ונראה דכל זה הוא הביאור בשיטת הרמב"ם באכילה במזיד. ובאכילה בשוגג, לפי צד האבעיא שיכול לשלם את החומש מכל דבר ולא רק מדבר הראוי להיות קדש ג"כ נראה שיש שני דינים: א) דין תשלומין, וב) דין כפרה. אלא שדין דשוגג הריהו הפוך מדין מזיד לפי הרמב"ם, דעיקר המחייב ודין דחומש בשוגג הוי חלות כפרה. ומכיון שכפרה הוי עיקר החיוב משו"ה א"א לכהן למוחלו, דאין מחילה חלה אכפרה. אלא שמדין התשלומין בעלמא שחל בחומש הריהו משתלם בדמים בלי שיהיה דבר הראוי להיות קדש. ואילו לרמב"ם במזיד עיקר המחייב וחלות דינו הוא מצד דין תשלומין, ומשו"ה יכול הכהן למוחלו. ומ"מ כשמשלם במזיד את הקרן חל נמי דין כפרה, ולכן צריך לשלם את הקרן במזיד מדבר הראוי להיות קדש.

ברם עדיין צ"ע ברמב"ם דפסק דתשלומי מזיד צ"ל מדבר הראוי להיות קדש, דהא לרמב"ם (בפ"י מהל' תרומות הלט"ו) תשלומי מזיד הריהם חולין ולא מתקדשים בקדושת תרומה, שלא כתשלומי שוגג המתקדשים בקדושת תרומה, וקשה א"כ דאם תשלומי מזיד חולין הם ולא מתקדשים ל"ל שיהיו מדבר הראוי להיות קדש. ועוד קשה אליבא דצד האבעיא דהחומש אינו צ"ל ראוי להיות קדש, למה תשלומי מזיד צ"ל מדבר הראוי להיות קדש, דאדרבא, אם החומש דעיקר דינו הוא כפרה אינו צ"ל דבר הראוי

להיות קדש ק"ו שתשלומי מזיד דעיקר דינם חל מדין תשלומי נזק, וכפרתם אינה אלא דין צדדי, דאינם צ"ל ראוי להיות קדש, וצ"ע.

ג) רמי בר חמא אף הסתפק האם אפשר לתת החומש דמע"ש מאסימון. וצ"ע דהא פדיון מע"ש מתקדש בקדושת מע"ש וכדכתיב "וצרת הכסף בידך והלכת אל המקום אשר יבחר ה' אלקיך בו ונתתה הכסף בכל אשר תאוה נפשך וגו' ואכלת שם לפני ה' אלקיך" (דברים י"ד: כ"ה - כ"ו), וה"ה לחומש, והרי א"א להקדיש כסף לקדושת מע"ש בקדושת פה אלא רק בדרך התפסת קדושת הפירות דמע"ש על הכסף, ומכיון דהחומש מתקדש הרי קדושתו נמי חלה בהתפסה מקדושת הפירות המתחללת ע"ג החומש, והוי החומש איפוא חלק מעצם כסף הפדיון, והיאך סד"א להשתמש באסימון לחומש מדאינו חפצא דכסף הראוי לקדושת מע"ש כדי להוציאו על אוכלים בירושלים.

וי"ל דבפרשת "וצרת הכסף" לא הוזכר החומש כי החומש מוזכר רק בפ' בחוקותי (ויקרא כ"ז: ל"א) וכדכתיב "ואם גאל יגאל איש ממעשרו חמשיתו יסף עליו", ושם לא הוזכרה את מצות ההבאה לירושלים. ובכן י"ל דהחומש אינו חלק ממצות הבאת מע"ש לירושלים, ומשו"ה אינו צ"ל כסף צורה[307], דאינו חל אלא מדין פדיון בעלמא וכחיוב ממון בפני עצמו, ואינו צ"ל כסף צורה דהוי דין דחל רק בהבאת כסף מע"ש לירושלים[308].

תוס' ד"ה עליו וז"ל וא"ת והלא אין חומש מעכב עכ"ל. ובפשטות י"ל דאע"פ דאין החומש מעכב והפדיון חל בלעדיו מ"מ אם נותן חומש הדין הוי דחומשו כמותו. אמנם התוס' הקשו קושיא אחרת - דלמה לא נדרש מגזיה"כ דעליו דחומש מעכב כמו שדרשינן שדינו כמותו.

בא"ד. וי"ל דעליו לא מיירי אלא בדבר שמשלם קרן משלם חומש עכ"ל. ר"ל דגזיה"כ דעליו נוגעת לקדושת החפצא דהחומש, דקדושתו שוה לקדושת הקרן. ומאידך הדינים דאין חומש מעכב ושלא לשלם חומש על חומש אינם נוגעים לקדושת החפצא אלא נוגעים לחיובי הגברא, וע"ז לא חלה גזיה"כ דעליו שחומשו כמותו.

ולפי תירוצם של התוס' מסתבר דלרמי בר חמא היתה רק אבעיא אחת - דהיינו האם קדושת החפצא דהחומש שוה לקדושת הקרן או לא, ונ"מ בהקדש לגבי קרקע, בתרומה לגבי דבר הראוי להיות קדש, ובמע"ש לגבי כסף צורה ולא אסימון.

תוס' ד"ה הקדש.

[307] עיין למעלה בשיעורים (דף מד.) בענין פדיון מע"ש.

[308] צ"ע דאם קדושת "החומש" אינה לשם הבאה לירושלים, מה יעשה עם החומש דנתקדש מדין פדיון בעלמא. ולכאורה יוציאנו על אוכלים בירושלים, דהרי קדושתו הריהי קדושת מע"ש, ויל"ע ביתר דיניו.

ז"ל ואפי' למ"ד חשוב כמחובר מ"מ כיון דאם לא היה קדוש סופו ליעקר מקרי תלוש עכ"ל. כלומר דבונין בחול ע"מ להקדישו לבסוף דבלי ההקדש שחל לבסוף לא היה בונה, ולפיכך כל זמן דהוי חול אינו חשוב כמחובר דעומד ליעקר, ומשו"ה פודין עליו. ואה"נ שעם חלות ההקדש נעשה מחובר, אבל מאחר דחלות שם ודין מחובר חל מחמת ההקדש הפדיון חל, דאין פודין על מחובר לקרקע כדהוי מחובר לקרקע בלי חלות ההקדש, אך לא דהוי מחובר מחמת חלות ההקדש דאזי פודין עליו.

ב) עיין בשיעורים (דף נו:) ד"ה בענין חפצא של קרקע ומחובר לקרקע אות ג' בביאור שיטת הרמב"ם לפי מרן הגר"מ הלוי זצ"ל.

דף נד:

גמ'. אמר רבא גבי גזל כתיב וחמישיתיו.

צ"ע ל"ל לגזיה"כ ללמדנו להוסיף חומש על חומש, הרי חיוב חומש מהווה חיוב ממון, ומ"ש חיוב ממון זה מכל חיוב ממון אחר דהכופר בו משלם קרן וחומש.

וי"ל דבלי גזיה"כ היינו אומרים דהחומש אינו חלות חיוב ממון אלא חלות חיוב כפרה בעלמא, ואי כפר בו פטור מחומש שני דהא לא כפר בשעבוד ממון, קמ"ל דהחומש מהווה חלות חיוב ושעבוד ממון, ומשו"ה הכופר בו משלם עוד חומש כיון שכפר בחיוב ממון.

גמ'. אהקדש ראשון מוסיף חומש על הקדש שני אין מוסיף חומש. עיין ברמב"ם (פ"ז מהל' ערכין הל"ד - ו') ז"ל והקדש ראשון הוא שחייב בתוספת חומש, שנא' ואם המקדיש יגאל את ביתו ויסף חמישית המקדיש ולא המתפיס. לפיכך אם חלל בהמה על בהמה שניה בין בקדשי בדק הבית בין בקדשי מזבח שנפל בהם מום או שהמיר בקדשי מזבח, כשהוא פודה את השניה וחלל עליה או את התמורה לעצמו אינו מוסיף חומש. המפריש אשם להתכפר בו ונפל בו מום והוסיף עליו חומש וחללו על בהמה אחרת ונתכפר באשם אחר ונתקה הבהמה שחלל עליה לרעיה כו' הרי הוא ספק אם מוסיף עליו חומש הואיל והוא קרבן עולה והרי הוא גוף אחד וקדושה אחרת או אינו מוסיף עליה חומש מפני שהיא באה מכח הקדש ראשון שכבר הוסיף עליו חומש עכ"ל. פסקי הרמב"ם מיוסדים על סוגיות הגמרא במס' תמורה (דף ט:). ונראה דס"ל שישנן שתי הלכות בפטור הקדש שני מחומש: א) כשההקדש אינו חל משום קידוש פה הריהו פטור מחומש, ודין זה כולל הקדש שחל על בהמה שניה כגון קדושת התמורה דאינו קידוש פה אלא קידוש

דחל מחמת מעשה התמורה; ב) שאין משלמין חומש פעמיים באותו גוף הקרבן. וזהו הדין של מותר אשם שהביאו הרמב"ם בסוף ההלכות.

תוס' ד"ה לענין.

פרש"י ז"ל ומועלין בה היינו מוסיף חומש, ותימה והלא שלמים אינה כולה לשמים ומוסיף חומש כו'. וי"ל דתו"כ מרבה אף שלמים כו' עכ"ל. ויפלא שפרשו דמעילה ר"ל פדיון והוא פירוש תמוה בגמרא ומחוסר ביאור.

ונראה לבארו עפי"מ דכתב הרמב"ם (פ"ו מהל' מעילה הל"ד) וז"ל ואין מועל אחר מועל במוקדשים אלא בבהמה וכלי תשמיש בלבד. כיצד בקע בקרדום של הקדש ונהנה בפרוטה ופגם ובא חבירו ובקע בו ונהנה ופגם כולם מעלו, נטלה הקרדום ונתנו לחבירו הוא מעל אבל חבירו לא מעל כו' עכ"ל. ועיין בראב"ד שהשיג על הרמב"ם.

והנה הרמב"ם הבחין בין המעילה של הוצאה כשנתנו לחברו שמחללת את הקדושה שבחפצא ומוציאתו לחולין לבין המעילה של הנאה שאינה מוציאה את החפצא של הקדש לחולין. ומרן הגר"ח זצ"ל ביאר[309] דלרמב"ם חלין שני דיני מעילה: א) מעילת ההוצאה מרשות הקדש המהווה גזילת החפצא מהקדש, דהגזילה מוציאה את החפצא מהקדש ומחללת את קדושתו. ב) מעילת ההנאה המהווה איסור בלבד, אך ליכא בה חלות של גזילת החפצא, שהשואל שלא מדעת אע"פ שעבר על איסור גזילה אך לא קנה את החפצא בקניני גזילה, ומשו"ה החפצא עצמו אינו חשוב גזול ולא מתחלל וקדושתו מתקיימת אפילו אחרי המעילה דהנאה.

ומאידך לפי הראב"ד בכל אופן דמעילה חלה גזילה מהקדש, דס"ל דהנהנה הוי גזלן מדין שואל שלא מדעת גזלן, ומשו"ה המעילה דהנאה נמי מוציאה את ההקדש לחולין דהכל הויא גזילה. ולפי"ז יש לומר דזהו הצד השוה שברש"י ושבתוס' להשוות את החומש דמעילה לחומש דפדיון, דהיינו דגם במעילה וגם בפדיון יש חלות של הוצאה מהקדש, וההוצאה לחולין מחייבת חומש בשניהם, בין במעילה ובין בפדיון.

ובכך נמי מבואר את סוף דברי התוס' דהביאו דדין החומש בפדיון קדשי קלים נלמד מגזיה"כ, דמכיון דקדשי קלים אינם בני מעילה, דאינם קדושים בקדושה חמורה דקדשי השם אלא בקדושה קלה אין ללמוד דין חומש בפדיונם מדין החומש בקדשי קדשים, שהרי קדשי השם הם שחלה בהם חלות הוצאה גמורה מהקדש. משא"כ בקדשי קלים דאינם קדשי השם, דחסרה בההוצאה מהקדש, ולכן סד"א דליכא בפדיונם חומש, קמ"ל

[309] עיין ברשימות למס' שבועות ונדרים בענין מעילה (דף ר"א - ר"ה).

גזיה"כ דאף בפדיון קדשי קלים חלה הוצאה מהקדש לענין תשלומי חומש בפדיונם, ואע"פ דלענין מעילה חסרה הוצאה מהקדש דמשו"ה ליכא בם מעילה.

דף נה.

תוס' ד"ה נדמייה.

וז"ל וי"ל כגון שלקח אבנים כדי לשקען בבנין ונמלך עליהם לפדותם ומקרי אפ"ה סוף הקדש כיון שמתחלה היה דעתו לשקען עכ"ל. ודבריהם צ"ב. ונראה דבהקדיש את האבנים כדי לשקען בבנין קידשם בקדושה למצוה. דשאני קדושת האבנים מקדושת בדק הבית דעלמא דאינה חלות קדושה למצותה אלא רק חלות ממון הקדש בלבד. ואילו האבנים התקדשו בקדושה למצות הבנין, והקידוש למצותן קובעתן בדין סוף הקדש ולא בדין תחילת הקדש.

אליבא דתוס' בקדושת בדק הבית למצותה חל פדיון אך פטור מחומש. מאידך הרמב"ם סובר דבקדושת בדק הבית למצותה אין פדיון חל כלל, שכתב בפ"א מהל' בית הבחירה (הלט"ו) וז"ל אבני היכל ועזרות שנפגמו או שנגממו פסולין ואין להן פדיון אלא נגנזים עכ"ל. ואילו במעילה פסק דאבנים כאלה יוצאין לחולין (פ"ו מהל' מעילה הל"ז), דדין מעילה תלוי בקדושת בדק הבית בלבד, משא"כ פדיון תלוי נמי במצותה.

בא"ד. א"נ כגון שנפל הבנין ורוצה לפדות האבנים עכ"ל. ונראה דדיעה זו בתוס' פליג על הדיעה הראשונה בתוס' וס"ל דקדושה למצוה לא חלה ע"י קידוש פה בלבד אלא רק בהכנסת החפצא למצותו בפועל. ומשו"ה רק אבנים שכבר השתמשו בהן לבנין נתקדשו בקדושה למצותן ואין לשלם חומש בפדיונן, משא"כ כשנתקדשו בקידוש פה בלבד דלא נתקדשו למצוה אלא רק בקדושת דמים בעלמא, דמשלמין עליהן חומש בפדיונן.

והנה בשאלה זו האם קדושת בדק הבית למצותה חלה בקידוש פה בלבד או רק אחרי כניסת החפצא למצותו, לכאורה יש סתירה ברמב"ם. כי בפ"א מהל' בית הבחירה (הלט"ו) כתב "אבני היכל ועזרות" דמשמע דנתקדשו בכניסתן לשימוש בהיכל ובעזרות בפועל. ואילו בפ"ד מהל' תמורה (הלי"א) כתב וז"ל המשנה את הקדשים מקדושה לקדושה עובר בלא תעשה כו' אחד קדשי מזבח ואחד קדשי בדק הבית, כיצד אם הקדיש לבדק ההיכל לא ישנה לבדק המזבח וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, דמשמע דההקדשה בפה מקדשתן למצותן ואפילו לפני כניסתן לשימוש ממש, וצ"ע[310].

[310] לכאורה יתכן לתרץ דבקידוש פה למצוה חל כבר דין מצותן האסור לשנותן ממצותן למצוה אחרת. ואילו דין הפקעת פדיונן חל רק כשחל חלות קדושה גמורה בגופה דחפצא והויין סוף הקדש. ואין הקדושה הזו חלה בחפצא אלא רק אחרי שנכנסו לשימוש בפועל ממש דאז נגמרה חלות קדושתן בגופה דחפצא, ונתקדשו עולמית

גמ'. תחילת אמצע וסוף הקדש. עיין בשיטה מקובצת שהביא כמה ביאורים בסוגיין מהראשונים:

וכ' הריטב"א וז"ל שכל סוף הקדש הוא עצמו דבר קדוש וראוי לעמוד בקדושתו וכן אמצע הקדש על הרוב שאין מחללין תחילת הקדש אלא בהקדש שני שראוי להיות קדוש. משא"כ בדבר הנקרא תחלת הקדש כגון בית ושדה וכיוצא בו דהוו דבר שאינו קדוש לעולם וסופו להתחלל דאי במידי דחזי לקדושת עולם סוף הקדש נקרא עכ"ל. ונראה שהריטב"א סובר דתחילת אמצע וסוף הקדש דבסוגיין אינן ההקדש ראשון שני ושלישי מבחינת הזמן אלא דאם החפצא נתקדש בקדושת ממון בעלמא דלא נתקדש למצוה, כמו למשל קדושת בית ושדה, אזי הו"ל תחילת הקדש שמוסיפין עליו חומש, ומאידך אם החפצא נתקדש למצותו כגון אבני ההיכל אז דינו סוף הקדש שאין בפדיונו חומש. ולא שנא בין אם הויא הקדושה הראשונה, השניה, או השלישית בזמן דתלוי רק אם נתקדש החפצא למצותו, דאזי ליכא בפדיונו חומש, ובדלא נתקדש למצותו מוסיפין חומש בפדיונו.

ופליג עליו הראב"ד וז"ל שאין סוף הקדש אלא כלי הצריך לבדק הבית או קורה יכול הוא לפדות אם ירצה אבל אינו מצוה לפדותו ויכול להיות סוף הקדש משא"כ בבהמה טמאה שאינה יכולה להיות סוף הקדש לעולם כו' וא"ת מעתה אפילו היה הכלי תחלת הקדש נמי לא יהיה לו חומש (כשיטת הריטב"א) י"ל ההוא תחלת הקדש מיהא הוי בבהמה טמאה כו' עכ"ל. הראב"ד סובר דתחלת אמצע וסוף הקדש כולם תלויים בזמנם דהיינו בהקדש הראשון, השני, והשלישי בזמן שלא כריטב"א. דאליבא דהראב"ד גם הקדש למצותו אם הוא ההקדש הראשון בזמן נחשב לתחילת הקדש דמוסיפים עליו חומש. ואילו לריטב"א הו"ל סוף הקדש שאין מוסיפים עליו חומש.

וכתב הר"ן וז"ל ואשכחינן סוף הקדש שהוא בר פדיון כגון עצים ואבנים המיוחדין לבדק הבית שאם מצאה נאין מהן פודין ואינו מוסיף חומש בפדיונן כו' עכ"ל. והנה הבאנו לעיל את שיטת הרמב"ם (פ"א מהל' בית הבחירה הלט"ו) דאבני בנין אין להם פדיון, דאין פודין הקדש בדק הבית הקדוש למצותו. אמנם הר"ן סובר דפודין אותן אם מצאה נאין מהן. ונראה דס"ל לר"ן דנוי בית המקדש הו"ל דין בעצם קיום המצוה דבנין ביהמ"ק, דהוי קיום מצוה ליפות ולהדר את ביהמ"ק, וזהו המתיר של פדיון אבנים דנתקדשו למצות בנין. וכן איתא ברמב"ם (פ"א מהל' בית הבחירה הלי"א) וז"ל ומצוה מן המובחר

בגופן בחלות שם סוף קדושה המפקיע מהן פדיון. ואמנם יוצאין לחולין במעילה דקדושתן הריהי קדושת דמים היוצאת לחולין במעילה.

לחזק את הבנין ולהגביהו כפי כח הציבור שנא' ולרומם את בית אלקינו. ומפארין אותו ומייפין כפי כחן, אם יכולין לטוח אותו בזהב ולהגדיל במעשיו ה"ז מצוה עכ"ל. לפי הר"ן נוי ביהמ"ק מתיר פדיון אבנים שהוקדש למצותן, והביאור בזה דמכיון דמוסיף בנוי מצוה אין הפדיון מכחיש את מצותן דהאבנים הראשונות, דאדרבא האבנים החדשים מוסיפים קיום במצות בנין ביהמ"ק דהוי עכשיו יותר מפואר. משא"כ אם פודין אבנים בלי להוסיף נוי דאז הפדיון מתנגד ומכחיש את מצוות האבנים הראשונות.

ולפי"ז נראה די"ל לפי הריטב"א דזהו ההבדל בין פדיון באמצע הקדש לבין פדיון בסוף הקדש ופדיון בתחילת הקדש. דתחילת הקדש אינו קדוש למצוה כלל, ובכן פדיונו מחייב חומש דהוי פדיון ממון הקדש בעלמא. ואילו באמצע הקדש חלה קדושה למצותו מדהו"ל אבן שנתקדשה לשם מצות בנין ביהמ"ק. אלא כשפודה אינו פודה את האבן באבן יותר נאה ורק באבן מאותו סוג איכות ונוי. וא"כ י"ל דהוי כפדיון תחילת הקדש דחל מדין פדיון ממון הקדש בעלמא, דעל פדיון ממון הקדש בעלמא מוסיפין חומש. ומאידך יש לדמותו לסוף הקדש, דהא יש כבר אבן קדושה למצותה, ואף האבן השניה היא ג"כ קדושה למצות בנין. ובכן הו"ל פדיון דחל בכדי לקיים עמדו את מצות הבנין - מאבן לאבן - דעל פדיון כזה אין מוסיפים חומש ודינו כסוף הקדש. דבסוף הקדש הפדיון בא להקדיש אבן יותר נאה דהו"ל פדיון לשם מצות בנין ביהמ"ק דעל פדיון כזה אין חומש.

ויעויין עוד ברמב"ם (פ"א מהל' בית הבחירה הלי"ח - י"ט) וז"ל המנורה וכליה והשולחן וכליו ומזבח הקטורת וכל כלי שרת אין עושין אותן אלא מן המתכת בלבד. ואם עשאם של עץ או עצם או אבן או של זכוכית פסולין. היו הקהל עניים עושין אותן אפילו של בדיל, ואם העשירו עושין אותן זהב אפילו המזרקות והשפודין והמגרפות של מזבח העולה והמדות אם יש כח בצבור עושין אותן של זהב אפילו שערי העזרה מחפין אותן זהב אם מצאה ידם עכ"ל. חזינן מהרמב"ם שחיוב נוי המקדש תלוי הוא במידת יכולת של הציבור - שאם הם עשירים חייבים לעשות הכלים מזהב ואם הם עניים עושים מבדיל.

והנה הרמב"ם כלל את המנורה בין הכלים דעושים ממתכת וצריכים זהב בשביל נוי ביהמ"ק. וצ"ע בזה, דהנה הרמב"ם (בפ"ג מהל' בית הבחירה הל"א - ד) כתב וז"ל המנורה מפורשת צורתה תורה וארבעה גביעים ושני כפתורים כו' בד"א בשעשאוה זהב אבל שאר מיני מתכות אין עושין בה גביעים כפתורים ופרחים כו' עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דבעינן צורת מנורה רק כשעשאוה מזהב ולא כשעשואה בשאר מיני מתכת. ומשמע דחלות שם חפצא דמנורה חל רק בזהב, ובשאר מתכת אינו חפצא דמנורה אלא

רק כלי שרת בעלמא. דלכתחילא המצוה היא להדליק בחפצא דמנורה, ובדיעבד יוצאים מצות הדלקת נרות דבביהמ"ק בהדלקת כלי שרת בעלמא ואע"פ דאינו חפצא דמנורה. ולפי"ז דין זהב במנורה אינו רק דין נוי כבשאר כלי המקדש אלא דין בעצם צורת וחלות שם חפצא דמנורה. וא"כ קשה למה כלל הרמב"ם את דין הזהב במנורה עם דין הזהב בשאר כלי המקדש.

ונראה שהרמב"ם סובר דעיקר דין דזהב במנורה חל מדין נוי כבשאר כלי המקדש, אלא דבמנורה דין הנוי דזהב כ"כ חמור דמעכב הוא בחלות שם חפצא דמנורה, דבלי הנוי דזהב אינו חפצא דמנורה אלא רק כלי שרת בעלמא. ומכאן מוכח דדין דנוי דחל בביהמ"ק ובכליו אינו חלות דין הידור מצוה בעלמא כבשאר המצוות דבתורה אלא דין מסוים במצוות עשיית ביהמ"ק וכלי המקדש ובמיוחד במצות עשיית המנורה.

ולכן מסתבר שיטת הר"ן דפודין אבני הבנין עם אבנים יותר נאין כי בכך מתקיימת עיקר מצות בנין ביהמ"ק ביתר שאת ועוז, דמעיקר מצות בנין ביהמ"ק הוא לעשותו הכי מפואר ומהודר שאפשר לעשותו.

ולכאורה יש להביא ראייה דשאני דין נוי בבנין ביהמ"ק מדין נוי מצוה בעלמא דבשאר המצוות שבתורה קיי"ל דדין הידור מצוה הוא לשלם עד שליש במצוה (ב"ק דף ט:), ואילו במצות בנין ביהמ"ק המצוה היא להדרו בזהב תחת בדיל והוא סכום הרבה יותר משליש, וצ"ע. אלא על כרחך מוכח דבשאר מצוות המצוה דהידור הוי דין חיבוב מצוות בעלמא, ואילו בביהמ"ק הריהו חיוב מסוים בעצם מצות בנין הבית. ובדומה לכך מצינו בשיטת רש"י (סוכה דף כט: ד"ה יבש) דלולב יבש פסול "דבעינן מצוה מהודרת דכתיב ואנוהו". רש"י סובר שבמצות לקיחת ד' מינים נוי מצוה מעכב בהכשר ופסול, דבשאר המצוות שבתורה מצות נוי והידור אינה מעכבת ולא פוסלת מדהוי חייב נוי בעלמא שאינו נוגע לעצם קיום המצוה. משא"כ בד' מינים דחל חיוב נוי מסוים - דנלמד מדכתיב בה "הדר" הנוגע לעצם קיום המצוה דד' מינים ובכן אם הלולב הוא יבש ומופקע מנוי הו"ל הוי דבר מאוס ופסול[311].

בענין שתי כסף

משנה. והטענה שתי כסף.

א.

בדין שתי כסף בשבועת עד אחד

[311] ע"ע בשיעורים למס' סוכה ריש פרק לולב הגזול.

איתא בגמ' שבועות (דף מ.) וז"ל אמר רב נחמן בר יצחק אמר שמואל ל"ש אלא בטענת מלוה והודאת לוה אבל טענת מלוה והעדאת עד אחד אפילו לא טענו אלא פרוטה חייב וכו' כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה, עכ"ל.

הגר"ח זצ"ל חקר בדין עד אחד שקם לשבועה האם עד אחד נאמן לענין השבועה (והשבועה באה להכחיש את נאמנותו), או"ד דעד אחד מחייב שבועה בפני עצמו אך בלי חלות דין של נאמנות. ואמר הגר"ח זצ"ל שמסתבר שזה תלוי במחלוקת הראשונים בנוגע לעד אחד המסייע את הנתבע אם פוטרו משבועה (עיין לעיל בראש"ש למס' ב"מ פרק קמא סי' ג'). דאם נימא דעד אחד נאמן לחייב שבועה אזי י"ל דבדין הוא שיהיה נאמן נמי אף לפטור משבועה. מאידך, אם עד א' אינו נאמן אלא מחייב שבועה בדין מיוחד אזי יתכן שעד א' רק מחייב שבועה אך אינו פוטר משבועה.

ועיין בר"ן (שבועות דף יט. בדפי הרי"ף ד"ה ודקדקו רבנו אפרים וכו') ובראש (בשבועות פ"ו סימן ה') שהביאו מחלוקת הראשונים האם עד א' מחייב שבועה בטענת שמא או דוקא בטענת ודאי. ולכאורה יש לתלות פלוגתתם בחקירה הנ"ל, דנראה שאם עד א' נאמן לענין שבועה אזי י"ל דעד אחד מחייב שבועה אף כשאין הבעל דין טוען טענת ודאי, שכן חלות נאמנותו דומה לנאמנותם של שני עדים בממון ואינה תלויה בטענת בעל הדין. לעומת זאת, אם עד אחד אינו נאמן לגבי שבועה אלא עדותו מועילה בתורת מחייב של שבועה א"כ יתכן לומר שכדי לחייב שבועה זקוק העד לטענת ודאי של התובע שהתחזקה ע"י העדאת העד א'. דהטענה עם העד אחד מחייבת את השבועה, אבל העד לבדו בלי טענת ודאי אינו מחייב שבועה.

ונראה דיש לתלות את ספקו של הגר"ח זצ"ל בדיון בש"ע (חו"מ ל"ד: כ"ז) כשכבר נשבע הנתבע והכחיש את העד, האם העד יכול להצטרף עם התובע לפוסל את הנתבע לעדות. די"ל שאם עד א' מעיקרא נאמן, א"כ כשנשבע הנתבע הריהו מכחיש ומבטל את נאמנותו של העד, ואין העד יכול להצטרף עם התובע לפסול את הנתבע - שכן עד מוכחש הוא. מאידך אם העדאת העד חלה רק בתורת מחייב של שבועה ולא מדין שהעד נאמן אזי י"ל ששבועת הנתבע לא חלה להכחישו ולהפקיע את נאמנותו אלא חלה רק לפטור את עצמו מתביעת התובע. ובכן אפשר לו לעד להצטרף ולהעיד אח"כ עם התובע לפסול את הנתבע לעדות אחרת כי מעולם לא הוכחש העד ונאמנותו לא נתבטלה.

ובפשטות ניתן להוכיח כצד הא' של חקירת הגר"ח זצ"ל מהגמרא המחייבת שבועת עד אחד בפחות משתי כסף בדומה לנאמנותם של שני עדים בממון. ומוכח איפוא שיש חלות דין נאמנות בעד א' כמו שיש לשנים, ולפיכך אינו נתפס בשיעורין של שתי כסף.

השיעור של שתי כסף חל בחיובי שבועה עצמם. אולם מאחר שעד א' נחשב לנאמן א"כ הריהו נאמן להעיד אפילו בפחות משתי כסף.

אמנם לפי"ז עלינו להתבונן למה לא תחול נאמנות של עד אחד לחייב שבועה בקרקע. ועיין בר"ן וברא"ש המביאים ירושלמי דפריך הכי וז"ל והרי שנים מחייבין אותו קרקע, שניא היא שאין נשבעין על הקרקעות וכו' עכ"ל. ועיין בתוס' בשבועות דף מ. בתוס' ד"ה וכל מקום וז"ל לאו דוקא דהא איכא כפירת שעבוד קרקעות עכ"ל, ודבריהם סתומים וצ"ב. ונראה שהירושלמי נתכוין לומר שאין להקשות מעדות עד אחד בקרקע כי החפצא של קרקע מופקע מחלות שבועה, ולפיכך גם עד א' אינו מהימן להחיל עליה שבועה. ונראה דעד א' נאמן דוקא בנוגע לחפצא של ממון הנתפס בחלות שבועה, ואילו קרקע אינה נתפסת בשבועה והלכך אין עד א' נאמן בה. ואין להקשות מגלגול שבועה די"ל דגלגול שבועה הוי דין מיוחד ההופך אפילו קרקע לדבר הנתפס בשבועה. ועוד יתכן לומר שגלגול שבועה אינה שבועה בפני עצמה על הקרקע אלא ששבועת הגלגול נכללת בשבועה שעל המטלטלין ונשבע שבועה אחת על המטלטלין ועל הקרקע ביחד. וכן משמע מלשונו של הרמב"ם (פ"א מהל' טוען הלי"ב) ז"ל ועד היכן כח גלגל עד שיאמר ובכלל שבועה זו שלא נמכרת לי בעבד עברי ועדיין עבדי אתה עכ"ל. ולכן אף שחפצא של קרקע דעלמא מופקעת משבועה היינו לבדה, ברם ביחד עם מטלטלין נתפסת קרקע בשבועה. ועוד יתכן לומר שקרקע מופקעת מחיוב שבועה, והראייה מהודה בקרקע וכפר בכלים שפטור כי אין קרקע מחייבת שבועה. אך אין קרקע מופקעת ממעשה שבועה, וגלגול אינו אלא מעשה שבועה ולא חיוב שבועה. מאידך, דין שתי כסף חל בנוגע למחייב של שבועה ולא כשיעור בחפצא של הממון הנתפס בשבועה, ולכן עד א', הפועל מדין נאמנות, מחייב שבועה אפילו בפחות משתי כסף.

והנה התוס' ד"ה אבל וכו' (שבועות דף מ.) ס"ל דאליבא דשמואל עד א' מחייב שבועה בפחות משתי כסף דאזיל לשיטתו שהטענה במודה במקצת צ"ל שתי כסף. אולם לדעת המ"ד שהכפירה חייבת להיות שתי כסף אף שבועת עד אחד אינה חלה בפחות משתי כסף. וז"ל דשמואל דהכא לטעמיה דמחייב לעיל בכפירת פרוטה דכיון דמשתבע אפרוטה מוקמה קרא דאבל קם לשבועה בפרוטה אבל בקרקעות לא משכחת דמשתבע בשום מקום וכו' עכ"ל, ודבריהם טעונים ביאור.

ונראה שהתוס' ר"ל שלשיטת שמואל חל השיעור של שתי כסף במחייב של שבועת מודה במקצת ולא בחפצא של ממון הנתפס בשבועה, ובכן ניתן להבחין בין שבועת עד אחד לבין שבועת מודה במקצת. עד א' נאמן לשבועה ומחייב בתורת נאמנות, ולפיכך

עד אחד נאמן לחייב שבועה גם על פחות משתי כסף. מאידך, לרב הדורש שתי כסף בכפירת הטענה, שתי כסף הן דין בחפצא של הממון שנשבעין עליו - דלגבי שבועה פחות משתי כסף אינו ממון ואינו נתפס בשבועה - בדומה לקרקע. הלכך אף עד אחד אינו יכול לחייב בו שבועה כי חסר חפצא דממון הנתפס בשבועה.

ולפי"ז נראה לבאר גם סוף התוס' וז"ל אבל בקרקעות לא משכחת דמשתבע בשום מקום עכ"ל, דר"ל שאף שמואל יודה שקרקע מופקעת משבועה, ולכן אין נשבעין על הקרקעות אף במקום שקיימת העדאת ונאמנות של עד אחד. פחות משתי כסף לעומת זאת, נתפס בחלות שבועה, ולכן עד אחד נאמן לחייב שבועה בפחות משתי כסף.

ויש להביא ראייה דשתי כסף הוי דין במחייב ולא בחפצא של שבועה - בניגוד לקרקע - מהא דקיי"ל בשבועת הפקדון שנוהגת בפחות מב' כסף ולא בקרקע. ונראה שהטעם לכך הוא כי בשבועת הפקדון אין חלות חיוב שבועה שהרי אף מי שקפץ ונשבע וכפר בפקדון חייב. וי"ל דמשו"ה שבוה"פ מחייבת אף בפחות משתי כסף. מאידך החפצא דקרקע מופקעת ממעשה שבועת הדיינים ולכן אף שבועת הפקדון אינה נוהגת בקרקע. וכך נמי מוכח משיטת הראשונים המדמה קנס לקרקע שבשניהם אין דין שבועת הפקדון נוהג כי גם החפצא דקנס מופקע ממעשה שבועה כמו קרקע.

אכן אם ננקוט כצד השני בחקירת הגר"ח זצ"ל דהיינו שאין עד אחד נאמן לשבועה, ופועל כמחייב של שבועה בעלמא, עלינו לבאר את דין הגמרא שעד אחד מחייב שבועה אפילו בפחות משתי כסף. וי"ל שהגמרא הבחינה בין מחייבים שונים של שבועות. כלומר, דין שתי כסף חל במחייב של שבועת מודה במקצת כי שם נמצאת גזיה"כ "כסף או כלים מה כלים שנים אף כסף שנים" ואילו חיוב שבועת עד א' נלמד מקרא ד"לא יקום עד א' באיש לכל עון ולכל חטאת", ובמחייב הזה אין דין של שתי כסף.

ועוד י"ל שדין שתי כסף חל במחייב של שבועה התלוי בטענת ודאי כמו במודה במקצת שאין נשבעין שבועת מ"מ בטענת ספק. ואילו להרבה ראשונים עד א' מחייב שבועה בטענת ספק. ולכן אין דין של שתי כסף חל כי המחייב של שבועת עד אחד אינו תלוי בטענה. ונראה שכן מבואר אליבא דשמואל הסובר שהטענה במודה במקצת צ"ל שתי כסף. אמנם י"ל שה"ה אליבא דרב שאמר שהכפירה צ"ל שתי כסף, שיתכן שאין דינו חל בכפירה או בממון של השבועה, אלא חל בטענה. כלומר, שהטענה אחרי ההודאה במקצת צ"ל טענת שתי כסף. ולכן דין שתי כסף חל דוקא במודה במקצת המחייב שבועה ע"י טענה ולא בעד אחד המחייב שבועה בלי טענת ודאי, ודו"ק היטב.

ב.

ב' כסף בשבועת השומרים

הר"ן (שם) הביא מחלוקת בין הראשונים אם חל דין שתי כסף אף בנוגע לשבועת השומרים. ויתכן לתלות מחלוקותם בדיון הנ"ל אם שתי כסף דין בטענה או בממון הנתפס בשבועה. דהנה קיי"ל דשומרים נשבעים אף בטענת שמא. ולכן, אם שתי כסף הוא דין בטענה אזי י"ל דבשבועת השומרים הואיל ואין צורך לטענה ליכא דין דבעי שתי כסף. מאידך, אם שתי כסף הן שיעור ממון הנתפס בשבועה א"כ י"ל דאף שומרים אין נשבעין על פחות משתי כסף[312], (אמנם שבועת עד אחד שאני משאר השבועות משום גזיה"כ מיוחדת שכל מקום ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייב שבועה, ולפי"ז צ"ע מעד א' בקרקע).

ג.

דין תביעה וטענה בשבועת עד אחד

והנה פסק הרמב"ם בפ"ד מהל' גזילה ואבידה (הל' י"ג) שאם עד אחד העיד שנכנס פלוני לבית חבירו שלא בפני בעל הבית ונטל משם כלים, ופלוני כפר ואמר לא נכנסתי לביתו ולא נטלתי כלום, הרי הוא נשבע שבועת התורה שלא לקח כלום מביתו ופטור. ואם פלוני טוען נכון שלקחתי אולם לקוח הוא בידי, הרי הוא מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע ומשלם, עכ"ל. ומבואר מדבריו שעד אחד מחייב שבועה גם בלי טענת בעל הבית וודאית. ועיי"ש שהשיג עליו הראב"ד וז"ל זהו תימה ומאחר שבעל הבית לא היה שם איך יש כאן טענת ברי כדי שיהיה זה מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע וכו' עכ"ל. ועיין למעלה (באות א') שבארנו את מחלוקת הראשונים אם עד אחד מחייב שבועה בלי טענה או דוקא יחד עם טענה.

ברם לכאורה בפסקי הרמב"ם עצמם מצויה סתירה, דבפ"ה מהל' טוען ונטען (הל"ט) פסק וז"ל אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן וכו' וכן אם כפר בכל ובא עד אחד והעיד לקטן אינו נשבע שזה עד אחד ואין שם תובע שתביעת קטן אינה תביעה גמורה וכו' עכ"ל, ומאחר שפסק שנשבעין שבועת עד א' לבעה"ב שלא גזלו אע"פ שטען בעה"ב טענת שמא צ"ע למה לא ישבע לקטן אף שטענת קטן אינה טענה.

[312] עיין שם בחידושי הרשב"א שמבאר ששתי כסף דין בכפירה ומאחר שבשומרים אין טענת ודאי השומר אינו חשוב לכופר בטענת המפקיד ומשו"ה אין בו דין ב' כסף.
עוד ניתן לחלק בנוגע לשבועת השומרים ששיעור השבועה נקבע ע"י חלות דין השמירה עצמה. ומאחר שהשמירה עצמה חלה על שוה פרוטה ולא זקוקה לב' כסף ה"ה שבועת השומרים כי דיני השבועה חלים ביחד עם שאר דיני השמירה. ועיין בחי' ר' אריה לייב סי' פ"ד.

והנה הרמב"ם פסק מפורש ששבועת עד א' על ידי טענה היא באה, שכתב (בפ' י"א מהל' שבועות הל' ה') וז"ל שלשה מיני שבועות הן שחייבין בהן מן התורה ואלו הן מי שטענו חבירו מטלטלין והודה במקצתן וכפר במקצתן, ומי שכפר בכל המטלטלין שטענו ועד אחד מעיד עליו ומכחישו, הרי אלו שתי שבועות על ידי טענת ודאי וכפירה. וכן שומר שטוען שאבד דבר שהפקידו אצלו או נגנב או מת וכיוצא בזה הרי זה נשבע מספק וכו' עכ"ל. ונראה דמשו"ה פסק (פ"ה מהל' טוען ונטען ה"ט). שאין נשבעין שבועת עד א' בתביעת קטן מאחר שאינו בר טענה, אמנם בגזל מבעה"ב קבע הרמב"ם שנשבע בטענת ספק, ונראה לומר דהתם עקב העדאת העד א' נהפכה תביעת הבעה"ב מטענת ספק לטענת ודאי, שכן יכול התובע לומר לדידי נאמן העד, והו"ל בכך טוען טענת ודאי. ואילו בקטן, שאינו בר טענה כלל, אין העדאת העד יוצרת לו חלות שם טענה. ומשום כך ס"ל להרמב"ם דאין נשבעין שבועת עד אחד בתביעת קטן.

ד.

ביאור המחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד בשומר נכסי קטן

פסק הרמב"ם בפ' י"א מהל' שבועות (הל' ה') שנשבעין שבועת השומרים בטענת ספק. וכן פסק ששומרים נשבעים למפקיד קטן (פ"ב מהל' שכירות הל"ז) וז"ל קטן שהפקיד ביד גדול או השאילו הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן. הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת קטן כדי שנאמר אין נשבעין על טענת קטן שכל השומרין שבועתן שבועת שמא היא עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל ורבותי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפילו היסת שאין נתינת קטן כלום ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן, ואפילו באבידה אינו דאבידה אתיא מכח בן דעת, ותמה על עצמך דכולה פרשתא עיקר בשבועת השומרים ועלה קאמר איש פרט לקטן, ועוד על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין עכ"ל.

ומבואר דהראב"ד חולק על הרמב"ם מכמה טעמים: א) אין נתינת קטן כלום ואינו שומר כלל. אמנם עיין במס' ב"ק (קו:) שמביאים דין אין נתינת קטן כלום בנוגע לטוען טענת גנב בפקדון של קטן שפטור. והנה הרמב"ם כתב את הפטור הזה בטט"ג לקטן (בפ"ד מהל' גניבה הל"ט), ונראה דלשיטתו דין זה הוא פטור מיוחד בחיוב דטט"ג, ואילו להראב"ד הגזיה"כ ד"וכי יתן איש פרט לקטן" מפקיעה את כל חלות השמירה בפקדון של קטן. ב) ועוד השיג הראב"ד דהגזיה"כ "איש פרט לקטן" מתייחסת לשבועת השומרים. ג) ועוד הקשה "על ודאי אין שלו נשבעין על ספק שלו נשבעין" (בל' תמיהה). ונראה דבכך חידש לנו הראב"ד שאינו נכון לומר ששומר נשבע בלי טענה, אלא שבנוגע

לחיוב שבועת שומרים טענת שמא של המפקיד שמה טענה. ולכן כשהמפקיד גדול ובר טענה הריהו מחייב את השומר לישבע מחמת טענת שמא שלו. משא"כ קטן, שאינו בר טענה כלל ואף אינו בר טענת שמא, אינו מחייב את השומר לישבע. וי"ל דהרמב"ם לעומת זה סובר דשומר מתחייב לישבע בלי טענה כלל, ולפיכך ס"ל דגם שומר של קטן חייב לישבע. והנה למעלה (באות ב') הוזכרה מחלוקת הראשונים אם שומרים נשבעים שבועת השומרים בפחות משתי כסף. וצדדנו שאם דין שתי כסף הוי דין בטענה המחייבת אזי י"ל דליכא דין שתי כסף בנוגע לשבועת השומרים, דשומרים מתחייבים לישבע אף בלי טענה. אך אם שתי כסף הוי שיעור שחל בחפצא של הממון הנתפס בשבועה אזי י"ל דאף שומרים לא ישבעו בפחות משתי כסף. ברם הרי מבואר שלדעת הראב"ד טענת שמא שמה טענה בנוגע לשומר. ולפי"ז יתכן דלהראב"ד שבועת שומרים בעי שתי כסף, דהואיל ודין שבועת השומרים תלוי בחלות שם טענה (אף שהיא טענת שמא), א"כ היא זקוקה נמי לשיעור של שתי כסף כדי לאשווי טענה.

והנה הראב"ד השיג על פסק הרמב"ם בשומר של קטן כי לדעתו שומרים דעלמא נשבעים בטענת שמא שכן בנוגע לשבועת השומרים טענת שמא שמה טענה. מאידך קטן אינו בר טענה כלל, אף לא בנוגע לטענת שמא, ולפיכך אין בכחו לחייב שומר בשבועה. ברם בנוגע לדין שתי כסף בשבועת השומרים העלה הרמב"ם בפ"ג מהל' טוען ונטען (הל' ו') וז"ל העיד עליו עד אחד אפילו לא כפר אלא פרוטה הרי זה נשבע שכל מי ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה וכן בשבועת השומרים אפילו הפקיד אצלו פרוטה או שוה פרוטה וטען שאבדה נשבע וכו' עכ"ל. ועל הלכה זו לא השיג הראב"ד ומשמע דס"ל כוותיה. והנה למעלה (אות ב') הסברנו שאם ב' כסף הוי דין בטענה, אזי י"ל דבשומרים נשבעין אף בפחות מב' כסף משום שחיוב שבועת השומרים אינו זקוק לטענה לחייב שבועה. ונראה דכל זה מסתבר אליבא דשיטת הרמב"ם ששומרים נשבעים אף בלי טענה - ונשבעים אף למפקיד קטן שאינו בר טענה כלל. אך לפי הראב"ד הסובר שגם שבועת השומרים באה מחמת טענה - כי טענת שמא שמה טענה בנוגע לשבועת השומרים, ולכן אין נשבעים השומרים בטענת קטן, קשה למה לא יחול שיעור ב' כסף בשבועת השומרים כשם שחל בשבועת מודה במקצת - שהרי שתיהן מתחייבות מחמת טענה.

ויתכן לתרץ שהראב"ד חילק בין טענת ודאי לטענת שמא. וס"ל דאע"פ שבנוגע לשומרים טענת שמא דינה כטענת ודאי, בכל זאת דין שתי כסף לא חל אלא במקום שזקוקים לטענת ודאי, כגון במודה במקצת, אבל לא בשבועת השומרים, שחלה בטענת שמא.

והראב"ד סובר דשיעור שתי כסף נאמר דוקא בשיעורין של טענת ודאי ולא בטענת ספק, ומאחר שטענת ספק מועלת לחייב שבועת השומרים אינה צריכה להיות טענת ב' כסף. א"נ י"ל דלהראב"ד ב' כסף הוא דין במודה במקצת בלבד משום שהוא שיעור בכפירה. שבועת מודה במקצת ע"י טענה וכפירה היא באה, וחלות שם כפירה מהווה גופו של המחייב של השבועה, ובכפירה חל שיעור ב' כסף. ואילו המחייב של שבועת השומרים אינו חלות שם של כפירה, ולפיכך אין בה השיעור של ב' כסף.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' טוען ונטען (הל"ו) ז"ל העיד עליו עד אחד אפילו לא כפר אלא פרוטה הרי זה נשבע שכל מי ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה וכו' וכן בשבועת השומרים אפילו הפקיד אצלו פרוטה או שוה פרוטה וטען שאבדה נשבע וכו' עכ"ל. ויש לדייק שבאותה הלכה שקבע הרמב"ם שאין שיעור ב' כסף חל בשבועת עד אחד, הוסיף "וכן בשבועת השומרים". ויש להתבונן, האם יש במלת "וכן" איזו משמעות ע"פ דין, כי לפום ריהטא לכאורה שני דינים שונים ישנם כאן. דהדין דעד א' מחייב שבועה אף בלי טענת ב' כסף הוא מגזיה"כ מיוחדת "שכל מי ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה", והטעם הוא כדנ"ל משום שעד אחד נאמן לענין שבועה, והרי אי אפשר להגביל נאמנות לשתי כסף - כי הנאמן נאמן בכל חפצא של ממון שבתורה. מאידך, שומרים נשבעים אליבא דהרמב"ם אף בלי מחייב של טענה (כגון בקטן), ובהתאם לכך י"ל דליכא דין שתי כסף בשבועת שומרים דב' כסף הוי שיעור בטענה.

ואשר על כן לכאורה נראה שלא נתכוין הרמב"ם לומר שיש כאן דין אחד, אלא ר"ל שאילו היה שעור ב' כסף שיעור בחפצא של הממון הנתפס בשבועה אזי היה בדין שגם שבועת עד אחד ושבועת השומרים תהיינה זקוקות לשיעור ב' כסף. אמנם ממה שנפסקה ההלכה ששבועת עד א' חלה בפחות משיעור ב' כסף עולה ששיעור הממון הנתפס בשבועה אינו ב' כסף אלא השיעור הוא פרוטה, המהוה שיעור ממון בכהת"כ. עקב כך כתב הרמב"ם "וכן בשבועת השומרים אפילו הפקיד אצלו פרוטה או שוה פרוטה נשבע", כי שיעור פרוטה מהוה החפצא של ממון שנתפס בשבועה, והואיל ושבועת השומרים מתחייבת בלי טענה אין בה שיעור שתי כסף, וכנ"ל. אכן הרב המגיד (פ"ג מטוען הל' ו') מביא דעת הרמב"ן שאף שבועת השומרים זקוקה לשתי כסף. ויתכן לפרש שיטה זו ע"פ דרכו של הראב"ד שטענת שמא חשובה טענה בנוגע לשבועת השומרים, ודין שתי כסף חל בכל טענה שהיא אפילו בטענת שמא. ועוד י"ל שהרמב"ן סובר ששתי

כסף הויא דין בחלות חיובי שבועה מלבד בשבועת עד אחד, שכן חיוב שבועת עד א' תלוי בנאמנות העד ולא ניתן להגביל נאמנותו רק לממון ששוה שתי כסף ויותר.
אמנם שיטת הרמב"ם היא שבין שבועת עד אחד ובין שבועת השומרים אינן זקוקות לא לטענות ודאי ולא לשתי כסף, ובכן מסתבר שהרמב"ם סובר שדין שתי כסף הוא שיעור בטענת ודאי המחייבת שבועה כגון במודה במקצת. ואילו שבועות עד א' והשומרים מתחייבות בלי טענה, ולפיכך אינן זקוקות לשיעור שתי כסף. ויוצא לפי"ז שבמלת "וכן" השוה הרמב"ם שבועת עד א' ושבועת השומרים בהשוואה גמורה.
ועוד י"ל בביאור השוואת הרמב"ם בין שבועת עד א' לשבועת השומרים, דשתיהן אינן צריכות טענת ב' כסף, והוא במה דיש לחקור בדין שבוה"ד - האם עיקר השבועה באה וחלה על שוויות הממון שעליהם טוענים או שבאה וחלה על החפצא דבעין שעליהם טוענים. וי"ל דדין ב' כסף חל דוקא בשבועת מודה במקצת, דעיקר השבועה חלה על הממון שטוענים וכופרים עליהם. דהתורה נתנה שיעור דוקא בשוויות הממון לענין השבועה דמודה במקצת דהוי שיעור ב' כסף. מאידך שבועת השומרים חלה בעיקר על החפצא דהפקדון דהוי דבר בעין, ומשו"ה לא חל בו שיעור ב' כסף. ואם ננקט דעד א' נאמן אזי מסתבר דנאמן על הבעין ולא רק על שוויות הממון ומשו"ה לא חל בנאמנותו שיעור ב' כסף.[313]
ונראה להביא סמוכים למה שאמרנו בשבועת השומרים אליבא דהרמב"ם דעיקר השבועה חלה על החפצא, ממש"כ הרמב"ם (פ"ד מהל' שאלה ופקדון הל"א) וז"ל המפקיד אצל חבירו בחנם ונגנב או אבד הרי זה נשבע ונפטר שנ' וגונב מבית האיש וכו' ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו, ומגלגלין עליו בתוך השבועה שלא פשע בה אלא שמר כדרך השומרין ולא שלח בה יד כו' עכ"ל. ומבואר דעיקר שבועת השומרים הוא על הבעין של הפקדון שאינו ברשותו ושנגנב ושאר השבועות דלא פשעו ולא שלח בו יד הן גלגול שבועה. ומוכח דעיקר חלות שבועת השומרים הוי על הבעין ולא על שוויות הממון שלא כשבועת מודה במקצת.
והנה הראב"ד הנ"ל (פ"ד מהל' גזילה הל' י"ג) משיג על פסק הרמב"ם שמשביעים את הנכנס לבית חבירו שלא בפניו ע"פ העדאת העד אחד, וז"ל זהו תימה ומאחר שבעל הבית לא היה שם איך יש כאן טענת ברי כדי שיהיה זה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע, ואולי נאמר אחר שימצאנה בידו טענת ברי הוא אע"פ שלא ראה כשהוציא מביתו אלא שהעד מעיד, מ"מ מכל זה הדין גאון חולק עליו וכו' עכ"ל. והנה סוף דבריו

[313] עיין בקצה"ח סימן ע"ג ס"ק א'.

צריכא ביאור שאם אח"כ ראה בעל הבית שהכלי שלו גזול בידי הנכנס לביתו למה אליבא דהגאון לא נחייבנו בשבועה, הרי יש לבעל הבית טענת ברי עם העדאת עד אחד. ואולי מדובר בכגון שלא ראה התובע את הכלי קודם שטען הנתבע אלא אח"כ באופן שהנתבע טען אין חטפי ודידי חטפי, והלכך יכול התובע, שיודע שלא חטף את שלו, לטעון בבירור שגזל הנתבע ממנו שכן יש הודאת בעל דין על החטיפה. ומבואר שעקב הודאת הנתבע, טוען התובע טענת ברי. ונראה דלפיכך חולק עליו הגאון כי לדעתו כל טענה מצד התובע שאינה וודאית בעצמה אך טענת הודאי מתהווה על ידי הודאת הנתבע לא שמה טענת ברי לחייב שבועה.

ונראה להוסיף שבשבועת מודה במקצת צריכה שתקדם טענה להודאה. דין זה מתפרש בשני אופנים: או שהוא דין מיוחד במודה במקצת, כי אלמלא כך אין הודאתו חשובה הודאה במקצת הטענה. או שדין הוא בכל השבועות, שחיוב השבועה צריך לחול תכף ומיד עם המחייב, דהיינו עם ההודאה במודה במקצת. ואילו בקדמה ההודאה לטענה לא יחול חיוב השבועה אלא לאחר זמן, ולא בשעת ההודאה, ולכן אינו חל. וי"ל דה"ה לענין שבועת עד אחד, שהמחייב הוא העדאת העד, ובשעת העדאת העד עדיין חסרה טענה, אלא שלאחר הודאת הבע"ד שאמר אין חטפי ודידי חטפי נוצרה הטענה. והואיל ובשעת המחייב של העדאת העד שהיא עיקר שעת המחייב של השבועה חסרה טענה, סובר הגאון שהוא פטור משבועה אף שטען טענת ודאי אח"כ. ומעין דין קדמה הודאה לטענה במודה במקצת.

ה.

בדין ב' כסף בשבועות הנוטלין

כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' טוען ונטען (הל"ז) ז"ל הורו רבותי שהנשבעין ונוטלין אינן צריכין טענת שתי כסף. ואני אומר שצריך הנתבע שיכפור בשתי מעין ואח"כ ישבע התובע בתקנת חכמים ויטול. שהרי הנשבעין בטענת ספק צריך שיהיה בניהם כפירת שתי מעין ואח"כ ישבע מספק עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל ומה יעשה השכיר העני שהשכיר עצמו במעה או בפונדיון ילך בפחי נפש. אבל הדמיון שדימה והלימוד שלמד מן הנשבעין בטענת ספק שהצריכו להם כפירת שתי כסף אינו דמיון כלל שזה נשבע להפטר ועל כרחו הוא נשבע וזה שנשבע ליטול מדעתו הוא נשבע כדי ליטול ואפילו על פרוטה ואולי אפילו היה שכרו פחות מפרוטה עכ"ל. וי"ל במה שהעלה הרמב"ם ששבועת הנוטלין צריכה להיות בשיעור של שתי מעין כסף והסתייע מהנשבעין בטענת ספק כגון השותפין והאריסין והאפוטרופסין והאשה (עיין לקמן דף מה.) שנשבעין

דוקא בכפירה שתי מעין כסף (וכמבואר בגמ' שבועות דף מח: ועיין ברמב"ם פ"ט מהל' שלוחין ושותפין הל"א - ב'). והרי ביארנו אליבא דהרמב"ם ששומרים נשבעין על פחות משיעור ב' כסף משום שנשבעין שלא בטענה, שכן לדעתו דין ב' כסף חל רק בטענה המחייבת, וקשה למה יחול דין ב' כסף באלו הנשבעין בטענת ספק, והלא שבועתם אינה תלויה בטענה.

ועיין ברמב"ם (פ"ט מהל' שותפין הל"א) שכ' וז"ל ולמה תקנו חכמים שבועה זו מפני שאלו מורין לעצמן שכל מה שיקחו מנכסי בעל המעות ראוי הוא להם מפני שנושאין ונותנין וטורחין. לפיכך תקנו להם חכמים שחייבין שבועה בטענת ספק כדי שיעשו כל מעשיהן בצדק ואמונה עכ"ל. ולפי"ז ניתן להציע שבאופנים האלה מהווה טענת ספק חלות של טענה מדרבנן וכאילו טוענים טענת ודאי. סמוכין לכך מהוראת רבותיו של הרמב"ם (שם הל"ג) וז"ל מכאן הורו רבותי שאם מת השותף האחד אין היורש יכול להשביע שותפו של אביו בטענת שמא שהרי אינו יודע הדבר שחשדו בו אביו בודאי כדי שיחשוד אותו זה היורש בשתי כסף עכ"ל, מכאן שאין נשבעים בטענה בעלמא כי אם בטענת ספק של חשד, כלומר שהחשד מהוה טענת ודאי מדרבנן. הלכך שפיר חל השיעור של ב' מעין כסף. ואף שהרמב"ם חולק על רבותיו כפי שכתב שם ז"ל ויש מי שהורה שמשביע אותו היורש בטענת שמא וכזה ראוי לדון שהרי היורשין משביעין את האשה שנעשת אפוטרופא בחיי בעלה עכ"ל, נראה שאין זה פירכא כי הוא מדין טענינן ליורש וכאילו אביהם קיים וטוען טענת חשד שחלה ע"פ דין כטענת ודאי מדרבנן.

והנה אחת מטענותיו של הראב"ד על הרמב"ם היא ששיעור ב' כסף שייך דוקא בחיובי שבועה שנשבע להפטר ושבע"כ נשבע ואילו נשבע ונוטל אינו מוכרח לישבע אלא נשבע מרצונו כדי ליטול. ומאחר שיש לו זכות לישבע וליטול, למה לא ישבע בפחות משתי מעין כסף ואפילו על פרוטה.

ונראה שהרמב"ם חולק על הראב"ד בעיקר הבנת תקנת החכמים של הנשבעין והנוטלין. דהרמב"ם סובר דעיקר התקנה היתה חיובי שבועה שחלין על השותף והאריס והנתבעים האחרים שמחוייבים לישבע, אך החכמים הפכו את השבועה מעליהם ונתנוה על התובע שישבע ויטול. ואמנם חיוב שבועה חל על הנתבע, אלא שקיום השבועה בא בפועל על ידי התובע, ולפי זה מבואר הצורך בשיעור שתי מעין כסף.

אלא שעדיין נשאר לבאר מהי כוונת הרמב"ם בהוכיחו את דינו בנוגע לשבועת הנוטלין (שכיר נגזל ונחבל ושכנגדו חשוד על השבועה וחנוני על פנקסו, עיין בשבועות דף מז:) מהנשבעין בטענת ספק. ויתכן לפי פשוטו שנתכוין הרמב"ם להוכיח ששיעור ב' כסף

חל אף בשבועות המשנה, ולא בשבועות דאורייתא בלבד. ועוד יתכן לומר דהרמב"ם רצה לדמות שבועת הנוטלין לנשבעין בטענת ספק, כי שתיהן שבועות המשנה הן, וכשם ששבועת הנשבעין בטענת ספק מהווה חיובי שבועה שחלין מעיקרא על הנתבע, הוא הדין שבועות הנוטלין שחלות מעיקרא כחיובי שבועה על הנתבע, אך החכמים סילקו אותן ממנו והטילו אותן על התובע לישבע וליטול ומאחר שמעיקרא חל חיוב שבועה על הנתבע גם הדין של ב' כסף חל.

ברם יתכן דיש ביאור אחר בשיטת הרמב"ם. ונ"ל ששבועה תצויר בשתי דרכים: א) שבועה לישבע על ממון; ב) שבועה לישבע על בעין. ובכן במקום שהשבועה חלה עבור ממון זקוקים לשיעור ב' כסף. ואילו כשהשבועה חלה עבור בעין לא צריכים שיעור ב' כסף ודי בבעין ששוה פרוטה. וככה פסקי הרמב"ם נכונים וכדמבואר.

ונראה דהרמב"ם פסק ששבועת מודה במקצת, שבועת הנוטלין, ושבועות הבאות בטענת ספק זקוקות לב' כסף כי כל השבועות האלה חלות עבור ממון, ובממון נקבע שיעור ב' כסף. ומאידך פסק ששבועת עד אחד ושבועת השומרים אינן זקוקות לשיעור ב' כסף כי שתי השבועות האלו חלות עבור בעין. דבשבועת עד א' י"ל דהעד אינו בא להעיד על חיוב ממון דוקא אלא אף על החפצא של בעין שנמצא בידי הנתבע, ושבועת הנתבע חלה עבור הבעין כדי להכחיש את העדאת העד. וי"ל דה"ה בשבועת השומרים שהרי הרמב"ם כתב בפ"ד מהל' שאלה ופקדון (הל"א) וז"ל המפקיד אצל חבירו בחנם ונגנב או אבד הרי זה נשבע ונפטר וכו' ומגלגלין עליו בתוך השבועה שלא פשע אלא שמר כדרך השומרין ולא שלח בו יד ואחר נגנב וכו' עכ"ל. ועיין במפרשי הרמב"ם (בלחם משנה שם) שמדייקים שאליבא דהרמב"ם עיקר שבועת השומרים היא השבועה עבור הבעין של הפקדון שאינו ברשותו וששאר השבועות שלא פשע בו ושלא שלח בו יד באות בגלגול. וי"ל דמאחר שעיקר שבועת השומרים חלה עבור הבעין לא חל בה השיעור של ב' כסף, כי השיעור דב' כסף חל דוקא בשבועות על שוויות ממון כמו שבועת מודה במקצת.

אשר לספקו של הראב"ד אם השכיר נשבע ונוטל אפילו על פחות מפרוטה, נראה לבארו ע"פ ההנחה שאמנם פחות משו"פ ממונו של השכיר הוא אך אין ב"ד נזקקין לגבות פחות משו"פ. וזהו הטעם בעלמא שאין נשבעין על פחות משוה פרוטה כי כל עיקר חלות דין שבועה בעלמא הוא או שישבע המחויב בב"ד או שישלם ע"פ בי"ד מדין כל מי שאינו רוצה לישבע משלם. ועולה שעל פחות משו"פ שאין בי"ד גובין את הממון אינו חייב לישבע. ברם שבועות הנוטלין שונות מאלו שנשבעין ונפטרין כי אין בשבועות

הנוטלין אליבא דהראב"ד חיובי שבועה אלא זכות שבועה, שע"י השבועה זוכה בממון. לפיכך ניחא לו שהשכיר ישבע אפילו על פחות משוה פרוטה. אך הראב"ד מסופק אם גם בשבועות הנוטלין קיים דין של שוה פרוטה שמהוה אולי שיעור בחפצא של ממון הנתפס בשבועה ומאחר שאין בי"ד נזקקין לגבות פחות משוה פרוטה גם אינם מזקיקים עליו שבועת הנוטלין שכן פחות משו"פ אינו ממון שנתפס בשוה"ד.

אולם משמעות דברי הראב"ד היא שאינו מסופק בכל הנשבעין ונוטלין כי אם בשכיר בלבד. וכן מורה תחילת ההשגה - "ומה יעשה השכיר העני וכו'". ויתכן שספקו של הראב"ד הוי רק בשכיר כי הואיל והשכיר את עצמו עבור ממון מעט הרי המעט הזה חשוב אצלו וראוי לו לישבע עליו. והלא עיקר הדין דב' כסף הוא שיהיה השבועה בדבר חשוב כמבואר בגמרא שבועות, ולשכיר אף פחות מב' כסף ואפילו פחות משו"פ דבר חשוב הוא כי עבורו השכיר את נפשו. ויוצא שהספק הוא, האם התקינו החכמים שלא להטיל על שבועת השכיר את שיעור דבר חשוב של ב' כסף שחל בשאר השבועות, או"ד וויתרו גם על השיעור של חשיבות ממון בכהת"כ, דהיינו אף על פחות משוה פרוטה[314].

ולפי"ז מבואר פסק הרמב"ם בפרק י"א מהל' שכירות (הל' ט) וז"ל ולכל הנשבעין אין מקילין חוץ מן השכיר שמקילין עליו ופוחתין לו תחילה ואומרים לו אל תצער עצמך השבע וטול אפילו היה שכרו פרוטה אחת ובעה"ב אמר נתתיה לא יטול אלא בשבועה וכן כל הנשבע ונוטל אפילו לא יטעון אלא פרוטה אחת לא יטול אותה אלא בשבועה כעין של תורה עכ"ל. ועיין בנושאי כליו של הרמב"ם שנדחקו מאד ליישב את הלכותיו שלכאורה סותרות אהדדי, שהרי בהלכות טוען ונטען (פ"ג הל"ז) פסק ששבועות הנוטלין מזקיקות ב' כסף. ונראה לפרש שיטתו כפירוש ה"ה דהרמב"ם הבחין בין שכיר לשאר הנשבעין ונוטלין, והוא כסברת הראב"ד הנ"ל שהשכיר החשיב אף ממון פחות מב' כסף ולפיכך נשבע עליו[315].

ובדין שבועת השכיר עיין ברמב"ם (פי"א מהל' שכירות הל"ו) שלפי גרסתנו (עיין שם בכ"מ) פסק שאפילו אם היה השכיר קטן השכיר נשבע ונוטל, והראב"ד השיג עליו וז"ל אין הדעת מסכמת על זה שנמסור שבועה לקטן אלא ישבע בעה"ב ואע"פ שאין תביעת

[314] והרי לבן נח אפילו פחות משו"פ הוי ממון משום דאינם מוחלים אותו, והוי דין דאורייתא (עיין בע"ז דף עא: - עב א וברמב"ם פ"ט מהל' מלכים הל"ט). וה"ה י"ל מדרבנן בשכיר דאינו מוחל אפילו פחות משו"פ וכלפיו הוי ממון לישבע עליו וליטלו.

[315] אך א"א להחשיב פחות משו"פ כי אינו חפצא דממון כלל כדקבע הגר"ח זצ"ל וכדמבואר כמה פעמים בשיעורים (עיין נה: ד"ה חמש). וגם אין לדמות שכיר לבן נח כלל. ואולי סובר הראב"ד כמגיד משנה דפחות משו"פ הוי חפצא דממון אלא שחסר בו שיעור המחייב. ואילו בשכיר אכן מחייב דהא מחשיבו וכאילו יש בו כשיעור. וכדמצינו בשאר שיעורי התורה דדבר חשוב פחות מכשיעור הוי כשיעור, וכגון בריה פחות מכזית דחשיב והוי ככזית לענין שיעור מלקות.

קטן כלום עכ"ל. ונראה שהרמב"ם מירי במופלא סמוך לאיש ששבועתו שבועה. וע"ז חולק הראב"ד וסובר כי אע"פ שלענין הפלאה דינו כגדול עכ"ז בנוגע לדיני ממונות הרי הוא כקטן. הלכך אף שמצויה חלות דין שבועת ביטוי בקטן כשהוא מופלא סמוך לאיש, בכל זאת שבועת הדיינים אינה חלה כי אם בגדול. אולם נראה לומר שלדעת הרמב"ם אין תקנת חז"ל בשבועת שכיר מחייבת שבועה הדיינים דוקא, אלא די בשבועת ביטוי בלבד. ואע"פ שבמקום שהשכיר יכול לישבע שבועת הדיינים, כגון בגדול, שבועת דיינים מעכבת, מ"מ בשכיר קטן שא"א לו לישבע שבוה"ד עיקר התקנה היתה שיטול בשבועת ביטוי בלבד (עיי"ש במגיד משנה). ולפי"ז שפיר מבואר למה שבועת השכיר מועלת בפחות משתי מעות כסף, כי כאשר א"א לו להשבע שבוה"ד נשבע ונוטל שכרו בשבועת ביטוי.

ו.

בדין יצאו כלים למה שהן

עיין במס' שבועות (לט:) בתוס' ד"ה מה כלים וכו'. בתוס' מובאות שתי דיעות בנוגע לגזיה"כ "יצאו כלים למה שהן" (שם דף מ:) האם הדין מרבה לשבועה אפילו כלי פחות משוה פרוטה או שהוא מרבה כלי פחות מב' מעות כסף לשבועה ובתנאי שיהיה לכל הפחות שוה פרוטה. והרמב"ם פסק בפ"ג מהל' טוען (הל"ה) שאפילו כלים השווים פחות משו"פ מחייבים שבועה. וז"ל הכלים אין משערין את דמיהן, ואפילו הן עשר מחטין בפרוטה וטענו שתי מחטין, הודה באחת וכפר באחת חייב, שנאמר כסף או כלים כל הכלים ככסף עכ"ל. ברם הרמב"ן בחידושיו (שם) פסק כירושלמי שמצריכים כלי שוה פרוטה. ומקשה על הרמב"ם וז"ל דאינן שוות פרוטה היאך אפשר והא אין בי"ד נזקקין לפחות משוה פרוטה כדאמרינן ישיבת הדיינים בפרוטה ולא הוציאו כלים מן הכלל עכ"ל. וצ"ל שלהרמב"ם אה"נ שכן נזקקים ויושבים הדיינים לכלי פחות משוה פרוטה. עוד הקשה הרמב"ן שם וז"ל וכן לענין קידושין ושאר הפרוטות שבמשנתנו (ב"מ נה א) אין הכלים יוצאין למה שהן עכ"ל.

ואמר ע"ז הגאון ר' משה זצ"ל שלדעת הרמב"ם באמת פודין את ההקדשות בכלי פחות משוה פרוטה שכן כתב בפ"ז מהל' מעילה (הל"ו) וז"ל וכיצד יעשה כדי להציל החנווני מן החטא עד שיהיה מותר להשתמש בכל המעות. נוטל פרוטה של חולין או כלי כל שהוא ואומר פרוטה של הקדש בכל מקום שהיא מחוללת על זה. ותעשה אותה פרוטה או הכלי הקדש ויותר החנוני להשתמש בכל המעות עכ"ל. ויתכן אליבא דהרמב"ם שכלי פחות משו"פ יועיל לדינים אחרים נמי כשם שהוא מועיל בפדיון הקדש. אמנם

ביחס לקידושין גם הרמב"ם יודה שאין האשה מתקדשת בכלי פחות משוה פרוטה והוא דין מיוחד בקידושין שצריכים כסף של הנאה (עי' בהל' אישות פ"ה הל' י"ג והל' כ"ד, ורבינו זצ"ל האריך לבאר את שיטת הרמב"ם בנוגע לכסף קידושין בשיעוריו למס' קידושין ואכמ"ל). אכן ישנם ראשונים (עיין בשבועות בחידושי הר"ן) הסוברים שכלי פחות משו"פ מועיל אף לקידושין, וה"ה שנחשב לכסף בכהת"כ. ולפי מקצת ראשונים אחרים י"ל דיש גזיה"כ מיוחדת שכלי פחות משו"פ מועיל דוקא לענין שבועת מודה במקצת ולא לשאר דיני התורה. ונראה דיש להבחין בין שני דינים: א) חפצא של כסף. ב) שוויות ממון. כלי השוה פחות משו"פ נחשב לחפצא של כסף אבל אינו נקרא בשם ממון, ויש דיני תורה התלויים בחפצא של כסף, ויש דינים אחרים התלויים בשוויות ממון. דמסתבר למשל שחיובי הגזילה תלויים בשוויות ממון של שוה פרוטה, ואילו מעשה פדיון וגאולה מהקדש תלוי בחפצא של כסף.

והנה למעלה חקרנו בדין ב' כסף האם הוא חל כשיעור בחפצא של ממון השבועה, שבפחות משיעור ב' כסף כאילו אינו ממון הנתפס בחלות שבועה, או שהוא דין בטענה, כי ב' כסף קובע את השיעור של טענה חשובה. ויתכן לתלות בכך את המחלוקת בין הרמב"ם והרמב"ן. אם נאמר שב' כסף דין בחפצא של ממון השבועה, כלומר שבכהת"כ מהוה פרוטה ממון ולגבי שבועות מהוה ב' כסף ממון, ניתן להסיק שמאחר שמיעטה התורה כלים משיעור הממון של ב' כסף נתמעטו גם משיעור שו"פ דכהת"כ, שכן הואיל ואין צורך לשיעור ממון בנוגע לשבועות, מחייבים גם בפחות משו"פ. לעומת זאת, אם דין ב' כסף חל בדין הטענה, י"ל דאף שמיעטה התורה כלים מדין ב' כסף, המיעוט הוא רק בנוגע להלכות הטענה המחייבת שבועה, אבל אין המיעוט נוגע לדין החפצא של ממון השבועה. ושיעור ממון השבועה שוה לדין ממון שבכל התורה כולה, שהוא שוה פרוטה[316].

אמנם יתכן שדין שיעורי הממון שבכהת"כ שיהא הממון שוה פרוטה אינו חל בנוגע לשובה"ד. דנתבאר לעיל, דישנן זכויות של בעלות ודין "שלו" אף בממון בפחות משו"פ, אך ב"ד בעלמא אין מחייבים תשלומין ואין נזקקין לגבות פחות משו"פ. אולם דיני שבוה"ד וחיוביה שונים ונוהגים אף בפחות משו"פ, אלא שהשיעור של ב' כסף חל בדיני השבועות כשיעור מיוחד של שבועות. ברם מאחר שיצאו כלים למה שהן מחייבים

[316] אמנם אמר רבינו זצ"ל שאין ביאור זה נכון בשיטת הרמב"ם שהרי הוא מחייב שבוה"ד בכלים פחות משו"פ. ומאידך משמע כי דעת הרמב"ם שב' כסף דין בטענה כי מחייב שבועת השומרים אף בשו"פ, ולכאורה טעמו משום שהשומרים נשבעין אותה השבועה אף בלי טענה.

שבועת הדיינים אף בפחות מב' כסף - ואפילו בפחות משו"פ[317].

ולכאורה יש סמוכין לכך מהשגת הראב"ד (פ' י"א מהל' שכירות הל"ו) המעלה את האפשרות ששכיר ישבע אף על פחות משו"פ, ולכאורה ר"ל שישבע שבועת הדיינים (שלא כנ"ל בשיעורים שישבע שבועת ביטוי בעלמא). ואילו היתה ההלכה של ממון בכהת"כ דהיינו שו"פ חלה בשבוה"ד לא היה שייך לחלק בין שבועת השכיר לשאר שבוה"ד. וחזינן ששיעור ב' כסף הוא דין מיוחד שחל בכל שבועה ושבועה כשלעצמה, ולא מדין ממון שבכהת"כ, ולפיכך יתכן ששכיר ישבע אף על פחות משו"פ, וה"ה בכלים. עוד יעויין בירושלמי ריש פרק א' דקידושין שדרשה את הפסוק לאשמה בה פרט לפחות משוה פרוטה לגלות שיש דין מסוים של פרוטה בשבועת הדיינין. וכן משמע מהמשנה לפנינו בב"מ (דף נה.) שמנה הודאת שו"פ בשבוה"ד כדין מיוחד לעצמו. ולפי"ז יש לעיין כשישבו ב"ד לדון על שו"פ דקיי"ל (לקמן דף נה:) שגומרין את הדין אף על פחות משו"פ האם נשבעין באופן כזה על פחות משו"פ. ונראה שלפי הירושלמי שפחות משו"פ מופקע מדין מיוחד משבוה"ד אין החפצא דפחות משו"פ נתפס בשבוה"ד ולכן לא נשבעין אף בציור זה. מאידך יתכן שכלי לא צריך להיות שו"פ לחייב שבוה"ד שדין מיוחד הזה של כסף שו"פ לענין שבוה"ד לא חל בכלים ע"פ גזיה"כ כסף או כלים, כי דין שו"פ נאמר בכסף ולא בכלים[318].

והנה להלן בשיעורים (דף נה. ד"ה חמש פרוטות) הבאנו את המחלוקת שבין המגיד משנה (פ"א מהל' גניבה ה"ב) לבין הגר"ח זצ"ל בפחות משו"פ, כי הרב המגיד סובר דהאיסור לגזול פחות משו"פ לדעת הרמב"ם הוא מדין איסור חצי שיעור, ואילו הגר"ח זצ"ל נקט דפחות משו"פ אינו חפצא דממון כלל ולא נאסר מדין חצי שיעור, דאיסור ח"ש חל רק כשיש חפצא דאיסור אך הוא פחות מכשיעור, ולא חל בפחות משו"פ דאינו חפצא דממון כלל והאיסור לגנב פחות משו"פ לפי הרמב"ם הוי איסור בפני עצמו שלא לעשות מעשה גניבה.

[317] והראייה לכך שהרי דין שו"פ בשבועות דעלמא לא נמנה במשנה בב"מ (דף נה.) של חמש פרוטות הן ורק בנוגע למודה במקצת. משמע שאין דין שו"פ חל בכלל בנוגע לשבוה"ד. אלא שיש לעיין האם יחול בכלי פחות משוה פרוטה הדין של מתוך שאינו רוצה או שאינו יכול לישבע משלם. והרי לכאורה חיובי התשלומין בשבועות דומים לחיובי התשלומין האחרים שבתורה כגון בגזילה ובאבידה ובעלמא אין בי"ד נזקקים לגבות תשלומין שהן פחותין משוה פרוטה. ואם באמת הדין של מתוך אינו חל יוצא חידוש שיתכן חיוב שבוה"ד שחל בנוגע לשבועה ולא בנוגע לתשלומין.

עוד צ"ע, שהרי הגר"ח זצ"ל סבר שחמש הפרוטות שבמשנה שלפנינו אינו שיעורים מיוחדים בכל דבר ודבר שנמנה שם אלא שדין אחד קיים בכהת"כ שפחות משו"פ אינו ממון. ולכן הסביר שא"א להטיל על פחות משו"פ דיני חצי שיעור. וביאור הגר"ח זצ"ל מתנגד לסברת רבינו כאן ששיעור שו"פ אינו חל בנוגע לשבועות, כי לפי הגר"ח זצ"ל פחות משו"פ אינו חפצא של ממון וא"א שיתפס בשבועת הדיינים שמעיקר דינה חלה כשבועה על ממון.

[318] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"ב בענין שתי כסף (עמ' קמ"ח - קנ"ח).

ולכאורה ניתן לתלות את המחלוקת בראשונים האם כלי צ"ל שו"פ או לא בהגדרת דין שו"פ, שאם שו"פ הוי חלות דין שיעור (כה"ה) אף כלי צריך להיות שיעור זה, דממועט כלי רק משיעור דב' כסף ולא משיעור דשו"פ דחל בכל הדיני ממונות בכל התורה, ומאידך אם שו"פ דין בחפצא של ממון (כדנקט הגר"ח זצ"ל) י"ל דכלי פחות משו"פ מהווה חפצא של ממון וכסף מפאת החלות שם כלי.

ומסתבר לומר דדין שו"פ באיסורי גזילה ומעילה חל מדין שיעור, ומשו"ה אפילו כלי צ"ל שו"פ לדיני גזילה ומעילה. ואילו במעשי קנין ובקידושין שו"פ הוי הגדרה דחפצא של כסף, ומשו"ה כלי פחות משו"פ מועיל לקנינים ולקידושין וכשיטת מקצת הראשונים (עיין ברשב"א לשבועות דף מ.).

ע"כ ענין שתי כסף

משנה. חמש פרוטות הן

עיין ברמב"ם (פ"א מהל' גניבה הל"ב) וז"ל אסור לגנוב כל שהוא דין תורה ואסור לגנוב דרך שחוק או לגנוב על מנת להחזיר או על מנת לשלם הכל אסור שלא ירגיל עצמו בכך עכ"ל. ועיין במגיד משנה שמפרש שהאיסור לגנוב כל שהוא מבוסס על ההל' שחצי שיעור אסור מן התורה. וצ"ע לפי"ז למה כלל הרמב"ם איסור חצי שיעור ביחד עם האיסור של הגונב ע"מ לשלם וכו'.

והגר"ח זצ"ל נקט, דבאמת אי אפשר לומר שפחות משוה פרוטה נחשב לחצי שיעור, כי פרוטה אינה שיעור חיוב אלא שיעור בחלות שם ממון. ונראה דחצי פרוטה אינו דומה לחצי כזית חלב. חצי כזית חלב הויא חפצא דחלב, אלא דכשאוכלו ליכא מעשה אכילת הגברא של שיעור כזית, ולפיכך פטור ממלקות. מאידך נראה דפחות משוה פרוטה אינו חפצא דממון כלל, דפרוטה קובעת את השם ממון בחפצא, ופחות מפרוטה אינו חפצא דממון שיאסר באיסור חצי שיעור.

וראייה לזה הביא הגר"ח זצ"ל מהמשנה דידן דחמש פרוטות המונה ביניהן דיני פרוטה בפדיון הקדש ובקדושין, ולכאורה ליכא שיעורין בקדושין או בפדיון, ועל כרחך צ"ל דפרוטה אינה דין שיעורין אלא שיש צורך בקידושין ובפדיון הקדש בחפצא של ממון, ולפי"ז מבואר דפחות משוה פרוטה אינו נקרא ממון[319].

[319] אליבא דהגר"ח זצ"ל זוהי כוונת המשנה חמש פרוטות הן כו' שדין ממון בכהת"כ חל דוקא בשוה פרוטה, ופחות משוה פרוטה אינו ממון כלל. ויעויין בסנהדרין (דף נז.) דישראל מוחל פחות משו"פ אלא דכותי אינו מוחלו ואצל כותי מכותי גזל מעליא הוא. ביאור הדבר - דבנוגע לישראל מאחר דבסתמא מוחלו לפיכך אינו ממון, ואילו אצל כותי מאחר דאינו מוחלו לכן נחשב לממון. ופשיטא דפחות מפרוטה הוי שלו, דאע"פ שאינו ממון מ"מ קנוי לבעלים ואינו הפקר. ועיין בסנהדרין (שם) דכותי הגוזל פחות משו"פ מישראל חייב "דמצער ליה", כלומר שלוקח דבר שהוא שלו בלי רשותו ומצערו, חזינן שקנינו של ישראל הוא.

ולכן אמר מרן הגר"ח זצ"ל דמסתבר דלרמב"ם האיסור לגנוב כל שהוא אינו נכלל באיסור חצי שיעור דעלמא אלא שמהווה איסור מיוחד בגניבה. גניבת כ"ש נאסרת משום הלאו דלא תגנבו, והוי איסור טפל ללאו דגניבה שפטור ממלקות.

ובאמת יש לעיין, מהו גדרו של האיסור לגנוב פחות משוה פרוטה, שהרי כדמבואר אין כאן לקיחת ממון כלל וליכא הפסד לנגנב. ונראה שהתורה אסרה כל מעשה לקיחה של דברים שאינם שלו, ואע"פ שאינו לוקח ממון חבירו, הרי עושה מעשה גניבה, שהרי לוקח דבר שאינו שלו. וזהו יסוד האיסור לגנוב או לגזול פחות משוה פרוטה - איסור גברא של מעשה גניבה ולקיחת חפצא בלי רשות, ואע"פ דליכא גניבת ממון.

ולפי"ז נ"ל, דהאיסור לגנוב דרך שחוק, ג"כ מבוסס על איסור זה, דאע"פ שגונב דרך שחוק, וליכא גניבת ממון המחייבתו בכפל, שהרי אינו רוצה לקחת את הממון לעצמו, מ"מ לוקח דבר שאינו שלו מרשות חבירו, דהיינו שהגברא עושה מעשה גניבה, ואסרתו התורה. ולפי"ז אין כוונת דברי הרמב"ם "שלא ירגיל עצמו בכך" שאיסורים אלה נאסרים רק ממדת חסידות בלבד או מדרבנן בעלמא, כי בודאי גניבות אלו נאסרות מדאורייתא, אלא דהרמב"ם נותן טעמו של האיסור[320], דאע"פ דאין כאן גניבת ממון המחייבת בכפל ובכל החיובים של אחריות דגניבה וגזילה, מ"מ יש כאן מעשה גניבה, ומעשה גניבה אסרה תורה, ואפי' בלי גניבת ממון, שהרי אסרה התורה אף גניבה פחות משוה פרוטה, ואע"פ שאינו ממון[321]. ובכן מבואר הא דכלל הרמב"ם את האיסור של פחות משו"פ באותה ההלכה של הגונב ע"מ לשלם[322].

[320] ויעויין בב"ק (דף סא:) שהגמרא לומדת את האיסור לגנוב ע"מ למיקט מקרא, ומוכח דאיסור דאורייתא הוא. ברם עיין בחוט המשולש להגר"ח מוואלאז'ין זצ"ל המפרש שהאיסור לרמב"ם הוי איסור מדרבנן.

[321] עיין בסנהדרין (דף נז.) שכותי שגזל פחות משו"פ מישראל חייב משום "נהי דבתר הכי מחיל ליה צערא בשעתיה מי לית ליה". ביאור הדבר - דגזל פחות משו"פ הוי מעשה גזילה ואע"פ שאין בכך גזילת ממון. כותי חייב על מעשה גזילה ואפילו שלא גזל ממון. ואילו ישראל חייב דוקא על גזילת ממון. ומ"מ במעשה גזילה גרידא איסור חל גם בישראל. וכך כ' רש"י שם (ד"ה צערא כו') ז"ל הלכך גזל הוא אלא שאין ב"ד ישראל נזקקין להשיבו דבתר הכי מחיל ליה, ובישראל בישראל נמי אסור ומעבר לא עבר דכתיב לא תגזול והשיב את הגזילה אמידי דהשבון קרי גזל ואידך לא, אבל בכותי דלאו בר השבון הוא שכל דינו למיתה לא נפיק פחות משו"פ מכלל פרוטה ואפי' מישראל דמחיל ליה בתר הכי עכ"ל. פירוש דבריו שבישראל חלות גזילה תלויה בחפצא של ממון הניתן להשבה דהיינו בשוה פרוטה. ואילו בכותי חיוב גזילה תלוי במעשה גזילה בשעתה ולא בחיובי השבה, ולפי' כותי חייב אף בפחות משו"פ המהווה מעשה גזילה בשעתה.

עיין בש"ע חו"מ (שנ"ט: א') שפסק שמותר לגזול מישראל דבר שאינו מקפיד עליו אלא שהירושלמי אוסרו משום מדת חסידות. לפי ה"ה הנ"ל שפחות משו"פ הוי חצי שיעור הפסק מתקבל כי דבר שאינו מקפיד עליו אינו נתפס באיסור חצי שיעור. אמנם לפי"ד הגר"ח זצ"ל ניתן לפקפק בפסק זה שיתכן שאע"פ שאינו מקפיד מ"מ אסור לגזלו שהרי עושה מעשה גזילה. ברם יתכן שאין מעשה גזילה חל בדבר שאינו מקפיד עליו. אמנם עיין בפאת השולחן (סי' ט"ז סעיף ח' ס"ד י"א) שכ' שלרמב"ם אסור לגזול דבר שאינו מקפיד עליו מעיקרא דדינא, וכמו שביארנו אליבא דהגר"ח זצ"ל.

[322] אלא דצ"ע בהל' גזלה שהרמב"ם הביא את האיסור לגזול כל שהוא דין תורה (פ"א הל"ב) והשמיט את האיסור של הגונב ע"מ לשלם. ואמר רבינו זצ"ל בשיעורים שיש לומר שהאיסורים האלה (של חצי שיעור וע"מ לשלם כו')

והנה יש לעיין, האם אסור לגזול איסורי הנאה או לא. ונ"ל, דדין איסורי הנאה תלוי בפירושי ה"ה והגאון ר' חיים זצ"ל. לפי ה"ה, איסור גזילה בפחות משוה פרוטה הוא משום דחצי שיעור אסרה תורה דחזי לאצטרופי לשיעור וכדאיתא ביומא (דף עד.). ולפי"ז נראה דאיסורי הנאה דאינם ראויים להצטרף לפרוטה שאינם ממון כלל, אינם כלולים באיסור זה. ואילו לפי"ד הגר"ח זצ"ל, פחות משוה פרוטה אינו ממון, ומ"מ אסרה תורה לגברא לעשות מעשה גניבה, אע"פ דאינו גונב ממון חבירו. ואליביה י"ל דגם איסורי הנאה נכללים באיסור זה[323].

והנה איתא בגמרא (לעיל דף מז. - מז ב) שקונים חליפין בכלי פחות משוה פרוטה ואין קונים באיסורי הנאה. ולפי"ד ה"ה חילוק זה מובן, דפחות משוה פרוטה הוי עכ"פ ממון, ואיסורי הנאה אינם ממון. אולם לפי"ד הגר"ח זצ"ל הסובר שבין פחות משוה פרוטה ובין איסה"נ אינם ממון, צ"ע למה שונים דיניהם בנוגע לחליפין.

ונראה לומר דחליפין קונה רק בכלי, וכלי פחות משוה פרוטה נחשב לכלי, אבל דין איסה"נ מפקיע את שם כלי מהחפצא לגבי קנין חליפין ומשו"ה אין איסה"נ קונים בחליפין.

ברם אע"פ שהגר"ח זצ"ל היה תקיף בדעתו שפחות משו"פ אינו חפצא דממון כלל, יש לכאורה כמה ראיות כנגד שיטתו מסוגיין:

א) הדין שהמוצא אבידה דשו"פ בשעת המציאה חייב להכריז עליה, ואע"ג דזלה אח"כ, ואם נימא דפחות משו"פ אינו ממון כלל, א"כ צ"ע למה חייב המוצא להכריז עליה ולהשיבה. ומאידך אי נימא דשו"פ הוי חלות דין שיעור בלבד אזי י"ל דמכיון דהיתה שיעור שו"פ בשעת המציאה ונתחייב להכריז עליה ולהשיבה החיוב מחייבו ואפילו אם הוזלה מהשיעור אחרי כן, דהא עכ"פ משיב חפצא דממון. וי"ל אליבא דהגר"ח זצ"ל דמאחר דהתחייב להשיב אבידת ממון ששו"פ בשעת המציאה חל עליו חיוב להשיב גם את החפצא דהאבידה עצמה בעין ואע"פ דזלה ואינה עוד חלות שם ממון[324].

בעיקרם חלות איסורי גזילה הם ולא חלות איסורי גניבה שהרי כבש חפצא חברו בידיו בלי רשות, אך לא לקח ממון מרשות בעלים, וצ"ע.

[323] רבינו זצ"ל נקט כאן דאיסה"נ הם שלו. אך עיין בר"ן במס' נדרים (דף פה. ד"ה ואני) הסובר שהנודר איסה"נ על חפצא הפקירו, ויתכן דה"ה בכל איסה"נ דהויין הפקר. עיין במס' גיטין (דף כ.) שהמגרש באיסה"נ מגורשת, ומשמע דהוי שלו כדי להקנות את הגט לאשתו. ועיין באבני מלואים (סי' כ"ח ס"ק נ"ו) שגט אינו זקוק להקנאה אלא למעשה נתינה. והגר"ח זצ"ל סבור שגט צריך קנין ואיסה"נ בני הקנאה נינהו. רבינו זצ"ל כאן נקט כדעת הגר"ח זצ"ל דאיסה"נ הם שלו ובני הקנאה הם.

[324] דעיקר מצות השבת האבידה חלה להשיב את החפצא דהאבידה בעין ולא רק את הממון האבוד וכדמוכח מהדינים של חיוב המוצא לטפל עם החפצא דהאבידה שמצאה ולהשיבה ולא למוכרה ולהשיב רק את דמיה, ועיין בסוגיות לעיל (דף כט:).

ב) קיי"ל שאם הוזקק ב"ד לשו"פ גומרין את הדין אפילו על פחות משו"פ. ולכאורה מכאן יש ראייה דפחות משו"פ מהווה חפצא דממון דאל"כ למה גומרים את הדין עליו. ואליבא דהגר"ח זצ"ל י"ל דזוהי הלכה מיוחדת בצדק הדין - "צדק צדק תרדף"[325] - דמאחר דכבר התחילו לדון את הדין אסור לעזוב אותו באמצע עד גומרו בצדק, ולכן גומרים את הדין אפילו על פחות משו"פ מאחר שכבר התחילו לדון את הדין כשהיה שו"פ.

ג) איתא בגמרא לקמן דבמעל מהקדש פחות משו"פ חייב להשיבה להקדש מגזיה"כ. וצ"ע דהרי לפי"ד הגר"ח זצ"ל פחות משו"פ אינו חפצא דממון כלל וא"כ אמאי חייב להשיבה להקדש. וצ"ל אליבא דהגר"ח זצ"ל דיש גזיה"כ מיוחדת בנוגע להקדש דפחות משו"פ נמי נחשב לממון לענין האיסור להנות מהקדש ולחיוב השבת מעילה.

ועיין ברמב"ם (פ"ז מהל' מעילה הל"ח) שהביא את הדין הזה וכ' וז"ל המועל בפחות משו"פ בין בזדון ובין בשגגה משלם את הקרן ואינו חייב חומש ולא קרבן. ויראה לי שאינו לוקה על פחות משווה פרוטה אם היה מזיד עכ"ל. ויוצא לפי הרמב"ם דעל פחות משוה פרוטה חל איסור מעילה מדאורייתא אך בלי מלקות. ונראה דס"ל דפחות משו"פ נאסר בלאו טפל דמעילה ולא מעיקר הלאו, והרמב"ם לשיטתו בלאו שבכללות שלוקין רק על עיקרי הלאוין ולא על איסורים הטפלים הנכללים בלאו[326]. וק"ק למה ס"ל לרמב"ם דאין מלקות על פמשו"פ והוי לאו טפל.

ונראה ליישב הרמב"ם לפי"ד הגר"ח זצ"ל די"ל דהרמב"ם סובר דמאחר דפחות משו"פ אינו ממון בכהת"כ א"כ אף לענין מעילה אינו ממון, ומשו"ה אינו נכלל בעיקר הלאו דמעילה ולכן לית ביה ובהנאתו חיוב מלקות. אמנם פחות משוה פרוטה נאסר באיסור מיוחד בתורת לאו טפל דאינו מחייב מלקות מאחר דאינו חפצא דממון כלל.

וצע"ק למה כ' הרמב"ם כאן "ויראה לי" שאין מלקות אפחות משו"פ במעילה, ואילו בגניבה דעלמא (פ"א מגניבה הל"ב) כ' בסתם דאסור לגנוב כ"ש בלי מלקות ולא כ' "ויראה לי"[327].

ונראה דעיקר חלות גניבה דעלמא חלה בגניבת ממון ובהפסד שו"פ והראייה דהא ליכא חלות חיוב השבה בגניבת פחות משו"פ ומשו"ה פשיטא דגניבת כל שהוא אסורה רק באיסור טפל בלי מלקות, דהיינו, שיש איסור גברא שלא לעשות מעשה גניבת החפצא,

[325] ז"ל הרמב"ם (פכ"א מהל' סנה' הל"א) מצות עשה לשפוט השופט בצדק שנא' בצדק תשפוט עמיתך עכ"ל.

[326] עיין ברשימות שיעורים לנדרים ענין לאו שבכללות.

[327] קושיית רבינו זצ"ל היא אליבא דהגר"ח זצ"ל דס"ל דגניבת פחות משו"פ הויא איסור מסוים באיסורי גניבה, ואילו לפי הרב המגיד אין כאן קושיא כלל דהא פמשו"פ נאסר מדין חצי שיעור דאינו לוקה עליו ושאסור בכל התורה כולה.

ואע"פ דליכא בזה גניבת ממון. משא"כ במעילה מהקדש, דהתורה חייבה המועל בפחות משו"פ בהשבה, ושחייב לשלם להקדש גם אפחות משו"פ שמעל בה, ומשו"ה סד"א שנאסרה אפילו בעיקר הלאו, ושגזיה"כ היא דלענין הקדש אפילו פחות משו"פ נחשב לחפצא דממון, בדומה לבן נח דנהרג על גזילת פחות משו"פ, דלגבי בן נח אף פחות משו"פ נחשב לממון, וה"ה בהקדש, וע"ז בא הרמב"ם וכ' "ויראה לי" שזה לא ככה, דאף לגבי הקדש פחות משו"פ אינו חפצא דממון ממש, ולא נאסר בעיקר הלאו אלא באיסור טפל בלי מלקות, והאיסור וחיוב ההשבה אפחות משו"פ הוי דין מיוחד בהקדש בלבד, אך עכ"ז פחות משו"פ אינו חפצא דממון, ומהוה איסור טפל בפני עצמו וחיוב השבה דחל לעצמו, בלי מלקות וחומש, דמעילה לכל דיניה חלה רק במעילת ממון שו"פ ולא בפחות משו"פ, דאינו חפצא דממון, ואפילו לענין הקדש.

גמ'. אין אונאה לפרוטות. יעויין בשיטה מקובצת שמביא כמה פירושים בראשונים. א) הרא"ה פירש דבעינן שתהא האונאה כאיסר ולא רק שו"פ. ב) פרש"י (לפי השיטה) שיהא המקח כאיסר, אך האונאה עצמה חלה בשיעור שו"פ. ג) ר' יהונתן פירש שאם המקח שו"פ אין חלות אונאה אם האונאה עצמה פחות משו"פ. ד) פירוש א' בראב"ד (החולק עליו) שאפילו אאונאה פחות משו"פ מחזיר את האונאה.

ובביאור מחלוקת הראשונים נראה דשו"פ הוי שיעור ממון בכהת"כ וכדביאר הגר"ח זצ"ל[329]. ובדיני גזילה, גניבה, ומזיק דהפסידו בעל כרחם[328] השיעור דשו"פ קובע את חלות האיסורים דחלין בהפסד ממון דכהת"כ דהיינו בשו"פ. אך דין אונאה שאני, דהמתאנה הסכים למחיר המקח והפסיד ממונו בהסכמתו ומדעתו[330], וא"כ יתכן דההפסד המחייב אינו שיעור הפסד ממון בעלמא דהיינו שו"פ, אלא שיעור מסוים באונאה של איסר, לרא"ה בשיעור האונאה עצמה ולרש"י בשיעור המקח. ועליהם חולק ר' יהונתן דס"ל דשיעור האונאה הוי שו"פ דהוי שיעור הפסד ממון בכהת"כ. ומאידך שיטה אחת בראב"ד סוברת דל"צ שיעור שו"פ כלל, דאונאה חלה על משהו, דמאחר דאונאה חיוב מסוים הוא, לא צריכים הפסד ממון כלל באונאה רק דהויא שתות המקח. והנה אליבא דשיטה אחת בראב"ד יש רק שיעור אחד באונאה - שתות מקח. אך לכל הראשונים האחרים ישנם שני שיעורים - שיעור שתות המקח וגם שיעור שני בשוויות המקח והאונאה, או של איסר או של שו"פ וכדמבואר. ואם יש מקח בלי א' משני השיעורים האלה דיני אונאה אינם חלין, והמקח קיים ופטור מלשלם.

[328] עיין בגמרא לקמן (דף סא.).
[329] עיין ברשימות לעיל (נה.) ד"ה חמש פרוטות הן.
[330] ועיין שם.

ויל"ע ביסוד הדין דשני השיעורים מעכבים בחלות דין אונאה - האם כשחסר שיעור אחד אין דין אונאה חל עפ"י דין התורה דקבעה דזהו דרך מקח וממכר, דאין כאן חפצא דאונאה כלל, או"ד דבעצם יש כאן חפצא דאונאה אלא שהמתאנה מחלה, ומשו"ה המאנה אינו חייב לשלם.

ולכאורה נראה דבחקירה זו נחלקו הרמב"ם והראב"ד (בפכ"ט מהל' מכירה הל"ח), דהרמב"ם כ' וז"ל קטן היודע בטיב משא ומתן שאין לו אפוטרופוס שנשא ונתן במטלטלין וטעה דינו כדין הגדול, פחות משתות מחילה כו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל אומר אני שהקטן אין לו מחילה כדאמרי' יתמי לאו בני מחילה נינהו עכ"ל. ונ"ל דפליגי בזה, דלפי הרמב"ם בפחות משתות אין חפצא דאונאה כלל, דכך קבעה התורה את מחירי מקח וממכר והמקח קיים אף לקטנים, ואילו לראב"ד יש חפצא דאונאה אף בפחות משתות, אלא דבפחות משתות דעלמא יש מחילה, אך לא שייך מחילה בקטנים דלאו בני מחילה נינהו.

וי"ל דבחקירה זו פליגי נמי הראשונים האם יש איסור להונות בפחות משתות, דאם אינה חפצא דאונאה כלל, הריהי מותרת, אולם אם הויא חפצא דאונאה הריהי אסורה (ועיין בשו"ע חו"מ סי' רכ"ז: ו).

ולפי"ז יל"ע אליבא דהראב"ד הסובר דאונאת קטן חלה ומחייבת תשלומין גם בפחות משתות משום דקטן לאו בר מחילה הוא, האם תחול אונאה בקטן בפחות משו"פ או בפחות מכדי איסר משום דאינו מוחל, ומסתימת לשונו משמע דהראב"ד סובר דאפילו בקטן אונאה אינה חלה בפחות משיעור פרוטה או איסר.

ונראה דהראב"ד מחלק בין השיעור דפחות משתות מקח לבין השיעור דשו"פ ואיסר. דשיעור שו"פ ואיסור שיעור הוא דחל בחפצא דהאונאה דבפחות משיעור ממון זה ליכא חפצא דאונאה כלל ומותרת, ואף חל לקטנים דלאו בני מחילה נינהו, דזהו דרך מקח וממכר, דאין בזה חלות וחפצא דאונאה כלל. משא"כ בפחות משיעור שתות מקח, המהווה חפצא דאונאה, אלא שעל זו גדולים מוחלים. ואילו קטנים מאחר דלאו בני מחילה נינהו משלמים להם את אונאתם בפחות משתות.

ועיין ברמב"ם (פי"ב מהל' מכירה הל"ד) וז"ל היתה ההונייה יתירה על השתות בכל שהוא כגון שמכר שוה ששים בחמשים פחות פרוטה בטל מקח והמתאנה יכול להחזיר החפץ ולא יקנה כלל. אבל המאנה אותו אינו יכול לחזור אם רצה זה וקבל. ואע"פ שבטל המקח אין המאנה חייב להחזיר עד שתהיה ההונייה יתר על פרוטה, היתה פרוטה בשוה אינו מחזיר שאין הונייה לפרוטות עכ"ל. ומשמע דפסק דשיעור דאונאה צ"ל שוה

משהו יותר מפרוטה, בין לענין דין ביטול מקח ובין לענין דין קנה ומחזיר אונאה. ואם פחות משהו משיעור זה והויא בדיוק פרוטה דיני אונאה לא חלין. מאידך ביתר משתות פסק דחל דין ביטול מקח בשיעור פרוטה בדיוק יותר משתות, ושיטתו ולשונותיו צע"ג.

גמ'. תני גזל וקתני אבידה לכאורה נראה לחלק בין דין פרוטה דחל בגזילה לבין דין פרוטה דחל באבידה. דלענין גניבה כ' הרמב"ם (פ"א מהל' גניבה הל"ב) ז"ל אסור לגנוב כל שהוא דין תורה כו' עכ"ל. וכבר הבאנו ביאור בשם הגר"ח זצ"ל דלפי הרמב"ם חל איסור מדאורייתא על מעשה גניבה וגזילה בכל שהוא, אלא שנפטר מהשבה ומתשלומין, והוי איסור טפל דגניבה בלי מלקות. וכן נמי מדוייק מלשון הרמב"ם (פ"א מהל' גזילה הל"ו) וז"ל הגוזל פחות משו"פ אע"פ שעבר אינו בתורת השבת גזילה עכ"ל. וכשכתב הרמב"ם שעבר ר"ל שעבר על לאו דגזילה, אך בלי מלקות, כי לא גזל חפצא דממון, כי פחות משו"פ אינו חפצא דממון וכדקבע הגר"ח זצ"ל, ועבר על לאו טפל דגזילה דאינו לוקה עליו. ולכן נמי כ' הרמב"ם (פ"א מהל' גזילה הל"ב) וז"ל ואסור לגזול כל שהוא דין תורה עכ"ל, ר"ל דנאסר מן התורה באיסור טפל דבגזילה.

ומאידך בנוגע לאבידה פחות משו"פ כ' הרמב"ם (בפי"א מהל' גזילה ואבידה הלי"ב) וז"ל אבידה שאין בה שו"פ אינו חייב להטפל בה ולא להחזירה עכ"ל, ולשונו מדוייק דאף אם הכיש את האבידה כדי להשיבה פטור מהשבה. דדינו שונה מדין זקן שאינו לפי כבודו (פי"א מהל' גזילה ואבידה הלי"ג - י"ד) שעליו כתב הרמב"ם וז"ל מצא שק או קופה אם היה חכם או זקן מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידו אינו חייב להטפל בהן כו' אם מצא בהמה שהרי התחיל במצוה עכ"ל. ומבואר דבדין זקן ואינו לפי כבודו חל פטור מלהתחיל במצוה, אך משהתחיל במצוה נתחייב לגומרה. ואילו באבידה פחות משו"פ אפילו משהתחיל במצוה פטור מלהחזירה ומלהשיבה. ויסוד הנ"מ זקוק לביאור.

ונראה דהביאור הוא דבזקן ואינו לפי כבודו החפצא הוי חפצא דאבידה, אלא דחל פטור גברא מלהתחיל במצות השבת אבידה, אך יש חלות שם חפצא דאבידה הראוי' למצות השבה ולכן משהתחיל הזקן במצות השבתה נתחייב להשיב את האבידה לבעליה. משא"כ באבידה פחות משו"פ דאינו חפצא דאבידה כלל, דליכא בו חלות שם אבידה וליכא בו קיום מצות השבת אבידה מאחר דהחפצא פחות משו"פ, ומשו"ה גם משהכישה פטור מלהחזירה. ובזה מבואר הדין דאם מצא אבידה שו"פ וזלה דחייב להכריזה, והוא משום שמצא חפצא דחל בה מלכתחילה שם אבידה בשעת המציאה.

והנה יש דיון בראשונים ובאחרונים האם אבידה הויא ברשות בעליה להקדישה או לא, שאין אדם מקדיש גזילה משום דדבר שאינו ברשותו הוא (ב"ק דף סט.). ויל"ע בדין

גזילה פחות משו"פ ואבידה פחות משו"פ האם הבעלים יכולים להקדישן או לא. ולפי הנ"ל יתכן לחלק בין גזילה פחות משו"פ לבין אבידה פחות משו"פ, כי חפצא הגזול פחות משו"פ נחשב לחפצא דגזילה, דהא לרמב"ם חל בו איסור גזילה מדאורייתא, וי"ל דמאחר שחל בו איסור גזילה מדאורייתא ה"ה דחל בו נמי חלות שם גזילה בחפצא, ומאחר דהוי חפצא דגזילה א"כ לא הוי ברשות בעליו להקדישו. ומסתבר דאף חלין בחפצא הזה קניני גזילה דיאוש ושינוי רשות כמו בכל חפצא דגזילה אחר. דדין פחות משו"פ בגזילה חל רק לגבי פטורים מחיובי גזילה בלבד כמו הפטורים ממלקות מהשבה ומאחריות לשלם, אך גופו של החפצא גזול הוא, וממילא חלין בו קניני גזילה. משא"כ באבידה דפחות משו"פ אינו חפצא דאבידה כלל, דאינו ראוי למצות השבת אבידה, ולכן אינו נחשב לדבר שאינו ברשות הבעלים, והבעלים שפיר יכולים להקדישו[331].

גמ'. דא"ר קטינא כו'

א.

אם הוזקקו ב"ד לשו"פ גומרין אפילו לפחות משו"פ

ולבסוף הסוגיא (נה:) איתא: "אם הוזקקו ב"ד לשו"פ גומרין אפילו לפחות משו"פ, תחילת הדין בעינן פרוטה גמר דין לא בעינן פרוטה". וכ' הריטב"א וז"ל שאם הוזקקו ב"ד לתביעה של פרוטה אע"פ שנמצא בסוף שהתביעה אין בה פרוטה גומרין דינו וכן הילכתא עכ"ל. וצ"ב.

ונראה לדמות דין זה להא דאיתא במס' סנה' (דף לב.) וכדפסק הרמב"ם (פ"ג מהל' סנהדרין הל"ג - ד) דאין ב"ד מתחילין לדון דיני ממונות בלילה, אבל אם התחילו ביום מותר לגמור בלילה. דמזה חזינן שיש הלכות דישיבת בי"ד, על מה יושבין ועל מה לא יושבין. וכדאיתא לענין יום ולילה, דאין מתחילין לשבת ולדון בלילה, אבל משישבו והתחילו ביום גומרים לדון אף בלילה. דה"ה לרב קטינא, אין ב"ד יושבים לכתחילא לדין אפחות משו"פ, אמנם משישבו לדון אשו"פ גומרים את הדין אפחות משו"פ.

והנה בפשטות ההלכה דישיבת בי"ד נוהגת רק בבי"ד. ברם בענינים שונים קיי"ל דיחיד מומחה נמי יכול להורות וכדאיתא במס' סנה' (דף ג.) וברמב"ם (פ"ב מהל' סנה' הלי"א). והנה הרמב"ם (שם) כ' וז"ל אחד שהיה מומחה לרבים או נוטל רשות מבי"ד הר"ז מותר לו לדון יחידי אבל אינו חשוב בי"ד עכ"ל. ובפ"ה מהל' סנה' (הלי"ח) כ' וז"ל יחיד שהוא מומחה לרבים אע"פ שהוא דן דיני ממונות יחידי אין ההודאה בפניו הודאה בבי"ד אפילו

[331] רבינו זצ"ל נקט כאן דרק חלות שם ודין אבידה בחפצא מפקיע את רשות בעליה, ולא המציאות דאבידה, דאם המציאות דאבידה מפקיעה את רשות הבעלים אזי אין מקום לחלק בין אבידה שו"פ לפחות משו"פ.

היה סמוך כו' עכ"ל. ואילו הרא"ש (סנה' סי' ג' לפ"ק) חולק עליו. דלרא"ש יחיד מומחה נמי מהווה חפצא דבי"ד. ואילו לרמב"ם יחיד מומחה אינו חפצא דבי"ד, אלא גברא הוא שיש לו כח להורות הוראה. ועיין באחרונים[332] שדנו עד היכן מגיע פסק הרמב"ם ביחיד מומחה - לענין קבלת עדות, קנס, השבעת שבועת הדיינים וכדומה.

והנה, יש לעיין לפי שיטת הרמב"ם הסובר דיחיד מומחה אינו חפצא דבי"ד אלא רק מורה הוראה בעלמא, האם חלין עליו ג"כ ההלכות דישיבת בי"ד. ומסתבר דההלכות האלו דישיבת בי"ד לא חלין עליו, משום דאינו חפצא דבי"ד אלא רק גברא המורה הוראה. וכמו שבהוראת איסור והיתר המומחה מורה בלי חלות דין ישיבת בי"ד, ה"ה בהוראת דיני ממונות, יחיד מומחה מורה בלי חלות ישיבת ב"ד. ולכן יחיד מומחה יכול להורות לכתחילה בלילה, ואפילו להתחיל את הוראתו בלילה. ונראה עוד דדין שו"פ נמי אינו נוגע להוראת יחיד מומחה, דאין דין שו"פ חל בהוראה בעלמא אלא דוקא בישיבת בי"ד כמו הדין דיום ולילה. ובכן לכתחילה יחיד מומחה יכול להתחיל ולהורות את הוראתו בדיני ממונות אפחות משו"פ[333].

ב.

ביאור דברי רש"י בסוגיא

כתב רש"י (דף נה:) ד"ה גומרין אפילו בפחות ז"ל אם חזר השני ותבעו פחות משוה פרוטה קודם שעמד ב"ד משם נזקקין לו עכ"ל. נראה לכאורה דיש לפרש רש"י בשני אופנים:

א) י"ל דעדיין לא גמרו בי"ד את הדין הראשון על השו"פ, וכשהשני תבע פחות משו"פ, והוא צודק בדינו, נמצא דהראשון, שג"כ צודק בדינו, יקבל פחות משו"פ. ואעפ"כ גומרין את דינו של הראשון על פחות משו"פ.

וקשה, למה צריך רש"י להיכי תמצי הזה ולא פירש בפשטות דראובן תבע משמעון חפצא דהיה שו"פ בתחילת הדין וששוה פחות משו"פ בגמר הדין. ונראה דרש"י ס"ל כשיטת הריטב"א (מובא בשיטה) דעל תביעת חפצא בעין ב"ד נזקקים ודנים אפי' אם החפצא שוה פחות משו"פ. ומשו"ה הציור דתביעת חפצא דשו"פ ושזל אח"כ לא שייך. ברם לפי פירוש זה מיושבת קושית הריטב"א על רש"י דהקשה וז"ל ולא דייק להאי פירושא לישנא דגומרין ולישנא דגמר דין דאמרינן בסמוך עכ"ל, דהא לפי"ז הלשון

[332] עיין בקצוה"ח (ע"ט: ז') ובנתיבות (ג': ג').

[333] ואע"פ דנתבאר שלפי"ד הגר"ח זצ"ל פחות משו"פ אינו ממון, מ"מ עדיין הוי שלו ולפיכך חל בו פסק דין של הוראת מומחה.

מדוייק שפיר כי בשעת שהשני תבע לא גמרו עדיין את הדין הראשון, ויגמרוה על פחות משו"פ.

ב) א"נ י"ל דרש"י מיירי בשכבר גמרו בי"ד את הדין הראשון על שו"פ, אלא שהדיינים עדיין יושבים במקומם ולא קמו, ואז תבע השני את הראשון אפחות משו"פ, דמכיון דבי"ד עדיין יושבים במקומם הריהם זקוקים לתביעת השני. ולפי פירוש זה קושית הריטב"א באמת קשה, כי הלישנא דגומרין קשה להולמו, דהרי מיירי דכבר גמרו את הדין הראשון ומתחילין מעתה בדין שני חדש על התביעה דפחות משו"פ. ועוד יותר קשה, שמאחר שכבר גמרו את הדין הראשון מהו ביאור דין זה שמשום שעדיין יושבים במקומם משו"ה זוקקין לתביעת השני אפחות משו"פ, דצ"ע שהרי הדין הראשון כבר נגמר, וישיבתם עכשיו אחרי גמר אותו הדין הראשון אינה ישיבת בי"ד כלל, דהא כבר גמרו את הדין ההוא, ואינה חלות שם ישיבת בי"ד כלל אלא סתם ג' ת"ח שיושבים מסביב לשולחן, אבל אין כאן בי"ד שיושבים במקומם לדון.

ונראה לתרץ את הקושיא השניה שהקשינו לפי מש"כ הרמב"ם (בפי"א מהל' סנה' הל"ז - ט) ז"ל דיני ממונות וכן הטומאות והטהרות אב ובנו כו' מונין אותן בשנים כו' זה שאנו מונין האב עם הבן בין באחד בין בשנים כגון שהיה א' מהן בסנהדרין והשני היה מן התלמידים שאמר יש לי ללמד זכות או חובה שומעין דבריו ונושאין ונותנין עמו ונמנין עמו. ובשעת גמר דין אין גומרין את הדין בקרובים כו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל חי ראשי איני רואה לא טעם ולא ריח בדברים אלו כי למשא ומתן מאי מנין איכא ובשעת גמר דין אז הוא המנין עכ"ל. ונמצא דלרמב"ם שעומדים ב"ד למנין שתי פעמים: א) בשעת משא ומתן; וב) בשעת גמר דין. במשא ומתן הב"ד דנים בינם לבין עצמם על צדדי שאלות הדין כחפצא של תורה הנתפסת בהוראתם, שאינם דנים אז את הנידונים, אלא רק דנים ונושאים ונותנים בדבר מצד קביעת עצם ההלכה ודין התורה. ובמשא ומתן קיי"ל דקרובים נמי משתתפים בו כדי לברר את הוראת התורה בדין זה, ורק אח"כ כשיש גמר דין על הנידונים - אזי קרובים פסולים.

ולפי"ז יוצא דלהרמב"ם המשא ומתן בבי"ד אינו היכי תמצי בעלמא, אלא מהווה חפצא של הוראה בהלכות התורה שהבי"ד עושה שיש בו חלות דין של עמידה למנין של הדיינים. וא"כ פשיטא דשעת משא ומתן נתפס ומהווה חלות שם של ישיבת הדיינים, דאפילו בלי גמר דין נמי מהווה מעשה של ישיבת ב"ד. ולפי"ז יש ליישב פרש"י דאע"פ שכבר גמרו ב"ד את הדין הראשון, מ"מ מה שעדיין יושבים במקומם ונושאים ונותנים בו אין זה ישיבת ג' ת"ח בעלמא, אלא חלות שם של ישיבת בי"ד, די"ל דמיירי שהב"ד

עדיין יושבים ונושאים ונותנים בהוראתם אפילו אחרי שגמרו את פסק הדין הראשון. וכמו שבדין דעלמא חל חלות שם של ישיבת דיינים במשא ומתן ובהוראת ההלכה לפני גמר הדין, ה"ה אחרי גמר הדין, כל זמן שהדיינים יושבים במקומם ונושאים ונותנים בהוראת ההלכה כחפצא של תורה חלה חלות שם של ישיבת דיינים, ומשו"ה הבי"ד שעדיין יושבים נזקקים לתביעת הבעל דין השני אפחות משו"פ, מאחר שעדיין יושבים על הדין הראשון במשא ומתן שנושאים ונותנים בו.

דף נה:

גמ'. הא מני ר"מ כו' אמר רב יוסף אע"פ שמיקל ר"מ בפדיונו מחמיר הוא באכילתו. עיין בתוס' (ד"ה וכי) וז"ל אע"ג דבכמה מקומות עשו אפי' יותר משל תורה היינו היכא דשייך לקנוס כדי לעשות סייג אבל הכא אפילו בתרומת מעשר ודאי לא הוה שייך למקנס חומש אם לא שאמרה תורה ולכך לא היה לקנוס בשל דמאי ומשני דה"נ עשו הולד ממזר אע"פ שאין סברא אלא משום דבאשת איש הולד ממזר עכ"ל. ודבריהם צריכים ביאור.

ונראה לבאר דאליבא דתוס' יסוד המחלוקת שבין ר"מ לבין החכמים במביא גט וכשנתנו לה לא אמר בפ"נ ובפ"נ הוי האם מדרבנן הגירושין בטלים והויא אשת איש מדרבנן דהוולד ממזר, זוהי שיטת ר"מ, או"ד שהגירושין חלין מדרבנן אלא דמ"מ חל עליה איסור מסוים להנשא מדרבנן, ואם עברה ונשאת אינה כאשת איש שזינתה, ולכן הוולד מהשני אינו ממזר, וזוהי שיטת החכמים. והנה חלות דין ממזרות אינו חומרא אלא חלות דחלה ממילא שהוולד שנולד ממעשה זנות הריהו ממזר, שהרי מצינו חיוב כרת דהוולד אינו ממזר כגון וולד הנדה[334], ומצינו דר"ע סובר (יבמות דף מט:) בחייבי לאוין דאיסורן קל ומ"מ הוולד הוי ממזר, ואף יש מ"ד (יבמות מט ב) הסובר דוולד יבמה לשוק הוי ממזר ואע"פ שאינה נאסרת אלא באיסור לאו. ומוכח מכ"ז דחלות דין ממזרות אינו חל מדין חומרא, קנס, ועונש אלא דהוי תוצאה שבא ממילא ממעשה זנות. ולפי"ז ר"מ האומר בגט דהוולד ממזר אינו עושהו ממזר מחמת חומרא וקנס אלא מפאת עצם חלות שם של האיסור זנות מדרבנן, דרבנן עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה כלומר דביטלו הגט מדרבנן, ובכן הו"ל אשת איש מדרבנן שזינתה והוולד ממילא הוי ממזר. ואילו החכמים ס"ל דלא הטילו הרבנן חלות שם דאורייתא של אשת איש שזינתה אלא גזרו איסור

[334] כדמבואר ברמב"ם (פט"ו מהל' איסורי ביאה הל"א).

בעלמא וחלות שם איסור חדש מדרבנן להנשא, בלי חלות שם איסור אשת איש ולא כמו שיש בתורה, ולפיכך ס"ל שאין בזה חלות שם זנות ומשו"ה אין הוולד ממזר.
ואמר רב נחמן אמר שמואל דה"ה בנוגע לתרומת מעשר של דמאי, אין חיוב החומש באכילת תרומה חלות דין עונש מפאת חומרת האיסור, דא"כ היה צריך לשלם חומש באכילת התרומה במזיד ק"ו משוגג. ומהא דמשלם חומש רק בשוגג מוכח דחומש אינו אלא חיוב מסוים לתתו בהדי הקרן דחל באכילת תרומה בשוגג. ובכן אליבא דר"מ שהטיל שם דאורייתא - אפילו בלי חומרא ועונש - על דיני דרבנן, וכמו שהטיל בדין הגט, ה"ה בתרומת מעשר של דמאי הטיל עליה חלות דין ושם תרומה כמו שחל בתרומה דאורייתא, ולפיכך האוכלה חייב לשלם חומש מדרבנן כאילו אכל תרומה דאורייתא.
משא"כ לרבנן דס"ל לחלק בגט בין פסול דאורייתא לבין פסול דרבנן, דס"ל דגט בלי ב"נ וב"נ הוי חלות שם איסור חדש מדרבנן, ולא חלות שם איסור אשת איש כמו דחל בפסול גט דאורייתא, ומשו"ה ס"ל שאין הוולד ממזר, ה"ה בתרומת מעשר של דמאי, המהווה לשיטתם חפצא וחלות שם איסור חדש ומסוים מדרבנן, דאינו דומה לחפצא ולחלות שם תרומה דאורייתא, ומשו"ה האוכלה אינו משלם חומש.
ולפי"ז נראה לבאר את מה דאמר רב יוסף דאע"פ דמיקל ר"מ בפדיונו מ"מ מחמיר הוא באכילתו. ונראה לבאר שיטתו עפי"מ שהארכנו בשיעורים לתחילת פרקין להוכיח דיסוד דין פדיון מעשר שני הוא דחל מדין מצות הבאת מקום לירושלים, עיי"ש. וי"ל דשאני בזה מעשר שני של דמאי, דלא גזרו בו הרבנן קיום מצות הבאת מקום לירושלים אלא רק איסור שלא לאוכלו מחוץ לירושלים. ודין חומש בפדיון מע"ש חל רק מפאת מצות הבאת מקום. וכן דיני הפדיון לא לפדות מע"ש כסף על כסף וכו' חלין רק מפאת מצות הבאת מקום. ומכיון דליכא קיום מצות הבאת מקום במע"ש של דמאי פדיונו חל לכתחילה בכסף על כסף ואין בו דין חומש בפדיונו. דדוקא בתרומת מעשר של דמאי הטילו חלות שם דאורייתא בתקנתם מדרבנן כי יסוד דין דתרומה הוי חלות קדושת התרומה דאסורה להאכל לזר, ובזה עשו חיזוק לאסור אכילת תרומת מעשר של דמאי בחלות שם קדושה ואיסור לזר כמו דחל בדאורייתא, ואכילתה משו"ה מחייבת חומש.
ובקיצור תרומת מעשר של דמאי מהווה חפצא של תרומה ממש כמו תרומה דאורייתא. משא"כ מעשר שני של דמאי שאינו חפצא של מעשר שני כמו החפצא דמע"ש דאורייתא דהא לא חלה בו מצות הבאת מקום לירושלים, אלא הוי חלות שם חפצא של איסור מסוים מדרבנן ולפיכך אינו משלם חומש בפדיונו.
פסק הרמב"ם בחומש בתרומה ובמע"ש של דמאי.

כתב הרמב"ם (פ"י מהל' תרומות הל"ד) ז"ל ומן הדין היה שאין חייבין חומש על תרומת מעשר של דמאי כמו שאין חייבין על מע"ש כמו שיתבאר אבל אמרו חכמים אם לא יתחייב חומש יזלזלו בה עכ"ל. ויפלא שזה שלא כדברי רב יוסף בסוף סוגיין. ועוד תמוה שהרי הרמב"ם בהל' גיטין (פ"ז מהל' גירושין הלי"ז) פסק כמו החכמים שהמביא גט ונתנו לה בלי ב"נ וב"נ שאין הוולד ממזר, ואליבא דסוגיין לפי החכמים אין חיוב חומש חל בתרומת מעשר של דמאי והיאך פסק הרמב"ם שיש חיוב חומש.

ונראה (וכן איתא בתוי"ט) דהרמב"ם אזל כשיטת הירושלמי (פ"ק דמאי הל"ב) וכדפירש שם ר' זעירא דמתני' כחכמים ולאו דוקא כר"מ, וז"ל ר"ז אמר בשם רבנן בדין היה תרו"מ של דמאי שלא יפריש עליה חומש ולמה אמר שיפריש מפני גזירה שאם את אומר לו שלא יפריש אף הוא אינו נוהג בה בקדושה, בדין היה מע"ש של דמאי שיפריש עליו חומש ולמה אמרו שלא יפריש מפני גדירו שאם את אומר לו שיפריש אף הוא אינו מפריש כל עיקר עכ"ל. וזהו המקור לפסקי הרמב"ם.

ונראה דלפי הרמב"ם תרומת מעשר של דמאי אינה חפצא של תרומה דחלה בלי חלות שם תרומה דאורייתא, וחיוב החומש שבו הוי חומרא מיוחדת שגזרו עליה שלא יזלזלו בה. ואילו במע"ש הקילו ולא גזרו חומש בכדי שלא יפסיקו להפריש אותו לגמרי בגלל חומרתו. ומבואר דלפי הרמב"ם החפצא של דמאי אינו דומה לחפצא של תרו"מ מדאורייתא כלל ושלא כשיטת ר"מ כדמבואר לפי תוס' לעיל[335].

דף נו.

גמ'. לא התירו למכור דמאי אלא לסיטון בלבד כו'.

לכאורה צ"ע בדמיון שבגמרא לדמות את המחלוקת בין ר"מ לבין החכמים בהיתר המכירה לבעה"ב כמו לסיטון לדין חומש בתרומה, דהרי יש הרבה קולות בדמאי, כמו היתר אכילת עניים וכדומה, ולמה לי הקולא הזו דהחכמים הקילו בו לבעה"ב שלא כר"מ.

ונראה עפ"י מש"נ לעיל דלר"מ הטילו הרבנן שם תרומה מעין שם דאורייתא על תרומת דמאי ואילו לחכמים הריהו חלות שם בפני עצמו, ומשו"ה ר"מ מחייב חומש באכילתה ולא החכמים. ולפי"ז י"ל דפליגי נמי בדמאי כשהוא טבל, דלחכמים הטילו עליו איסור אכילה אך בלי חיוב ומצות הפרשת תרומה דאיננו חלות שם חפצא דטבל, דאינו דומה

[335] ומכל הקולות דחלין בדמאי כגון להאכילו לעניים, לאוכלו ואח"כ להפרישו וכו' נמי משמע דמדרבנן אינו חפצא של טבל ותרו"מ עם חלות שם דאורייתא אלא חלות שם בפני עצמו מדרבנן, וכך תמיד נקט רבינו זצ"ל בשאר שיעוריו.

לחפצא דטבל דאורייתא. ומשו"ה החכמים הקילו לבעה"ב כמו שהקילו לסיטון, דמכיון שמוכר הרבה ואין תקלה לכן התירו לו למכור. משא"כ ר"מ שהוא סובר דדמאי הוי חלות שם חפצא דטבל מעין טבל מדאורייתא ולכן לא רק שאסור באכילה, אלא אף מחייב את הגברא במצות הפרשת תרומה, ולכן אסרו לבעה"ב למוכרו לאחרים בכדי שיקיים את חובת מצות ההפרשה המוטלת עליו מדין טבל. והתירו רק לסיטון למכור בהיתר מיוחד משום שזהו פרנסתו, ואע"פ שבזה אינו מקיים מצות ההפרשה.

גמ'. הלוקח מן הנחתום

הגמ' הקשה דאליבא דר' מאיר היה ראוי מן הדין להחמיר בספקות של דמאי כגון כשקנה מנחתום מדפוסים הרבה. ולפי דרכנו אליבא דתוס', הגמ' ר"ל דלר"מ חלות שם טבל חל בדמאי בדומה לחלות שם טבל שחל בטבל דאורייתא ובכן היינו צריכים להחמיר בספקו כבספק בדאורייתא[336].

גמ'. שם מיתה בעולם

ר"ל דבדיני דאורייתא יש נ"מ בין מיתה חמורה לבין מיתה קלה, וזה משפיע על הגדרת האיסורים האלה כחמורים וכקלים זה מזה משא"כ באיסורי דרבנן, דשם מיתה חד, אין נ"מ בין חיובי מיתה שונים לענין הגדרת חומרת האיסורים מדרבנן. דבאיסורי דרבנן וחומרתן יש נ"מ בגזירתן רק בין עשי"ן לבין לאוין לבין איסורי מיתה. אך אין נ"מ בין מיתה למיתה לענין חומרת תקנה דרבנן.

מתני' אלו דברים שאין להם אונאה העבדים והשטרות והקרקעות

יל"ע בדין קרקעות שאין להן אונאה - האם ליכא אפילו איסור אונאה בקרקעות או"ד שחל עליהן איסור אונאה אלא שמופקעים מדיני אונאה - משתות ומתשלומי אונאה. ועיין ברש"י (דף נו:) ד"ה דבר הנקנה מיד ליד וז"ל הזהיר עליו בבל תונו עכ"ל, ומשמע דס"ל לרש"י דליכא איסור אונאה בקרקעות.

ומאידך יעויין ברמב"ן עה"ת (ויקרא נה: יד) שהביא פרש"י עה"ת ודן בו וז"ל אל תונו - זו אונאת ממון, "במספר שנים אחר היובל". פשוטו של מקרא על אופניו, על האונאה בא להזהיר. כשתמכור או תקנה קרקע, דע כמה שנים יש עד היובל, ולפי השנים ימכור המוכר ויקנה הקונה שהרי סופו להחזיר לו בשנת היובל, ואם יש שנים מועטות וזה מוכרה בדמים יקרים הרי נתאנה לוקח, ואם יש שנים מרובות ויאכל ממנה תבואות

[336] צ"ע בשאר הגזירות דרבנן אטו חלות איסורי דאורייתא כגון איסורי מלאכה בשבת מדרבנן, האם ג"כ אמרינן ספקן לחומרא, והרי הכלל דספקות דרבנן לקולא לכאורה חל אף באיסורים האלה. ועוד צ"ע, הרי באיסור דמאי עצמו מקילין להאכילו לעניים, ונחשב "כלכם" ללקיחת ד' מינים ושלא כדין טבל דאורייתא, וזהו הדין אפילו לר"מ, וקשה דא"כ מ"ש בספקות דנחתום דלחומרא. ורבינו זצ"ל דן בזה בשיעור אך לא זכינו להבין היאך תירץ את הקושיות, וצ"ע.

הרבה צריך לקנותה לפי הזמן, וזהו שנאמר "במספר שני תבואות ימכר לך", לפי מנין שני התבואות שתהא עומדת ביד הלוקח תמכור לו. ורבותינו דרשו (ערכין כט ב) מכאן שהמוכר שדהו אינו מותר לגאול פחות משתי שנים, אפילו יש שלש תבואות באותן שתי שנים. ואינו יוצא מפשוטו, מספר שנים של תבואות ולא של שדפון ומעוט שנים שתים, לשון רש"י. ובאמת שהוא הנכון בישוב המקרא אבל רבותינו אמרו (ב"מ נו א) שאין אונאה לקרקעות, שנאמר או קנה מיד עמיתך, דבר הנקנה מיד ליד, והמקרא הזה כפי פשוטו ולפי מדרשו לדברי הרב בקרקעות הוא. אבל על כרחנו נצטרך להטות מקראות מפשוטן, ונאמר שיהיה כל פסוק עומד בעצמו. יאמר וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד אל תונו איש את אחיו, ויחזור ויאמר, במספר שנים אחר היובל תקנה מאתו התבואות וכמספר שני התבואות ימכרם לך, כפי השנים תרבה ותמעיט כי על כל פנים תשיבנו לו ביובל. וכל זה אזהרה ביובל שיזהרו בו לעולם, וחזר ואמר ולא תונו איש את עמיתו בדברים. ואני חושב עוד סברא, שודאי המאנה את חבירו לדעת עובר בלאו, בין במטלטלים בין בקרקעות, שבהן דיבר הכתוב אל תונו איש את אחיו במספר שנים אחר היובל, שהוא מזהיר שיקנו וימכרו לפי השנים ולא יונו איש את אחיו. אבל רבותינו חדשו באונאה תשלומים בשתות המקח, וביטול מקח ביותר משתות, ומזה בלבד מעטו הקרקעות לפי שהאונאה בהם אפילו ביתר משתות מחילה, כמו שהיא מחילה במטלטלים בפחות משתות, אף על פי שהוא אסור להונות כן לדעת, אבל אין דרך בני אדם לבטל ממכרם מפני אונאה מועטת כזו. ודרשו חכמים מפני שאמר הכתוב וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה דבר הנקנה מיד ליד אל תונו איש את אחיו, למדנו שיש באונאה דין מיוחד במטלטלים שאינו נוהג בקרקעות, והוא חזרת הממון, אבל אזהרת הלאו נוהגת בכולן. ולכך אמר "וכי תמכרו ממכר" לשון רבים, למוכר קרקעות ולמוכר מטלטלין, "או קנה מיד עמיתך", היחיד מהם המוכר המטלטלין מיד ליד, ואמר לכולן "אל תונו", וכיון שייחד והפריש המטלטלין ריבה בהן דין אונאה, והיא בחזרת התשלומין. וזה דבר נכון כפי המדרשים שקבלו רבותינו ברמזי התורה ואולי יהיה כל זה אסמכתא, כי הלאו אזהרה בין בקרקע בין במטלטלין, וחזרת הממון בידם קבלה במטלטלין ולא בקרקעות כמו שאמרו (ב"ק יד ב) דבר השוה לכל כסף. כי השיעורים כולם בשתות ויתר על שתות כפי דעות בני אדם, ולמה לא יוציאו הקרקעות מן הדין הזה, והם הוציאו ממנו כלי בעל הבית ואמרו (ב"מ נא א) לא שנו אלא בלוקח מן התגר אבל בלוקח מבעל הבית אין לו אונאה, מפני שדרך בעלי בתים שלא ימכרו כלי תשמישן. וגם יתכן לומר כי הכתוב יזהיר שידעו מספר השנים עד היובל, ולפיהם ימכרו

ויקנו ולא יונו בהם איש את אחיו להטעותו במספר, או להטעותו במכירה שיחשוב בה שהיא לחלוטין ויטעהו בכך, אבל ידעו שניהם ויודיעו זה לזה המספר, כי המכירה היא במספר שנים עד היובל, שגם בקרקעות יש אונאה בטועים במדה ובמנין, ואפילו בפחות משתות, וכל שכן במטלטלין עכ"ל.

יוצא מהרמב"ן דאליבא דפרש"י עה"ת חל איסור אונאה על קרקעות[337]. ואילו לרמב"ן עצמו יש ב' דעות: דעה אחת היא שאין איסור אונאה חל על קרקעות, ודעה שנייה שאיסור אונאה חל על קרקעות אלא שדיני אונאה בשתות ובחזרת האונאה אינם חלין. והרמב"ן ביאר את הדעה השנייה בשני אופנים, או שהתורה הפקיעה את דיני תשלומי אונאה מקרקעות אך מ"מ חל האיסור, או שאף דיני תשלומי אונאה חלין באמת אף על קרקעות אלא ששיעור אונאתן שונה כי שיעור האונאה תלוי בדיעות בני אדם, ובקרקע יש מחילת בנ"א אפילו בשתות וביתר על שתות.

והנה בגמ' לקמן (דף נז.) איתא דאע"פ דאין לקרקעות אונאה מ"מ ביטול מקח יש להן. ועיי"ש בתוס' (ד"ה אמר) בשם הר"ת דדין ביטול מקח דחל בקרקע הוא מפלגא ואילך. ולפי הביאור האחרון שברמב"ן י"ל דדין ביטול המקח דחל בקרקע מפלגא ואילך חל מדין אונאה כי אף בקרקע חלין דיני אונאה אלא בשיעורים שונים מבמטלטלין. ומאידך עיין בפרש"י לקמן (דף נז.) ד"ה יש להן וז"ל מי אמרינן מאל תונו הוא דאימעיט והא לאו אונאה הוא אלא מקח טעות הוא כו' עכ"ל. רש"י מפרש דדין ביטול מקח דחל בקרקעות אינו חל מדין אונאה מכיון דקרקעות מופקעין מכל פרשת האונאה - מאיסורה ומכל דיניה - ודין ביטול מקח בקרקעות מפלגא ואילך חל מדין מקח טעות בעלמא.

ונראה לבאר את שיטת רש"י לסוגיין דס"ל דליכא איסור ודיני אונאה בקרקעות כלל משום דסובר דחלות שם אונאה חל רק על דברים ששוויותם נקבע כפי השער שבשוק דהיינו דוקא במטלטלין דבני משא ומתן הם בשוק הסוחרים ונקבע להן שער ושוויות בשוק. משא"כ בקרקעות דליכא להן שער קבוע בשוק הסוחרים, כי כל קרקע וקרקע נמדדת לעצמה בלי שוק סוחרים ושוה לפי מדדה בלבד, דלא כמטלטלים הנמכרים בשוק, ומשו"ה לא חל כל דין ואיסור של אונאה בקרקעות כלל, דדין ואיסור אונאה חלין לא להונות במקח כפי השער שנקבע בשוק.

אולם לכאורה זה אינו דעיין בתוס' לקמן (דף סא. ד"ה אלא) שכתבו דליכא איסור אונאה בין בעבדים ובין בקרקעות. וקשה שהרי בעבדים יש שוק הסוחרים הקובע את שער שוויות העבדים, ומוכח דאע"פ שיש לעבדים שער בשוק מ"מ לא חל עליהן חלות איסור

[337] וצ"ע בפרש"י דסותר בכך את פירושו לסוגיין דממנו משמע שאין איסור אונאה חל על קרקע.

ודין אונאה כלל, ועל כרחך האיסור דאונאה אינו תלוי בשער שבשוק. וצ"ל דלתוס' עבדים וקרקעות הריהן מופקעין מאונאה מגזה"כ בעלמא, ושלא כדנתבאר לעיל, דלפי מש"כ לכאורה מסתבר להבחין בין קרקעות דלית בהן איסור אונאה כלל לבין עבדים דיש בהם איסור אונאה בלי דיני אונאה. ולפי זה יל"ע מהו דין השטרות באיסור אונאה, וצ"ע.

בענין מכירת שטר חוב

א.

רש"י ד"ה השטרות, ז"ל: המוכר שטרות לגבות חוב שבתוכו ויטלנו לעצמו עכ"ל. וצ"ב באריכות דברי רש"י. ונראה דרש"י ס"ל דיסוד הדין דמכירת שטר חוב הוא דהמלוה מוכר את השטר ועדותו ללוקח, דהיינו שהלוקח נעשה התופס של השטר המעיד מעתה עבורו, ומאחר דנעשה לבעל השטר ממילא נקנה לו נמי את החוב שבשטר. והנה בגמרא (נו:) איתא דאין אונאה חלה במכירת שטרות משום שאינן גופו ממון. ולפימש"נ ברש"י ז"ל שכוונת הגמרא היא דשטר עצמו אינו גופו ממון משום דהוי חפצא דעדות, ומשו"ה אינו בפרשת אונאה. ומאידך אם מכר את עצם החוב ללוקח במעמד שלשתן או בקנין אגב, שהמקח חל באופן ישיר על החוב, אז חל דין אונאה, דהחוב שפיר הוי גופו ממון ואונאה חלה במכירתו. ועיין בקצה"ח (ח"מ קכו: ט) שכתב כן[338].

ב.

תוס' ד"ה יצאו

וז"ל מדאימעט להו מאונאה משמע דחל המכר מדאורייתא בשטרות, וא"ת בפרק מי שמתו כו' עכ"ל. אליבא דתוס' מכירת שטר חוב חלה מדאורייתא. ואע"פ דאמר שמואל (ב"ב דף קמז:) שהמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול אין זה משום דס"ל דמכירת שטר חוב דרבנן אלא מטעם אחר. ונראה שהוא מטעם המובא בראש (כתובות פ"ט סי' י') בשם הר"ת שמכירת שטר חוב מועלת מדאורייתא להקנות רק את שעבוד הנכסים אך לא את שעבוד הגוף המוטל על הלוה לפרוע למלוה משום דפריעת בע"ח מצוה. ומשו"ה יכול המלוה למחול את החוב משום דעדיין הוי בעל שעבוד הגוף. ומאידך הרמב"ם (פ"ו מהל' מכירה הל' י"ב) חולק על הר"ת וס"ל דמכירת שטר חוב דין דרבנן הוא וז"ל מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי. לפיכך המוכר שטר חוב לחבירו עדיין יכול למחול עכ"ל.

[338] וע"ע בפ"ת (ח"מ סי' רכ"ז ס"ק כ"ה) שאחרים חולקים על הקצוה"ח בזה וס"ל שאף במכירת חוב בעלמא ג"כ ליכא אונאה. ועיין בשיעורים לקמן.

ונראה דיתכן לבאר שיטת הרמב"ם דמכירת שטר חוב חל רק מדרבנן בב' אופנים. א) י"ל דאין המלוה בעלים להקנות את שעבוד הגוף, דהוי דבר שאינו ברשותו דהוי מצוה דחלה על הגברא דהלוה לפרוע למלוה את החוב שלוה ממנו. ומכיון דאין המלוה יכול להקנות את שעבוד הגוף ללוקח משו"ה ג"כ אינו יכול להקנות לו את שעבוד הנכסים, דהנכסים הם ערבים לשעבוד הגוף (ועיין בהשגות הראב"ד על הרי"ף ריש פרק הנזקין). ב) ועוד י"ל דחסר מעשה קנין לשעבודים - בין לשעבוד הגוף ובין לשעבוד הנכסים - דאין עצם השעבודים חלות קנין בחפצא, ולכן ליכא מעשה קנין בחפצא שיכול לחול עליהם. ונראה דנ"מ בין ב' הביאורים הנ"ל הוא בגוונא שהקדיש המלוה את החוב. דאם ננקוט דהמלוה אינו בעלים של החוב להקנותו - דהו"ל דבר שאינו ברשותו - גם א"א להקדישו, דהא אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו. מאידך אם המלוה הוי בעלים להקנות את שעבודי החוב, אלא דשעבודי חוב אינם נתפסים במעשה קנין, אזי נראה לומר דהיינו רק במעשה קנין בפועל כמו שעושים בקנין להדיוט דעלמא. משא"כ בהקדש דחל הקנין באמירה, י"ל דאף שעבודי חוב נתפסים בקנין, דאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט דמי. ונראה דהביאור בזה הוא דעיקר חלות הקנין דאמירה לגבוה חל מעצם דעת המקנה, ומכיון דהמלוה הוי בעל החוב הרי הוא יכול להקנותו מדעתו להקדש.

והנה בנוגע לדין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט בצדקה, דנו הראשונים בגמרא ב"ק (לו:) "ההוא גברא דתקע לחבריה וכו' אמר ליה ההוא גברא הואיל ופלגא דזוזא הוא לא בעינא נתביה לעניים, הדר אמר ליה נתביה ניהלי איזיל ואברי ביה נפשאי, א"ל רב יוסף כבר זכו ביה עניים ואף על גב דליכא עניים הכא אנן יד עניים אנן", ופירשו הראשונים שרב יוסף קנה החוב לעניים מדין מעמד שלשתן. וע"ז הקשו הראשונים דל"ל קנין מעמד שלשתן, דלמה לא קנו העניים מטעם אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. ועיין שם בבעה"מ דס"ל שאין בנדר לצדקה חלות קנין ממון, ומשו"ה היו צריכים למעמד ג' להחיל חלות קנין.[339]

ומאידך הרי"ף ותוס' (שם בד"ה יד עניים אנן) סוברים שיש חלות קנין ממון בנדרי צדקה. ומה שהוצרך רב יוסף לזכות לעניים מדין מעמד שלשתן ולא היתה מספיקה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט הוי משום שחוב אינו ברשות המלוה להקנותו באמירה. וז"ל הרי"ף משום דההוא פלגא דזוזא לאו ברשותיה הוה קאי דהא לא אתא לידיה כו' ומשום הכי א"ל רב יוסף אנן יד עניים אנן דלא גרע מדינא דהדיוט דקני במעמד שלשתן, אבל מידי דאיתיה ברשותיה ואמר הרי הוא לעניים כבר זכו ביה ענייי ולא מצי למהדר ביה

[339] ועיין עוד ברשימות שיעורים לב"ק (דף לו:) בענין צדקה אות ב.

כדאמר בפיך זו צדקה כו' עכ"ל. וכדומה איתא בתוס' וז"ל דכמו שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם ה"נ אין אדם נותן צדקה דבר שלא בא לעולם וכשאמר ניתביה לעניים הוי זה החוב כמו שלא בא לעולם, וכן אם היה אומר ניתביה להקדש לא היה הקדש קונה כו' עכ"ל. ויוצא שהרי"ף ותוס' נקטו כביאור הראשון דחוב אינו ברשותו להקנותו. אמנם עיין בחדושי הגר"ח זצ"ל על הרמב"ם (פ' כ"ב מהל' מכירה הל' י"ז) דהקשה על שיטתם שאין לדמות אמירה לצדקה ולעניים לקנין חוב בעלמא, דהדין דחוב בעלמא אינו בר הקנאה הוי משום חסרון במעשה הקנין, כי החוב ושעבודיו אין בהם ממש ואין שייך לעשות בהם מעשה קנין בפועל. ומבואר דהגר"ח זצ"ל נקט כהביאור השני הנ"ל. מאידך צדקה חלה מדין בפיך זו צדקה דהיינו בנדר. והואיל והחוב ושעבודיו ישנם בעולם, וצדקה חלה בנדר, מן הדין הוא שיכול להקנות חוב לעניים בנדר. ועוד דין קנין שטר חוב יוכיח, דהרי לכמה ראשונים קנין שטר חוב מועיל מן התורה להקנות חוב, ומוכח שחוב נתפס בקנין הראוי לו. ואפילו לדעת הרמב"ם דסובר שמכירת שטרות אינה מועילה מדין תורה, הלא כתב בפ"ו מהל' מכירה (הל' י"ב) וז"ל קנין השטרות בדרך הזאת מד"ס אבל מה"ת אין הראיות נקנות עכ"ל. כלומר שאין הקנין מועיל בשטרות מן התורה אליבא דהרמב"ם רק מפני שאין הראיות נקנות, כלומר, שלא יתכן לשנות את חלות השם של בעל השטר ואת הגדת העדות שבשטר, ומשו"ה אין קנין שטר חוב חל להקנות את החוב מדאורייתא. אולם בלא"ה שפיר היה מועיל קנין חוב מן התורה. ויוצא שעיקר דין דהקנאה חל בחוב מן התורה, אלא שחסר מעשה קנין, וקשה א"כ למה לא יחול קנין חוב בנדר צדקה, שכן מדין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט חל קנין ממון ע"י אמירה בלבד בלי מעשה קנין בפועל בחפצא.

ותירץ הגר"ח זצ"ל שיסוד חלות הדין של בפיך זו צדקה אינו דין שאמירה מהווה מעשה הקנאה לעניים, אלא דהוי דין של הטלת חלות שם צדקה בחפצא, כלומר שמחמת הנדר חל שם צדקה בחפצא, וממילא נקנה החפצא לעניים, כי חלות שם צדקה מחדש קניניים. וכ"ז בקניני חפצא ממש, אבל שעבודי חוב אינם קניני חפצא ממש, וא"א להתפיס שם צדקה על החוב דאין בו ממש ולכן נדר צדקה אינו חל בו כלל. והוא הדין במקדיש חוב, מאחר שאין החוב ראוי לחלות שם הקדש בחפצא אינו נקנה להקדש (כן קבל מרן רבינו זצ"ל במסורה מפי אביו הגאון ר' משה זצ"ל בשם זקנו הגר"ח זצ"ל, ברם בספרו על הרמב"ם הגר"ח זצ"ל מבאר את דין הרי"ף באופן שונה קצת, עיי"ש).

וע"ע בתוס' (שם) בהמשך דבריהם שמביאים את דעת הר"ח, וז"ל ור"ח פירש שזה לא היה רוצה לחזור בו מן הצדקה אלא היה רוצה ללוותו לפי שעה להחזיר אחר לעניים

תחתיו וא"ל רב יוסף דיד עניים אנן וזכינן בו במעמד שלשתן ואמרי' בפ"ק דערכין (ו.) האומר סלע זו לצדקה עד שלא בא ליד גבאי מותר לשנותו משבא ליד גבאי אסור לשנותו, עכ"ל. אליבא דר"ח אמירתו לגבוה אמנם קונה בצדקה וגם בשעבודי חוב שלא כדעת הרי"ף. ולפי ביאורו של הגר"ח זצ"ל יוצא שהר"ח סובר שאמירתו לגבוה מהוה קנין פשוט ואינה קנין המתהוה ע"י הטלת שם צדקה והקדש בחפצא. ומשו"ה מועיל וקונה בשעבודי חוב כמו קנין בעלמא להדיוט, כי אף שלא ניתן להטיל שם צדקה בחפצא עכ"ז חל קנין אמירה להקדיש ולהקנות את שעבודי החוב להקדש או לעניים בהקנאה ישירה דחלה מדעת המקנה.

כ"ז בנוגע להקנאת החוב עצמו. אך בהקנאת מלוה בשטר עוד בעיה עולה והיא בהקנאת חפצא דשטר, שהרי השטר מגיד עדות שמלוה מסוים הלוה את מעותיו ללוה מסוים, ושהלוה ההוא מסר את השטר למלוה, והעדים שחתמו על שטר החוב מעידים שהשטר אמת בידי אותו המלוה שמעידים עליו. ברם אם שטר החוב אינו בידי אותו המלוה כי מכרו לאדם שני, קשה היאך יעידו עדי השטר בשביל האדם השני לגבות את החוב, הרי האדם השני אינו מוזכר כלל בהגדת העדות שבשטר, כי רק שם של המלוה הראשון מופיע בתוך השטר. ומאחר שא"א להקנות את השטר בתורת חפצא של הגדת עדות לאדם שני, לכן א"א גם להקנות לשני את החוב - כי החוב והשטר בחדא מחתא נינהו דא"א להפריד ביניהם. וזהו יסוד הביאור ברמב"ם שא"א להקנות שטר חוב משום דראיות אינן נקנות כלומר דאין שטר והגדת העדות שבו חפצא שאפשר להקנותו לשני. ומכיון דא"א להקנות את השטר ה"ה דא"א להקנות אף את החוב שבשטר, ומשו"ה מכירת שטר חוב חלה רק מדרבנן בלבד ואינו חלות קנין מדאורייתא.

ובדרך זו נראה לבאר נמי דברי התוס' בב"ב (דף עו: ד"ה קני) שהקשו שאם מכירת שטר חוב חל מדרבנן בלבד למה צריכים לגזיה"כ למעוטי שטר מאונאה, ותירצו וז"ל והאי דאיצטרך כו' למעט שטרות מאונאה היינו שמצא שטר לאחר יאוש ומוכרו לבעליו ביוקר עכ"ל, ונראה דר"ל שמי שמצא שטר אבוד וחזר ומכרו למלוה כדי שיעיד השטר עבורו דאזי המכירה חלה מן התורה דהרי לאותו המלוה מעידים עדי השטר. ולכן אפשר מדאורייתא למכור לו את השטר שנאבד ושנתייאש ממנו. ונראה דעצם החפצא דעדות שבשטר א"א שתהיה אבידה ושהמוצא יקנה את גוף העדות לעצמו ואפילו עם יאוש בעלים. כי השטר מעיד רק לבעל השטר ששמו מוזכר בתוכו וכשהוא תופס בו, דבלי תפיסת השטר בידי בעליו אינו אלא חספא בעלמא דהוי מפי כתבם ופסול. דכך קבע

הגר"ח זצ"ל דשטר הוי עדות כשרה רק בידי התופסו המהווה בעל השטר.[340] וכשהשטר נאבד והבעלים התייאשו ממנו, איבד המלוה את זכותו להיות "תופס השטר", וחלות התפיסה הוא הדבר שמוצא השטר נותן למלוה, וע"ז חלה מכירת השטר מדאורייתא ודיני אונאה. אך מסתבר דעצם תפיסת השטר אינה משתייכת למוצא השטר גם כשמצאו אחרי יאוש, אלא שהתפיסה פסקה מבעל השטר בייאוש, ומשו"ה עדות השטר נמי פסקה. וכשהמוצא מחזיר את השטר נעשה המלוה שוב ל"תופס השטר" והשטר שוב מעיד בשבילו. ואף מכירה זו, שאינה הקנאה רגילה, אלא החזרת תפיסת השטר למלוה, כלול בדיני אונאה[341]. ויתכן דמאחר שאינה מכירה רגילה ממקנה לקונה משום כך נמנעו שאר הראשונים מלומר תירוץ זה, דס"ל דלא שייך בזה חלות דיני אונאה כלל מאחר שאינה מכירת חפצא דעלמא ממקנה לקונה. ועוד יתכן לומר דס"ל דמשנתיאש בעל השטר ופסקה עדות השטר אזי בטל השטר לחלוטין ונעשה לחספא בעלמא שאינו חוזר ומגיד ואפילו אם מחזירו המוצאו למלוה, ולכן אין כאן חלות מכירה ואונאה כלל.

ונחזור לתוס' שלפנינו בב"מ (ד"ה יצאו) שכתבו וז"ל כגון שהלוה על פה ונתן לו יותר מדי כדי לעשות שטר שעיבוד או הלוהו בשטר ונתן לו הלוה יותר מדי שיחזיר לו השטר ויהיה מלוה על פה עכ"ל. ועלינו לבאר למה ראשונים אחרים פליגי עם בעלי התוס' ולא קיבלו את תירוצם.

ונראה דבאופנים של התוס' עיקר המכירה חלה על השעבודים ודין דהשטר ממילא חל, כי השטר אינו עצם החפצא דהמכירה. באופן הראשון, הלוה התחייב בשעבודי נכסים והמלוה ע"פ התהפך למלוה בשטר. דעיקר המכירה חלה על שעבוד הנכסים, וממילא חל שטר חוב[342]. ובאופן השני כשהמלוה מוחל על שעבודי הנכסים והפך את המלוה בשטר למלוה על פה, עיקר חלות המחילה היא על השעבודים, והשטר ממילא בטל. וי"ל דלכן ס"ל לשאר הראשונים שבשני האופנים הנ"ל מאחר דהמכירה עצמה אינה מכירת השטר אלא מכירת שעבודי החוב חלה דין אונאה כי רק מכירת עצם השטר נתמעטה מאונאה מאחר דהשטר אינו גופו ממון אלא חפצא דהגדת עדות. ואילו התוס' ס"ל דהמיעוט מאונאה דחל במכירת דבר שאינו גופו ממון חל נמי במכירת

[340] עיין ברשימות שיעורים למס' יבמות (דף לא.) בענין שטרות אות ג' וברשימות שיעורים למס' שבועות (דף מב.) ד"ה הנהו סיטראי.

[341] שבכל דבר שמשלמים עליו מחיר מקח לענין אונאה ואע"פ שאינה הקנאת חפצא ממש כמו שיש במקח וממכר דעלמא, עיין עוד בשיעורים לקמן (דף נו:) בענין שכירות ממכר ליומיה הוא.

[342] צ"ע בזה, דהא שט"ח צריך דעת המתחייב, ויוצא שיש דעת מפורשת לעשות השטר. ואולי דרבינו זצ"ל כאן אזיל כשיטת הראשונים ששט"ח חל בלי דעת המתחייב. א"נ דעיקר המקח והתשלומין הם על השעבודים ולא על השטר, וצ"ע

החוב ושעבודיו ולא רק במכירת השטר. והנה לעיל הבאנו דפליגי בזה הקצות החשן (חו"מ קכ"ו: ט) עם אחרונים אחרים (חו"מ פ"ת רכ"ז: כ"ב), דהקצות סובר דאונאה חלה במכירת חוב במעמד שלשתן משום דחוב עצמו שפיר הוי גופו ממון וכשיטת הראשונים דפליגי אתוס', ואילו האחרונים האחרים ס"ל כתוס' דלא חלה אונאה במכירת חוב כי החוב עצמו אינו גופו ממון.

ג.

שיטת תוס' בכתובות והרמב"ן

התוס' בכתובות (דף פה: ד"ה המוכר) תירצו תירוץ אחר לקושיא שאם מכירת חוב אינה מכירה מדאורייתא למה צריכא לגזיה"כ למעוטי שטרות מאונאה. ותירצו וז"ל וי"ל נהי דהחוב אינו מכור מ"מ שייך בו אונאה שהוא שוה הרבה לקונה שימכרנו בדמים יקרים ללוה עכ"ל. ועלינו לבאר את דבריהם.

ונראה דר"ל דהחוב לא נמכר מדאורייתא ואף לא נמכר השטר כחפצא של הגדת עדות דעדיין מעיד רק עבור המלוה, אלא דמוכר את נייר השטר עבור סכום כסף משום שהנייר שוה דמים הרבה ללוה. אך צ"ע א"כ למה נחשבת מכירת נייר השטר כמכירת דבר שאינו גופו ממון, דבשלמא עיקר החוב והעדות שבשטר אינן גופו ממון, אך לכאורה נייר השטר הוי גופו ממון.

ונראה דהנה הגמרא ב"ב (דף עז.) הקשה למה קנין אגב חל בהקנאת שטרות ואילו קנין מסירה אינו חל, וז"ל אגב שאני דהא מטבע דלא נקני בחליפין, אגב ארעא ניקני עכ"ל, והגמרא מחוסרת ביאור. ונראה לומר דהגמרא מדמה שוויות נייר השטר לשוויות מטבע, דשוויותם אינה דומה לשוויות דשאר החפצים. דבשאר החפצים, השווי נקבע כפי תשמישם לכולי עלמא וכפי השער שבשוק שנקבע ע"י המוכרים והקונים דעלמא. משא"כ במטבע ששוויותו תלויה בהכשר המלכות ומשו"ה מהווה מטבע חפצא של שוויות בפני עצמו, ולכן קניניו מיוחדים, דאגב קונה מטבע אך לא חליפין. וה"ה שוויות נייר השטר, שאינו ערך הנקבע בשוק המוכרים והקונים, אלא דהוי ערך מיוחד דנקבע כפי השוויות דישלם הלוה לבדו בשבילו. ולכן גם קנין נייר השטר מיוחד הוא וקנין אגב חל בו ולא קנין מסירה.

ולפי"ז מבואר למה הוי נייר השטר דבר שאינו גופו ממון דממועט מאונאה והוא משום ששוויותו מיוחדת שנקבעת מחמת הלוה ואינו כשוויות חפצים אחרים הנקבעת בשוק המוכרים וקונים דעלמא.

ועיין נמי ברמב"ן (ב"ב דף עז:) שתירץ את הקושיא מאונאה למ"ד מכירת שטרות מדרבנן וז"ל דכי איצטרך קרא להיכא דזבן ליה שטר ולא חזר בו עד שגבה הלה את חובו דתו לא מצי הדר ורחמנא מעטיה מדין אונאה עכ"ל. ומבואר ברמב"ן דנהי דמכירת החוב מדרבנן בלבד הוא היינו רק כל זמן שהלוקח לא גבה את החוב. דבשעת מכירה לא מכר לו אלא רק את הנייר כחפצא שיש בו שוויות ללוה ולמלוה, שנמכר בשעת המכירה רק את גופו של נייר השטר ולא את החוב. ולכן אין הקונה יכול לכפות את הלוה לשלמו מדאורייתא. ומ"מ אם הלוה הסכים לבסוף ושילם לקונה את החוב אזי הפרעון הזה חל כפרעון של החוב מדאורייתא, דהא לפרעון הזה התכוונו המלוה והקונה במכירת השטר מלכתחילה ובשעת הפרעון לבסוף נקנה גם את החוב עצמו מדאורייתא לקונה שקנה את הנייר דהשטר מלכתחילה, ועל קנין זה דהחוב לבסוף חל דין אין אונאה במכירת שטר חוב, והוא חידוש.

ד.

ביסוד דין תפיסת השטר

ויעויין במס' ב"ב (דף עו.) "דתניא אותיות נקנות במסירה דברי רבי וחכמים אומרים כו' לא קנה עד שיכתוב וימסור". ופליגי במכירת שטר חוב האם הקנין חל במסירת השטר לבדה או"ד דחל בכתיבת שטר שני מהמוכר (המלוה) ומסירתו ללוקח עם מסירת שטר החוב הראשון. ועלינו לבאר את יסוד מחלוקתם.

א) עיין בגמ' ב"ב (דף ע"ו:) "אמר רב פפא האי מאן דמזבן ליה שטרא לחבריה צריך למיכתב ליה קני הוא וכל שעבודא דביה. אמר רב אשי אמריתא לשמעתיה קמיה דרב הנא וא"ל טעמא דכתב ליה הכי הא לא כתב ליה הכי לא קני וכי לצור על פי צלוחיתו הוא צריך א"ל אין לצור ולצור". וצ"ע דמשמע דצריך לכתוב קני הוא וכל שעבודא דביה רק למ"ד דבעי כתיבה ומסירה. ואילו למ"ד דאותיות נקנות במסירה בלבדה אינו צריך לומר קני הוא כל שעבודא. כך הוא חד דעה בתוס' (שם ד"ה אמר ר"פ) וז"ל לא אמר למילתיה אלא אליבא דחכמים דאמרי עד שיכתוב וימסור אבל לרבי דאמר במסירה לחודה קני כיון שמיקל בקנין קני נמי אע"ג דלא א"ל קני לך וכל שעבודיה עכ"ל, ושיטת תוס' מחוסרת ביאור דמ"ש אליבא דרבי דאינו צ"ל קני הוא וכל שעבודיה.

ונראה שיש לחקור במכירת שטר חוב - האם המוכר מקנה את השטר בתורת שטר ועדות שבכתב ללוקח עם החוב, דהיינו שהלוקח נעשה לתופס של השטר ובעליו במקום המלוה והעדות שבשטר חלה ומעידה עבורו, או"ד דא"א שעדות השטר תתהפך ותעיד בעד הלוקח מכיון דהשטר נכתב ונחתם עבור המלוה ולא בשביל הלוקח, אלא

דקניני מסירה לרבי וכתיבה ומסירה לרבנן חלין כדי להקנות את החוב ללוקח, ואילו את השטר בתורת חפצא של הגדת עדות אינו עובר לידי הלוקח.

ונראה דלתוס' זהו יסוד הנ"מ בין רבי לבין החכמים באם צ"ל קני הוא וכל שעבודא או לא. דאם הקנין הוי קנין שחל ישיר על החוב צ"ל קני הוא וכל שעבודא, דהיינו לגלות דעת מקנה מפורשת וישירה על הקנאת החוב, וזוהי שיטת החכמים דס"ל דהקנין חל בכתיבה ומסירה דהיינו דהוי קנין ישיר של החוב עצמו, ומשו"ה צ"ל קני את החוב וכל שעבודא. מאידך רבי סובר דגוף הקנין חל מלכתחילה על השטר בתורת עדות, דבמסירת השטר מקנה המלוה ללוקח את בעלות השטר ותפיסתו כחפצא של הגדת עדות, ומאחר דהלוקח נעשה לבעל השטר ולתופסו ממילא נקנה נמי את החוב. ומאחר שעיקר הקנין חל על גוף השטר אינו צ"ל קני את החוב וכל שעבודא, דחלות הקנין על החוב חל ממילא בלי דעת מקנה מפורשת על הקנאתו ע"י מסירת בעלות של השטר.

ב) ובדרך זו נמי נראה לבאר את המחלוקת שבין אביי לבין רבא (ב"ב דף קעג.) אליבא דמ"ד אותיות נקנות במסירה, דאביי סובר דצריך הלוקח להביא ראייה שקנה את החוב, ואילו רבא סובר דאינו צריך להביא ראייה. ונראה דבזה פליגי, דאליבא דרבא הלוקח נעשה לבעל השטר ולתופסו החדש, ומשו"ה אינו צריך להביא ראייה אחרת, שהרי כתופסו השטר מעיד לו מדין עדים החתומים בשטר כמי שנחקרה עדותן בבי"ד. ואילו אביי סובר דאינו נעשה לבעל השטר, דמסירת השטר אינה אלא מעשה קנין בעלמא של החוב, אך העדות שבשטר בטלה דהשטר מעיד רק עבור המלוה דהוי בעל השטר הראשון ולא עבור הלוקח, ומשו"ה הלוקח צריך להביא ראייה שקנה את החוב שהרי השטר אינו מעיד עבורו כלל.

ג) ועוד עיין בגמ' בסנהדרין (דף לא.) "ההיא איתתא דנפק שטרא מתותו ידה, אמרה ליה ידענא בהאי שטרא דפריע הוה, הימנה רב נחמן, א"ל רבא לר"נ כמאן כרבי דאמר אותיות נקנות במסירה, א"ל שאני הכא דאי בעיא קלתיה". ועלינו להבין את סברת רבא דס"ל דאותיות נקנות במסירה מועלת נמי להאמין לשליש שיש ברשותו שטר מלוה דאחרים, דנאמן לומר דפרוע הוא. וקשה שהרי לא קנה השליש את השטר כלל, שאינו אלא שליש ששומר את השטר, ומהי השייכות בין נאמנותו לומר פרוע ובין דין אותיות נקנות במסירה דמיירי בהקנאת שטר חוב ללוקח.

אלא מכאן מוכח דיסוד חלות דין דאותיות נקנות במסירה אינו דין דחל רק בקנינים אלא דהוי דין דחל בתפיסת השטר ולקבוע בעל שטר חדש כדי לאפשר שהעדים שבשטר יעידו את עדותם. דהנה הגר"ח זצ"ל קבע ששטר בלי תפיסת בעל השטר אינו שטר

כלל ואין לו חלות דין עדות שנחקרה בבי"ד[343]. ונראה דזהו יסוד הדין בשטר דאיתרע בנפילה, דבלי תפיסה אין עדותו כנחקרה בבי"ד (עיין בתוס' גיטין דף ב. ד"ה ואם, ובב"מ דף יג.). דבלי חלות דין תפיסת בעל השטר, השטר אינו מעיד. ולפי"ז נראה לבאר סברת רבא, שקבע דנאמנות השליש תלויה בדין אותיות נקנות במסירה, כי במסירת השטר חלות דין תפיסת השטר עוברת מהראשון שתפסו לידי השני, דנעשה עכשיו לבעל השטר החדש, ומשו"ה הריהו נאמן לומר שהשטר פרוע שלא כטענת המלוה שהיה בעל השטר הראשון הטוען שהשטר עדיין בתוקף ושאינו פרוע. דיסוד הדין של אותיות נקנות במסירה מיוסד הוא במסירת חלות דין תפיסת השטר כחפצא של עדות מהמלוה ללוקח, דמאחר דהלוקח נעשה לבעל השטר החדש קונה הוא ממילא את החוב. וה"ה לענין נאמנות השליש דהופך להיות התופס ובעל השטר ועדותו ומשו"ה השטר תומך בו ובנאמנותו.

ד) ועיין נמי בגמ' ב"ב (דף קסט:) "רשב"ג אומר הנותן מתנה לחבירו והחזיר לו את השטר חזרה מתנתו, וחכמים אומרים מתנתו קיימת כו' אלא אמר רבא באותיות נקנות במסירה קמיפלג רשב"ג סבר אותיות נקנות במסירה ורבנן סברי אין אותיות נקנות במסירה". וכתבו בתוס' (שם קסט א ד"ה אבל) שכמו שאפשר להחזיר שדה ע"י מסירת שטר המכר אליבא דרבי ה"ה אליבא דרבנן דאפשר להחזיר שדה בכתיבה ומסירת שטר המכר חזרה למוכר. ועיי"ש בחידושי הרמב"ן ומשמע דס"ל לרמב"ן דלחכמים כתיבה ומסירת שטר המכר אינה קונה בקרקע ולא מועיל אלא רק בקנין חוב בלבד, שלא כרבי דאליביה מסירת השטר בלבדה קונה בין בקנין חוב ובין בקנין קרקע. וכן נמי משמע מפסק המחבר (חו"מ סי' רמ"ה סעיף ט') דלחכמים כתיבה ומסירה אינה קונה בקרקע. וצ"ע מ"ש מסירת השטר דקונה בקרקע לרבי כמו דקונה בחוב, ואילו לחכמים כתיבה ומסירה אינה קונה בקרקע אלא רק בחוב בלבד.

ונראה דהחילוק הוא כנ"ל דקנין מסירת השטר לרבי חל מדין תפיסת בעל השטר, כלומר דהלוקח נעשה לבעל השטר ולתופסו החדש וממילא קונה הוא את הממון שבשטר, ומשו"ה קונה בין חוב ובין בקרקע.[344] משא"כ אליבא דהחכמים דאין כתיבה ומסירה מעבירה את השטר לידי תופס חדש, דאדרבא השטר הראשון ועדותו בטלין וכתיבה

[343] עיין ברשימות שיעורים למס' שבועות (דף מב.) ד"ה הנהו סיטראי נינהו וברשימות שיעורים למס' יבמות (דף לא.) ענין שטרות אות ג' ומש"כ בשם הרמב"ן.

[344] ואין להקשות הרי השטר כבר נמחל מלהיות עוד שטר קנין וא"כ האין לה חלות תפיסת שטר בידי הלוקח. והתירוץ דאע"פ דנמחל השטר בתורת שטר קנין, אך עדיין קיים ומעיד כשטר ראייה ובהחזרת השטר ראייה עברה חלות תפיסת בעל השטר ומחילה את חלות הקנין.

ומסירת השטר אינה אלא מעשה קנין בעלמא לקניית החוב אך אינו מעשה קנין הקונה בקרקע.

ונראה דכ"ז הוא לפי שיטת הרמב"ן והמחבר (חו"מ סי' רמ"ה סעיף ט') דכתיבה ומסירה אינה קונה בקרקע. מאידך תוס' ס"ל דכתיבה ומסירה קונין אף בקרקע כמו בחוב. ומשמע דס"ל דאף בכתיבה ומסירה עיקר חלות הקנין חל בתפיסת השטר ולקבוע את הקונה לבעל השטר החדש וממילא הקנין חל גם בממון דבשטר - בין בקרקע בין בחוב. אלא דבזה חלוקים החכמים עם רבי, דאילו לרבי במסירה בעלמא עוברת תפיסת השטר מהמוכר ללוקח, ואילו לחכמים מסירה בעלמא אינה מועלת. ורק כשיש שטר שני שבו מבואר שהועברה תפיסת השטר מהראשון לשני אזי נעשה השני לבעל תפיסת השטר החדש וקונה את הממון שבשטר.

ה) ולפי"ז מבוארים פסקי הרמב"ם (פ"ו מהל' מכירה הל"י - י"ג) וז"ל המוכר שט"ח לחבירו או נתנו לו במתנה אינו נקנה במסירת שטר לידו שלא מסר לו אלא הראיה שבו ואין הראיה נתפסת מיד. וכיצד יקנה השטר שיכתוב לו המקנה קנה שטר פלוני וכל השעבוד שיש בו וימסור לו השטר ונמצא שנקנה בכתיבה ומסירה וא"צ עדים לענין קנייתו אבל צריך עדים לענין תביעתו שהרי הנתבע אומר לו מי יאמר שבעל דברים שלי כתב ומסר לך עכ"ל. הרמב"ם סובר שמקנים שטר חוב בכתיבה ומסירה וצריך לכתוב שיקנה השטר וכל השעבוד שיש בו, וצריך נמי הקונה להביא ראייה כשתובע החוב. ומבואר שסובר הרמב"ם שהקונה אינו נעשה לבעל השטר החדש ואין השטר מעיד לו ומשו"ה עליו להביא ראייה. ובכן צריך להקנות המלוה את החוב אליו באופן ישיר ולומר שמקנה לו כל השעבוד שבו דהוי קנין החוב ולא העברת בעלות ותפיסת השטר[345].

ה.

מכירת שטר חוב מדאורייתא או מדרבנן

וכתב הרמב"ם (פ"ו מהל' מכירה הלי"ב) וז"ל קנין השטרות בדרך הזאת מדברי סופרים אבל מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי. לפיכך המוכר שטר חוב לחבירו עדיין יכול למחול עכ"ל. ומשמע קצת מהרמב"ם דרק אליבא דהחכמים דס"ל מכירת שטר חלה בקנין כתיבה ומסירה אזי הקנין חל רק מדרבנן ויכול המוכר משו"ה למחול את החוב, ואילו לרבי דקסבר דאותיות נקנות במסירה הקנין חל מדאורייתא. והחילוק טעון ביאור.

[345] ועיין בשיעורים לזכר אבא מרי ח"א בענין אותיות נקנות במסירה (עמ' רפ"ג - ש"ג).

ונראה דלרבי דין אותיות נקנות במסירה יסודו בחלות דין תפיסת השטר דהיינו דתפיסת השטר עוברת מראובן לשמעון במסירה בעלמא והוי דין דאורייתא בדיני שטרות. ולכן אף הקנאת החוב חלה מדאורייתא כי הקנין דהחוב חל ממילא, דיסוד הקנין הוי שהתופס החדש של השטר ממילא הוי הבעלים של החוב. ולכן אין כאן חסרון של אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו (ועיין בתוס' בב"ב דף עז. ד"ה קני) משום דאין המלוה מקנה את החוב ישיר לקונה משום דהוי דבר שאינו ברשותו ואינו יכול להקנותו בהקנאה ישירה, אלא מקנהו לקונה בעקיפין ע"י העברת תפיסת השטר לידי הקונה דממילא קונה את החוב מאחר דנעשה לבעל השטר, ומשו"ה הקנין חל מדאורייתא ואע"פ דהחוב אינו ברשותו[346].

ו.

קניני מתנת שכיב מרע מעמד שלשתן ואגב בהקנאת שטר חוב

איתא במסכת ב"ב (קמז:) "ומי אמר רב נחמן הכי, והא אמר רב נחמן אע"ג דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ואפילו יורש מוחל, מודה שמואל שאם נתנו במתנת שכיב מרע דאינו יכול למחול, אי אמרת בשלמא דאורייתא משו"ה אינו יכול למחול, אלא אי אמרת דרבנן היא אמאי אינו יכול למחול. אינה של תורה ועשאוה של תורה". והרמב"ם נמי פסק כהגמרא (פ"י מהל' זכייה מתנה הל"ב) וז"ל וכן שכיב מרע שאמר הלואה או פקדון יש לי ביד פלוני תנו אותה לפלוני דבריו קיימין ואין צריך למעמד שלשתן. וכן אם אמר תנו שטר פלוני לפלוני זכה במה שיש בשטר וכאילו כתב ומסר אע"פ שלא משך השטר, ואין היורש יכול למחול שטר זה שנתן במתנת שכיב מרע. ומפני מה המוכר או הנותן שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו היורש מחול ושכיב מרע שנתן שטר חוב אין היורש יכול למחול, מפני שקנין הראייה בשטר מדבריהם לפיכך היורש עדיין זה השטר שלו מן התורה ומוחלו, ומתנת שכיב מרע אע"פ שהיא מדבריהם עשו אותה כשל תורה, כאילו קנה ממון שבשטר מן התורה והגיע לידו ולא נשאר ליורש בו קנין, ולפיכך אינו מוחל עכ"ל.

והנה יש עוד שני קנינים דחלין בהקנאת שטר חוב - קנין אגב וקנין מעמד שלשתן. ולענין מחילת החוב אחרי הקנאתו בדרכים האלה הבחין הרמב"ם בין קנין אגב לבין קנין מעמד שלשתן, שהרי כתב בפ"ו מהל' מכירה (הל' י"ד) וז"ל המקנה לחבירו קרקע כל שהוא והקנה לו על גבה שטר חוב ה"ז קנה השטר בכל מקום שהוא בלא כתיבה ובלא מסירה, ונ"ל שגם זה יכול למחול אחר שמכרו עכ"ל. ואילו בקנין מעמד שלשתן

[346] עיין בשיעורים לזכר אבא מרי ח"א בענין אותיות נקנות במסירה עמ' ר"צ - רצ"ג.

לא פסק כך דכתב (פ"ו מהל' מכירה הל"ח) וז"ל היו עומדים שלשתן ואמר מנה שיש לי בידך בין פקדון בין מלוה הקנהו לזה קנה לוי ואין אחד משלשתן יכול לחזור בו, ודבר זה אמרו חכמים שהיא הלכה שאין לה טעם עכ"ל. וכן קבע הכסף משנה בשיטת הרמב"ם דאין מחילה חלה אחרי קנין מעמד שלשתן דמחילה חלה רק אחרי קנין אגב. והנה כל קניני החוב אליבא דהרמב"ם חלין רק מדרבנן - כתיבה ומסירה, אגב, מעמד שלשתן, ומתנת שכיב מרע - אולם הרמב"ם סובר שהמוכר יכול למחול רק כשהקנהו בכתיבה ומסירה ובאגב, ולא כשהקנהו במעמד שלשתן ובמתנת שכיב מרע. וצריך ביאור מהו הסברא לחלק בין קנין מעמד שלשתן ומתנת שכיב מרע לבין הקנין בכתיבה ומסירה וקנין אגב.

והנה ר"ת (מובא ברא"ש כתובות פ"ט סי' י') חולק על הרמב"ם וז"ל דמפרש ר"ת דמוכר שטר חוב שיכול למחול וע"פ שמדאורייתא הוי מכר משום דשני שיעבודים יש לו למלוה על הלוה, אחד שיעבוד נכסיו ואחד שגופו משועבד לפרוע לו, ושיעבוד נכסיו של הלוה יכול המלוה למכור, אבל שיעבוד גופו של הלוה אין קנין נתפס עליו, הלכך כל זמן שלא מחל לו גובה נכסיו של לוה, אבל אם מחל המלוה ללוה שיעבוד גופו שנשאר אצלו פקע נמי שיעבוד נכסין, דנכסי דאינשי ערבין ביה וכשנסתלק שיעבוד הלוה נסתלק נמי שיעבוד נכסיו. ומהאי טעמא נמי נוכל לומר דנהי דבמעמד שלשתן קנה משום דנעשה כאומר לו בשעת מתן מעות משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך מ"מ שיעבוד גופו נשאר ביד המלוה ויכול למחול. ואפילו לדברי המפרשים דבמעמד שלשתן אינו יכול למחול כו' יש לחלק דשאני התם דשלשתן עומדין במעמד אחד ומחל המלוה ללוה שיעבוד גופו וחל שיעבוד גוף הלוה לשני משעת מתן מעות וכו' עכ"ל. ומבואר דלר"ת כשמוכר שט"ח בכתיבה ומסירה שעבוד גוף הלוה למלוה לא נמכר, ומשו"ה המלוה עדיין הוי בעל חוב למוחלו. משא"כ במעמד שלשתן, דאף שעבוד הגוף הראשון דהלוה למלוה בוטל, דחל במקומו שעבוד הגוף חדש מהלוה לקונה, ולכן המלוה אינו עוד בעל החוב למוחלו. ולר"ת יתכן לומר דבמתנת שכיב מרע מקבל המתנה נמי נעשה ליורשו של השכיב מרע ושכל שעבוד הגוף דהחוב עובר אליו ולא ליורשים אחרים, ולפיכך היורשים האחרים שאין להם ירושה בשעבוד הגוף דהחוב אינם יכולים למוחלו. אך לפי הרמב"ם דכל הקנינים דרבנן הם וזהו עיקר יסוד הדין דמחילה, צ"ע מ"ש קנין זה או קנין אחר לענין מחילה.

ונראה אליבא דהרמב"ם דעצם הדין דהקנין חל מדרבנן אינו קובע לבדו שהמוכר יכול למחול את החוב. אלא דתלוי בחלות הקנין. בדומה לר"ת שהבחין בין הקנאת שעבוד

הממון לבין הקנאת שעבוד הגוף, אלא דלרמב"ם ההבחנה היא אחרת. דיל"ע בהקנאת חוב האם המלוה מקנה לקונה את כל החוב ושעבודיו, או"ד שלא מקנה לו את כל החוב ושעבודיו אלא רק את הזכות לגבות את החוב, אך עיקר החוב ושעבודיו עדיין הם למלוה. ונראה דזוהי הנ"מ להרמב"ם בין אופני קניני החוב, כי במעמד שלשתן ובמתנת שכיב מרע המלוה מקנה את עצם החוב ללוקח - דנעשה מעתה הבעלים על כל החוב, ולכן אין המלוה עוד בעל החוב למוחלו, משא"כ בקנין אגב ובקנין כתיבה ומסירה דהמלוה מקנה ללוה רק את זכות הגבייה בלבד ולא את עצם החוב, ומשו"ה המלוה יכול למוחלו דעדיין הוי עיקר בעל החוב ושעבודיו.

ונראה לבאר עוד, הרי הרמב"ם פסק שקנין אגב אינו מועיל במלוה בעל פה אלא רק במלוה בשטר (בפ"ו מהל' מכירה הל"ז) וז"ל ראובן שהיה לו חוב על שמעון והקנה ללוי קרקע ועל גבה חוב שיש לו אצל שמעון נראה לי שלא קנה החוב עכ"ל (ובהל' י"ד שם) כתב וז"ל המקנה לחבירו קרקע כל שהוא והקנה לו על גבה שטר חוב ה"ז קנה השטר בכל מקום שהוא בלא כתיבה ומסירה עכ"ל. וכן פסק בקנין כתיבה ומסירה דחל רק בהקנאת מלוה בשטר ולא בהקנאת מלוה בעל פה. ומאידך הרמב"ם פסק דקניני מעמד שלשתן ומתנת שכיב מרע חלין בין במלוה בע"פ ובין במלוה בשטר (פ"י מהל' זכייה ומתנה הל"ב). ונראה שאין זה מקרה בעלמא אלא הוי דין בעצם יסוד חלות הקנינים. כי במתנת שכיב מרע ובמעמד שלשתן המלוה מוכר את גוף השעבוד והחוב עצמו, ולכן חלין הקנינים האלה בין במלוה בשטר ובין במלוה בע"פ כי הקנינים חלין להקנות את עצם גוף החוב ושעבודו. ומאחר שכל החוב נקנה הוא ללוקח ולא רק את זכות הגבייה משו"ה אין המלוה יכול למחול את החוב. משא"כ בקניני אגב ומעמד שלשתן, דעיקר חלות הקנינים הוא להקנות את השטר ללוקח ומכיון שהקנין חל בשטר נקנה נמי ביחד איתו את זכות הגבייה התלויה בשטר. דכל יסוד הקנין דכו"מ ואגב הוא שהלוקח קונה את החפצא דהשטר וקונה על ידו את זכות הגבייה, אך אין הקנין חל על עצם החוב ושעבודו. ומשו"ה המלוה הוי בעל החוב למוחלו אפילו אחרי הקנין.

ונראה כנ"ל דהקנאת השטר בכתיבה ומסירה לפי הרמב"ם אינה מעבירה את תפיסת השטר לידי הלוקח כחפצא של הגדת עדות דרק למ"ד אותיות נקנות במסירה מעיד השטר כחפצא דהגדת עדות בידי הלוקח. ואילו למ"ד אותיות נקנות בכתיבה ומסירה השטר אינו מעיד עבור הלוקח אלא מעיד עדיין עבור המלוה משום שמכר רק את החפצא ונייר דהשטר בלבד ללוקח, ומדרבנן הקנין הזה בחפצא דהשטר הועיל להקנות איתו את זכות גביית החוב, ואע"פ שעצם החוב לא הוקנה דעדיין הוי בידי המלוה,

ומשו"ה המלוה יכול למחול את החוב שמכר שהרי מכר רק את זכות הגבייה ולא את החוב עצמו ושעבודו, דהמלוה עדיין הוא בעל השטר ועדותו ואפילו אחרי שהקנה את הנייר דהיינו החפצא דהשטר ללוקח[347].

ז.

אונאה במכירת שטר חוב

ועיין בתוס' (כתובות דף פה: בד"ה המוכר) שהקשו דאם מכירת שטרות אינה אלא מדרבנן למה צריך מיעוט בקרא למעוטי שטרות מאונאה ותירצו וז"ל וא"ל דנהי דהחוב אינו מכור מ"מ שייך בו אונאה שהוא שוה הרבה לקונה שימכרנו בדמים יקרים ללוה עכ"ל, כלומר דעצם נייר השטר שוה הרבה, ונהי דמכירת החוב ושעבודיו עם זכות גבייתו אינה חלה מדאורייתא מ"מ מכירת הנייר והחפצא דהשטר שפיר חלה מדאורייתא, וע"ז באה גזיה"כ דאין אונאה לשטרות והמיעוטים דשטרות מגניבה ומשבועת הפקדון. וחזינן מתוס' שיש חלות מכירת חפצא דהשטר בלי מכירת עצם החוב כלל, וסמוכים הוא למש"נ דמכירת השטר אליבא דהרמב"ם גורמת מכירת זכות הגבייה.

ח.

שיטת הראב"ד במכירת שטר חוב

על מש"כ הרמב"ם (פ"ו מהל' מכירה הלי"ב) דמכירת שטרות מדרבנן היא ולפיכך המוכר שטר לחבירו יכול למחול החוב השיג הראב"ד וז"ל לא מן השם הוא זה אלא מפני שהלוה אומר ללוקח אני לא שעבדתי לך את עצמי. לפיכך אם כתב לו בשטר חובו הריני משועבד לך ולכל הבאים מכחך אינו יכול למחול משמכר שטר חובו עכ"ל. כוונת הראב"ד זקוקה לביאור.

ולפום ריהטא הראב"ד סובר כר"ת דבמכירת שטרות המוכר מכר את שעבוד הנכסים בלי שעבוד הגוף, וזוהי כוונת הלוה באומרו "אני לא שעבדתי לך את עצמי", כלומר השעבוד הגוף מחייבני רק למלוה ולא ללוקח. ולפי"ז יוצא שבאופן שכתב "הריני משועבד לך ולכל הבאים מכחך" הלוה התחייב בשעבוד הגוף מעיקרא ללוקח דלאחר זמן.

אולם עוד נראה לבאר דברי הראב"ד דס"ל דבמסירת שטרות המלוה אינו מוכר ללוקח לא את שעבוד הנכסים וגם לא את שעבוד הגוף אלא מכר ללוקח את זכות גביית התשלומין. ומאחר שלא מכר ללוקח רק את זכות הגבייה, משו"ה עדיין יכול המלוה למחול את

[347] עיין בשיעורים לזכר אבא מרי ח"א בענין אותיות נקנות במסירה (עמ' רח"צ, ועמ' ש"א - ש"ב).

החוב וכל שעבודיו. ובזה מבוארים סוף דברי הראב"ד, דבאמר הלוה "הריני משועבד לך ולכל הבאים מכחך" הלוה הסכים ונתן למלוה רשות למכור גם את עצם החוב ושעבודיו ללוקח. ונמצא באופן זה דמכירת השטר אינה חלה רק מפאת דעת המלוה להקנות בלבד אלא אף ביחד עם דעת מקנה של הלוה. ונמצא ביאור חדש ביסוד דין מכירת שטרות - דלמלוה עצמו חסרה הבעלות להקנות את שעבודי החוב ללוקח, אבל ביחד עם הלוה יכולים המלוה והלוה להקנות את שעבודי החוב ללוקח.

ונראה דיש נ"מ בין שני הביאורים בראב"ד לענין כתיבת פרוזבל, האם מוכר החוב כותבו או הלוקח. דלפי הביאור הראשון שסובר הראב"ד כר"ת ושמכר המלוה את שעבוד הנכסים בלי שעבוד הגוף מסתבר שהלוקח כותב את הפרוזבל מאחר דהוי בעל שעבוד הנכסים בלי המלוה. ומאידך לפי הביאור השני דהמלוה מכר רק את זכות הגבייה ללוקח אך כל שעבודי החוב כולל שעבוד נכסים הם עדיין אצל המלוה, מסתבר דהמלוה כותב את פרוזבל ולא הלוקח.

ועוד יתכן נ"מ לענין ההלכה שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין, דאליבא דהביאור הראשון שהראב"ד סובר כר"ת מסתבר דהלוקח בעצמו הוי בעל הדין דהלוה דהא יש לו ללוקח את הקנין דשעבוד הנכסים לבדו, ולכן יכולים עדים להעיד בפני הלוקח ושלא בפני המלוה. מאידך אם ללוקח יש רק את זכות הגבייה ואילו שעבוד הנכסים עדיין ברשות המלוה מסתבר דהמלוה הוי בעל הדין דהלוה ואין מקבלים עדות אלא בפני המלוה.

ט.

יסוד דין קנין מעמד שלשתן

והנה קיי"ל דהמוכר שטר חוב לחבירו בכתיבה ומסירה וחזר המוכר ומחלו מחול. אולם כשהקנה חוב במעמד שלשתן וחזר הנותן ומחלו דעת רבנו תם שאינו מחול (תוס' במס' גיטין (יג:) ד"ה תנו) ואילו ראשונים אחרים (כגון בעל העיטור והראב"ד, עיין בחו"מ סי' קכ"ו סעיף א' ובש"ך אות י' ובקצה"ח שם אות ה') סבורים שהחוב מחול. ועלינו להבין את יסוד מחלוקתם.

ונראה דעיין בתוס' ב"ק (לו ב ד"ה יד עניים) שהביאו את שיטת הר"ח וז"ל ור"ח פירש שזה לא היה רוצה לחזור בו מן הצדקה אלא היה רוצה ללוותו לפי שעה להחזיר אחר לעניים תחתיו וא"ל רב יוסף דיד עניים אנן וזכינן בו במעמד שלשתן ואמרי' בפ"ק דערכין (ו.) האומר סלע זו לצדקה עד שלא בא ליד גבאי מותר לשנותו משבא ליד גבאי אסור לשנותו, עכ"ל. הר"ח קבע שמעמד שלשתן אינו קנין בלבד אלא שנחשב

כאילו נמסר החוב ליד המקבל וכאילו הגיעה הצדקה ליד הגבאי וא"א לשנותה. לעומת זאת הרי"ף על אתר דר' יוסף קנה לעניים במעמד שלשתן כתב וז"ל אבל ודאי אי בעי לשנויי ההוא מידי דיהיב לעניים עד דלא אמטייה ליד גבאי במידי אחרינא דכוותיה מצי לשנויה, עכ"ל. הרי"ף חולק על הר"ח וסובר שקנין מעמד שלשתן אינו כאילו נמסר ליד המקבל אלא הוא קנין בעלמא ועדיין יכול הנותן לשנותו. וניתן לבאר את המחלוקת עפ"מ שיש לחקור בקנין מעמד שלשתן עליו אמרו חז"ל (גיטין יד א) דשוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא, האם הוא מהווה קנין בעלמא, כלומר, שהקנה הנותן (המלוה) את החוב למקבל, או"ד נחשב החוב כפרוע, המלוה הסתלק והלוה מתחייב למקבל. לשם ביאור התקנה ע"פ צד זה נראה שכשהנותן (המלוה) אומר ללוה תן לפלוני במעמד שלשתן הרי זה כאילו נמסר החוב לידי המקבל והמלוה נפרע דהוי כאילו שילם הלוה למי שצווהו המלוה וממילא נסתלק המלוה. אכן כ"ז בנוגע להנותן (המלוה) שלגביו חשוב הוא כפרעון, אבל לגבי המקבל החוב עדיין קיים ואינו נפרע עד שיפרע לו ממש. ונראה שבחקירה זו חלוקים הרי"ף והר"ח. דלרי"ף מעמד שלשתן הוא קנין רגיל ואין בו חלות פרעון ומשום כך כל זמן שלא הגיעה הצדקה לידי הגבאי ממש עדיין ניתן לשנותה. לעומת זאת אליבא דר"ח יש חלות פרעון במעמד שלשתן וכאילו באו המעות לידי המקבל (הגבאי צדקה) ובכך נסתלק הנותן (הנחבל) שכן החוב שלו פרוע. ולכן תו אי אפשר לשנות את החוב שהרי ע"פ דין מעמד שלשתן נחשב לצדקה משהגיע ליד גבאי.

עיין בתוס' (גיטין שם) וז"ל דלא תקינו מעמד שלשתן בכתובה דאפשר שלא תבא לידי גבייה לעולם ועי"ל וכו' עכ"ל, ובפשטות חלוקות שתי הדעות בתוס' בנוגע למעמד ג' אם מועיל להקנות חוב תוך זמנו (או כתובה שאינה ניתנת לגבות מחיים, עיי"ש במפרשים). אם מעמד ג' קנין בעלמא מועיל גם בחוב תוך זמנו, אבל אם חל כחלות פרעון אינו מועיל תוך זמנו של החוב (או בכתובה שאינה עומדת לגבות מחיים) הואיל ואינו עומד לפרעון. והנה דנו הפוסקים האם במעמד שלשתן מועילה שליחות בעד המקבל (חו"מ סי' קכ"ו סעיף כ' ובגר"א אות נ"ד). ונראה להסביר דשליחות מועילה בעבור מעשה - כגון שליחות לקנין, לקידושין, ולגירושין דשלוחו של אדם עושה את המעשה בעבורו. ברם כשמעשה המצוה תלוי בגופו של אדם אין דין שליחות, כגון בתפילין וכל מצוות שבגופו (והדברים מפורסמים עי' קצה"ח סי' קפ"ב אות א'). במדידת עגלה ערופה נתמעטה שליחות כמו שדרשו (סוטה מה א) ויצאו הן ולא שלוחיהן. אולם הרמב"ם בפ"ט מהל' רוצח (הל' א') כתב וז"ל הרוג שנמצא נופל לארץ ולא נודע מי הכהו מניחין אותו במקומו

ויוצאין חמשה זקנים מבית דין גדול שבירושלים שנא' ויצאו זקניך ושופטיך ומודדין ממנו אל הערים שסביבות החלל עכ"ל. הרמב"ם אינו מצטט במפורש הדין של הן ולא שלוחיהן, וצ"ע למה משמיטו. וביאר הגר"מ זצ"ל דלרמב"ם הדין פשוט ואין צריך לכותבו כי גזה"כ מלמדת אותנו דמדידת העיר הקרובה לחלל אינה מעשה ב"ד בעלמא אלא שהיא צריכה להעשות בפני ב"ד והוי' כמצוה שבגופם אשר בכהת"כ הדין הוי שאין שליחות במצוה שבגוף ולאו דוקא בעגלה ערופה. והוא הדין בב"ד של קבלת עדות או של גירות דאין הדיינים יכולים למנות שלוחים להיות במקומם שכן דינים אלו מחייבים גופן של הדיינים ובפני ב"ד.

ואותה סברא שייכת גם כאן: אם דין מעמ"ש מחייב שיהיה בפני ג' האנשים (הנותן הנפקד והמקבל) אין שליחות כמו במדידת עגלה ערופה. מאידך אם אין כאן דין של בפניהם התלוי בגופם, אלא דין של מעשה מצד שלשתם יש שליחות כבכהת"כ. ויתכן שהדברים תלויים בחקירה הנ"ל: אם מעמ"ש מהווה דין פרעון - שהנפקד (או הלוה) תופס הדבר ומוסרו ע"פ דין לתפיסת המקבל, וכדר"ח שנחשב כאילו הגיע הדבר לידי המקבל - אז המקבל משתתף במעשה, דהיינו שמקבל ותופס הדבר מהנפקד או מהלוה, ולכן חלה שליחות למעשה התפיסה שלו שהוא הפרעון. לעומת זאת אם מעמ"ש מהווה קנין בעלמא, י"ל שאין למקבל השתתפות במעשה הקנין דהקנין חל מדין דעת מקנה של הנותן בלבד בלי מעשה דמקבל. ויוצא שהמקבל משתתף בגופו בלבד שהקנין צריך להעשות בפני המקבל ובמעמד המקבל עצמו, ואין שליחות.

ובכך מבוארת המחלוקת האם המוכר שטר חוב במעמד שלשתן וחזר ומחלו מחול או לא. אליבא דר"ת החוב כאילו בא לידי המקבל וכיון דלגבי הנותן נחשב החוב כפרוע אינו יכול למחול. ואילו לראשונים אחרים מעמד שלשתן מהווה קנין בעלמא כמו כתיבת ומסירת שטרות ומשו"ה מחלו הנותן מחול.

אמנם הבאנו למעלה (אות ז') ביאור ברמב"ם בדין מחילת חוב דיכול להשתמש נמי כביאור במחלוקת הראשונים בדין מחילת חוב אחרי קנין מעמד שלשתן. והוא שבמכירת חוב בקנין כתיבה ומסירה נמכרת רק זכות הגבייה בלבד ולא עצם החוב, כי עיקר הקנין חל על השטר, וממילא עם השטר נקנה זכות הגבייה ולא החוב, ומשו"ה המלוה עדיין יכול למוחלו. ולפי"ז י"ל דזהו הדין כשמקנה את החוב במעשה קנין, דמעשה הקנין חל רק על השטר ולא על עצם החוב. אבל התקינו דין הקנאה מיוחדת במעמד שלשתן - דהוי כהלכתא בלי טעמא - דהקנין יחול מדין הקנאה מדעת בלי מעשה קנין, ומשו"ה חל הוא אף על עיקר החוב להקנותו. דנהי דעיקר החוב אינו נתפס במעשה

קנין מדהוי דבר שאין ממש, מ"מ נתפס הוא בהקנאה מדעת, ולכן נקנה במעמד שלשתן. ומכיון שהחוב עצמו נמכר, משו"ה אין המלוה יכול למוחלו. וע"ז חלוקים הראשונים, דס"ל שלא כר"ת ושיטתו במעמד שלשתן, אלא שאף במעמד שלשתן החוב אינו נמכר אלא רק זכות הגבייה בלבד ביחד עם השטר. ויתכן דס"ל דהא דחוב אינו נמכר הוא משום דהוי דבר שאינו ברשותו, ואפילו הקנאה מדעת אינה חלה עליו, ורק השטר וזכות הגבייה הריהם ברשות המלוה למוכרם, ולא עיקר החוב שאינו ברשותו למכור.

והנה התוספות (גיטין יג ב ד"ה תנהו) הקשו על מ"ש ר"ת שהמוכר חוב ע"י מעמד שלשתן אינו יכול למחול, "וא"ת בפ' החובל גבי היא שחבלה באחרים דפריך ותזבין כתובתה בטובת הנאה ומשני כל לגבי בעלה ודאי מחלה והשתא אכתי תמכור במעמד שלשתן דאז לא תוכל למחול". ותירצו, "וי"ל דלא תקינו מעמד ג' בכתובה דאפשר שלא תבא לידי גבייה לעולם". ובב"ק (פט א ד"ה כל) תירצו על קושיא זו, "דמעמד שלשתן אין מועיל בכתובה בעודה תחת בעלה כיון דעדיין לא ניתנה לגבות". הרי שבב' המקומות כתבו התוספות ב' טעמים נפרדים למה לא תיקנו מעמד שלשתן בכתובה. ונפקא מינה שלטעמם בב"ק שכתובה לא ניתנה ליגבות בעודה תחת בעלה י"ל דה"ה בשאר חובות תוך זמנם שלא תיקנו מעמד שלשתן, דחוב לא ניתן ליגבות תוך זמנו. אבל לטעמם שבכתובה אפשר שלא תבא לידי גבייה לעולם שאני שאר חובות תוך זמנם שיבואו לידי גבייה דשפיר מהני מעמד שלשתן.

והנה לעיל כתבנו ב' ביאורים בשיטת התוספות שהמוכר חוב ע"י מעמד שלשתן אינו יכול למחול: א) כהר"ח דבמעמד שלשתן יש חלות פרעון, ב) שבמעמד שלשתן עצם החוב נקנה. ומעתה יתכן לומר שבב' ביאורים אלו נחלקו התוספות בגיטין והתוספות בב"ק. די"ל שהתוספות בב"ק סוברים כהר"ח שמעמד שלשתן מהני מטעם פרעון. ולכן לא תיקנו מעמד שלשתן בכתובה ובשאר חובות תוך זמנם דכיון שלא הגיע זמן הפרעון א"א להחשיב את תפיסת הלוה בעד המקבל כפרעון. והתוספות בגיטין סוברים שבמעמד שלשתן עצם החוב נקנה. ולכן שפיר מהני מעמד שלשתן בשאר חובות אף תוך זמנם. אבל בכתובה לא מהני מעמד שלשתן משום שצורת הקנין דמעמד שלשתן היא שהנותן מצווה להלוה ליתן את החוב להמקבל, ובכתובה שאפשר שלא תבא לידי גבייה לעולם אין ציוויו ציווי, וחסרה כל צורתו של מעמד שלשתן.

יא

ביסוד דין מתנת שכיב מרע

הבאנו למעלה (אות ז') מהגמ' ב"ב (קמז:) שהנותן חוב במתנת שכיב מרע אינו יכול למוחלו משום ש"אינה של תורה ועשאוה כשל תורה". דברי הגמרא מחוסרים ביאור. ונראה דיש לחקור בתקנת קנין מתנת שכיב מרע, האם חל מדין קנין דעלמא אלא דבזה שונה דחל לאחר מיתת הנותן דלא כמו קנין אחר, או"ד דהתקינו דחל מדין ירושה, דהמקבל הופך להיות יורשו של המת.

ולכאורה יש לתלות בחקירה זו מחלוקת בין הראשונים. דהנה כתבו התוספות (גיטין דף יג. ד"ה והא) שבמתנת שכיב מרע, "אע"ג דמת מקבל בחיי נותן ולא קני אלא אחר מיתת נותן אפ"ה קנו יורשין וכו' דדברי שכיב מרע כשמת כמסורים למקבל משעת נתינת שכיב מרע או אמירתו". והר"ן (ו: בדפי הרי"ף ד"ה ומשמע) הביא דברי התוספות וכתב, "אבל תמה אני למה דהא קי"ל בסוף פרק יש נוחלין דמתנת שכיב מרע לא חיילא אלא לאחר גמר מיתה וכיון דבעידנא דחיילא ליתיה למקבל היאך קנה והא אין קנין למת וצ"ע".

הרי שהתוספות והר"ן פליגי במקבל מתנת שכיב מרע כשמת המקבל בחיי הנותן אם המתנת שכיב מרע ניתן לירושה ליורשי המקבל. ובטעם המחלוקת נראה שהר"ן סובר שמתנת שכיב מרע חלה בתורת קנין דעלמא דחל לאחר מיתת הנותן, ואם המקבל מת מלפניו א"א שהקנין יחול לאדם מת. ומאידך תוס' סוברים דמתנת שכיב מרע חלה מדין ירושה, שהמקבל הופך להיות יורשו של הנותן, וא"כ אף שמת המקבל לפני שמת הנותן ג"כ חלה המתנה, דיורש המקבל את המתנה בקבר כדי שיורשיו ירשו את המתנה ממנו, דחל כאן דין משמוש נחלה מהמקבל ליורשי המקבל וכדמצינו בדיני ירושה דאורייתא דעלמא.

ובזה מבוארים דברי התוס' בבבא בתרא (עז. סוף ד"ה קני לך) שכתבו שיורש אינו יכול למחול חוב שהקנה אביו במתנת שכיב מרע משום "דמקבל מתנה הוא היורש במתנת שכיב מרע". הרי דס"ל שמתנת שכיב מרע חלה בתורת ירושה, וירושת המקבל מפקיעה את ירושת היורש. וכיון שמקבל המתנה זוכה בהמתנה ע"י ירושה, אין בכח יורש אחר למחלו משום דאינו יורש כלל את החוב.

אך נראה דאף אם מתנת שכיב מרע חלה בתורת הקנאה לאחר מיתה ואינה חלה בתורת ירושה גם אפשר לבאר למה אין יורש יכול למחול חוב הניתן במתנת שכיב מרע. וזה על פי מ"ש לעיל לבאר את השיטה שהמוכר חוב במעמד שלשתן אינו יכול למחול. שבארנו שהמוכר שטר מלוה יכול למחול משום שההקנאה חלה רק להקנות את זכות הגבייה ואילו החוב עצמו נשאר ביד המלוה ולכן יש בידו למחלו. משא"כ במעמד

שלשתן שהקנין נגמר על ידי דעת מקנה בלי מעשה קנין, אזי הקנאה זו אינה רק להקנות השטר והגבייה אלא אף להקנות את עצם החוב, וכיון שעצם החוב נקנה אין המלוה יכול למחול.

ומעתה יש לומר שאף מתנת שכיב מרע הויא הקנאה בלי מעשה קנין, ולכן עצם החוב נקנה להמקבל. וא"כ אף אם מתנת שכיב מרע חלה לאחר מיתה מדין קנין ולא מדין ירושה מ"מ אין יורש דעלמא יכול למחול את החוב משום שעצם החוב נקנה להמקבל.

ויש להוכיח כדברינו מדיוק לשון הרמב"ם (פ"י מזכיה ומתנה ה"ב) וז"ל, וכן שכיב מרע שאמר הלואה או פקדון שיש לי ביד פלוני תנו אותה לפלוני דבריו קיימין ואין צריך למעמד שלשתן, וכן אם אמר תנו שטר פלוני לפלוני זכה במה שיש בשטר, וכאילו כתב ומסר אף על פי שלא משך השטר ואין היורש יכול למחול שטר זה שנתן במתנת שכיב מרע, ומפני מה המוכר או נותן שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו היורש מחול ושכיב מרע שנתן שטר חוב אין היורש יכול למחול, מפני שקנין הראיה בשטר מדבריהם לפיכך היורש עדיין זה השטר שלו הוא מן התורה ומוחלו, ומתנת שכיב מרע אע"פ שהיא מדבריהם עשו אותה כשל תורה, וכאילו קנה ממון שבשטר מן התורה והגיע לידו ולא נשאר ליורש בו קנין, ולפיכך אינו מוחל, עכ"ל.

הרי שיש ב' ציורים בהרמב"ם בהקנאת הלואה ע"י מתנת שכיב מרע: תנו הלואה שיש לי ביד פלוני לפלוני ותנו שטר פלוני לפלוני. ובשניהם אין היורש מוחל. אך רק בהציור השני דתנו שטר פלוני לפלוני ביאר הרמב"ם מאי שנא יורש שאינו יכול למחול מהמוכר שטר חוב לחבירו שיכול למחול. ולדברינו ניחא שיש חילוק יסודי בין ציורי הרמב"ם. שבציור הראשון השכיב מרע צוה לתת את עצם החוב לפלוני. ופשיטא שכשהלה זכה בעצם החוב אין היורש יכול למחול. אך בציור השני השכיב מרע צוה לתת את השטר לפלוני. וזה דומה למוכר שטר חוב שמוכר את השטר ולא את עצם החוב. ובזה הוצרך הרמב"ם לבאר מאי שנא יורש שאינו יכול למחול ממוכר שטר חוב שיכול למחול.

והביאור בשיטתו דבמכירת שטר דעלמא דחלה מדרבנן, השטר לבד נמכר בהדי זכות הגבייה, אך עצם החוב לא נמכר אפילו מדרבנן, ומשום כך המלוה יכול למוחלו. משא"כ במתנת שכיב מרע דעשאוה כשל תורה, דאף עצם גוף החוב נקנה למקבל ולא רק את זכות הגבייה, ומשו"ה אין הנותן יכול למוחלו. וזה נמי מדוייק בלשונו שכתב "וכאילו קנה ממון שבשטר מן התורה והגיע לידו ולא נשאר ליורש בו קנין" כלומר, דבמתנת שכיב מרע התקינו שעצם החוב נקנה ולא רק השטר. וי"ל האם ס"ל לרמב"ם דהקנין

דמתנת שכיב מרע חל בתורת קנין או בתורת ירושה. ומלשונו כאן משמע קצת דס"ל דחל מדין ירושה, וכן נמי משמע מלשונו בפ"ח מהל' זכייה ומתנה (הל"ב) עיי"ש.

ע"כ ענין מכירת שטר חוב

משנה. רש"י ד"ה וההקדשות.

א.

ביסוד החילוק בין קדשי בדק הבית לקדשי מזבח

ופרש"י וז"ל גזבר המוכר הקדש או המוכר עולתו שנפל בו מום עכ"ל. יל"ע למה דקדק רש"י והביא דוקא את שני האופנים האלה של פדיון הקדש. ובביאור דברי רש"י יש להקדים יסודו של הגר"ח זצ"ל דיש חילוק בין קדושת בדק הבית לבין קדושת המזבח. דבגמרא בב"ק (עו.) איתא שהגונב ומקדיש לבדק הבית משלם ד' וה', ד"מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים", ואילו הגונב ומקדיש למזבח פטור מד' וה' כי "מעיקרא תורא דראובן והשתא תורה דראובן". ועיין בתוס' (שם) ד"ה והשתא שעמדו על חילוק הדינים. ובביאור דבריהם אמר הגר"ח זצ"ל דשאני קדשי בדק הבית מקדשי מזבח בעיקר חלות דינם. דנראה לומר דהגונב ומקדיש לבדק הבית חייב בד' וה' מדין מכירה משום דקדשי בדק הבית הם ממון הקדש וקנינו. ומשו"ה י"ל דהמקדיש הקנה את הבהמה להקדש בדק הבית בקנין גמור דאחרי שהקדישה אין הבהמה שייכת כלל להדיוט. מאידך קדשי מזבח עיקר דינם הוא חלות קדושה למצות הקרבה, אולם גם אחרי ההקדש נקרא המקדיש בעל הקרבן ויש לו בו קנין ממון ד"מיעקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן". ולפיכך אין ההקדש למזבח כמכירה להדיוט ופטור הגנב מד' וה'.

ובכך ביאר הגר"ח זצ"ל נמי את פסקי הרמב"ם בפ"ב מהל' גניבה (הל"א) וז"ל הגונב וכו' נכסי הקדש אינו משלם אלא קרן בלבד שנאמר ישלם שנים לרעהו לרעהו ולא להקדש וכו' וכן הגונב קדשים מבית בעליהן בין קדשי קדשים בין קדשים קלים כו' הרי זה פטור מן הכפל ומתשלומי ארבעה וחמשה שנא' וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש עכ"ל. וקשה למה נזקק הרמב"ם לשני פסוקים למעט הקדש מכפל וד' וה': הפסוק "לרעהו ולא להקדש" למעט קדשי בדק הבית והפסוק "וגונב מבית האיש" למעט קדשי מזבח.

וביאר הגר"ח זצ"ל שבבדק הבית ליכא שום בעלות למקדיש בחפצא לאחר שהקדישו, וקדשי בדק הבית הוי ממון הקדש וקנינו. ולכן מביא הרמב"ם הגזה"כ ד"לרעהו ולא להקדש" ללמד שהגונב נכסי הקדש אינו משלם כפל להקדש. לעומת זה בקדשי מזבח מביא הרמב"ם את הפסוק "וגונב מבית האיש" ללמד שאין גנב הקרבן משלם כפל לבעל

הקרבן[348].

והנה מבואר בערכין (כח:) ובתמורה (לב.) שחל הקדש עילוי בקדשי מזבח כדי להוסיף עליהם קדושת בדק הבית, אבל לא איפכא. והסביר הרמב"ם בפ"ו מהל' ערכין (הל"ח) וז"ל המקדיש קדשי בדק הבית למזבח ואמר הרי זה עולה או שלמים או החרימם לכהנים לא עשה כלום ואין הקדש מזבח או החרם חל על קדשי בדק הבית שאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו עכ"ל. ומבואר להדיא שבבדק הבית אין להדיוט קנין ממון כלל ואילו בקדשי מזבח יש לבעלים קניני ממון.

ועפ"י זה ביאר הגר"מ הלוי זצ"ל[349] את פסק הרמב"ם (פ"ג מהל' מעילה הל"א) וז"ל קדשי מזבח שמתו יצאו מידי מעילה עכ"ל, דמשמע שרק קדשי מזבח שמתו יצאו מידי מעילה, ואילו בקדשי בדק הבית מועלין גם משמתו, וצ"ע דמאי שנא קדשי בה"ב מקדשי מזבח. ונראה לבאר דקדושת מזבח היא תלויה במצות הקרבה, ומשמתו פקעה מצות הקרבה וקידוש גמור למזבח, ותו לא הויין בכלל קדשי ה' ולכן אין בהן מעילה. מאידך קדושת בדק הבית בעיקרה היא חלות דין ממון הקדש וקנינו, ואף משמתו קדשי בה"ב עדיין הויין קנין ממון להקדש ולכן יש בהן מעילה.

ולפי"ד הגר"ח זצ"ל יש לבאר נמי דברי רש"י בפסחים (דף ה: ד"ה ולא יראה לך) וז"ל דמדכתב לך משמע מינה שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה בגבולין של אחרים כגון נכרי ושל גבוה אם הקדישם לבדק הבית עכ"ל. ומשמע מרש"י דהמיעוט של חמץ הקדש מבל יראה ובל ימצא - "אתה רואה של גבוה" - חל רק לחמץ שהוקדש לבדק הבית ולא לחמץ שהוקדש למזבח - כגון לחמי תודה - שעובר עליו בב"י וב"י. ונראה שלדעת רש"י דוקא בעלות גמורה של הקדש פוטרת את ההדיוט מב"י וב"י. ומשום כך רק קדשי בדק הבית פטורים לפי שאין בהם קנין הדיוט כלל כי אם קנין הקדש, ואילו על חמץ של קדשי מזבח הואיל שחל בו קנין ממון להדיוט עוברים בב"י וב"י.

ובכך מבוארים גם את דברי הראב"ד בפ"ד מהל' תמורה (הלי"א) שאין משנין בקדושת מזבח מקדושה לקדושה אבל משנין בבדק הבית וז"ל בבדק הבית מה יש בין זה לזה כו' קדשי מזבח יש מהן נאכלין ויש שאינן נאכלין יש מהן ליום א' ויש מהם לשני ימים כו' אבל בקדשי בדק הבית מה הפרש בין זה לזה עכ"ל. כלומר דקדושת מזבח חלה

[348] ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"א בענין צדקה אות ז' (עמ' קע"א - קע"ב), וברשימות שיעורים למס' בב"ק (עמ' מ"ה - מ"ז, קב, שס"א - שס"ב) ועיין בברכת שמואל עמ"ס ב"ק סימן ל"ד.

[349] עיין בחידושי הגר"מ הלוי פ"ב מעילה ה"ה (עמ' קכ"א - קכ"ב) שלא כפירוש הכסף משנה (בפ"ג מהל' מעילה הל"א).

למצותה ואילו קדושת בדק הבית חלה מדין קנין להקדש, ולפיכך בבדק הבית אין הבדל בין קדושה זו לזו.

והנה הרמב"ן בספרו מלחמות ה' לפרק הגוזל בתרא (דף מא. בדפי הרי"ף ד"ה עוד כתב) דן אם גנב והקדיש קונה מדין שינוי רשות. הדיון נוגע רק כשהקדיש הגנב את הדבר בקדושת מזבח, ואילו בגנב והקדישו לבדק הבית פשוט לו לרמב"ן שיש קנין שינוי רשות, עיי"ש. ונראה לבאר דבריו לפי"ד הגר"ח זצ"ל דחלות קדושת בדק הבית הוא קנין ממון גמור להקדש בלי שנשארה יד הדיוט כלל, ולכן פשיטא דאי גנב והקדישו לבדק הבית דהוי שינוי רשות. משא"כ בקדושת הגוף למזבח שההקדש חל מעיקרו לקדש את הבהמה למצות הקרבה, והמקדיש עדיין הוי בעל הקרבן, יתכן שאין כאן שינוי רשות.

ועיין בתוס' ישנים בכריתות (יג ב ד"ה ואשם אחד) דס"ל שהשיעור של שו"פ חל במעילה בקדושת דמים בלבד ואילו מעילה בקדושת הגוף מחייבת בכ"ש. וביאר הגר"ח זצ"ל שבקדו"ד הואיל ויש בה רשות גבוה המחייב של מעילה הוא חלות גזילה ואין גזילה בפחות משו"פ. ואילו בקדוה"ג המחייב של מעילה הוא חילול ההקדש ואיסה"נ בשיעור כל שהוא.[350]

ב.

דין פדיון הקדש בבדק הבית ובקדשי מזבח

ועפ"י יסודו של הגר"ח זצ"ל נראה שקיימים שני דיני פדיון הקדש. בבדק הבית, מאחר דהוי ממון הקדש וקנינו, הפדיון חל מדין קנין כסף (עי' בס' חידושי רבנו חיים הלוי פ"ח מהל' מע"ש הל"ז) ואילו בפסולי המוקדשין דהקרבן אינו כולו ממון הקדש דיש בו אף חלות קנין בעלים, י"ל דהפדיון אינו חל מדין קנין אלא מדין מתיר.

ונראה דקנין כסף הוא יסוד דין הפדיון בהקדש בדק הבית וכדמבואר ברש"י (קידושין דף כו. ד"ה דבר תורה מעות קונות) וז"ל כדאשכחן גבי הקדש ונתן הכסף וקם לו עכ"ל. וכמו"כ כתב רש"י לעיל (דף מו. ד"ה סבר) וז"ל דבר תורה מעות קונות כדאשכחן גבי הקונה מן ההקדש שאמרה תורה ונתן הכסף וקם לו עכ"ל. וכן נמי מוכח מהגמרא בקידושין (דף ה.) "מה לכסף שכן פודין בו ההקדש". ומכאן משמע דאף פדיון הקדש חל מדין קנין כסף. ולכאורה נמי משמע הכי מלישנא דהמשנה (קידושין כח ב) "רשות הגבוה בכסף ורשות ההדיוט בחזקה", דמשמע דקניני הקדש חלים מדין קנין כסף. ונראה דכל זה הוא בפדיון בדק הבית דמאחר דהוי ממון הקדש וקנינו הפדיון שלו חל מדין

[350] ברם צ"ע למה אין דין איסה"נ חל לחייב מעילה בכ"ש אף בקדו"ד וכמו בקדוה"ג. ויתכן שלדעתו ליכא איסה"נ בקדו"ד ורק איסור גזילה בלבד כיון שמשתמשים בו לכל צורכי בדק הבית, משא"כ בקדוה"ג.

קנין כסף. משא"כ בפדיון פסולי המוקדשין הקדושים בקדושת הגוף אמנם הויין ממון הדיוט וקנינו ד"מיעקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן", אזי י"ל דהפדיון אינו חל מדין קנין אלא מדין מתיר וחלות חילול הקדושה.

ונראה להוכיח דפדיון פסוה"מ חל מדין מתיר מהדין דפסוה"מ לאחר פדיונם אסורים בגיזה ועבודה. דאיסורי גיזה ועבודה אינם איסורים חדשים אלא איסורי הקדש שפדיון לא התירם, וכפי שכתבו התוס' בחולין (צח ב ד"ה רבא כו') בשם הר"ת וז"ל הגוזז והעובד פי' בפסה"מ סופג את הארבעים ואע"ג דלא נפקא לן אלא מתזבח ולא גיזה, אלא היינו טעמא משום דאהדריה לאיסוריה דלא תעבוד ולא תגוז כו' עכ"ל. וכן קבע הרמב"ם בפ"א מהל' מעילה (הל"ט) ז"ל בהמת הקדש שנפל בה מום ונפדית כו' אינה מותרת בגיזה ובעבודה והרי היא באיסורה עד שתשחט, נשחטה אחר פדיונה הותרה באכילה עכ"ל. וביאר מרן הגר"מ זצ"ל שמהרמב"ם מוכרח שהפדיון לבדו אינו מתיר את האיסור של אכילת קדשים, אלא שהפדיון מתיר השחיטה והשחיטה היא שמתירה את איסור אכילת הקדשים. אמנם קיימת חלות שם הקדש על הבהמה שהוממה גם אחר פדיונה. והראיה לכך מהמבואר במשנה בכורות (דף יד.) שפסה"מ שנפדו עושין תמורה. וחזינן שעדיין שם קדש עליהם לאחר פדיון שאלמלא כך לא היו עושין תמורה[351]. ומכאן לכאורה מוכח שעיקר חלות דין פדיון בפסוה"מ חל בתורת מתיר ולא בתורת קנין מהקדש שלא כחלות דין פדיון בבדק הבית דחל בתורת קנין.

ועיין בתוס' למס' גיטין (דף מ: ד"ה הקדש). אליבא דרש"י קדושת הגוף מפקיעה מידי שעבוד ואילו קדושת דמים אינה מפקיעה מידי שעבוד. והקשה עליו ר"ת דמאי שנא - אם הדבר שהוא משועבד אינו ברשותו, ואינו יכול להקדישו כדין כל דבר שאינו ברשותו, א"כ בדין הוא שאינו יכול להקדיש בין קדוה"ג בין קדו"ד, ואם הוא נחשב לברשותו בדין הוא שיכול להקדישו לכל דבר. ואמר הר"י שההבדל ביניהם הוא שקדו"ד פקעה בפדיון וגביית חוב כפדיון דמי, ואילו קדוה"ג לא פקעה בפדיון וה"ה שאינה יוצאת לחולין בגבייה. מאידך ס"ל לר"ת דלא דמי גביית חוב לפדיון הקדש דאפשר לחלל קדושת דמים דוקא ע"י פדיון אבל לא ע"י גביית חוב.

ובביאור המחלוקת בין הר"י ור"ת נראה שהר"י סובר שפדיון קדושת דמים חל מדין קנין. וכשם שפדיון כסף מועיל לחלל חפץ הקדוש בקדו"ד משום דהוי קנין כסף מהקדש, ה"ה שמועלת גביית חוב דהוי נמי קנין מהקדש. אמנם דוקא בקדושת דמים דפקעה ע"י

[351] עיין בחידושי הגר"מ הלוי ד"ה דעת הרמב"ם דכל הך דינא דפסולי המוקדשים לאחר פדיון (עמ' קי"ט - קכ. ועמ' קכ"ז).

קנין דעלמא מועלת גבייה להפקיע קדושה אבל לא בקדושת הגוף שאינה יוצאת לחולין בקנין אלא רק בפדיון דחל בתורת חילול ומתיר, ולא שייך ע"י גביית חוב דאינה מעשה חילול ומעשה מתיר כמעשה פדיון בחפצא דכסף. ומאידך ס"ל לר"ת שפדיון הקדש אינו חל מדין קנין, אלא דהוי חלות דין מתיר ומחלל בפני עצמו, דהקדושה מתחלפת מזה לזה, ועקב כך החפץ הראשון שהיה קדוש מתחלל והותר. וכיון דגביית חוב אינה מחליפה חפצא בחפצא דהקדש, לכן אינה מועלת להפקיע ולהתיר הקדש. ומשו"ה ס"ל לר"ת שבין בקדושת הגוף ובין בקדושת דמים אין החפצא יוצא לחולין בגביית חוב, וכיון שא"א לגבות את השעבוד מהקדש משו"ה ההקדש מפקיע את השעבוד.

ג.

ביאור דברי רש"י

ולפי הנ"ל יתכן לבאר למה הביא רש"י (ד"ה וההקדשות) דוקא את שני אופני הפדיון דמיירי או בגזבר המוכר הקדש או המוכר עולתו שנפל בו מום, די"ל דהאופן הראשון כשמכר הגזבר את ההקדש לפודהו הוי דין פדיון בקדשי בדק הבית, והאופן השני כשהבעלים מכרו את קרבנם שנפל בו מום לפודהו, הוי דין פדיון בקדשי מזבח.

והנה הגר"ח זצ"ל ביאר דבדק הבית הריהו ממון הקדש וקנינו. ולפי"ז נראה דכשהגזבר מוכר בדק הבית לפודיו, החפצא דהקדש נקנה להדיוט ויוצא לחולין וכסף הפדיון נתפס בקדושת בדק הבית ונכנס לרשות גבוה, והויא מעשה מכירה פשוטה מהקדש להדיוט. וע"ז באה גזיה"כ שאין אונאה להקדש.

אולם נראה דפדיון פסוה"מ חל מעיקר דינו בתורת מתיר - דחל פדיון אפילו כשבעל הקרבן פודהו בעצמו בלי מכירת הקרבן לאדם שני. ולכן נראה דאף באופן שמוכר הבעלים את פסוה"מ שלו לאדם שני שבכך פודהו, אין זו חלות מכירה פשוטה אלא חלות מעשה מחלל ומתיר שעל ידו הקנה התורה את הקרבן לזה שפדהו, אך עיקר חלות המעשה אינו מעשה מכירה אלא מעשה פדיון שחל מדין מתיר. ומשו"ה לא חל בו דין אונאה, משום דאונאה חל רק במעשה מכירה ולא בחלות פדיון שאינו מעשה מכירה.

והנה יש לדייק דמזה שהביא רש"י את שני אופני הפדיון ביחד ולא הבחין ביניהם משמע שסובר ששני האופנים שווים הם בדין שאין אונאה בהקדש. אולם נראה דיש נ"מ ביניהם לענין חלות איסור אונאה, דאיסור האונאה חל רק בחלות שם מעשה מכירה ולא בחלות שם מעשה אחר. וא"כ מסתבר דבפדיון בדק הבית חל איסור אונאה, משום דהוי מעשה מכירה, ואילו בפדיון פסוה"מ לא חל איסור אונאה משום שאינו מעשה מכירה, אלא חלות דין מעשה חילול ומתיר. ברם מסתימת לשון רש"י משמע ששני האופנים שווים

הם בדין שאין בהם אונאה - בין לענין אונאה ובין לענין איסור אונאה. אך לא מבואר מה ס"ל באיסור האונאה, האם חל איסור בשני האופנים האלה או לא, וצ"ע.

ברם נראה דפשיטא דבאופן שבעל הקרבן עצמו פודה את פסוה"מ שאין בזה חלות שם מכירה כלל אלא חלות מעשה פדיון ומתיר בעלמא ואין בו איסור אונאה, ומשו"ה השמיט רש"י את האופן הזה.

והנה בסיפא דהמשנה איתא דאליבא דר"ש דס"ל קדשים דחייב באחריותן הריהם ממון הדיוט וחלה אונאה במכירתם. ונראה שמכירת קדשים לר"ש מהווה חלות מכירה פשוטה כפי שחלה מהדיוט להדיוט, שאין בה חלות דין פדיון הקדש כלל, ומאחר שהמכירה לר"ש אינה נוגעת לחלות ההקדש, שוה היא למכירת הדיוט לכל דיניה ואיסוריה[352].

ועוד נראה דמכירת קדשים קלים אליבא דר' יוסי הגלילי הסובר קדשים קלים ממון בעלים הם (בב"ק דף יב:), שוה למכירת הדיוט להדיוט, ודיני ואיסורי אונאה חלים כמו במכירת קדשים שחייב באחריותן אליבא דר"ש.

ולפי"ז נראה דכשרש"י נקט את האופן דהמוכר עולתו שנפל בו מום דמיירי דוקא שמכרו הבעלים בלי שיפדהו בעצמו, דאחרי שפדה את פסוה"מ שלו הריהו ממונו למוכרו לאדם אחר וחלה מכירה פשוטה מהדיוט להדיוט כמו במכירת קדשים אליבא דר"ש וריה"ג, וא"כ י"ל דחלה אונאה לכל דיניה. אך אם הבעלים לא פדהו ומכרו לאחר והאחר פדהו אזי ליכא בזה מעשה מכירה פשוטה מדליכא חלות הקנאה, אלא יש חלות פדיון דחל מדין חילול ומתיר ולא חל בו דיני אונאה. ויש להסתפק האם יש באופן הזה איסור אונאה או לא.

ועכ"ז יתכן דרש"י סובר שדין אונאה אינו תלוי במעשה מכירה אלא דדין אונאה חל בכל אופן שאדם אחד משלם בעד חפצא והגם שמקבל את החפצא בלי מעשה הקנאה. ולכן חל איסור אונאה אף בפדיון פסוה"מ באופן שאדם אחר פדהו ושלם סכום כסף לבעליו כדי לזכות בפדיון, דכל אופן דתשלומי חפצא נאסר באונאה, וצ"ע בזה, ועיין בשיעורים לקמן (דף נו: ד"ה בעי ר' זירא שכירות יש לו אונאה).

משנה. אין להן תשלומי כפל

יל"ע בדין אין להן תשלומי כפל האם פטורים מתשלומי כפל אך משלמים הקרן, או"ד שאינם משלמים אפילו קרן.

[352] דמכירה אליבא דר"ש אינה אלא מכירת בעלות ממון, אך לא בעלות הקרבן לענין כפרה, וה"ה אליבא דר' יוסי הגלילי.

ועיין ברמב"ם (פ"ב מהל' גניבה הל"א) שכתב וז"ל הגונב את העכו"ם או שגנב נכסי הקדש אינו משלם אלא הקרן בלבד שנאמר ישלם שנים לרעהו ולא להקדש לרעהו ולא לעכו"ם. וכן הגונב קדשים מבית בעליהן בין קדשי קדשים בין קדשים קלים וכו' הרי זה פטור מן הכפל ומתשלומי ארבעה וחמשה שנאמר וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש עכ"ל. ופשטות דבריו משמע דס"ל דהגונב הקדש פטור מן הכפל, אמנם הריהו חייב לשלם את הקרן.

והנה כבר דנו התוס' בשבועות (דף מב: בד"ה על כל וכו') ובב"ק (סג. בד"ה רעהו) למה הוצרכו לשני לימודים "רעהו ולא של הקדש" וגם "וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש" למעט הגונב מן ההקדש מתשלומי כפל. ואמר הגר"ח זצ"ל שמדברי הרמב"ם נראה שהפסוק של "רעהו" בא למעט כפל מקדשי בדק הבית ואילו הפסוק "מבית האיש" בא למעט כפל מקדשי מזבח. וביאר הגר"ח זצ"ל שבבדק הבית אין למקדיש בעלות כלל בחפצא לאחר שהקדישו וכדברי הגמרא בב"ק (עט.) וז"ל מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים עכ"ל, ולכן הדין הוא (שם) שהגונב ומקדיש לבדק הבית משלם ד' וה' כי הקנה הדבר הגנוב להקדש הנעשה בעלים גמורים של החפצא הקדוש בדומה לבעלים דהדיוט. ולפי"ז מפסוק ד"רעהו" למדים שהגונב נכסי הקדש מבדק הבית אינו משלם כפל להקדש. ומאידך בקדשי מזבח עיקר הבעלים בדיני ממונות הוא בעל הקרבן, וכמבואר בב"ק (עו.) שהגונב והקדיש למזבח פטור מדו"ה "דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן". ולפיכך הביא הרמב"ם את הפסוק השני "מבית האיש" כדי להורות שאין הגנב משלם כפל לבעל הקרבן.

וע"פ ביאור זה ברמב"ם יוצא לכאורה שהגונב מבדק הבית ישלם הקרן להקדש ואילו הגונב קרבן מבית בעליו ישלם הקרן לבעלים ולא להקדש. אמנם מדקדוק לשונו של הרמב"ם משמע קצת שדוקא בבדק הבית חייב לשלם את הקרן אבל לא בקדשי מזבח, שכן לא הזכיר במפורש חיוב לשלם את הקרן בקדשי מזבח כפי שהזכיר בקדשי בדק הבית, וצ"ע בזה.

ועיין ברמב"ם בפ"ט מהל' גזילה (הל"א) וז"ל הגוזל קרקע מחבירו וכו' אם נשחתה מאליה כגון ששטפה נהר או נשרפה באש שירדה מן השמים אומר לו הרי שלך לפניך שהקרקע בחזקת בעלים קיימת ואין אחריות הפסדה עליו וכו' עכ"ל, ופסק מפורש שהגוזל קרקע אינו חייב באחריותה ופטור מן הקרן.

ובהשגת הראב"ד שם העלה שבעבד אינו כן וז"ל הילכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו שהרי משמת אין שלו לפניו וכשמת לגזלן מת עכ"ל. והגר"ח זצ"ל ביאר (עיין

בספרו על הרמב"ם פ"ט גזילה ה"א) דאליבא דהראב"ד עבד שאני מקרקע, דבקרקע ליכא מעשה גזילה כלל ובהתאם לכך קיי"ל שהגוזל קרקע פטור מכל אחריות. ואילו בעבד, הגזלן עשה מעשה גזילה אך ע"פ גזיה"כ ליכא חלות שם גזילה בחפצא. אמנם נראה דחיוב האחריות בגזלן תלוי במעשה הגזילה בלבד - ולא בחלות שם ודין גזילה שחל בחפצא, ולכן בעבד הגזלן חייב באחריות (ואולי מטעם מזיק, ועיין בספרו ובדבריו הנעימים).

אולם הרמב"ם פסק בפ"ב מהל' גניבה (הל"ב) וז"ל וכן הגונב עבדים ושטרות וקרקעות אינו משלם תשלומי כפל שלא חייבה התורה כפל אלא במטלטלין שגופן ממון וכו' עכ"ל, ומאחר שכתב הרמב"ם בהל' גזילה שהגוזל קרקע פטור מאחריות וכלל עבדים ושטרות בהדי קרקע בהל' גניבה משמע שגם בעבדים ובשטרות פטור מקרן. ויוצא שכשקבע הרמב"ם "אינו משלם תשלומי כפל" ר"ל לא הכפל ולא הקרן. והוא הדין (בהל"א שם) יתכן דכשכתב בנוגע לגנב קדשים מבית בעליהן "הרי זה פטור מן הכפל", דר"ל דפטור בין מן הכפל ובין מן הקרן. ולפי"ז נמצא ששיטת הרמב"ם היא שהגונב מבדק הבית משלם קרן להקדש, ואילו הגונב קרבן מבית בעליו פטור מלשלם אף את הקרן לבעלים, (וכן משמע מהגמ' בב"ק (עח:) בעי רבא וכו' ופרש"י דהאיבעיא הוא לדעת ר"ש ובקדשים שחייב באחריותן. ומאידך אליבא דרבנן פטור אף מן הקרן, עיי"ש), וההבדל בין קדשי בדק הבית לבין קדשי מזבח טעון ביאור.

ונראה שבקדשי בדק הבית הקדש הוי בעלים גמורים בדיני ממונות, וגזה"כ מפקיעה את החפצא של הקדש מחיוב כפל בדומה לגונב מן העכו"ם שפטור מתשלומי כפל. דגם בדק הבית ועכו"ם בעלים גמורים הם, ולפיכך הגונב מן בדק הבית ומן עכו"ם חייב לשלם בעד הקרן. ואילו בקדשי מזבח - למרות שההדיוט הוי חלות שם בעלים - עם כל זאת נראה דההדיוט אינו בעלים גמורים, וכדמוכח ממה שאינו יכול להקנות את הקרבן לאחרים (עיין בב"ק יב: - יג א), והואיל והבעלות שלו בקרבן בעלות מוגבלת היא לא מיעטה גזיה"כ "וגנב מבית האיש ולא מבית הקדש" את הקרבן רק מכפל בלבד אלא אף מתשלומי הקרן, כי הקרבן אינו ברשותו ובביתו של הבעלים כשאר החפצים שברשותו.[353]

ולפי"ז נראה לומר בביאור מש"כ הרמב"ם (בפ"ג מהל' מע"ש הלכ"ד) וז"ל כבר ביארנו שהמעשר ממון גבוה הוא, לפיכך אנו אומרים שהגונב מע"ש אינו משלם תשלומי כפל

[353] כי עיקר חלות הבעלות בקרבן היא לגבי כפרה, דמדין בעלים לכפרה חל נמי מקצת קנין ממון, אך שונה מקנין ממון דעלמא בחפצא דחולין, ומשו"ה אינו מחייב הגזלן אפילו לשלם את הקרן.

והגוזלו אינו משלם חומש עכ"ל, ר"ל שפטור אף מן הקרן. כי בדומה לקדשי מזבח אין במעשר שני קיניי ממון לגבוה, וגם קיניי ההדיוט בו מוגבלים הם ע"פ דין. ובעלות מוגבלת כזאת שיש להדיוט בקרבנותיו ובמע"ש אינה מחייבת את הגנב - לא בכפל ולא בקרן.[354]

משנה אלו דברים שאין בהן אונאה וכו' והשטרות וכו' אין להן תשלומי כפל.

בענין גניבת שטרות

א.

בדין גרמי וגזילת שטרות

יעויין בתוס' ב"ק (דף סב:) ד"ה יצאו שטרות. וז"ל וא"ת למה לי קרא למעט כפל והא אפילו אבדו בידים לא משלם קרן למאן דלא דאין דינא דגרמי ואפילו מאן דדאין לא הוו אלא מדרבנן עכ"ל. והנה דיני דגרמי חל במזיק שלא עשה מעשה היזק בידים והזיק בגרמא הנקרא גרמי, ונחלקו התנאים אם הוא כגרמא בעלמא ופטור או כמזיק בידים ממש וחייב. ולפי"ז צ"ע מהו הדמיון בין גרמי לגזילת שטר - דשאני שטר כי השטר עצמו אינו חפצא של ממון ולכן אינו בר גזילה[355].

וצ"ל שהתוס' סוברים שע"י דינא דגרמי השטר בעצמו נחשב לחפצא של ממון. ונמצא דלתוס' יש שני דינים בדינא דגרמי: א) דין אחד במעשה היזק ע"י גרמא שיחשב כאילו הוי הזיק בידים. ב) דין שני בשטר חוב שיחשב לחפצא של ממון. ועיין בתוס' ב"ק (עא ב ד"ה וסבר וכו') המקשה שיהא השוחט שור הנסקל שגנבו מבית שומר חייב בדו"ה משום דינא דגרמי, ומוכח דס"ל שגרמי קובע דין ממון בעצם החפצא של השור[356]. ולפי"ז יוצא שדינא דגרמי קובע שטר לחפצא של ממון בדומה לדין דגורם לממון כממון דמי אליבא דר"ש בקדשים (לעיל דף נו.).

ב.

חיוב מזיק בשטר

והנה קיי"ל (ב"ק דף צח:). דהשורף שטרותיו של חבירו חייב אליבא דמאן דדאין דינא דגרמי. אך בנוגע לתשלומין נחלקו התוספות והרמב"ם. הרמב"ם (פ"ז מחובל ומזיק

[354] עיי"ש ברדב"ז שכתב שמשלם קרן במע"ש. ועיין בס' קובץ חידושי תורה להגר"מ והגרי"ד בדין מע"ש ממון גבוה דף פ"ג - צ"ג. ולפי הנ"ל י"ל דאף במע"ש עיקר חלות שם בעלים חל לקיום מצות מע"ש דהבאה ואכילה בירושלים, ועקב חלות בעלות למצותו חל נמי מקצת קנין ממון, אך שונה מבעלות וקנין ממון דעלמא. עיין בשיעורים לתחילת פרקן. ועיין בס' רשימות שיעורים ב"ק דף סב: ד"ה יצא הקדש.

[355] עיין בס' ברכת שמואל (סי' ל"ג) ובחידושי הגר"ח זצ"ל על הש"ס שכן הקשה מרן הגר"ח זצ"ל.

[356] נראה שלפי התירוץ הראשון שם בתוס' דינא דגרמי עושה שטר לחפצא של ממון וכדברי רבינו זצ"ל אך הי"מ בתוס' שם חולקים עיי"ש.

(הל"ט) ס"ל דהשורף שטרותיו של חבירו משלם כל דמי החוב, שכתב וז"ל השורף שטרותיו של חבירו חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון הרי גרם לאבד הממון, עכ"ל. משא"כ התוס' בב"ב (דף קמז: ד"ה המוכר שטר חוב וכו') כתבו במכר שטר חוב וחזר ומחלו מחול שחייב לשלם מדינא דגרמי שאינו משלם כל דמי החוב כי אם שווי השטר כפי שנמכר בשוק, וז"ל אור"י א"צ להחזיר אלא מעות שנתנו בו הלקוחות ולא כל השטר עכ"ל.

ומסתבר שמחלוקתם היא איזה ממון הוי המחייב דהתשלומין. אליבא דהרמב"ם הממון המחייב הוא הפסד תשלומי החוב עצמו, ולכן ס"ל דמשלם כל דמי החוב. ואילו התוספות סוברים שהמחייב הוא השטר, ומשו"ה ס"ל להתוס' דמשלם עבור שווי השטר כפי שנמכר בשוק.

והנה לכאורה נראה פשוט שהשורף שטר מלוה משלם רק אם החוב לא ישתלם לבסוף, כי אם החוב ישתלם לבסוף אזי לא הפסיד המלוה מכספו כלום וא"כ למה יתחייב השורף לשלם. ונראה דלכן סובר הרמב"ם שעיקר המחייב לשלם הוא הפסד החוב, ומשום כך משלם השורף עבור החוב. אולם י"ל דהתוס' ס"ל דאין השורף מתחייב בגלל הפסד החוב שהרי אף שנשרף השטר עכ"ז הלוה עדיין חייב לשלם, ואם יסרב הלוה לשלם הוא שהפסיד למלוה את כספו וע"כ אינו בדין שישלם השורף בעבור ההפסד שגרם הלוה, שהרי השורף אינו אלא כגרמא בעלמא ופטור. ומכאן מסיקים התוס' שהשורף משלם עבור השטר בלבד. ואליבא דמאן דדאין דינא דגרמי נחשב השטר לחפצא דממון והוא המחייב דמי הנזקין. מאידך למאן דלא דאין דינא דגרמי אין השטר נחשב לחפצא שיש בו חלות דין ממון ולפיכך פטור השורפו.

ולפי זה מבוארים דברי התוס' שהקשו למאן דלא דאין דינא דגרמי למה יש גזיה"כ למעט שטרות מגניבה. ומאידך למאן דדאין דינא דגרמי אילו היה דינו דין מדאורייתא היה ניחא הס"ד שהגונב שטר יתחייב. דהתוס' לשיטתם דס"ל דלמאן דדן דינא דגרמי נחשב השטר לחפצא שיש בו שוויות ממון, ומשו"ה סד"א שהגונבו יתחייב. ואילו אליבא דהרמב"ם גם למאן דדאין דינא דגרמי השורף אינו משלם עבור עצם השטר כי אם ערך הפסד החוב הבא לבסוף, וא"כ עדיין קשה הס"ד שיתחייב הגונבו שכן סוכ"ס לא גנב חפצא שיש בו חלות דין ממון.

ויעויין ברמב"ם בפ"ז מהל' חובל ומזיק (הל"י) שפסק שראובן שמכר שטר חוב ללוי וחזר ומחלו מחול וחייב לשלם ללוי, וז"ל ונתחייב ראובן לשלם ללוי כל מה שבשטר שהרי גרם לו לאבד השטר והרי הוא כמו ששורפו עכ"ל. וקשה כי משמע מהרמב"ם

שפשוט יותר שהשורף שטר חוב חייב לשלם מהמוחלו, ולכאורה ההיפך מסתבר, שהרי המוחל איבד את כל החוב מאחר שהלוה נפטר לגמרי, ואילו כשהשטר נשרף הלוה עדיין חייב לשלם. ואם נאמר שהמזיק שטר חוב חייב לשלם עבור החוב אז המוחל צ"ל חייב יותר מהשורף. ומשמע מהרמב"ם שעיקר המחייב דמזיק דגרמי הוא היזק השטר, ומשום כך מסתבר יותר חיוב השורף מחיוב המוחל מאחר שהשורף עשה מעשה היזק הניכר יותר בגוף השטר עצמו מהמוחל. וצ"ע שהרי הרמב"ם פסק דהשורף שטר חוב משלם כל החוב ולא שווי השטר עצמו.

עוד צ"ע ברמב"ם בפ"ב מהל' שכירות (הל"ג) שפסק שאם פשע שומר בשטר חוב חייב לשלם שהפושע מזיק הוא. והראב"ד משיג א"כ למה פשיעה בבעלים פטור הרי המזיק בבעלים חייב. וביאר הגר"ח זצ"ל בדעת הרמב"ם שפושע דעלמא פטור כגרמא בנזקין שפטור מדמי מזיק, ודוקא כשיש חלות שמירה נחשב הפושע למזיק. ולכן הפושע בבעלים פטור כי כשיש בבעלים השמירה מופקעת ואינו שומר ופשיעתו אינה היזק. ואילו בקרקעות עבדים ושטרות שמירה חלה, אלא שדברים אלו אינם מחייבים בתשלומי שומר כגון בתשלומי גניבה ואבידה. מאידך מחייבים בפשיעה כי התשלומין הם דמי נזק. ולכן שלשת הדברים האלו מחייבים את השומר הפושע כי הוא חייב לשלם מדין מזיק. אמנם צ"ע דלכאורה השומר שטר חוב אינו שומר על עצם החוב אלא על השטר בלבד, וא"כ למה יתחייב בפשיעה, בשלמא קרקעות ועבדים מהווים חפצא של ממון שחלה עליהם חלות שמירה ולכן אם פשע השומר בהם הריהו מזיק וחייב, אך אי נימא דשטר אינו חפצא של ממון ולא חלה עליו תורת שמירה אמאי חייב שומר שפשע בשמירתו. ומוכח לכאורה מכאן שהשטר מהווה חפצא של ממון שחלה עליו שמירה. יוצא איפוא שלרמב"ם חייב לשלם בעבור השטר ולא בעבור החוב, וצ"ע[357].

ג.

שיטת הרמב"ם בגזילת שטרות ובדין שטרות בשבועת הפקדון

הרמב"ם בפ"ט מהל' גזילה (הל"א) פסק שקרקע אינה נגזלת והגוזלו פטור מאחריות. אך השמיט את הדין ששטרות אינם נגזלים. אמנם הביא את הפטור של שטרות בשבוה"פ בפ"ז מהל' שבועות (הל"ג) וז"ל וכן אם תבעו בקרקע או בעבד או בשטר וכפר ונשבע פטור משבועת הפקדון וכו' עכ"ל. וכן הביאו לענין כפל בפ"ב מהל' גניבה (הל"ב) וז"ל

[357] ויתכן שהרמב"ם סובר שהשטר מחייב ביחד עם החוב, וכשיש מחייב של היזק בגוף השטר משלם אף בעד ההיזק בחוב. ברם החוב בעצמו אינו מחייב בהיזק. ובכך מתורצות תמיהות רבינו זי"ע.

וכן הגונב עבדים ושטרות וקרקעות אינו משלם תשלומי כפל וכו' עכ"ל. וצ"ע, למה השמיט דין פטור שטרות מהל' גזילה דעלמא.

ואמר הגר"מ זצ"ל שנראה לבאר את פסקי הרמב"ם ע"פ יסוד שביאר מרן הגר"ח זצ"ל דיש חילוק ביסוד דין גזילה לגניבה, דגזילה חלה כשהגזלן מעכב ממון חבירו ברשותו ואינו מחזירו ובכך מפסיד את הנגזל, ואילו גניבה חלה כשיש מעשה גניבה המוציא ממון מרשות הבעלים[358].

ולפי"ז י"ל דלדעת הרמב"ם סברא פשוטה היא דגזילה דעלמא לא חלה בגזילת שטר מלוה, כי אף שלקח הגזלן את השטר דהוי חפצא של ממון מ"מ לא גזל את עיקר החוב שהרי הלוה עדיין חייב לשלמו. ומכיון שהמלוה שהוא הנגזל לא הפסיד ממון החוב בלקיחת השטר, משו"ה פשיטא שאין כאן חלות גזילה. מאידך לענין שבועת הפקדון סד"א שהכופר בשטר מלוה יהיה חייב כי ס"ד שהמחייב דשבועת הפקדון היא עצם מעשה הכפירה המהוה מעשה גזילה מיוחדת[359] ולא מחמת חלות דין גזילה דכהת"כ. ולכן סד"א שמעשה כפירת השטר שהוא חפצא של ממון מחייב קרבן שבוה"פ ואע"פ שאין לנגזל הפסד ממון ואין כאן גזילה דעלמא, קמ"ל שפטור[360]. הוא הדין לענין גניבה היה עולה על הדעת שהגונב שטר מלוה ישלם כפל - כי בניגוד לגזילה שהמחייב הוא הפסד ממון פשוט - המחייב בגניבה הוא מעשה גניבה מרשות הבעלים, וסד"א שאף הגונב שטר ישלם כפל, שכן קיימת שוויות ממון בגוף השטר להימכר בשוק, ומשום הכי תחשב לקיחתו למעשה גניבה. והנה תשלומי הכפל של גנב הוא סכום כסף מעבר להפסד הממון של הנגנב, ואף זה מטעם דין מעשה הגניבה, ובכן סד"א שאף הגונב שטר ישלם כפל, קמ"ל.

ונראה שגזיה"כ שהגונב שטר פטור קובעת שבנוגע לקרן גנב שוה לגזלן, וששניהם משלמים קרן מחמת הפסד ממון הבעלים, וגונב שטר שאינו חייב בקרן מדין גזלן אף אינו חייב בקרן מדין גנב. והנה הדין (ב"ק דף סה.) דקרן כעין שגנב וכפל כשעת העמדה בדין מוכיח שחיוב הקרן של גניבה שוה לחיוב הקרן דגזילה ושהמחייב הוא הפסד ממון הבעלים ולפיכך החיוב חל בשעת לקיחה. ולכן בשטר דחסר המחייב של הפסד ממון בין גנב ובין גזלן פטורים.

---

[358] עיין ברשימות שיעורים בתחילת ההקדמה לפרק מרובה.

[359] וכדפסק הרמב"ם שכפירת ממון בשקר בב"ד נאסרת בלאו מיוחד של לא תכחשו וכפירת ממון עם שבועת שקר בב"ד נאסרת בלאו מיוחד של לא תשקרו (עיין ברמב"ם פ"א מהל' שבועות הל"ח).

[360] ולכאורה טעם הפטור כי בלי חלות דין גזילה דכהת"כ ליכא חלות חיוב שבוה"פ וכדמבואר כמה פעמים בשיעורים למס' שבועות ח"ב בשם מרן הגר"ח זצ"ל.

ד.

שיטת התוס' בב"ק ודין תשלומי גזילה

עיין בסוף דברי התוס' (ב"ק דף סב. ד"ה יצאו) וז"ל וי"ל כיון דאי איתיה לשטר בעין חייב להחזיר ס"ד דכשמחזיר משלם הכפל עמו עכ"ל. כלומר דסד"א שאינו משלם תשלומי גזילה ואעפ"כ חייב בהשבת השטר בעין וישלם הכפל עם השבת השטר קמ"ל דלא משלם כפל. יוצא שהתוס' בב"ק סוברים שאין הגזלן אחראי לשלם דמי גזילה במקום שאינו חייב לשלם מדין מזיק. ואם גרמי פטור מלשלם דמי היזק מדאורייתא גם הגוזל שטר חוב פטור מתשלומין.

מאידך עיין בתוס' למס' שבועות (דף לז: ד"ה מיעט שטרות) שהקשו בדומה לתוס' בב"ק דלמ"ד דלא דאין דינא דגרמי למה צריכים גזיה"כ להוציא שטרות מחיוב גזלן, ותירצו לחד תירוצא וז"ל א"נ כי פטרינן היינו כי קלינהו באתרייהו אבל נטלן ושרפן חייב עכ"ל. ונראה שר"ל דסד"א שחיוב הגניבה חל מחמת מעשה קנין בדבר שאינו שלו, אף במקום שאין במעשיו דין מעשה היזק. ובכן העושה קנין בשטר של חבירו יתחייב אע"פ שהמזיק שטרות פטור, קמ"ל שהגוזל שטר פטור. ועלינו להבין במאי פליגי שני התוספות.

ונראה שיתכן לדמות מחלוקתם למחלוקת בין הרמב"ם לבין תוס' בנוגע לחיוב תשלומי גזלן. דיעויין בתוס' במכות (דף טז. ד"ה התם וכו') שכתבו שגזלן המשלם ממון מקיים מצות השבת הגזילה. ומאידך הרמב"ם כתב בפ"א מהל' גזילה (הל"א) וז"ל כל הגוזל את חבירו שוה פרוטה עובר בלא תעשה שנאמר לא תגזול. אין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנא' והשיב את הגזילה אשר גזל זו מצות עשה. ואפילו ששרף הגזילה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמיה וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו עכ"ל. לפי הרמב"ם מצות השבת הגזילה מתקיימת דוקא בהשבת הבעין ולא בתשלומין. לכן מסתבר אליביה שתשלומי גזילה הם תשלומי מזיק. ומסתבר שהתוס' בב"ק סוברים כשיטת הרמב"ם שגזלן משלם דמים מדין מזיק. ומאחר שמזיק שטר פטור פשיטא דאף גזלן של שטר פטור מלשלם. ומאידך התוס' בשבועות סוברים שגזלן משלם קרן מדין מצות השבת הגזילה. ולכן בשטר שמצות השבה מחייב הגזלן להשיב את השטר הגזול חייב הגזלן לשלם גם דמים מדין השבה ואף שאינו חייב לשלם דמים מדין מזיק.

א"נ יתכן שהתוס' בשבועות מחלקים בין מעשה מזיק למעשה גזילה. דעיין בב"ק (דף צח.) דטעם מ"ד השורף שטרו של חבירו פטור הוא משום וז"ל דא"ל נייר קלאי מינך עכ"ל, ביאור הדבר, שמאחר ששווי השטר בא מהחוב והשטר אינו דבר שגופו ממון,

חסר מעשה היזק בחפצא של ממון, ודוקא מעשה היזק בחפצא של ממון מחייב ולא גרם הפסד בעלמא. וכן המ"ד היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק (גיטין דף נג.) פוטר משום שדוקא שינוי צורת דבר הניזק בגופו נחשב למעשה היזק, ואילו הפסד ממון בעלמא אינו נחשב למעשה היזק ואינו מחייב בתשלומין. וה"ה בשורף שטר למאן דלא דאין דינא דרמי. וכל זה לענין מזיק, ואילו לענין גזילה יתכן דכ"ע מודו שאין צורך במעשה גזילה בידים בגופו של הדבר הנגזל, ואפילו גרמא חייב בגזילה (כגון הגורם שבהמת חבירו תכנס לחצירו ותהיה גזולה), ולכן סד"א שהגוזל שטר יתחייב קמ"ל שפטור.

ה.

המחייב דשבועת הפקדון

עיין בתוס' במס' שבועות (דף לז:) ד"ה מיעט שטרות וז"ל אפילו מאן דלא דאין דינא דגרמי וכו' ופטר שורף שטרות של חבירו מכל מקום כיון דכי איתנהו בעינייהו מחייב ליה לאהדורינהו ה"א דכי כפר חייב עכ"ל. ודבריהם מחוסרים ביאור.

ופירש מרן הגר"מ זצ"ל שר"ל ששבועת הפקדון מחייבת משום מעשה גזילה מיוחד של כפירת ממון ע"י שבועת שקר. ולכן י"ל דהגזילה דשבועת הפקדון מחייבת אפילו בלי הפסד והיזק ממש לתובע ובלי חלות חיוב מזיק. וכיון דכפירת הפקדון מהווה דין גזילה מיוחד ושונה מגזילות דעלמא המחייבות דוקא באופן שיש בהן הפסד ממון והיזק, לכן הו"א דשייך חיוב שבוה"פ בכופר בשטר ואפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי.[361]

ע"כ ענין גניבת שטרות

בענין פטורי השומרים

א.

בדין שמירה בקרקע ובדין בעליו עמו

משנה. שומר חנם אינו נשבע וכו'.

עיין ברשב"א (שבועות דף מב:) שנסתפק בדין שומר חנם על קרקע האם נשבע שבועת שאינו ברשותו או לא. ואילו הר"ן בחידושיו (שם) סובר שחייב. ולכאורה נראה שהספק תלוי באם קרקעות עבדים שטרות והקדשות נתמעטו לגמרי מחלות שמירה ולפיכך אין נשבעים עליהם כלל, או"ד י"ל דעבדים שטרות וקרקעות נתפסים בחלות שמירה אך הן נתמעטו מחיובי שומר, ומאחר שחלה חלות שמירה עליהן משו"ה חייב השומר לישבע עליהם שבועת שאינם ברשותו[362].

[361] ועיין ברשימות שיעורים לב"ק דף סב: ד"ה תוס' יצאו שטרות (עמ' שנ"ז - ש"ס).

[362] וע"ע בחו"מ סי' ס"ו בש"ך ס"ק קנ"ד ובקצוה"ח שם סקמ"ד.

והנה באותה השאלה נראה דפליגי הרמב"ם עם הראב"ד ותוס'. שהרי הרמב"ם פסק (בפ"ב מהל' שכירות הל"ג) וז"ל יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן וכו' אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא, ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לבין המזיק מטלטלין ודין אמת הוא זה למבינים וכן ראוי לדון עכ"ל. אמנם לדעת התוס' לפנינו (ד"ה ש"ח אינו נשבע) אין ש"ח משלם כשפשע בקרקע. וכן קבע הראב"ד שם וז"ל מה ש"ש מיעט את אלו מעיקר תשלומין ולא מן השבועה לבדה אף ש"ח שמיעט את אלו אף מעיקר התשלומין מיעטן ולא מן השבועה לבדה. ואין פושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור. אלא שאין פושע דומה למזיק עכ"ל. ועיין בחידושי הר"ן המבאר מדוע שונה הלימוד בש"ח מהלימוד בש"ש וממעטו משבועה בלבד ולא מתשלומי פשיעה. ולגבי קושיית הראב"ד מפשיעה בבעלים שפטור מפורסם תירוצו של מרן הגר"ח זצ"ל שביאר שפושע בעלמא אינו מזיק, ואילו הרמב"ם מיירי רק בשומר הפושע שחשוב כמזיק, ואילו שומר בבעלים פטור מפשיעה כי בבעלים ליכא חלות שמירה כלל. ומאידך חלות שמירה חלה בקרקע, אלא שגזיה"כ לפוטר השומר מלשלם תשלומי שומר, אך שומר שפשע אינו משלם מדין תשלומי שומר אלא מדין וחלות של תשלומי מזיק, ולפיכך חייב.

והנה הראשונים הקשו על פסק הרמב"ם שהשומר שפשע בקרקע חייב מההלכה שהשומר שפשע בממון עניים פטור (ב"ק צג ב) וכן קבע הרמב"ם בפ"ה מהל' שאלה ופקדון (הל"א) וז"ל מי שהפקידו אצלו מעות של עניים או של פדיון שבויים ופשע בהם ונגנבו פטור שנאמר לשמור ולא לחלק לעניים והרי הוא ממון שאין לו תובעים עכ"ל.

ונראה שגזיה"כ של "לשמור ולא לחלק לעניים" מחדשת שאין צדקה נחשבת כבעלים בנוגע לשמירה, ומשו"ה ליכא חלות שמירה כלל בצדקה. ולכן הפושע בצדקה פטור, שדוקא שומר שפשע הוי מזיק, ואילו אדם בעלמא שפשע בממון אחרים איננו מזיק אלא גרמא בנזקין בעלמא שפטור.

אכן עלינו להבין למה הוסיף הרמב"ם לגזיה"כ "לשמור ולא לחלק לעניים" את הסברא שצדקה היא ממון שאין לו תובעים. ונ"ל שבצדקה יש שתי הלכות: א) קנין ממון לשבט עניים. ב) חלות שם צדקה בחפצא. וי"ל דמדין קנין ממון לשבט עניים השומר פטור מלשלם מדין ממון שאין לו תובעים. ובכך דומה ממון עניים לממון כהנים שהמזיק מתנות כהונה פטור מלשלם מדהויין ממון שאין לו תובעים (חולין קל: רמב"ם פ"ט מהל' ביכורים הלי"ד).

אמנם דין שני יש בצדקה והוא חלות שם צדקה דחלה בחפצא בדומה להקדש. והנה רשות גבוה מהווה בעלים ולהקדש יש חלות קנינים, וסד"א דצדקה נמי מהווה רשות בעלים, קמ"ל הלימוד ד"לשמור ולא לחלק לעניים" שבנוגע לשומרים ליכא בצדקה בעלים כלל, ואין בה חלות שמירה כלל. לפיכך שומר שפשע בצדקה פטור כי איננו שומר כלל, כי רק השומר עם חלות דין ושם שומר שפשע חייב לשלם מטעם מזיק[363].

והנה הגר"ח זצ"ל אמר שיש ראייה מוכרחת שדין בבעלים מפקיע כל חלות שמירה מהמשנה (ב"מ דף צ"ד) שקבעה שאם שאל את הבעלים ואח"כ את הפרה פטור ואילו אם שאל את הפרה ואח"כ שאל את הבעלים שחייב, כי פטור "בעליו עמו" חל דוקא כשבעליו היו עמו בשעת משיכת הפרה דהמשיכה היא שעת קבלת השמירה. ויל"ע שהרי שומר אינו משלם משעת המשיכה אלא משעת הפשיעה (עיין במס' כתובות דף ל"ד:), ואילו היה דין "בעליו עמו" פטור תשלומין בעלמא היה בדין שיחול הפטור בשעת הפשיעה שהיא שעת חלות חיוב התשלומין. אך הואיל ודין "בעליו עמו" מפקיע את עצם המסירה לשמירה מעיקרא חל הוא בשעת משיכה שהיא שעת מסירת הפקדון לידי השומר.

אמנם לכאורה צ"ע בדברי מרן הגר"ח זצ"ל דבגמ' לעיל (מא:) איתא שרבא אמר ששליחות יד בבעלים חייב, ואם כשבעליו עמו לא חל על השומר חלות שם שומר כלל צ"ע למה יתחייב בשליחות יד. וצ"ל אליבא דהגר"ח זצ"ל שכך היא הגזיה"כ (עיי"ש בסוגיא) שאף שבנוגע לשאר דיני שומר "בבעלים" אינו שומר, אולם בנוגע לשליחות יד - המהוה חיוב גזילה מיוחד בשומרים - הו"ל שומר.

ברם התוס' בב"ק (נז ב ד"ה נמצא וכו') דנו אם ש"ש בבעלים משלם כפל בטוען טענת גנב, ואם אכן משלם לכאורה ניתן להסיק שיש חלות שמירה בבעלים ושלא כגר"ח זצ"ל. אך יש לדחות שכשם ששמירה בבעלים חלה לענין חיוב גזילה דשליחות יד כך חלה השמירה אף לענין חיוב גניבה דטוען טענת גנב[364].

ב.

בדין שומר אבידה

פעם נפגשו מרן הגאון רבינו חיים הלוי זצוק"ל עם מרן הגאון רבינו מאיר שמחה בעל האור שמח זצוק"ל, ועמהם היה מרן הגאון רבינו משה זצ"ל. והגאון ר' מאיר שמחה

[363] עיין בס' רשימות שיעורים לשבועות ונדרים חלק א' בענין צדקה דף קנ"ח.
[364] ע"ע בשיעורים לקמן לתחילת פרק השואל.

זצ"ל שאל את הגר"מ זצ"ל באיזה ענין הוא עוסק, והשיבו הגר"מ זצ"ל שהוא מתעסק בדין שומר אבידה, ובו הוא חוקר שתי חקירות:

א) מה דין שומר אבידה בנוגע לשמירת נזקין. הרי שאר השומרים חייבים לשמור פקדונם שלא יזיקו ונכנסו לשם כך תחת הבעלים (כמבואר בב"ק דף נה:), ברם יש לעיין בדינו של שומר אבידה.

ב) מה דין שומר אבידה בנוגע לדין בעליו עמו הפוטר שומרים אחרים מתשלומין (וכמבואר בב"מ צד א) האם אף שומר אבידה פטור אם בעליו עמו במלאכתו או לא.

ואמר הגאון ר' מאיר שמחה זצ"ל שלדעתו שומר אבידה חייב בשמירת נזקין הואיל והאבידה ברשותו. ודומה לגזלן ולשומרים דעלמא שחייבים בשמירת הנזקין של המזיק שברשותם וכמבואר בב"ק (דף נו:) וכפי שכתבו התוס' שם (ד"ה פשיטא וכו') וז"ל דסברא הוא דגזלן נכנס תחת הבעלים דכיון שהוציא מרשות בעלים שהיו חייבין בשמירה ואין הבעלים יכולים לשומרה לפי שנגזלה מהם יש על הגזלן לשומרה דלענין נזקין אקרי בעלים כל מי שבידו לשומרה וכו' ועוד כיון דגזלן קמה ליה ברשותיה גם לענין אונסין יש לחשב בעלים יותר משותף וכו' עכ"ל. והרי אליבא דהסברא הראשונה שבתוס' גזלן ושומרים דעלמא חייבים בשמירת נזקין משום שכל "מי שבידו לשומרה" אקרי בעלים. וה"ה שומר אבידה, שכל זמן שהבהמה אבודה ואין הבעלים הראשונים יכולים לשומרה, ושומר האבידה בידו לשמור את האבדה שלא תזיק, נכנס הוא תחת הבעלים וחייב בשמירת הנזקין.

ובנוגע לספק השני, אמר האור שמח דבאופן שהיו בעליו עמו בשעת מציאת האבידה אך עזבו הבעלים את מלאכתם ולא היו עמו בשעת הפשיעה מסתבר דלשומר אבידה ליכא פטור של בעלים עמו וחייב לשלם. והביאור בזה כי הפטור של בעליו עמו חל דוקא בשעת משיכה המחייבת את השומר וכפי שקבע המשנה בב"מ (צד.) וז"ל השואל את הפרה ושאל בעליה עמה וכו' פטור אבל שאל את הפרה ואח"כ שאל את הבעלים וכו' חייב וכו' עכ"ל. ובשומר אבידה הרי אין שעה אחת המחייבתו בהשבת האבידה ובשמירתה אלא נמשך מחייב תמידי בכל רגע ורגע להשיב את האבידה לבעליה ולשומרה. ובהתאם לכך אף כשהבעלים יהיו עמו בשעת הגבהת המציאה ויפטרוהו באותה שעה עכ"ז כשיעזבו את מלאכתם יתחייב המוציא את האבידה אח"כ מחדש בהשבה ובשמירה[365]. ברם אין זה כ"כ ברור שהרי הגמ' בב"מ (צח:) חוקרת בדין שאלה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים האם שכירות בשאלה מישך שייכי או לא, ומשמע

[365] ולפי"ז אם הבעלים יהיו עמו משעת המציאה עד שעת הפשיעה אף שומר אבידה יפטר.

משם ששאלה בשאלה בודאי מישך שייכי. וא"כ בשומר אבידה, אף שיש מחייב של שמירה בכל רגע ורגע, עכ"ז כשאלה בשאלה דמי ופטור, וצ"ע בזה.

אחרי שהגאון ר' מאיר שמחה זצ"ל סיים את דבריו פנה אל הגר"ח זצ"ל ובקש ממנו שיביע את דעתו בענין. ועל זה השיב לו הגר"ח זצ"ל שלדעתו בשני הנידונים שומר האבידה הוא פטור.

א) אשר לשמירת נזקין, אמר הגר"ח זצ"ל, אין לדמות דינו של שומר אבידה לגזלן. לגזלן יש קניני גזילה בחפץ הגזול[366] המחייבים אותו בשמירת נזקין וכדין בעלים, ולקניני הגזילה האלה התכוונו התוס' בב"ק כשכתבו שמי שבידו לשומרה חייב בנזקיה[367]. ואמר הגר"ח זצ"ל שגם אין לדמות שומר אבידה לשומרים אחרים שנכנסו תחת הבעלים, ודינם לנזקין כגזלן. גזלן ושומרים דעלמא הוציאו את המזיק מרשות הבעלים ובגללם לא שמרו הבעלים את המזיק. והואיל והבעלים נמנעו על ידם מלשמור את המזיק נכנסו הם תחת הבעלים וממלאים מקומם כי בידיהם לשמור את המזיק. מאידך, בעל האבידה לא היה יכול לשמור את המזיק מעת שנאבדה והמוצא את האבידה לא הוציאה מתחת יד שמירת הבעלים. ומשום כך לא נכנס מוצא האבידה תחת הבעלים לשמירת נזקין. ואף לשון התוס' (בב"ק שם) מורה על כך וז"ל דכיון שהוציא מרשות הבעלים שהיו חייבין בשמירה ואין הבעלים יכולים לשומרה וכו' יש על הגזלן לשומרה וכו' עכ"ל. שומר אבידה לא הוציא את האבידה מרשות הבעלים ולפיכך פטור משמירת נזקין[368].

ב) בנוגע לשומר אבידה שבעליו עמו בשעת הגבהת המציאה צידד הגר"ח זצ"ל שאף הוא פטור כשאר שומרים דעלמא הואיל ושעת המציאה היא המחייבת אותו בהשבה ובשמירה ולא כל רגע ורגע שהמציאה נמצאת אצל המוצאה - שלא כסברת האור שמח.

[366] עיין ברשימות שיעורים למס' סוכה דף קל"א וברשימות שיעורים למס' ב"ק דף שנ"א - שנ"ב ותק"נ - תקנ"ב.

[367] לפי"ז צריכים להבין מה רצו התוס' להוסיף כשכתבו בסוף שגזלן חייב בשמירת נזקין כי "קמה ליה ברשותיה לענין אונסין" כי אף לדיעה הראשונה בתוס' רק גזלן חייב וכדנתבאר. ואולי נ"מ לענין שואל שלא מדעת המחוייב באונסין כגזלן אלא שאין לו קניני גזילה וכדמבואר ע"פ הגר"מ זצ"ל (עיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק דף שנ"ב) דאליבא דדיעה הראשונה בתוס' הריהו פטור ואליבא דסוף דבריהם הריהו חייב, ודו"ק. ברם לפי"ז אליבא דתוס' שומר אבידה פטור כיון שאין הדבר ברשותו כגזלן, שהרי שומר אבידה פטור מאונסין.

[368] יש לחקור בדין שומר נזקין שנכנס תחת הבעלים - האם חיובו תלוי בהתחייבות מדעת השומר או לא. ולכאורה יש לתלות השאלה הזאת במחלוקת שבין הרמב"ם והראב"ד (פ"ד מהל' נזקי ממון הל"י) שהרמב"ם כ' וז"ל שומר שקבל עליו שמירת גוף הבהמה בלבד אבל לא שמירת נזקיה והזיקה פטור מלשלם והבעלים חייבים, קבל שמירת נזקיה והזיקה חייב השומר וכו' עכ"ל. והראב"ד משיג ז"ל א"א זה אינו מחוור דמתחזי מגמ' דמסתמא לא מקבל עליה שמירת נזקיה שהיא מזקת וכו' עכ"ל (ועיין בה"ה). ובפשטות משמע דאליבא דהרמב"ם בסתמא חייב שומר בשמירת נזקין ואילו אליבא דהראב"ד פטור. ויוצא לפי"ז שהראב"ד סובר ששמירת נזקין חלה דוקא בהתחייבות מפורשת מדעת השומר. ואילו הרמב"ם סובר שחיובי שמירת הנזקין חלים על השומר בסתם ואף בלי התחייבות מדעת. ובכן יוצא אליבא דהראב"ד כדבר פשוט ששומר אבידה פטור משמירת הנזקין מאחר שחסרה התחייבות מדעתו לשומרה מלהזיק.

הראיה לכך מהמבואר במס' ב"מ (כו:) וז"ל נטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוון לגוזלה עובר משום השב תשיבם, המתין לה עד שנתיאשו הבעלים ונטלה אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד עכ"ל. ומוכח משם ששעת הגבהת המציאה לבדה מחייבת בהשבה (ובמצות השב תשיבם) ומחילה חובת השמירה על מוצא האבידה. ומאחר שבעליה היו עמו בשעת המציאה - המוצא פטור, שכן דין בעליו עמו חל לפוטרו בשעת המחייב - בשעת המציאה[369].

ואמר הגר"מ הלוי זצ"ל שלדעתו שומר אבידה בבעליו עמו חייב, ואייה לדבר מפרק הכונס (ב"ק דף נו:) שם מובא שרב יוסף סובר שדין שומר האבידה כשומר שכר משום דרחמנא שעבדיה. יוצא אפוא ששומר אבידה אינו שומר מחמת הבעלים ושבעל האבידה אינו הבעלים של השומר כי רחמנא שעבדיה.

והוסיף הגר"מ זצ"ל שאין פטור בעליו עמו חל בשומר אבידה משני טעמים נוספים:

א) במס' ב"מ ב"מ (דף צד:) מקשה הגמ' פרה במשיכה ובעלים באמירה, והגמ' מתרצת דקיימא פרה בחצירו עיי"ש. ועלינו להבין למה מדייקת הגמ' שפטור שומר בבעליו עמו חל משעת משיכה או משעת קנין חצר, והלא שומר חייב באחריות הפקדון לפני המשיכה מיד משעת הנחת הפקדון לפניו, (עיין בתוס' בב"מ דף צט. ד"ה כך תיקנו וכו'), וא"כ מהראוי לכאורה שתהיה גם שעת פטור בעליו עמו בזמן הנחת הפקדון לפניו. ויוצא שהפטור של בעליו עמו חל דוקא בשעת קנין השומר לענין חזרה (דלא מצי מהדר ביה, עיי"ש בתוס') ולא משעת חלות האחריות. ולפי"ז מסתבר שאין פטור בעליו עמו חל בשומר אבידה כי מאחר שנעשה שומר עקב שעבוד רחמנא חלה עליו חובת השמירה בלי חלות דין של קנין[370].

ב) עוד נראה שדין בבעלים בשומר אבידה תלוי אם דין בבעלים חל כפטור תשלומים או כהפקעת חובת השמירה. דאם בבעלים הוא פטור תשלומין מסתבר שחל לפטור

[369] דברי הגר"ח זצ"ל לכאורה תמוהים, דהא הגר"ח זצ"ל ס"ל דדין בבעלים מפקיע את עצם חלות השמירה, וא"כ אפילו אחרי מציאת שעת החפצא עוד אבודה מבעליו, ולכן בדין הוא שיחול מחייב חדש בלי חלות בבעלים להשיבו, וכסברת האור שמח. ונראה דסובר הגר"ח זצ"ל דגם בבעלים עמו חלה מצות השבה על המוצא וחל דין שומר אבידה לענין שליחות יד וטט"ג וכדמבואר בפנים. ולכן ליכא מחייב חדש להשיבו, דכבר חל דין שומר אבידה ומאחר דהאבידה נמצאת בבית שומר כל שהוא, חלות שם אבידה פקע מהחפצא וכדקבע הרמב"ן במלחמות ד' (לעיל דף כו: עיין בשיעורים שם) ודין בבעלים חל כבר בשמירה זו להפקיע יתר דיני שומר ודו"ק.

[370] לפי"ז יתכן דשומר אבידה אינו עובר בבל יראה ובל ימצא מדלית ליה קנין וצ"ע. ועוד נראה דלפי הגר"מ זצ"ל שנקט ששומר אבידה מתחייב בלי חלות קנין, י"ל"ע בהא דאיתא בגמרא (ב"מ כו ב) דחיוב ההשבה חל על מוצא האבידה עם הגבהת האבידה, האם המוצא יתחייב בהגבהה בעלמא בשיעור כ"ש בלי שיעור של טפח או של ג' טפחים שצריכים להגבהת קנין. ועוד לכאורה יוצא דבשאר השומרים צריך דעת השומר שיתכוון שהקנין יחייבו כמו בדין הקנינים בכהת"כ, משא"כ בשומר האבידה דההגבהה מחייבתו בלי חלות שם קנין דמתחייב בלי דעת אלא רק בהגבהה, וצ"ע.

גם שומר אבידה. אולם אם דין בבעלים מפקיע את חלות השמירה אזי מהראוי שיחול המפקיע דוקא בשמירה שחלה במסירת הבעלים לשומר - שכן דין בבעלים מפקיע את מסירת הבעלים המחייבת, ושומר אבידה הואיל ומתחייב בלי מסירת הבעלים לא חלה בו הפקעת בבעלים.

ג.

דין שמירה בהקדש

ביחד עם קרקע שהפושע בה חייב כרך הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות (הל"ג) גם הפושע בעבדים ושטרות, אבל אינו מזכיר את דינו של הפושע בהקדש[371]. עיין בתוס' בב"ק (דף ו: ד"ה שור) שדנו באדם המזיק הקדש אם חייב או פטור, אך ברמב"ם אין הכרע. ואם לדעתו אדם המזיק הקדש חייב עולה השאלה למה משמיט דין הפושע בהקדש שהוא חייב מטעם מזיק.

והעלה הגר"ח זצ"ל שמסתבר שלפי הרמב"ם הקדש מופקע משמירה (בדומה ל"בעליו עמו") ואינו כקרקע עבדים ושטרות שבני שמירה הם אלא שפטורים הם מתשלומי שומר, ולפיכך השומר הפושע בהם חייב מדין מזיק. בהקדש, לעומתם, מלמדת לנו גזיה"כ דרעהו שאינו נחשב כבעלים המחייבים חלות שמירה, ובהתאם לכך שומר הקדש הפושע בו פטור - כי אין לו דין שומר כלל. ובכך שוה דין ההקדש לדין הצדקה שפסק הרמב"ם ששומר הפושע בצדקה פטור - והוא הדין להקדש[372].

והביא הגר"ח זצ"ל סמוכין שדין ההקדש דומה לדין "בעליו עמו" מפסק הרמב"ם (פ"ב מהל' שכירות הל"ה) שבהפקיד הקדש ופדהו פטור מאחר שהיה הקדש בשעת המסירה לשומר ואף שהיה חולין בשעה שנאבד (מקור הדין הוי המכילתא בפרשת משפטים, עיין בה"ה). ואילו היה הקדש בר שמירה, אלא שהחפצא של הקדש פטור מתשלומי שומר כמו בקרקע, בדין היה שהפטור יהיה תלוי במצב החפצא בשעת האבידה שהיא שעת חלות חיוב התשלומין (כמבואר בכתובות דף לד:). אמנם מאחר שהקדש מופקע משמירה גם שעת מסירה לשומר קובעת, ואם היה הקדש בשעת המסירה לשומר אינו שומר כלל.

ולפי הנ"ל יוצא חידוש להלכה שאם הבעלים מסרו קרקע לשמירה ואח"כ נתלש והיה תלוש בשעת האבידה חייב לשלם, שכן דין קרקע אינו מפקיע את השמירה אך מהוה

[371] עיין במרומי שדה בשבועות (מב:) במשובב נתיבות סי' צ"ה אות א' בהגהה, ובמנחת חינוך מצוה י"א ומצוה נ"ז.

[372] ברם בפשטות ניתן לחלק בין הקדש לצדקה דהקדש חשוב לבעלים ולא צדקה, וכך אמר מרן רבינו בשיעורים אחרים, ועיין ברשימות שיעורים לשבועות ונדרים חלק א' דף קנ"ח.

חלות פטור מתשלומין, והפטור חל דוקא בשעת חיוב התשלומין שהיא שעת האבידה ולא בשעת המסירה לשומר.

ד.

בשיטת הרמב"ם דפשיעה כמזיק

הבאנו למעלה בשם הגר"ח זצ"ל ששם מזיק בשומר הפושע חל רק בשומר, ואילו אדם בעלמא הפושע בנכסי חבירו ושאינו שומר פטור מדהוי גרמא בנזקין דפטור. ועלינו לבאר טיב הדין הזה שפושע מהוה מזיק דוקא בהלכות שומרים.

ואמר מרן הגר"ח זצ"ל שניתן לחקור בחיובי שומר המשלם בעד הפסד הפקדון - האם משלם עבור אחריות החפצא או"ד משלם עבור המעשה שעשה שגרם להפסד החפצא. ונראה ברור שהשואל המשלם בעד אונסין - אפילו בעבור אונס גמור - אינו משלם עבור מעשיו שגרמו להפסד החפצא שהרי באונסין לא עשה השואל שום מעשה שיגרום להפסד החפצא. ודאי שהשואל משלם עבור אחריות החפצא המחייבתו להשיב את החפצא לבעליו - ואם לא החזירו בעין משלם דמים. מאידך בשומר שכר המשלם עבור גניבה ואבידה ובש"ח המשלם עבור פשיעה החקירה במקומה עומדת.

והנה התוס' ב"ק (דף נ"ז. ד"ה כגון שטענו וכו') כתבו וז"ל ונראה לר"י דכיון שחייב הכתוב ש"ש בגניבה וסתם גניבה קרובה לאונס כדאמרינן בהשואל סברא הוא דבכל ענין שתהיה הגניבה יתחייב מגזירת הכתוב אפילו באונס גמור וכו' עכ"ל. אליבא דהר"י שש"ש חייב בגניבה באונס גמור ליכא ספק שחייב מדין אחריות ולא משום מעשיו.

ומסתבר שבחקירה זו תלויה מחלוקת הראשונים (המובאים ברא"ש במס' פסחים פ"ק אות ד') אם דוקא ש"ש שקיבל אחריות על עצמו מן הנכרי עובר בב"י וב"י או"ד אפילו ש"ח עובר. לשם ביאור מחלוקתם נעיין מקודם בסוגיא דפסחים (דף ה:) אשר בנוגע לשומר חמץ של נכרי שהוא חייב בב"י וב"י דנה הגמרא וז"ל הניחא למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי (עיין ברש"י ד"ה למ"ד ז"ל רבי שמעון קאמר ליה בב"ק קדשים שחייב באחריותן חייב עכ"ל), אלא למ"ד לאו כממון דמי מאי איכא למימר. שאני הכא דאמר לא ימצא עכ"ל. ועולה דלכ"ע אפי' למ"ד "דבר הגורם לממון לאו כממון דמי" - שומר חייב בב"י וב"י. ברם הירושלמי למס' פסחים (פרק שני הל"ב) מקשה וז"ל אית לתניי תני לא יראה לך, לך אין את רואה, אבל רואה את לגבוה. אית תניי תני אפי' לגבוה וכו' א"ר בון בר חייה קומי רב זעירא תיפתר בקדשים שהוא חייב באחריותן כר"ש עכ"ל. ועולה השאלה מ"ש קדשים שחייב באחריותן שעובר עליהן בב"י וב"י דוקא לר"ש הסובר "דבר

הגורם לממון כממון דמי" ואילו בשומר חמץ של נכרי לכ"ע עובר בב"י וב"י - אפילו אליבא דרבנן הסוברים "דבר הגורם לממון לאו כממון דמי".

וביאר מרן הגר"מ הלוי זצ"ל שההבדל בין דינו של שומר לדינו של בעל הקרבן הוא תוצאה מן ההבדל באופי האחריות שלהם. בשומר קיימת חלות דין אחריות ממש עבור החפצא של הפקדון, כלומר, הפקדון נמסר לרשות השומר והוא אחראי עליו ולכן ההפסד שלו. עיקר חיוב השמירה שלו נושא בחובו את אחריותו להשיב את הפקדון בעין או לשלם בעבורו. בקרבן, לעומת זה, אין החפצא ברשות בעליו ואין עליו חלות שם אחריות. רק מטעם צדדי חייבים הבעלים לשלם ולהביא קרבן שני כשהקרבן הראשון נפסל או הלך לאיבוד, או מצד נדרו או מצד חיוב כפרתו להביא עכ"פ קרבן, ואם אינו מביא את הקרבן הראשון ממילא חייב להביא קרבן שני בעד נדרו או משום חיוב כפרתו. עכ"פ אין החפצא של הקרבן הראשון ברשותו ובאחריותו, ואינו דומה, אפוא, לשומר פקדון שהחפצא נמסר לרשותו ע"פ קנין שמירה, והפקדון עצמו באחריותו ובביתו, ומשום כך חייב לשלם עבורו.

לפיכך רק לפקדון מתייחסת גזיה"כ לא ימצא המחייבת שומר בב"י וב"י משום שאחריות הפקדון מוטלת עליו והפקדון נמסר לבית השומר לרשותו ולאחריותו. מאידך עצם הקרבן אינו ברשות הבעלים ולא נמסר לאחריותו. אם הקרבן נאבד הוא משלם בשביל קרבן שני מסיבה צדדית - בגלל נדרו או עקב חיובי הכפרה המוטלים עליו. לכן הקרבן הראשון הוא דבר הגורם לממון בעלמא, ודוקא לפי ר"ש הסובר "דבר הגורם לממון כממון דמי" חל דין בעלים כדי לחייבם בב"י וב"י[373].

בכך מוסברת מחלוקת הראשונים בנוגע לש"ח של חמץ נכרי אם עובר בב"י וב"י או"ד רק ש"ש עובר עליו ולא ש"ח. חיוב שומר שכר בגניבה ובאבידה הוא מטעם חלות דין אחריות ודומה לשואל המחוייב באחריות אונסי החפצא. משום כך בין שואל בין ש"ש עוברים בב"י ובב"י. ואילו שומר חנם, לפי כת ראשונים אחת אינו משלם עקב חלות דין אחריות על החפצא אלא מחמת הפשיעה שעשה. בהתאם לכך, אין הפקדון נחשב כדבר שהוא ברשותו של השומר חנם ואינו עובר עליו בב"י ובב"י. רק חלות אחריות של השומר עבור החפצא מעבירה את החמץ לרשותו של השומר שיעבור עליו בב"י

[373] ברם עיין לקמן בשיעורים (דף נח.) ד"ה שיטת הרמב"ם במחצית השקל אות ג' ואף ברשימות שיעורים לשבועות ונדרים חלק א' דף קע"ב - קע"ג בשם הגר"ח והגר"מ זצ"ל שחיוב אחריות בקדשים הוא מטעם מצות הבאה וטיפול, ולפי"ז הו"ל חלות שם אחריות בעד החפצא של הקרבן עצמו בדומה לאחריות דשומר. ויתכן להבחין שאף שבעל קרבן חייב באחריות קרבנו משום מצות הבאה עכ"ז אין הקרבן נמסר לרשותו. מאידך פקדון נמסר לרשות השומר, וצ"ע.

ובב"י. ראשונים אחרים, לעומת זאת, סוברים שאף ש"ח עובר בב"י וב"י כי לדעתם גם ש"ח משלם מדין אחריות ולא בגלל מעשה הפשיעה[374].

ובכן הציע הגר"ח זצ"ל שזוהי כוונת הרמב"ם כשכתב ששומר הפושע מזיק. שומר הפושע אינו משלם מדין אחריות החפצא אלא בעד מעשיו - ואילו ש"ש המשלם בשביל גניבה ואבידה משלם מדין אחריות החפצא של הפקדון הנמצא ברשותו. הרמב"ם סובר שגזיה"כ ששומר פטור בקרקע חלה בנוגע לתשלומין החלים מדין אחריות בעד החפצא של הפקדון, אך לא בנוגע לתשלומין החלים משום מעשה פשיעת השומר. ולפיכך פסק שהשומר שפשע בקרקע חייב אע"פ שהוא פטור מגניבה ואבידה.

והוסיף הגר"ח זצ"ל כי אנחנו מוצאים שני מיעוטים בנוגע לקרקע: א) הפקעת קרקע מדין גזילה וגניבה. ב) הפקעת קרקע מדין שמירה, ושניהם נובעים מאותו הלימוד מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון אף כל דבר המטלטל וגופו ממון. ויעויין לעיל (דף ז.) שאע"פ שבגזילה דעלמא אין החפץ הגזול ברשותו של הנגזל ואינו יכול להקדישו מ"מ יכול להקדיש קרקעו הגזול "דכי יכול להוציאו בדיינים ברשותיה קיימא". חזינן שהמיעוט דקרקע מגזילה אינו דין פטור תשלומין בעלמא אלא דין שאין קרקע נגזלת כלל ואף קיימת ברשות בעליה. וניתן לומר שלדעת הרמב"ם הוא הדין בנוגע למיעוט קרקע משמירה. דהיינו שקרקע נתמעטה שאינה נמסרת לרשות השומר ושנשארת ברשות בעליה. כל זה מועיל למעט קרקע מדין האחריות דשומר התלויה בלקיחת הפקדון לרשותו, כי חיוב האחריות טמון בחובת ההשבה, וחובת ההשבה חלה רק בדבר שנלקח לבית השומר - שחייב להשיבו לבעליו, ולכן אחריות הפקדון מוטלת עליו. לא כן בחיוב הפשיעה, שמעשה הפשיעה עצמו מחייב בדומה למחייב של מעשה מזיק, ואין נ"מ במה שהפקדון לא נכנס לרשות השומר, ודי בחיוב לשומרו, לפיכך שומר שפשע בקרקע חייב כי עכ"פ חייב לשומרה אף שלא נלקחה לרשותו.

[374] ברם הרמב"ם עצמו פסק בפ"ד מהל' חו"מ הל"ד שבעכו"ם אנס שהפקיד חמצו אצל ישראל והישראל מקיימו בע"כ שהישראל עובר בב"י ובב"י ואע"פ שאין חלות אחריות ע"פ דין דהא נאנס לקיימו (וע"ש בראב"ד) וחייב משום שרוצה בקיום חמץ בעלמא. ולכאורה יוצא שמפרש את גזיה"כ דלא ימצא שבאה לחדש דלכ"ע בנוגע לב"י וב"י אומרים דבר הגורם לממון כממון דמי - ושלא כגר"מ זצ"ל שפרש שגזיה"כ מחייבת משום חלות דין אחריות. מאידך הרמב"ם אף פסק כאלה הראשונים הסוברים שרק ש"ש חייב בב"י ובב"י ולא ש"ח (פ"ד מהל' חו"מ הל"ג) ומשמע שמחייב מטעם חלות דין אחריות ולא מטעם גורם לממון כממון דמי וכגר"מ זצ"ל וצ"ע. ואולי י"ל דהרמב"ם סובר שיש שני דינים: א) אחריות דשומר דחלה בש"ש ולא בש"ח מחייבת בב"י וב"י, ולזה צ"ל חלות שם שומר עפ"י דין; ב) גורם לממון במציאות, כגון באנס עכו"ם, המחייב בב"י וב"י משום דגורם לממון בשיעור דאונסין, דהעכו"ם מחייבו לשלם גם על אונסי החמץ, דבלי חיוב אונסים הריהו פטור, דכמו בקרבן אליבא דר"ש השיעור דגורם לממון הוא דאונסים דה"ה בחמץ לענין ב"י וב"י. ושני הדינים מקורם בגזיה"כ "לא ימצא", דהא אין ההלכה כר"ש בשאר דיני התורה, וצ"ע.

והנה בירושלמי (פ"ד ממעשר שני הל' ג') דרשה מקרא דכי יתן איש פרט לקטן שאין מתנת קטן מתנה. ולכאורה השוואה זו בין מתנה בעלמא לשומר מתמיהה. ומוכח מדבריהם שאף בשומר חל דין מסירה מהבעלים לרשות שומר, ולכן למדים שכשם שאין בכוחו דקטן למסור את פקדונו לשומר ה"ה שאינו יכול לתת מתנה בעלמא לאדם אחר. מיעוט קרקע משמירה שוה למיעוט פקדון של קטן שכן שניהם הופקעו ממסירה לבית שומר[375].

לאור הנ"ל מתקבל על הדעת שבנוגע לעיקר שעת חיוב השומר לשלם האם היא שעת המשיכה או שעת הגניבה ואבידה (עיין בכתובות לד ב) עלינו להבחין בין חיוב הפשיעה בש"ח לבין חיוב גניבה ואבידה בש"ש. ש"ח אינו משלם מדין אחריות אלא משום מעשה הפשיעה, ולכן מהראוי שישלם משעת הפשיעה. ש"ש, לעומת זאת, משלם בשביל הגניבה ואבידה מטעם אחריות, והאחריות חלה משעת המשיכה, ומסתבר שישלם ש"ש בגניבה ואבידה משעת משיכה[376].

ועיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שאלה ופקדון הל"ח) שפסק בספק "בעליו עמו" שפטור השואל אם מתה וכן ש"ש פטור מגניבה ואבידה אבל אם פשע בה משלם. ועיי"ש בה"ה שהרמב"ם נאמן לשיטתו שהפושע כמזיק. ולפי ביאורנו ר"ל שחיובי גניבה אבידה ואונסין הם מחלות דין אחריות ואילו חיוב פשיעה חל משום מעשה פשיעה. משום כך בספק "בעליו עמו" בנוגע לגניבה אבידה ואונסים הנו בגדר איני יודע אם נתחייבתי שפטור. מאידך כשפשע הרי עשה מעשה פשיעה המחייב והספק אינו אלא אם חל דין בעלים הפוטר והנו בגדר איני יודע אם פרעתיך שחייב[377].

והנה התוס' בב"מ (דף צ"ג: ד"ה אי הכי) כתבו לחלק בשומר בין תחילתו בפשיעה וסופו באונס שחייב לבין תחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס שפטור. ביאור דבריהם לפי הנ"ל כי הואיל ופשיעה שנעשתה בתחילה מהוה מעשה מחייב משלם אע"פ שסופו באונס. ואילו בתחילתו בגניבה ואבידה שחסר מעשה מחייב שכן השומר מתחייב בגניבה ואבידה מחמת אחריותו בעד החפצא, מאחר שסופו באונס פטור כי באופן זה חיוב האחריות לא חל.

[375] ולפי"ז במסרו לו קרקע ולבסוף נעשה תלוש פטור שהרי קרקע מופקעת מהמסירה הראשונה לרשות שומר ואינו חלות פטור בעלמא. עיין בשיעורים למס' שבועות (דף מב: בתוס') ד"ה ואין בהן וכו'.

[376] עיין בקצות החושן סי' רצ"א אות א'.

[377] ברם צ"ע שכבר מבואר בשם הגר"ח זצ"ל שבעליו עמו הו"ל הפקעת שמירה מעיקרא ולא פטור תשלומין בעלמא, ולפי"ז לכאורה ספק בבעלים הול"ל בגדר איני יודע אם נתחייבתי, וצ"ע. ועיין בנתיבות (רצ"א: ל"ד). וע"ע לקמן בשיעורים (דף צו.) ד"ה שאל משותפין וכו' ומש"כ שם בהערה.

לפי זה, אמר הגר"ח זצ"ל, יתכן ליישב את קושית הראב"ד מדין פשיעה בבעלים שפטור באופן אחר. י"ל שבבעלים הפקדון נמסר לשמירה ואינו הפקעת שמירה, אלא פטור תשלומין. אמנם גזיה"כ "בעליו עמו לא ישלם" מחדשת שבכל אופן שומר בבעלים פטור מלשלם - אפילו על פשיעה, שהרי חיוב פשיעה כמזיק מחיובי תשלומי שומר הוא. מאידך דין הקרקעות אינו חלות פטור תשלומין אלא הפקעת מסירת הפקדון לרשות השומר ועקב זה ליכא אחריות עבור הפקדון. ולפיכך פטור שומר קרקע רק מגניבה ואבידה אבל חייב בפשיעה כי פשיעה אינה מחייבת מדין אחריות והשבה אלא מחייבת עבור מעשה הפשיעה כמזיק, וכנ"ל.

ובכך מוסברים דברי הרמב"ם (בסוף הל' ג' מפ"ב מהל' שכירות) שכתב וז"ל וכן הורו רבותי שהמוסר כרמו לשומר בין באריסות בין בשמירות חנם והתנה עמו שיחפור או יזמור או יאבק משלו ופשע ולא עשה חייב כמי שהפסיד בידים וכו' עכ"ל, ולפום ריהטא הוראת רבותיו של הרמב"ם תמוהה היא, למה יחול חיוב מזיק במניעת הריוח. אך אם נניח שאין החיוב אליבא דהרמב"ם מדין מזיק כפשוטו אלא מדין שומר ומשום מעשה הפשיעה שלו, יתכן שהשומר ישלם עבור מניעת הריוח - שלא כמזיק דעלמא.

ה.

שיטת הראב"ד בשמירה בקרקע

בפ"ב מהל' שכירות (הל"ג) השיג הראב"ד על פסק הרמב"ם שפושע מזיק וז"ל ואם אמת הוא זה ש"ח למה אינו נשבע על טענתו שלא פשע שהרי אם פשע משלם, ואם נפשך לומר הלא מודה במקצת שאם יודה ישלם ואעפ"כ אינו נשבע, הרי אמרה תורה כלל ופרט בש"ח וכלל ופרט בש"ש, מה ש"ש מיעט את אלו מעיקר התשלומין ולא מן השבועה לבדה אף ש"ח שמיעט את אלו אף מעיקר התשלומין מיעטן ולא מן השבועה לבדה וכו' עכ"ל. ודבריו מתמיהים, מה סבר כשהקשה בתחילת השגתו למה אין ש"ח נשבע שלא פשע, הרי הכלל שאין נשבעין על הקרקעות כלל הוא בכל שבועות התורה אף בשבועה שלא פשע.

ונראה שמעיקרא סבר הראב"ד שאין קרקע מחייבת שבועה הבאה מחמת טענה כגון במודה במקצת ועד אחד. ואילו חיוב שבועת השומרים שחל בלי טענה, הייתי אומר שישבע שומר גם על קרקע. ומסקנתו שאין לחלק בכך ואין נשבעין על הקרקע כלל ואף שבועת השומרים הבאה שלא מחמת טענה.

אח"כ כתב הראב"ד (שם) "ולא מן השבועה לבדה", וכוונתו סתומה. ונראה שר"ל כי חיוב שבועת השומרים הוא מחיובי השומר, ומאחר שהתורה הפקיעה קרקע מחיוב שבועת השומרים מסתבר שהתורה אף הפקיעה קרקע משאר חיובי שומר ותשלומין.
אמנם העיר הגר"ח זצ"ל, כי מהרמב"ם בפ"ה מהל' טוען ונטען (הל"א) משמע אחרת וז"ל ואלו דברים שאין נשבעין עליהן מן התורה הקרקעות והעבדים השטרות וההקדשות אע"פ שהודה במקצת או שיש עליו עד אחד או ששמר וטען טענת השומרין הרי זה פטור שנאמר כי יתן איש אל רעהו פרט להקדש, כסף או כלים פרט לקרקעות וכו' עכ"ל. ממה שהרמב"ם כולל פטור שבועה בקרקע במודה במקצת וע"א יחד עם שומר בהלכה אחת ומקור הפטור נלמד אליביה מפרשת שומרים מוכח שלדעתו שפטור קרקע משבועת השומרים אינו דין מיוחד בשומר אלא הלכה הוא בכל התורה כולה שאין נשבעין על הקרקע - ושלא כראב"ד.
הרמב"ם פסק שפושע משלם מטעם מזיק. והנה כל המזיקים משלמים ממיטב (ב"ק ב', ורמב"ם פ"א מהל' נזקי ממון הל"ב). ובמס' ב"ק (דף ד:) תני ר' אושעיא י"ג אבות נזיקין ש"ח והשואל נושא שכר והשוכר וכו' והגמרא מסיקה (בדף ה.) כולן כאבות לשלם ממיטב. אך הרמב"ם השמיט את התני ר' אושעיא ומשמע שסובר ששומר בעלמא אינו משלם ממיטב. ועלינו לבאר לפי שיטת הרמב"ם ששומר שפשע מזיק למה לא ישלם ממיטב כמזיק דעלמא.
ונראה שלאור יסוד הגר"ח זצ"ל הנ"ל מבואר למה שומר שפשע אינו משלם ממיטב. הרי אליבא דהגר"ח זצ"ל השומר הפושע אינו מזיק ממש שישלם ע"פ פרשת מכה נפש בהמה ישלמנה. חיובו לשלם נובע מדיני שומר אלא שאין חיוב השומר שפשע משום אחריות וחסרון השבה כי אם משום מעשה הפשיעה כנ"ל. והואיל וחיוב פשיעה מחיובי שומר הוא לפיכך משלם השומר שפשע כשאר שומרים מבינונית ולא ממיטב כמזיק דעלמא.
ע"כ ענין פטורי שומרים

בענין שמירה בנכסי קטן

א.

שיטת הרמב"ם והראב"ד בדין שמירה בנכסי קטן
עיי"ש בסוגיית הגמ' בב"ק (דף קו:) "הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל וכו' איתביה רב אבא בר ממל לר' חייא בר אבא כי יתן איש אין נתינת קטן כלום אין לי אלא נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מנין

ת"ל עד האלוקים יבא דבר שניהם עד שתהא נתינה ותביעה שוין כאחד ואם איתא תהוי נמי כאבידה, וכו' רב אשי אמר לא דמי אבידה קא אתיא מכח בן דעת והא לא אתיא מכח בן דעת". וברש"י שם (ד"ה תהוי) פירש וז"ל דליכא נתינה והוי טענה להשביע ולהתחייב כפל וכי תבעו כשהוא גדול ליחייביה להיאך שבועה וכפילא אע"ג דנתינה ליכא עכ"ל. ומבואר דהגמ' הק' דהיאך מתחייב שומר אבידה בטט"ג והא ליכא נתינה ומסירה מהבעלים ודמי לקטן דליכא נתינה דכתיב כי יתן איש פרט לקטן, דנתינת קטן לא הויא נתינה ואין דין טט"ג בשמירה לקטן. ורב אשי מחלק בין אבידה לקטן דבאבידה עפ"י דין חלה מסירה מבן דעת, משא"כ בקטן שאינו בן דעת ליכא חלות שם מסירה לשמור.

ועיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ז) שכתב וז"ל קטן שהפקיד ביד גדול או השאילו הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן. הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת הקטן שנאמר אין נשבעין על טענת קטן שכל השומרין שבועת שמא היא עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד שם וז"ל א"א ורבותי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפילו היסת שאין נתינת קטן כלום, ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן, ואפילו כאבידה אינו דאבידה אתיא מכח בן דעת. ותמה על עצמך דכולה פרשתא עיקר בשבועת השומרים ועלה קאמר איש פרט לקטן וכו' עכ"ל. ומבואר דנחלקו הרמב"ם והראב"ד האם חלה חלות שמירה בנכסי קטן, דהראב"ד סובר דמגזה"כ דאיש פרט לקטן ילפינן דאין שמירה לקטן דממון של קטן מופקע משמירה לגמרי, דלא חלה חלות שמירה כלל בנכסי קטן. ונראה דהראב"ד מפרש דרב אשי מחלק בין אבידה דהוי ממון הראוי לשמירה לבין ממונו של קטן דמופקע משמירה. מאידך הרמב"ם סובר שחלה חלות שמירה בנכסי קטן וחייב השומר לישבע שבועת השומרים. ולפי"ז צ"ל דהרמב"ם (בפ"ד מהל' גניבה ה"ט) מפרש גזה"כ דאיש פרט לקטן דילפינן מיניה דאין נתינת קטן כלום דהויא הלכה מיוחדת לענין חיוב טט"ז, דליכא חיוב טט"ג בנכסי קטן. אמנם הרמב"ם סובר דשאר דיני שמירה חלים בנכסי קטן דחלה חלות שמירה בנכסי קטן (וכמבואר ממה שפסק בפ"ב מהל' שכירות ה"ז). וי"ל מהי סברת הרמב"ם דחל דין מיוחד למעט קטן מחיוב דטט"ג.

ואמר הגר"מ זצ"ל דנל"ב את שיטת הרמב"ם עפ"י דברי הירושלמי (פ"ד ממעשר שני ה"ג) דיליף מהא דאין נתינת קטן כלום בנוגע לשמירה לכל התורה כולה שאין לקטן כח הקנאה וז"ל הכל מודים שאין מתנתו דכתיב כי יתן איש, מתנת איש מתנה ואין מתנת קטן מתנה עכ"ל. ולפי"ז י"ל דחל דין מסוים בטט"ג דחל דין טט"ג רק היכא דחלה הקנאה מהמפקיד לשומר ומכיון דקטן אינו בר הקנאה ליכא דין טט"ג בשומר

לקטן. משא"כ שאר דיני שמירה חלין מחמת קבלת שמירה ולא מחמת הקנאת המפקיד, ומשו"ה סובר הרמב"ם שחל דין שמירה אף לקטן דסוכ"ס חלה קבלת שמירה אף בנכסי קטן[378]. ועוד ביאר הגר"מ זצ"ל דקיי"ל (במשנה דף צד.) דמתנה ש"ח להיות כש"ש או כשואל, וכתבו התוס' (כתובות דף נו. ד"ה הרי זו מקודשת) וז"ל דחייבתו תורה ש"ש על שלוקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה הלכך במקום שאין משתעבדים עצמם פטורים עכ"ל. ונראה דתוס' ס"ל דחיובי שמירה דשומרים חלין ע"י שחלה דעת השומר להתחייב באחריות הכתובה בפרשה, ואי ליכא דעת להתחייב הריהם פטורים. ברם י"ל דחיוב שומר בטט"ג אינו חל מחמת התחייבות השומר, ליכא נפ"מ אי המפקיד הוא גדול או קטן, דמ"מ חלה התחייבות וקבלת אחריות ע"י השומר[379].

ב.

ביאור השגת הראב"ד

פסק הרמב"ם בפ' י"א מהל' שבועות (הל' ה') מנשבעין שבועת השומרים בטענת ספק. וכן פסק משומרים נשבעים למפקיד קטן (פ"ב מהל' שכירות הל"ז) וז"ל קטן שהפקיד ביד גדול או השאילו הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן. הורו רבותי דאין זה נשבע בטענת קטן כדי שנאמר אין נשבעין על טענת קטן שכל השומרין שבועתן שבועת שמא היא עכ"ל. על פסק זה השיג הראב"ד וז"ל ורבותי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפילו היסת שאין נתינת קטן כלום ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן, ואפילו באבידה אינו דאבידה אתיא וכח בן דעת, ותמה על עצמך דכולה פרשתא עיקר דשבועת השומרים ועלה קאמר איש פרט לקטן, ועוד על ודאי שלו אינן שבעין על ספק שלו נשבעין עכ"ל.

הראב"ד חולק מכמה טעמים: א) אין נתינת קטן כלום ואינו שומר כלל. עיין במס' ב"ק (קו:) שמביאים דין דאין נתינת קטן כלום בנוגע לטוען טענת גנב בפקדון של קטן שפטור. והרמב"ם כתב את הפטור הזה בטט"ג לקטן בפ"ד מהל' גניבה (הל"ט), וכפי הנראה לדעתו הוא פטור מיוחד בחיוב טט"ג, ואילו לראב"ד גזיה"כ "וכי יתן איש פרט לקטן" מפקיעה את כל חלות השמירה בפקדון של קטן. ב) גזיה"כ דיש פרט לקטן מתייחסת לשבועת השומרים. ג) על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין (בל'

[378] סברה זו היא לכאורה כנגד סברת הגר"ח זצ"ל הנ"ל דביאר דלרמב"ם חיוב האחריות דשומר בגניבה אבידה ואונסין חל בהקנאה ובמסירת הפקדון לרשות השומר, והא השומר בנכסי קטן חייב באחריות אליבא דהרמב"ם, וקשה ליכא הקנאה ומסירה מהקטן וצ"ע.

[379] עיין ברשימות שיעורים למס' בבא קמא ח"א ע"מ שי"ז - שי"ח.

תמיהה). בכך חידש לנו הראב"ד שאינו נכון לומר ששומר נשבע בלי טענה, אלא שבנוגע לחיוב שבועת שומרים טענת שמא של המפקיד שמה טענה. ולכן, כשהמפקיד גדול ובר טענה מחייב הוא את השומר לישבע מחמת טענת שמא שלו. אמנם קטן, שאינו בר טענה כלל ואף אינו בר טענת שמא, אינו מחייב את השומר לישבע. להרמב"ם השומר חייב לישבע בלי טענה כלל, ולפיכך גם שומר של קטן נשבע. והנה יש מחלוקת בין הראשונים האם שומרים נשבעים שבועת השומרים בפחות משתי כסף. וי"ל שאם דין שתי כסף חלות בטענה המחייבת לא יחול בנוגע לשבועת השומרים, שכן שומרים מתחייבים לישבע אף בלי טענה. אך אם הוא שיעור שחל בחפצא של הממון הנתפס בשבועה אף שומרים לא ישבעו בפחות משתי כסף. ברם הרי מבואר שלדעת הראב"ד טענת שמא שמה טענה בנוגע לשומר. ויתכן כי הואיל ודין שבועת השומרים תלוי בחלות שם טענה (אף שהיא טענת שמא) זקוקה היא לשיעור של שתי כסף כדי לאשווי טענה.

ובכן הראב"ד חולק על פסק הרמב"ם בשומר של קטן כי לדעתו שומרים דעלמא נשבעים בטענת שמא שכן בנוגע לשבועת השומרים טענת שמא שמה טענה. ומאידך קטן אינו בר טענה כלל, אף לא בנוגע לטענת שמא, ולפיכך אין בכחו לחייב שומר בשבועה. ברם בנוגע לדין שתי כסף בשבועת השומרים העלה הרמב"ם בפ"ג מהל' טוען ונטען (הל' ו') וז"ל העיד עליו עד אחד אפילו לא כפר אלא פרוטה הרי זה נשבע שכל מי ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה וכן בשבועת השומרים אפילו הפקיד אצלו פרוטה או שוה פרוטה וטען שאבדה נשבע וכו' עכ"ל. ועל הלכה זו לא השיג הראב"ד ומשמע שקבלה.

והנה אם ב' כסף דין בטענה, שומרים שחיוב שבועתם אינו זקוק לטענה נשבעים אף בפחות מב' כסף. כן מסתבר אליבא דהרמב"ם הסובר ששומרים נשבעים אף בלי טענה - ונשבעים אף למפקיד קטן שאינו בר טענה כלל, אך לפי הראב"ד הסובר שגם שבועת השומרים באה מחמת טענה - כי טענת שמא שמה טענה בנוגע לשבועת השומרים, ולכן אין נשבעים השומרים בטענת קטן, קשה למה לא יחול שיעור ב' כסף בשבועת השומרים כשם שחל בשבועת מודה במקצת - שהרי שתיהן מתחייבות מחמת טענה.

וי"ל שהראב"ד הבחין בין טענת ודאי לטענת שמא. דאע"פ שבנוגע לשומרים טענת שמא דינה כטענת ודאי. בכל זאת דין שתי כסף לא יחול אלא במקום שזקוקים לטענת ודאי, כגון במודה במקצת. אבל לא בשבועת השומרים, שדי לה בטענת שמא. שיעור שתי כסף נאמר דוקא בשיעורין של טענת ודאי ולא בטענת ספק, ומאחר שטענת ספק מועלת

לחייב שבועת השומרים אינה צריכה להיות טענת ב' כסף. א"נ להראב"ד ב' כסף הוא דין במודה במקצת בלבד משום שהוא שיעור בכפירה. שבועת מודה במקצת ע"י טענה וכפירה היא באה, וחלות שם כפירה מהווה גופו של המחייב של השבועה, ובכפירה חל שיעור ב' כסף. ואילו המחייב של שבועת השומרים אינו חלות שם של כפירה, ולפיכך אין בה השיעור של ב' כסף.

כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' טוען ונטען (הל"ו) ז"ל העיד עליו עד אחד אפילו לא כפר אלא פרוטה הרי זה נשבע שכל מי ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה וכו' וכן בשבועת השומרים אפילו הפקיד אצלו פרוטה או שוה פרוטה וטען שאבדה נשבע וכו' עכ"ל. הנה באותה הלכה שקבע הרמב"ם שאין שיעור ב' כסף חל בשבועת עד אחד, הוסיף "וכן בשבועת השומרים". ויש לעיין, האם יש במלת "וכן" איזו משמעות ע"פ דין, כי לפום ריהטא יש כאן שני דינים שונים. דין עד א' שאינו זקוק לב' כסף הוא מגזיה"כ מיוחדת "שכל מי ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה", ומשום שעד אחד נאמן, ונאמנות אי אפשר להגביל לשתי כסף כי הנאמן נאמן בכל חפצא של ממון שבתורה. מאידך, שומרים נשבעים אליבא דהרמב"ם אף בלי מחייב של טענה (כגון בקטן) ולכן סובר דליכא דין שתי כסף בשבועת שומרים כי שיעור הוא בטענה.

על כן לכאורה נראה שלא נתכוין הרמב"ם לומר שיש כאן דין אחד, אלא ר"ל שאילו היה שעור ב' כסף שיעור בחפצא של הממון הנתפס בשבועה היה בדין שגם שבועת עד אחד ושבועת השומרים תהיינה זקוקות לשיעור ב' כסף. אמנם ממה שנפסקה ההלכה ששבועת עד א' חלה בפחות משיעור ב' כסף עולה ששיעור הממון הנתפס בשבועה אינו ב' כסף אלא השיעור הוי פרוטה המהוה שיעור ממון בכהת"כ. עקב כך כתב הרמב"ם "וכן בשבועת השומרים אפילו הפקיד אצלו פרוטה או שוה פרוטה נשבע", כי שיעור פרוטה מהוה החפצא של ממון שנתפס בשבועה, והואיל ושבועת השומרים מתחייבת בלי טענה אין בה שיעור שתי כסף, וכנ"ל. אכן הרב המגיד (פ"ג מטוען הל' ו') מביא דעת הרמב"ן שאף שבועת השומרים זקוקה לשתי כסף. ויתכן לפרש שיטה זו ע"פ דרכו של הראב"ד שטענת שמא חשובה טענה בנוגע לשבועת השומרים, ודין שתי כסף חל בכל טענה שהיא אפילו בטענת שמא. עוי"ל שסובר הרמב"ן ששתי כסף דין בחלות חיובי שבועה מלבד בשבועת עד אחד, שכן חיוב שבועת עד א' תלוי בנאמנות העד ולא ניתן להגביל נאמנותו רק לממון ששוה שתי כסף ויותר.

אמנם שיטת הרמב"ם שבין שבועת עד אחד ובין שבועת השומרים אינן זקוקות לא לטענות ודאי ולא לשתי כסף. ובכן מסתבר שהרמב"ם סובר שדין שתי כסף הוא שיעור

בטענת ודאי המחייבת שבועה כגון במודה במקצת. ואילו שבועות עד א' והשומרים מתחייבות בלי טענה, ולפיכך אינן זקוקות לשיעור שתי כסף. ויוצא שבמלת "וכן" באמת השוה הרמב"ם שבועת עד א' ושבועת השומרים בהשוואה גמורה, דהיינו דבלי צורך לטענה אין צורך לב' כסף.

ג.

פלוגתת הרמב"ם והראב"ד בדין שמירה בנכסי קטן

עיין בגמ' שבועות (דף מב.) אמר קרא כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור ואין נתינת קטן כלום. מכאן למד הגמרא שאין נשבעין על טענת חש"ו. אמנם בס' ב"ק (קו:) השתמשו בפסוק כי יתן איש למה נראה לפום ריהטא לצורך דין אחר וז"ל שם וא"ר ר"א בר אבא א"ר יוחנן הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל, מ"ט דכתיב על כל אבידה אשר שומר. איתיביה ר' אבא בר ממל לר' חייא בר אבא כי יתן איש אין נתינת קטן כלום, ואין לי אלא שנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן, נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מנין ת"ל עד האלקים יבא דבר שניהם עד שתהא נתינה ותביעה שוין כאחד. ואם איתא תיהוי נמי כאבידה וכו' רב אשי אמר לא דמי אבידה קא אתא מכח בן דעת והא לא אתיא מכח בן דעת עכ"ל. העולה משם שאף כשטענו כשהוא גדול אין נתינת הקטן מחייבת השומר. ולכאורה אין בכך פתרון טענה שכן טענו כשהוא גדול, וע"כ דין מיוחד הוא בשומר. ובכן צ"ע כיצד למדים מפסוק אחד שני דינים שונים.

והנה הרמב"ם כתב בפ"ב מהל' שכירות (הל"ז) וז"ל קטן שהפקיד ביד גדול או השאילו הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן. הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת הקטן כדי שנאמר אין נשבעין על טענת קטן שכל השומרין שבועתן שבועת שמא היא עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א ורבותי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפילו היסת שאין נתינת קטן כלום ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן ואפילו כאבידה אינו דאבידה אתיא מכח בן דעת. ותמה על עצמך דכולה פרשתא עיקר בשבועת השומרים ועלה קאמר איש פרט לקטן. ועוד על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין עכ"ל. ויוצא שהרמב"ם והראב"ד פליגי, דלהראב"ד שמירה אינה חלה כלל בנכסי קטן, וכך למדנו מגזיה"כ איש פרט לקטן שאין נתינת קטן כלום דהיינו שאין כאן שמירה. ומאידך הרמב"ם קבע את ההלכה הממעטת קטן בפ"ד מהל' גניבה (הל"ט) וז"ל הטוען טענת גנב בפקדון של קטן אע"פ שנתן לו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול ונשבע ואח"כ באו עדים הרי זה פטור מן הכפל שנאמר כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום וצריך שתהיה

נתינה ותביעה שוין בגדול עכ"ל. הרמב"ם לומד שגזיה"כ שאין נתינת קטן כלום חלה דוקא בנוגע לדין טוען טענת גנב ואילו שאר דיני שמירה חלים בנכסי קטן.
ובכן יתכן שלדעת הראב"ד באמת דין אחד הוא, ר"ל אין טענת קטן טענה, דס"ל שלשבועת השומרים צריכים טענה וכפי שמסיים וז"ל על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין עכ"ל, כלומר שבנוגע לשבועת השומרים טענת שמא שמה טענה, ואילו קטן שאינו בר טענה אינו יכול לחייב שבועת השומרים, דהיינו דליכא חלות שמירה לקטן כי חלות שמירה תלויה בדין שבועת השומרים. והואיל והשומר בשביל קטן אינו חייב לישבע שבועת השומרים אינו שומר כלל.
והנה על מה שהכריע הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות (הל"ג) שאם השומר פשע בקרקע חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא השיג הראב"ד וז"ל א"א ואם אמת הוא זה ש"ח למה אינו נשבע על טענתו שלא פשע שהרי אם פשע משלם וכו' עכ"ל. ולכאורה אין דברי הראב"ד מובנים שהרי בכהת"כ אין נשבעין על קרקעות ואין זה תלוי אם שומר שפשע בקרקע חייב או לא. אך כוונת הראב"ד היא להשיג על דעת הרמב"ם הסובר שיש שמירה בקרקע דמכיון שאין נשבעין עליהם שבועת השומרים ליכא שום חלות שמירה. וה"ה בפקדונו של קטן הואיל וליכא שבועת השומרים אין שום חלות שמירה.
וכל זה ניחא לפי הראב"ד, אך לשיטת הרמב"ם שלא נתמעט קטן משמירה כי אם מטוען טענת גנב עלינו להסיק לכאורה שהן שתי הלכות נפרדות: א) אין טענת קטן כלום לחייב בשבועת הדיינים דעלמא. ב) אין נתינת קטן מחייבת בטט"ג.
אמנם עלינו להבין מהי סברת הרמב"ם שמדין אין נתינת קטן כלום נלמד פטור מיוחד בטט"ג בלבד ולא בנוגע לשאר דיני שמירה.
ונראה שניתן ליישב שיטתו בשני אופנים: א) חיובי שמירה בכלל חלים מכח התחייבות מצד השומר, ולכן קיי"ל דמתנה ש"ח להיות כשואל (עיין בתוס' כתובות דף נו. ד"ה הרי זו מקודשת). מאידך מסתבר שחיוב טט"ג הוא חיוב שהטילה התורה על השומר בלי דעתו להתחייב בכך. ולכן יתכן לומר שהתורה מיעטה שומר דקטן מדיני שמירה רק ביחד לחיובים שחידשה התורה בע"כ דהשומר, ואילו בנוגע לחיובים שהשומר התחייב בהם מדעת המתחייב אף שומר דקטן חייב.
ב) עוד יתכן שלהרמב"ם שומרים נשבעים לקטן כי אינם זקוקים לטענה כדי להתחייב בשבועה. ומאידך צריכים טענה מצד המפקיד כדי לחייב את השומר בטט"ג, ואף שאין המפקיד חייב לטעון "אתה גנבת את פקדוני" עכ"ז חייב לטעון "הפקדתי אצלך את פקדוני". והיכן דצריכא טענת ודאי נתמעטו קטנים כי אינם בני טענה. ויוצא לפי"ז שגם

לדעת הרמב"ם שתי ההלכות באמת הלכה אחת הן: אין טענה לקטן, ולפיכך אינו מחייב השומר שלו בטט"ג ואינו מחייב שאר שבועות הדיינים דעלמא הזקוקות לטענה.
אמנם הביאור השני אינו מתישב כ"כ עם מש"כ הרמב"ם בספ"ד מהל' גניבה (הל"ט) וז"ל הטוען טענת גנב בפקדון של קטן אע"פ שנתן לו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול ונשבע ואח"כ באו עדים הרי זה פטור מן הכפל שנאמר כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום וצריך שתהיה נתינה ותביעה שוין בגדול עכ"ל. והנה מדברי הרמב"ם משמע שאין הפטור בקטן עקב חסרון טענה אלא משום שאין נתינת קטן מחייבת בטט"ג ויש הפקעת שמירה מיוחדת בנוגע לטט"ג[380].
ג) לכן נראה יותר לפרש ע"פ המבואר בירושלמי (פ"ד ממס' מע"ש הל"ג) שממה שאין נתינת קטן כלום למדים לכהת"כ שאין לקטן כח הקנאה וז"ל הירושלמי הכל מודים שאין מתנתו מתנה דכתיב כי יתן איש, מתנת איש מתנה ואין מתנת קטן מתנת עכ"ל. ויוצא שכדי שתחול שמירה לענין טט"ג זקוקין לדעת מקנה של המפקיד שאינה בקטן. ואילו שאר דיני השמירה אינם תלויים בדעת המקנה של המפקיד וחלים בקטן.

ד.

בדין קטן הבא בטענת אביו

יש מחלוקות בין הראשונים דאין נשבעין לקטן ובדין בן הבא בטענת אביו (עיין בגיטין דף נא: ובבעה"מ במלחמות בהשגת הראב"ד על הרי"ף ובס' הזכות).
והנה לפי הראב"ד (בפ"ד מהל' טוען ונטען הל"ה) ההלכה היא שבן הבא בטענת אביו מחייב שבועה מן התורה ואע"פ שהבן עצמו אינו יודע אלא שאביו אמר לו. והרמב"ם חולק עליו מדאורייתא.
אשר לקטן פסק הרמב"ם בפ"ה מהל' טוען (הל"ט) שאינו מחייב שבועות מודה במקצת ועד א' הזקוקות לטענה, אך מחייב שבועת השומרים בטענת שמא מפני שאינה זקוקה לטענה. וכן העלה בפ"ב מהל' שכירות (הל"ז). ובהלכות שכירות שם השיג עליו הראב"ד וז"ל א"א ורבותי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפילו היסת שאין נתינת קטן כלום ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן וכו' ותמה על עצמך דכולה פרשתא עיקר בשבועת השומרים ועלה קאמר איש פרט לקטן ועוד על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין עכ"ל. הראב"ד מונה ג' טעמים לפטור שומר דקטן משבועה: א) אין נתינת קטן כלום וליכא כאן שמירה כלל, ב) הפרשה הממעטת קטן מדברת בשומרים,

[380] יש לתרץ דבנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול ג"כ יש חסרון בטענתו, דהא חלק של הטענה הוא שהפקיד הפקדון אצלו, אך אז היה קטן בלי כח הטענה, ומה שהגדיל לבסוף אינו מכשירו לבר טענה, דהא טוען על מה שעשה כשהיה קטן.

ג) שבועת השומרים זקוקה לטענת שמא, וקטן אפילו טענה שמא אין לו כי טענתו אינה טענה כלל.

אמנם יעויין בפ"ה מהל' טוען ונטען (הל"ט) שם פסק הרמב"ם שנשבעין שבועת השומרים לקטן, והראב"ד משיג וז"ל א"א נראין הדברים שנמסר החפץ לידו לשמירה מחיי אביו וכו' עכ"ל. ולכאורה הראב"ד כאן הולם רק הטעם הראשון שלו בהל' שכירות שנתינת קטן אינה כלום ולפיכך בנתן האב לשומר שהשמירה חלה בחיי האב חייב השומר לישבע אף לקטן. וקשה, היאך יחייב קטן שבועה הרי אין לו טענה כלל - אף לא טענת שמא (הטעם השלישי בראב"ד שם). עוד יש להתבונן, שהרי רש"י סובר שקטן מחייב אף שבועת מודה במקצת כשבא בטענת אביו ותובע ממון שנתנו אביו. לשיטתו יש לקטן חלות דין טענה, אלא שממונו של קטן אינו מחייב שבועת מודה במקצת. אמנם בנתנו האב והממון היה של האב אפילו קטן מחייב בטענתו שבועת מודה במקצת. אכן חידוש כזה לא שמענו בראב"ד. הוא מצמצם השבועה לקטן כשתובע ממונו של אביו לשבועת השומרים דוקא ואינו מחייב שבועת מודה במקצת כשתובע קטן ממון אביו. ונראה שלדעת הראב"ד כשנתן האב את הממון לנתבע ואח"כ תבעו קטן מהווה התביעה שלו חלות שם טענה לחייב בשבועת השומרים אך לא בשבועת מודה במקצת. ביאור הדברים: שבועת השומרים חלה בעלמא בטענת שמא, ובנתן אביו את הפקדון לשומר מצטרפים האב המפקיד והקטן התובע להשוות חלות שם טענה המחייבת - שתיחשב לפחות כטענת שמא של גדול המחייבת שבועת השומרים. גם האב המת נחשב לבעל דבר בדין התורה הזה, ומשום כך תביעת הקטן עבור ממון אביו המת הופכת להיות כתביעת גדול הטוען טענת שמא והמחייבת שבועת השומרים. שבועת מודה במקצת, לעומת זאת, זקוקה לטענת ודאי. כשמת האב ותבע הקטן את ממונו של אביו חסרה חלות שם טענת ודאי מתובע גדול וליכא חיוב שבועה. בהתאם לכך כשהקטן עצמו מסר את הפקדון לשומר אינו מחייב שבועה כי בעצמו ובפקדון שלו אין לקטן טענה כלל - אף לא טענת שמא. ודוקא בפקדון של אביו הנחשב אף בעל דבר ביחד עם הקטן הופכת תביעת הקטן להיות ע"פ דין כטענת שמא המחייבת שבועת השומרים. ובכך מבוארים כל דברי הראב"ד - נכונים הם בטעמם ונאמנים הם לשיטתם, ודו"ק.

ה.

דין שואל בנכסי קטן

הרמב"ם פסק (פ"ב משכירות הל"ז) שאם קטן הפקיד או השאיל חפץ חייב השומר שלו לישבע שבועת השומרין. ויש לדקדק תינח בשאר שומרים שחיובם מחמת קבלת

אחריות אבל חיוב דשואל לכאורה הוא מדין קנין, שקנה זכות תשמישין בדבר השאול, וכיצד שייכת שאלה מקטן, הא לאו בר הקנאה הוא. ומוכח לכאורה שהרמב"ם סובר ששואל לא מתחייב מטעם קנין אלא מטעם אחריות דשומרים.

והנה בגמ' כתובות (לד:) איתא דסד"א ששואל חייב משעת שאלה קמ"ל שחייב משעת אונסין - ולפיכך השואל שטבח בשבת פטור דקלבד"מ. ואם שואל חייב מטעם קנין בדין הוא שיתחייב משעת משיכה, ומוכרח לכאורה ששואל חייב מטעם אחריות דשומר ומשו"ה משלם משעת אונסין.

והגר"מ הלוי זצ"ל הביא עוד ראיה לכך ממה שדנו בש"ס בשואל שלא מדעת אם שואל הוי או גזלן הוי (עיין לעיל דף מג:). והנה בנוגע לקנינים לכאורה הריהו גזלן, אלא מכאן ששואל חייב לשלם מטעם אחריות דשומר ולא מטעם הקנינים שקנה בחפץ, ומשום כך יש סוברים ששואל שלא מדעת אינו גזלן אלא שואל מאחר שהקנינים אינם עיקר המחייב[381].

ולפי"ז י"ל דשואל מקטן הוי שואל דחל עליו דין שואל דחל בתורת שומר, ואעפ"כ אין לו קנין שאלה מכיון דקטן לאו בר הקנאה הוא. ונ"מ לכל דיני שואל החלים מפאת קנין השאלה ולא מדין שומר, כגון בל יראה ובל ימצא, דאין שמין לשואל, ושעת התשלומין אי משעת משיכה הוי או משעת אונסין[382].

ברם אין כל הנ"ל מוכרח, די"ל דקנין השואל חל ממילא בלי הקנאת המשאיל. ולפי"ז גם השואל מקטן קונה קנין שאלה ממילא ואע"פ דחסרה הקנאה מהמשאיל. והראייה לזה אדרבא הוא מהמ"ד שואל שלא מדעת הוי שואל, ובפשטות משמע דהוי שואל גמור ואף לענין שקנה קנין שאלה, וקשה שהרי חסרה הקנאה מהמשאיל. אלא בע"כ מוכרח שקנין שאלה חל ממילא ואפילו בלי הקנאת מהמשאיל. ולפי"ז י"ל דה"ה בשואל מקטן, דקונה בפקדון קנין שואל, כי הקנין שלו חל ממילא וגם בלי הקנאה מהמשאיל[383].

ע"כ ענין שמירה בנכסי קטן

---

[381] ברם עיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים א' דף ר"א וברשימות שיעורים למס' סוכה דף קכ"ב דהגר"מ זצ"ל עצמו ביאר דלמ"ד שואל שלא מדעת גזלן אין לו קניני גזילה - ושלא כגזלנים אחרים. ולפי"ז יש לדחות הראיה הכתוב כאן.

[382] ועיין בשיעורים לקמן (דף צד.) ד"ה בענין בבעלים מחמת שאלה אות ב'.

[383] יל"ע לפי הרמב"ם דס"ל דיש חלות שמירה בנכסי קטן - מהו הדין בנוגע בעליו עמו. דעיין בשיעורים לקמן (דף צד.) בד"ה בענין בבעלים - התעסקות או התחייבות, דמבואר שם דחל פטור בעליו עמו או בהתעסקות או בהתחייבות. והנה יתכן התעסקות גם בבעל קטן ובדרך זו שפיר חל דין בבעלים. אך יל"ע בדין בעליו עמו דחל בדרך התחייבות, דלראב"ד ההתחייבות צ"ל התחייבות דחלה מדיני ממונות כמו דחלה בהתחייבות דפעולה. והרי קטן לאו בר דעת הוא ואינו יכול להתחייב בחיוב פועלים, ולכן דין בבעלים בדרך התחייבות כזו דלא יחול בבעל קטן, ועיי"ש בשיעורים ואכמ"ל.

דף נו:

בענין שכירות ביומיה מכירה היא

גמ'. בעי ר' זירא שכירות יש לו אונאה או אין לו אונאה, ממכר אמר רחמנא אבל לא שכירות או"ד לא שנא. א"ל אביי מי כתיב ממכר לעולם ממכר סתמא כתיב והאי נמי ביומיה מכירה היא.

א.

בעיא דר' זירא

עיין בתוס' (ד"ה והאי) שכתבו וז"ל תימא דבפ"ק דע"ז (דף טו.) מוכח דשכירות לא קני כו' וי"ל דהכא גבי אונאה כתיב ממכר מיותר לרבות שכירות עכ"ל. ודבריהם מחוסרין ביאור. ונראה דר"ל דבמס' ע"ז דנה הגמרא בקנין שכירות האם קנין גמור הוא לשעה המפקיע את קנין המשכיר לגמרי או לא. ונ"מ לכהן ששכר פרת ישראל האם הכהן מאכילה בתרומה או לא. דהא רק כשכל הקנין בפרה הוי לכהן מאכילה תרומה, כי כהן ששותף הוא בפרת ישראל אינו מאכילה (עיין ברמב"ם פ"ז מהל' תרומות הלי"ז ובכ"מ ורדב"ז שם בשם הירושלמי סוף מס' תרומות ה"ו). ואם אמרינן דשכירות קניא, י"ל דכהן שוכר קונה כל חלות הקנין בגוף הפרה לזמן השכירות ומאכילה בתרומה משום שאין לישראל קנין כלל בפרה לשעות שהשכירה הכהן. ומסקנת הגמרא היא דשכירות לא קניא, דהיינו דיש גם למשכיר חלות קנין בגוף הפרה בשעת השכירות, ומשו"ה כהן ששכר פרה אינו מאכילה תרומה.

ומאידך בעיית ר' זירא לענין אונאה בסוגיין הויא בעיא אחרת די"ל שמסופק האם דיני אונאה חלין בשכירות או לא. ונראה דניתן לבאר את ספקו בשני אופנים:

א) י"ל שמסופק באיכות חלות הקנין שיש לשוכר בפרה ששכרה. דמצד אחד יתכן שיש לשוכר חלות קנין בפרה. דנהי דלמשכיר יש את קנין הגוף שבפרה מ"מ לשוכר נמי יש קנין לפירות. ולכן שכירות נחשבת לחלות מכירה ונאסרת בדיני אונאה. מאידך יתכן דאין לשוכר קנין גוף או קנין פירות בפרה אלא רק זכות השתמשות בעלמא[384], ומשו"ה אין לשכירות חלות דין מכירה כי מכירה חלה רק במקום דחל קנין גוף או קנין פירות בחפצא ולא כשחל זכות השתמשות בעלמא. ועוד נראה די"ל דעיקר חלות דין שכירות חל מדין שומר - דשוכר הוי שומר, ומדיני שמירה חלה לו זכות להשתמש, ולכן ליכא בשכירות חלות שם מכירה מדהויא בעיקרה חלות דין שמירה.

[384] בדומה לשעבוד.

ב) ועוד י"ל דר' זירא מסופק בהגדרת חלות דין מכירה לענין אונאה - די"ל דמאחר דליכא חלות קנין בשכירות, דהשוכר מקבל רק זכות השתמשות בעלמא, משו"ה אין שכירות מהווה חלות מכירה, ובכן לא חל בה דין אונאה. מאידך י"ל דחלות שם מכירה לגבי אונאה אינו תלוי בחלות קנין בחפצא אלא רק במעשה הקנאה והתחייבות לשלם, ומאחר דהמשכיר הקנה לו לשוכר זכות להשתמש בפרתו והתחייב השוכר לשלם הו"ל חלות מכירה דחל בה דין אונאה.

ב.

קנין פירות כקנין הגוף דמי

והנה לפי הביאור הראשון הגמרא מסתפק בחלות דין שכירות - האם מהווה חלות קנין בחפצא או חלות זכות השתמשות דחל מדין שומר. ואילו לפי הביאור השני פשיטא לגמרא דשכירות אינה חלות קנין אלא רק חלות זכות השתמשות, והספק הוא בהגדרת חלות שם מכירה באונאה. ונראה דנ"מ לכמה דינים אחרים:

א) בגמ' ב"ב (דף קלו:) איתא: המוכר שדהו לפירות ר' יוחנן אמר מביא וקורא ור"ל אמר מביא ואינו קורא ע"כ. ובהסבר דין דר"ל דמביא ואינו קורא פליגי הרשב"ם והתוס'. דכתב הרשב"ם שמביא מדאורייתא וז"ל מביא ואינו קורא שאינו יכול לקרות האדמה אשר נתתה לי ומיהו בהבאה חייב דכתיב אשר תביא מארצך שהרי שיעבד לו יניקת הקרקע לפירותיו עכ"ל. והשיגו התוס' (בד"ה מביא ואינו קורא) ז"ל ותימא דאי קרינא ביה אדמתך קרינא ביה נמי מן האדמה אשר נתתה לי ונראה שתקנו מדרבנן להביא משום קנין פירות אבל קריאה לא כו' עכ"ל.

ונראה שלרשב"ם ישנן שתי הלכות: א) שהפירות יהיו שלו בשעת גידולם. ב) שהקרקע תהיה שלו. ונראה דהדין שהפירות יהיו שלו מעכב בהבאה ואילו הדין השני שהקרקע תהיה שלו מעכב בקריאה ולא בהבאה. ולכן הקונה את הפירות בקנין פירות מביא ואינו קורא, כי אף שקנה את הפירות בשעת גידולם, מ"מ מאחר שאין גוף הקרקע שלו אינו קורא. ולכאורה יש לדמותו לדין המפריש ביכורים משדהו ואח"כ מכר שדהו, שמביא ואינו קורא (פ"ק דביכורים מ"ז) מפני שאינו יכול לומר "האדמה אשר נתת לי ד'" שהרי אין לו קרקע בשעת קריאה, ואע"פ שקנה את הפרות בשעת גידולם. ולהרשב"ם המחלוקת בין ר"ל ור"י היא - דלר"י הסובר דקנין פירות כקנין הגוף דמי הריהו נחשב לבעל הקרקע ומביא וקורא. מאידך לר"ל דאינו כקנין הגוף מביא ואינו קורא. אמנם אליבא דהתוס' מן התורה גם לענין הבאה צריך שיהיה לו קנין בגוף הקרקע בשעת גידול. ואינו דומה למי שמכר שדהו לאחר הפרשה שמביא מדאורייתא מכיון שהיתה

לו קרקע בשעת גידול הפירות, ואילו בציור דר"ל לא היתה לו קנין בגוף הקרקע בשעת גידול הפירות ולכן אינו מביא ביכורים מן התורה.

והנה הרמב"ם פסק כר"ל (בפ"ד מהל' ביכורים הל"ו) ז"ל המוכר שדהו לפירות הלוקח מביא ואינו קורא שקנין פירות אינו כקנין הגוף אבל מביא אדם מנכסי אשתו ביכורים וקורא אע"פ שאין לו גוף הקרקע שנא' אשר נתן לך ד' אלקיך ולביתך עכ"ל. ומסתימת לשונו משמע קצת שסובר כהרשב"ם שמביא ואינו קורא מדאורייתא. ועוד יש לדייק הכי ממה שחילק בין זה לבין בעל בנכסי אשתו שמביא וקורא מדאורייתא, דמשמע שגם בקנין פירות דעלמא מצות ההבאה היא מצוה מדאורייתא.

ועיין ברמב"ם (פ"ב מהל' ביכורים הלי"ב) שפסק ז"ל האריסין והחכירין כו' והגזלנין אינן מביאין בכורים ואפילו נתייאשו הבעלים שנא' בכורי אדמתך עכ"ל. והקשה הגר"ח זצ"ל שהרי לאריס ולחוכר יש קנין פירות וא"כ למה פסק הרמב"ם שאינם מביאים ביכורים ומ"ש מהלוקח שדה לפירות שמביא ביכורים. וכן הקשה מהקונה אילן בתוך שדה חבירו שאינו מביא לפי שאין לו קרקע (שם הלי"ג) והרי יש לו קנין פירות ולמה אינו מביא.

ותירץ הגר"ח זצ"ל דיש שני מיני קנין פירות: א) כשקונה את גוף הקרקע לפירותיה. וב) כשקונה קנין פירות לבדו אבל לא קונה את הגוף לפירות. ונראה דכשהלוקח קונה את הגוף לפירות אזי הוא מביא ביכורים. מאידך אם יש לאדם קנין פירות בלי קנין בגוף הקרקע אינו מביא כלל. ולפיכך האריס החוכר והקונה אילן אינם מביאים ביכורים, דאע"פ שיש להם קנין פירות מ"מ אין להם קנין בגוף הקרקע לפירותיה ולפיכך אינם מביאים. ברם הלוקח שדה לפירותיה קונה את גוף השדה לפירות ומאחר שקנינו בפירות הוא בגוף הקרקע לפיכך מביא ואינו קורא.

ואמר הגר"ח זצ"ל שחילוק זה מבואר מהלכות הרמב"ם (פכ"ג מהל' מכירה הל"ח) שפרט שני אופני קנין פירות, וז"ל ומה הפרש יש בין הקונה שדה זו לפירותיה ובין השוכר שדה מחבירו, שהקונה שדה לפירותיה יש לו לנטעה או לזרעה כל זמן שירצה או להובירה, והשוכר אינו כן כמו שיתבאר בענין שכירות, ואין השוכר רשאי להשכיר אבל הקונה מקנה לאחרים כל מה שקנה עכ"ל. וקבע הגר"ח זצ"ל דלפי הרמב"ם ההבדל בין הקונה שדה לפירות ובין השוכר הוא שהקונה שדה לפירות קונה את גוף השדה לפירותיה ויש לו קנין גוף לפירות בגוף השדה עצמה. ואילו השוכר אינו קונה את הגוף לפירות ורק קונה את קנין הפירות בעצמו בלי קנין גוף כלל, ומשו"ה קנין השוכר מוגבל יותר מהקונה שדה לפירותיה. ועיין עוד ברמב"ם (פכ"ג מהל' מכירה הל"א) וז"ל מקנה

אדם הגוף לפירותיו כו' ואין זה מקנה דבר שלא בא לעולם שהרי הגוף מצו' ומקנה לפירות הא למה זה דומה לשוכר בית או שדה לחבירו שלא הקנה לו הגוף אלא הנאת הגוף עכ"ל. ונראה שכוונת הרמב"ם היא לומר דשוכר שאין לו קנין הגוף אינו קונה את הגוף לפירות ורק את עצם קנין הפירות עצמו והנאתו, וכמו שחל לשוכר קנין פירות בעצמו, ה"ה שחל קנין גוף לפירות. אבל שני קנינים שונים הם - כי השוכר קונה רק את קנין הפירות בלבד ולא את גוף הקרקע, ואילו הקונה גוף הקרקע לפירותיו קונה את גוף הקרקע עצמה בשביל הפירות. וממשיך הרמב"ם (שם הל"ה - ו) וז"ל המוכר אף הקרקע לזמן קצוב הרי זה מכירה ומשתמש הלוקח בגוף כחפצו ואוכל הפירות כל זמן המכירה ובסוף תחזור לבעליה. ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה, שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם הבחין בין המוכר לזמן קצוב לבין המקנה שדה לפירות. בשניהם הקונה קנה קנין בגוף הקרקע אלא שבקנין לזמן יש לקונה רשות לשנות ולהרוס את גוף הקרקע לכל דבר שרוצה כי יש לו קנין הגוף, והוא מוגבל רק לגבי זמן אבל לא בנוגע לדברים אחרים. ואילו בקונה גוף לפירות הרי גוף הקרקע קנוי לו לפירות בלבד אבל לא לדברים אחרים, ולכן אסור לו לשנות את הקרקע ולהרסה. ועל פי היסוד של הגר"ח זצ"ל נראה שהמחלוקת בין ר"י ור"ל אי קנין הפירות כקנין הגוף דמי או לא קיימת רק בקנין הגוף לפירות, אבל בקנין פירות לבדו כבשוכר כ"ע מודי דלאו כקנין הגוף דמי.

ועפי"ז נראה לבאר את דברי התוס' ביבמות (דף לו: ד"ה קנין פירות כו') שהקשו אליבא דר"י דס"ל דקנין פירות כקנין הגוף דמי למה יש צורך בתקנת אושא שהרי גם בלי התקנה בדין הוא שהבעל יוציא המקח מידי הלקוחות כי יש לו קנין הפירות שכקנין הגוף דמי. ותירצו התוס' וז"ל קנין הגוף דאשה עדיף שאין לבעל פירות אלא מכחה ועוד דאין לבעל פירות אלא בתקנתא דרבנן עכ"ל. ולפי"ד הגר"ח זצ"ל נראה דר"ל דשאני קנין הפירות דבעל בנכסי אשתו שאינו קנין גוף לפירות אלא קנין פירות דעלמא בלי קנין בגוף הנכסים כלל והוא מהטעמים שכתבו. ולפי' לכ"ע לא אמרי' קנין הפירות דבעל כקנין הגוף דמי[385], וכמו דלא אמרינן כן בנוגע לקנין הפירות דשוכר, ומשו"ה בעינן תקנת אושא כדי לזכות את הבעל בזכות ביטול המכירה.

[385] צ"ע דהא לקמן (דף צו.) א"ל רב אחא בריה דרב אויא לרב אשי דהמחלוקת בין ר"י לבין ר"ל בקנין פירות כקנין הגוף דמי חלה נמי בקנין הבעל בנכסי אשתו.

ובכן נמי מבואר למה המשכיר שדה לחבירו יכול למוכרו לאחר ולא אמרי' שקנין הפירות דשוכר כקנין הגוף דמי אליבא דר' יוחנן ויעכב את המשכיר מלמכור. דמכיון שאין להשוכר קנין בגוף השדה לפירות אלא קנין פירות לבדו, קנין הפירות שלו לאו כקנין הגוף דמי, ואינו יכול לעכב את המשכיר מלמכור[386].

והנה גמרא דידן הסיקה דשכירות נקראת מכירה ליומיה. ולפי הביאור הראשון (דהבאנו לעיל) המסקנא ר"ל שיש לשוכר קנין בחפצא ששכרו - דהיינו קנין פירות בלבד בלי קנין גוף לפירות וכדביאר הגר"ח זצ"ל. ואף הקנאת קנין פירות בפני עצמו מהווה חלות שם מכירת חפצא. ואילו לפי הביאור השני (הנ"ל) לא חל בשכירות חלות קנין פירות כלל, אלא חלה רק זכות השתמשות בלבד, ואעפ"כ שכירות הויא כמכירה לענין אונאה, כי אונאה חלה בכל מעשה הקנאה כל שהוא המחייב תשלומין ולאו דוקא בהקנאת קנין בחפצא, ויש בשכירות מעשה דהקנאת זכות השתמשות לשוכר, ומשו"ה חל בה דין אונאה[387].

ב) כתב הרמב"ם (פ"ו מהל' שכירות הל"ה) ז"ל הזבל שבחצר הרי הוא של שוכר, לפיכך הוא מטפל בו להוציאו כו' בד"א כשהיו הבהמות שעשו הזבל של שוכר אבל אם הבהמות של אחרים הזבל של בעל החצר שחצירו של אדם קונה שלא מדעתו אע"פ שהוא שכורה ביד אחרים עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל דבר זה אינו מבואר כו' דאי אגירא ליה כדידיה דמי וקניא ליה מידי דהוי אשוכר את מקומו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם והראב"ד פליגי בקנין חצר דחל בחצר שכור, דלרמב"ם המשכיר קונה בו חפצי הפקר שנמצאו בחצר, ואילו לראב"ד השוכר קונה נכסי הפקר בחצר ולא המשכיר. וי"ל דפליגי בדין זכות השוכר בחצר, דלראב"ד יש לשוכר חלות קנין בחצר ומשו"ה הוי החצר רשותו לקנות בו. ואילו לרמב"ם אין לשוכר קנין בחצר ומשו"ה אינו קונה בו הפקר.

ומסתבר דלראב"ד קנין השוכר הוי קנין גוף לפירות (שלא כדברי הגר"ח זצ"ל), ומשו"ה הוי רשותו לקנות בו הפקר. ואילו להרמב"ם אין לשוכר חלות קנין כלל בחצר (אפילו קנין פירות) אלא שיש לו רק זכות השתמשות בלבד, ומשו"ה לא הוי רשותו לקנות הפקר. אך יתכן דלכ"ע יש לשוכר רק קנין הפירות בלי קנין הגוף וכדברי הגר"ח זצ"ל, והרמב"ם והראב"ד פליגי אם קנין חצר תלוי בקנין הגוף שאין לו לשוכר אלא למשכיר, או שקנין

[386] ועיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק דף פח: תוס' ד"ה הכי אות ג' (עמ' תקל"א - תקל"ג).

[387] עיין ברמב"ם (פ"ה מהל' שכירות הל"ה) דפליגי הראשונים עליו האם יש אופן שהשוכר בית יכול להשכירו לאחרים, דהרמב"ם פסק דהשוכר יכול להשכיר והם פסקו דא"א לו להשכיר. ויתכן דפליגי בזאת השאלה - דלרמב"ם יש לשוכר קנין פירות בחפצא וממילא הוי בעלים להשכירו לאדם אחר. ואילו לאחרים אין לשוכר אלא זכות השתמשות בעלמא בלי קנין בחפצא כלל, ולכן א"א לו להשכירו לאחרים, מדלית ליה קנין.

חצר תלוי בקנין פירות שיש לו לשוכר. דלהרמב"ם חצר הוי רשותו לקנין רק כשקנוי לו את גופו של החצר - אפילו גוף החצר לפירותיה - ולשוכר אין לו קנין כזה, ומשו"ה אין חצרו קונה לו. ואילו הראב"ד סובר דאפילו קנין פירות בעלמא משווה את החצר לרשותו לגבי קנין, ומשו"ה השוכר קונה נכסי הפקר הנמצאים בחצרו.

ובנידון זה קיימת מחלוקת גדולה בין הפוסקים. בשו"ע (חו"מ סימן ר"ס סעיף ד') פסקו המחבר והרמ"א דחצר המושכר קונה חפצא דהפקר למשכיר ולשוכר ביחד כשותפים. ונראה דס"ל דלמשכיר יש את קנין הגוף דבחצר ולשוכר יש את קנין הפירות ולכן שניהם מהווים שותפים ובעלי החצר לקנין החצר. ברם הש"ך (חו"מ סי' שי"ג סעיף ג' אות א') הבחין בין חפצא דהפקר דהמשכיר קונהו בקנין חצר לבין מתנה דדעת המקנה יכולה לבחור ולהקנותה לשוכר בקנין חצר ושיקנה הוא לבדו את החפצא. ובביאור שיטתו נראה דבנוגע להפקר קנין הגוף דהמשכיר אלים טפי מקנין הפירות דהשוכר להחשיב את החצר כרשותו בלבד לקנות בו הפקר ולהפקיע את השוכר מהקנין. ואילו שאני מתנה כשדעת אחרת מקנה, שיש למקנה כח להעדיף את השוכר ולהחשיבו לבדו כבעל החצר לקנות את מתנתו בלי המשכיר[388].

ג.

אונאה באומן קבלן

הגמרא הסיקה דשכירות ממכר ליומיה היא ומיירי בשכירות חפצא להשתמשותו. ואילו בשכירות וקבלנות פועלים ואומנים קיימת מחלוקת בראשונים האם חל דין אונאה או לא.

יעויין בשיטה מקובצת וז"ל הריטב"א ואילו בקבלת מלאכה ושכירות פועל פשיטא שאין בו אונאה דממכר אמר רחמנא והכא ליכא מכירה כלל עכ"ל. ונראה דלריטב"א חלות שם ממכר חל רק בשכירות חפצים ולא בשכירות בני אדם לעבודה. אולם נראה דהרמב"ם חולק עליו, שכתב (פי"ג מהל' מכירה הלי"ח) ז"ל נראה לי שהקבלן יש לו הונאה, כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרה זוזים הרי יש לו הונאה, וכל אחד משניהם בין קבלן בין בעל הבגד חוזר לעולם כמוכר עכ"ל. וצ"ב ביסוד מחלוקתם. ונראה דיש לבארה בכמה אנפי.

י"ל דלריטב"א חלות שם ממכר חל רק בהקנאת חפצא, ולכן חל הוא בשכירות חפצא דעלמא דהויא מכירת חפצא לתשמישו לזמן השכירות. משא"כ בקבלנות דליכא בה

[388] ונראה, כדמבואר בשיעורים אחרים, דכח זה יש למקנה משום דבמקום דעת מקנה החצר הופך למעשה הקנין של המקנה, ובדליכא דעת מקנה, החצר מהווה קנין דהקונה ואכמ"ל.

הקנאת חפצא אלא רק התחייבות הקבלן למלאכתו ומשו"ה לא חל בה דין אונאה. ואילו הרמב"ם סובר דלא צריכא הקנאת חפצא לחלות שם ממכר אלא כל מעשה התחייבות וקנין מדעת עבור תשלומין חשיבא לממכר - ולכן אף קבלנות, דהויא מעשה התחייבות וקנין למלאכה עבור תשלומין חשובה לממכר דחל בו דין אונאה.

א"נ י"ל דלרמב"ם יש בקבלנות תשלומין בעד החפצא דהיינו בעד השבח שבכלי שהקבלן יצר במלאכתו. והנה דנו בגמרא (עיין בקידושין דף מח: ולקמן בב"מ דף קיב.) האם אומן קונה בשבח כלי. ואם אומן קונה בשבח כלי התשלומין הם עבור הקנאת השבח שבחפצא דהכלי בגמר המלאכה, והוי ממכר דחפצא דחל בו דין אונאה. אך הרמב"ם פסק דאין אומן קונה בשבח כלי (פ"י מהל' שכירות הל"ד), וצ"ע לפי"ז א"כ למה פסק שיש בו דין אונאה.

ונראה דהרמב"ם סובר דאף למ"ד דאין אומן קונה בשבח כלי מ"מ משלם בעל הכלי לאומן גם בעד שבח הכלי. דאילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי השבח שיצר קנוי לאומן, והאומן כשגומר את מלאכתו לבסוף מקנהו לבעל הכלי בעד התשלומין. ולכן ס"ל דהאומן יכול לקדש בו אשה, ואין בתשלומי האומן איסור בל תלין, כי השבח קנוי לאומן והוא מקנהו בגמר מלאכתו לבעל הכלי. ומאידך אליבא דמ"ד דאין אומן קונה בשבח כלי האומן קונה את השבח מיד בשעה שיצרו[389] אלא דהשבח עובר בכל שעה ושעה ממנו לבעל הכלי ממילא בלי מעשה הקנאה. ומשו"ה אין האומן יכול לקדש בו אשה מכיון דבכל מכוש ומכוש כבר יצא השבח מרשותו לרשות דבעל הכלי, וחל נמי איסור בל תלין כי התשלומין אינם רק עבור שבח הכלי, אלא אף עבור המלאכה. ומ"מ מכיון דבשעת יצירתו הוי השבח של האומן אלא שעובר ממנו לרשות בעל הכלי עבור תשלומין חל בזה חלות שם ממכר דחל בו דין אונאה[390].

ד.

דין אונאה בפועל שכיר יום

והנה הרמב"ם מחלק בין פועל לקבלן וכדכתב (פי"ג מהל' מכירה הל' ט"ו) וז"ל השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הונייה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם הונייה עכ"ל. הרמב"ם סובר דפועל אע"פ שהוא בן חורין שוה

[389] כל זה נכון מאד כפי יסודו של הגר"ח זצ"ל שיצירת דבר נותנת ליוצרו חלות קנין. ומשו"ה הזורע שדה הפקר חייב בביכורים דקונה את הגידולים בקנין יצירה. ומשו"ה לכ"ע יצירת השבח נותנת לאומן קנין בשבח בשעת היצירה.

[390] ע"ע ברשימות שיעורים לב"ק (דף תקצ"ט - תר"א), ובמש"כ הרמב"ן במלחמות ה' למס' שבועות (דף כז. בדפי הרי"ף).

לעבד עברי ולעבד כנעני דכקרקע דמיין דאין בהם אונאה. והנה בעבד עברי איתא בגמרא קידושין (דף טז.) "ע"ע גופו קנוי", ופשיטא דאינו ר"ל דגופו דע"ע קנוי ממש לאדונו כעבד כנעני שהרי עבד כנעני ממונו הוא כשורו וחמורו דיכול למוכרו בע"כ לאדם אחר ואילו האדון אינו יכול למכור את העבד עברי שלו כלל. אלא כוונת הגמרא דיש לאדון חלות קנין למלאכה בע"ע שלו דאינו רק חלות שעבוד בעלמא למלאכתו אלא חלות קנין בגופו דהעבד למעשה ידיו. ומהרמב"ם משמע דאף בכל פועל חל לבעליו חלות קנין בגוף הפועל למלאכתו לעשותה, ומאחר דהוי קנין בגופו של הפועל הו"ל כעבד עברי, ואין בו אונאה דדינו כקרקע לענין אונאה[391].

ה.

שיטת הרמב"ם האם בן חורין כקרקע דמי או לא

והנה הרמב"ם כתב (פ"ה מהל' טוען ונטען הל"ב) וז"ל וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידוה והרי הוא חייב לשלם וכו' שטענו שחפר שתי מערות והוא אמר לא חפרתי אלא אחת או שהיה שם עד אחד שחפר והוא אמר לא חפרתי כלום הרי זה נשבע היסת על הכל עכ"ל. לדעת הרמב"ם דמי קרקע כקרקע דמיין ופטור משבועה דאורייתא. והשיג עליו הראב"ד וז"ל נראין הדברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצירת אבל אם תבעו לשלם פחתו ה"ה כשאר תביעת ממון ומי שאמר לו חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת עכ"ל[392].

וכלפי קושית הראב"ד מחבלה כתב המגיד משנה וז"ל דכי אמרינן דאדם הוקש לקרקע ה"מ עבדים וכו' אבל שאר אינשי ודאי לא עכ"ל. ולכאורה חילוקו תמוה שהרי הרמב"ם פסק בפי"ג מהל' מכירה (הלט"ו) וז"ל השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע ובין במטלטלין אין לו הונייה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם הונייה עכ"ל, ומבואר שאף אדם בעלמא כעבדים וכקרקע דמי ואין בהן אונאה. וצ"ל שהרב המגיד סובר שהקנין שיש לבעה"ב בגוף הפועל הנשכר לעשות מלאכה דומה לדין העבד ואין בו אונאה, ואילו גוף האדם עצמו כשנחבל אינו כעבד ונשבעין עליו בחבלה ודו"ק היטב. אך הגר"ח זצ"ל אמר תירוץ אחר להשגת הראב"ד מחבלה. וביאר הגר"ח זצ"ל דחיוב חבלה שאני מחיוב נזקי ממון כי בנזקי ממון עיקר החיוב הוא לתקן ולהחזיר את החפצא

[391] עפי"מ המבואר לעיל בשיעורים בשם הגר"ח זצ"ל יל"ע בטיב חלות הקנין דחל בעבד עברי ובפועל, האם הוי קנין גוף לפירות או קנין פירות בלבד. ומסתבר דבע"ע הוי גוף לפירות ואילו בפועל הוי רק קנין פירות. ועיין לעיל דף י'. דפועל יכול לחזור בו פילו בחצי יום דכתיב כי לי בנ"י עבדים, עבדי הם ולא עבדים לעבדים. ופשיטא דע"ע אינו חוזר בו בחצי היום, דשאני ע"ע מפועל כי ע"ע עצם גופו קנוי למלאכתו משא"כ בפועל ליכא חלות קנין בגופו אלא רק במלאכתו, אך פשטות הרמב"ם השוותם, וצ"ע.

[392] ועיין ברמב"ם (פ"ב מהל' נערה בתולה הלי"ג).

שהזיק למצבו הראשון, ועקב חיוב זה שא"א לקיימו בפועל מתחייב בתשלומין. ולפיכך התשלומין הם חליפי החפצא שהזיק. ולכן פסק הרמב"ם בנזקי ממון שדמי קרקע כקרקע דמיין כי משלמים דמי היזק הקרקע כחליפי הקרקע הניזקת. משא"כ בחבלה עיקר החיוב מעיקרו אינו לתקן את גוף הנחבל אלא החיוב מעיקרא הוא לשלם לו דמים, ולפיכך דמי חבלת האדם אינם כאדם, ומחייבים שבועה ואע"פ שהאדם עצמו כקרקע דמי[393]. ולפי דברי הגר"ח זצ"ל יתכן שהרמב"ם סובר דבכהת"כ אדם בן חורין הריהו כקרקע כמו עבד.

ו.

שיטת ר' יהונתן

עיין בשיטה מקובצת בשם ר' יהונתן וז"ל שכירות יש לו אונאה כלומר אם אדם משכיר בית אחד יותר משתות שראוי לשוכרה מי מתבטל השכירות מן הדין כדין מטלטלים או"ד דין מכר יש לו ובמכר הא אמרינן דאין לקרקע אונאה עכ"ל. ספק הגמרא אליביה מחוסר ביאור. ונראה דס"ד דנ"מ בין קרקע למטלטלין חל רק בקניית גופין אך לא בתשמישן, דלכל תשמיש יש אותו חלות שם תשמיש. ולכן סד"א דבתשמישי קרקע נמי חל דין אונאה. אך למסקנא אף בתשמישין יש נ"מ בין תשמישי קרקע לבין תשמישי מטלטלין, דשכירות ממכר ליומיה הוא, ולפיכך אין דין אונאה חל בשכירות קרקע. ומהרמב"ם משמע דפירש הגמרא כפירוש ר' יהונתן דכתב (פי"ג מהל' מכירה הלי"ד) וז"ל כשם שאין לקרקעות הונייה רק שכירות קרקע אין לו הונייה, אפילו שכר טרקלין גדול בדינר בשנה או רפת קטנה בדינר בכל יום אין לו הונייה עכ"ל.

ז.

ביטול מקח בשכירות

יל"ע בספקא דר' זירא באם יש אונאה בשכירות או לא - דמה יהיה לגבי דין ביטול מקח ביותר משתות האם דין זה דביטול המקח חל נמי בשכירות או לא. והנה לקמן (דף נז.) פליגי האמוראים בדין הקרקעות וההקדשות האם יש להם דין ביטול מקח ביתר משתות ואע"פ דלא חל בהם דין אונאה בשתות, ותמוה דלא הסתפק ר' זירא בדין זה לענין שכירות.

ואפשר דפשיטא לר"ז דחל דין ביטול מקח בשכירות, ומשו"ה לא מיבעיא ליה. ולפי"ז צריך ביאור מ"ש שכירות דפשיטא ליה דיש בה ביטול מקח מקרקעות ומהקדשות דפליגי בהון האמוראים. ונראה דבקרקעות ובהקדשות ההפקעה מאונאה היא בחפצא.

[393] ועיין עוד ברשימות שיעורים לב"ק (עמ' ט"ז, לג) שביאר שם רבינו זצ"ל דברי מרן הגר"ח זצ"ל.

ולכן יש מקום להסתפק דאולי החפצים האלה שווים הם כל מחיר, וכמו דלא חל בהם דין אונאת שתות ה"ה דלא חל בהם דין ביטול מקח ביתר משתות. משא"כ בשכירות, דההפקעה אינה חלה בחפצא דא"א לומר דשכירות שוה כל מחיר, אלא דחסר בשכירות חלות שם ודין ממכר לענין דין אונאה בשתות. אמנם פשיטא דיש חלות של תשלומי שכירות. וההתחייבות לשלם יתר משתות הויא טעות דלא חלה, מדהויא טעות בדעת המתחייב ובטילה בכל מקום, דלא דחל דין ביטול המקח ביתר משתות מדין אונאה בלבד, ומשו"ה היה פשיטא לר"ז דביתר משתות חל דין טעות וביטול מקח בשכירות, דטעות מבטלת כל דעת מתחייב ומקנה.

אך כל זה ניחא אם נוקטים דדין יתר משתות בטל מקח חל מדין טעות דכהת"כ המבטל כל דעת מקנה והתחייבות בטעות, ומשו"ה חל דין ביטול מקח אף בשכירות. משא"כ אם ננקוט דדין ביטול מקח ביתר משתות אינו חל מדין טעות דעלמא אלא שמהווה דין מיוחד בהלכות אונאה, דמהלכות אונאה הוא דחל דין ביטול מקח ביתר משתות, וא"כ הדרא קושיא לדוכתא, מ"ש בשכירות דלא מיבעיא ליה בדין ביטול מקח מקרקעות ומהקדשות דדיניהם בביטול מקח תלויים במחלוקת.

ונראה לומר דדין אונאה בשתות דקנה ומחזיר אונאה חל בכל מקום שיש תשלומין, ומאחר שיש תשלומין בשכירות חל דין אונאה בשתות דקנה ומחזיר את האונאה. משא"כ דין ביטול מקח באופן שנתאנה ביתר משתות, המהווה זכות חזרה בממכר לבטלו מעיקרו, דזכות זו המיוחדת ניתנת למתאנה רק בממכר גמור, כשנתאנה בממכר ובקניית גופא דחפצא, ולא בנתאנה בטעות בשכירות דלית בה חפצא הנמכר בקנין הגוף כבמכירה דעלמא. ואע"פ דהגמרא הסיקה דשכירות ממכר ליומיה הוא דחלה בה דין אונאה, היינו רק לענין חזרת אונאת שתות דבתשלומין, דאף בשכירות יש תשלומין, ובכן לענין דין זה שכירות נחשבת לממכר. משא"כ לענין דין אונאה לבטל את המקח ביתר משתות צריך להיות ממכר גמור דחל בחפצא, ומשו"ה דין אונאה ביתר משתות לא חל בשכירות.

וכן משמע מדברי הרמב"ם שכתב (פי"ג מהל' מכירה הל' י"ז) ז"ל השוכר את הכלי או את הבהמה יש בהם הונייה, שהשכירות מכירה בת יומה היא. ואם יש בה הונייה שתות או יתר בין שנתאנה שוכר בין שנתאנה משכיר הרי זה מחזיר הונייה אפילו לאחר זמן מרובה עכ"ל. ומשמע דהרמב"ם ביאר את הגמרא דהספק של ר' זירא הוא בין בשתות ובין ביתר משתות, דאין לחלק בין דין זה לזה. ופסק בשני האופנים דחל דין אונאה דקנה

ומחזיר האונאה, אך לא חל דין ביטול מקח, דאפילו ביתר משתות הדין בשכירות הוי דמחזיר את האונאה, אך המקח אינו בטל, דחסר חפצא דממכר גמור.

ח.

זמן אונאה בשכירות

עיין במגיד משנה (פי"ג מהל' מכירה הלי"ז) שכ' וז"ל אפילו לאחר זמן מרובה, דבר נכון הוא שאין זמן קצוב אלא בלוקח שמקחו בידו ומראה לתגר או לקרובו ואין כן דרך בשכירות עכ"ל. ק"ק להבין את הביאור דהרב המגיד. ונראה בכוונתו דדין הזמן "עד דמראה לתגר" אינו רק היכי תמצי אלא דתקנת חכמים הוא לתת ללוקח המתאנה זמן לחזור בו. והתקנה הותקנה בקניית חפצים דדרכם להראותם לתגר ולקרוביו משא"כ בשאר הקניות כמו שכירות דלא תיקנו זמן זה מדליכא חפצא דממכר ומשו"ה לעולם חוזר בו ותובע את אונאתו.

ט.

חיוב שואל

חקרנו לעיל (אות א') בדין שכירות - האם שוכר משלם עבור חלות קנין שיש לו בחפצא או בעבור זכות השתמשות. ונראה דבדומה לזה יש לעיין בדין שואל - האם שואל משלם על אונסין מחמת הקנין שיש לו בחפצא השאולה לו, או בעד זכות ההשתמשות שיש לו וחייב באחריות דאונסין מדין שומר.

והנה יעויין במס' ב"ק (דף יא.) דפליגי בגמרא האם שמין לשואל או לא, דלמ"ד שמין אין לשואל חלות קנין שינוי, ואילו למ"ד אין שמין שואל קונה בשינוי. ויעויין שם בתוס' (ד"ה אין שמין) שביאר את המ"ד דאין שמין וז"ל וה"ט דמ"ד אף לשואל כיון דחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציאו מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן עכ"ל, כלומר דלמ"ד אין שמין יש לשואל קנין בגוף החפצא המחייבו בהשבת החפצא השאול לבעליו, ולמ"ד שינוי קונה השינוי מפקיע את קיום השבת החפצא והשואל קונה את החפץ שנשתנה.

אמנם ע"פ שיטת התוס' יוצא דלמ"ד הסובר דשמין לשואל, אין השואל חייב משום קנין שאלה שבחפצא אלא מטעם אחריות - בדומה לשומרים אחרים, כי אין לשואל קנינים בחפצא ולפיכך אינו קונה בשינוי. ואין שואל דומה לגנב וגזלן שיש להם קנינים בחפצא[394]. והנה בכתובות (לד:) מצויה מחלוקת האם שואל חייב משעת משיכה או משעת אונסין, ומסתבר לומר דיסוד המחלוקת נמי תלוי בחקירה הנ"ל, שאם שואל

[394] עיין בחידושי הריטב"א לקידושין (דף מז:) ד"ה הא דרב הונא.

חייב מדין קנין אזי שעת המשיכה מחייבת. ומאידך אם שואל חייב מדין אחריות כמו שומרים אחרים אזי חייב הוא משעת אונסין כמוהם. ולפלא שהתוס' לא תלו את שתי השאלות זו בזו, וצ"ע[395].

ועיין בתוס' שבועות (דף מב: ד"ה ואין בהן וכו') שקבעו ששואל קרקע פטור מאונסין לפי שאין דיני שמירה חלים בקרקע, ואם נאמר ששואל חייב מדין קנין, קשה, שהרי אף קרקע שאולה לכאורה קנויה לשואל וא"כ צ"ע למה כתבו התוס' שפטור.

ואמר הגר"מ זצ"ל שאפילו אם נימא דשואל בעלמא חייב באחריות מדין קנין יתכן שגם שחלות זו תלויה נמי בחלות דין שומרים, והואיל וליכא חלות דין שמירה בקרקע אף חיוב השואל מדין קנין אינו חל. וסמוכין לכך מדין בעליו עמו, שגם שואל פטור כשבעליו עמו. וחזינן שכשחסרה חלות שמירה ליכא חלות דין קנין, ולכן השואל בבעלים פטור, וה"ה בקרקע.

ולפי"ז אמר הגר"מ זצ"ל מתיישבת קושיא אחרת. דמצינו (בב"מ דף מג:) מ"ד שהשואל שלא מדעת הוי שואל, ואע"ג שלא קיבל עליו אחריות דשומר. ומוכח לכאורה דהשואל חייב מדין קנין שאינו כלול בפרשת השומרים. וא"כ קשה למה לא יחול דין שאלה בקרקע מדין קנין. והשיב הגר"מ זצ"ל די"ל דכשם שהטילה התורה דין שמירה על המוצא אבידה בלי שיקבל על עצמו אחריות כמו כן הטילה התורה דין שמירה על השואל שלא מדעת לחייבו באחריות מדין שמירה. משא"כ בקרקע לא חלה חלות שמירה, ולפיכך אין בקרקע דין שואל - לא מדין שומר ולא מדין קנין.

ע"כ ענין שכירות מכירה ביומיה הוא

גמ'. חטין וזרען בקרקע מהו

יעויין בפרש"י בתוס' ברמב"ן ובשיטה מקובצת. והנה בתוס' (ד"ה כל) כ' וז"ל וא"ת לימא דידע דשדא שיתא ומוכרו יותר משויו וכיון דזרעינהו דלמא בטל אגב קרקע וי"ל בענין זה פשיטא דיש אונאה שהמכר אינו תלוי בקרקע אלא בחטי שבשוק עכ"ל. מאידך הרמב"ן פירש בשם הר"ח וז"ל לימא כגון שמכר לו זרעוני שדה זרועה כראוי ביותר מכדי דמיהן ובפירושי ר"ח כתיב מי שזרע חטין בקרקע ומכרן לחבירו וא"ל שדאי בה כמה דבעיא מאי, הני חטי כמאן דשדיין בכדא דמו ואית ליה אונאה או בטלו להו לגבי קרקע ואין כתוב בהן ואיגלו מילתא דלא שדא בה כדאיבעי לה ולזו הגירסא אפשר שפי' אונאה שמכרן ביותר מכדי דמיהן כו' עכ"ל. ועלינו לבאר יסוד מחלוקתם.

[395] עיין ברשימות שיעורים שבועות ונדרים חלק שני דף ר"א - ר"ב.

ונראה דפליגי ביסוד דין אונאה - האם תלוי בחפצא דהמכירה או בהשומא. דלפי הרמב"ן דין אונאה תלוי הוא בחפצא, ולכן אם החטין שזרען חפצא דקרקע הן לית בהן אונאה. משא"כ לתוס' י"ל דדין אונאה תלוי הוא בסיבת השומא, ולכן מאחר דבכל אופן שומת החטין שזרען נקבעת ע"י מחיר החטין שבשוק, דמטלטלין הריהן סיבת השומא, לפיכך יש אונאה, דהשומא היא חלות שם שומת מטלטלין ולא שומת קרקע.

ולפי"ז נראה לבאר נמי דברי התוס' (ד"ה אלא) וז"ל וי"ל דהמוכר מודה דלא שדא אלא ה' ואמר דלא בעי אלא ה' וקרקע זו אם זרעה כדבעי לה שוה אותם דמים ואגלאי מילתא דבעי שיתא. וא"ת למה לא יחשב זו אונאת קרקע כיון שלא טעה לא במדת מנין החטין ולא בשומא, לא טעה אלא במה שלא הושבח הקרקע כדבעי לה. וי"ל כיון דאי הוה שדא בה כדבעי לה כמו שאמר היו שוה אותם דמים נמצא שהאונאה מן החטין ולא מן הקרקע עכ"ל. ונראה דהתוס' אזלי לשיטתם דס"ל דסיבת השומא קובעת דין האונאה ולא החפצא דהמכירה, ולכן אם חטין שזרען כמטלטלין חל דין אונאה. ואע"פ דהחפצא דהמכירה הויא הקרקע, מ"מ החטין הריהן סיבת האונאה שבשומת הקרקע, וסיבת השומא קובעת דין האונאה, דמדהויא סיבת השומא מטלטלין חל דין אונאה, ואע"פ דעצם החפצא הנמכר הויא קרקע.

גמ'. עומר מתירן כו' דחצדינהו וזרעינהו כו' או"ד בטלינהו אגב קרקע לכאורה נראה דספק הגמרא לענין עומר ספק בפני עצמו הוא - דיסוד הספק הוי האם הזרע נחשב לחפצא של אוכל והותר בעומר, או"ד דבטל שם אוכל ממנו, דבטלינהו אגב קרקע והעומר אינו מתירו.

והנה יש שני דינים בכהת"כ ביחס לקרקע: א) דין קרקע ומטלטלין, ב) דין תלוש ומחובר לקרקע, (ועיין להלן בשיעורים דף נו: ד"ה בענין חפצא של קרקע ומחובר לקרקע שנתבאר יסוד זה בארוכה). ונראה דחלוקים ב' דינים אלו זה מזה דהרי עבדים דינם כקרקע אך פשיטא דעבדים הם תלושים ואינם מחוברים לקרקע, דהויין קרקע דניידי. והנה קיי"ל דדיני אונאה ושבועות אינם חלין בעבדים - ומוכח דדיני אונאה ושבועות תלויים בחלות שם קרקע דחל בחפצא ולא בחלות דין מחובר לקרקע. אולם מסתבר לומר דחלות שם אוכל תלוי בדין תלוש ומחובר לקרקע, ולא בחלות שם קרקע שבחפצא. ומשו"ה י"ל דהספק לגבי עומר - דביסודו הוי ספק בנוגע לחלות שם אוכל - הוי ספק אחר מהספק בנוגע לאונאה ושבועות. דהספק בעומר הוא האם הזרעים הם מחוברים לקרקע או לא, ואילו באונאה ושבועות הספק הוא האם חלות שם קרקע חל בחפצא דהזרעים או לא.

ונראה דגם ברמב"ם מוכח דשני ספקות בפ"ע הם, דכתב (בפי"ג מהל' מכירה הלי"ח) וז"ל שכרו לזרוע לו קרקע ואמר זרעתי בה זריעה הראוי בה ובאו עדים שזרע בה פחות מן הראוי לה הרי זה ספק אם יש לו הונייה מפני הזרע או אין לו הונייה מפני הקרקע עכ"ל. ונראה דאליביה הספק הוי בקביעת חלות שם המלאכה - האם מלאכת מטלטלין היא או דהויא מלאכת קרקע, ואינו מזכיר בכלל ענין ביטול הזרע לגבי הקרקע. ומאידך (בפ"י מהל' מאכ"א הל"ה) כתב וז"ל תבואה שהשרישה אחר העומר וקצרה וזרע מן החטים בקרקע ואח"כ קרב העומר הבא ועדיין החטים בקרקע הרי אלו ספק אם התירן העומר כאילו היו מונחין בכד או לא יתיר אותן מפני שבטלו בקרקע עכ"ל. ויש לדייק דכאן הרמב"ם הביא את הספק האם הזרעים בטלים לקרקע או לא. ובאמת צ"ע למה בדין קבלן השמיט הרמב"ם את הענין דביטול לקרקע. ומ"מ מוכח מהרמב"ם ששני ספקות שונים הם שאינם תלויים זה בזה. ונראה דכן הוא אף לפי גרסתנו שבגמרא, דספקות שונים הם, כי הספקות באונאה ושבועות הרי הם בנוגע לחלות שם קרקע ומטלטלין בחפצא, ואילו הספק בעומר הרי הוא בנוגע לדין מחובר לקרקע וביטול שם אוכל.

בענין חפצא של קרקע ומחובר לקרקע

א.

ב' דינים בקרקע - חלות שם בחפצא ודין מחובר לקרקע

ביארנו (בשיעורים לעיל ד"ה דף נו: גמ'. עומר מתירן כו' דחצדינהו וזרעינהו) שהספקות בגמרא בזרעים שזרעם בקרקע נוגעים לחלות שם חפצא דקרקע ולחלות דין מחובר לקרקע. והגר"מ זצ"ל הוכיח יסוד זה דיש ב' דינים בקרקע מסוגיית הגמ' ב"ק (דף יא:) דהסוגיא דנה האם עבדים כקרקע דמיין או כמטלטלין דמיין בנוגע לשלשה דינים: א) גביית בעל חוב; ב) כתיבת פרוזבול; ג) קנין אגב. והנה התוס' (ב"ק דף יב. ד"ה אנא) הקשו מאונאה ומשבועה דקיי"ל עבדים כקרקע דמיין (וכה"ג קיי"ל אף בשאר דיני תורה כגון בנוגע לגנב גזלן ושמירה). והשיב הר"י שכאן מדובר בדין העבדים רק בנוגע לדינים מדרבנן, כי סוגיין אזלא אליבא דמ"ד שעבודא לאו דאורייתא, ופרוזבול וקנין אגב הויין דינים דרבנן. אמנם לשיטת הרמב"ם לא יתכן לחלק כך, שהרי פסק בפי"א מהל' מלוה (הל"ד) שעבודא דאורייתא וז"ל שכל נכסי הלוה תחת שיעבוד המלוה מן התורה עכ"ל. וכן בנוגע לאגב (פ"ג מהל' מכירה הל"ח - ט) דברי הרמב"ם כפשוטם מורים דס"ל שהוא קנין דאורייתא. וא"כ חזרה הקושיא לדוכתא למה דנה הגמרא בדין העבדים אם הם כמקרקעי או כמטלטלין דמיין מאחר שבנוגע לאונאה, שבועה, שמירה, וגזילה קיי"ל דעבדים כקרקע דמיין.

וביאר מרן הגר"מ זצ"ל דמכאן מוכח דישנן שתי דינים בקרקע: א) דין קרקע ומטלטלין, ב) ודין תלוש ומחובר. ונראה דבכל התורה כולה יש לעבדים חלות שם קרקע בחפצא, אבל הם תלושים (כלישנא דגמרא - עבדים קרקע דניידי). ושאר דיני התורה כמו אונאה, גניבה, שבועה, ושמירה תלויים בשם קרקע שחל בעבד, ובזה קיי"ל דעבדים כקרקע דמיין. אולם הסוגיא בב"ק לעומת זאת דנה בדיני שעבוד נכסים, פרוזבול, ובקנין אגב - האם דינים אלו תלויים בדין תלוש ומחובר או בחלות שם קרקע בחפצא.

ולפי"ז יש ליישב את קושית הגרעק"א זצ"ל בחידושיו ליו"ד (סי' ו' סעיף ב') שר"ל שצפורן אדם פסול לשחיטה מפני שהוא נחשב מחובר לקרקע. אמנם נראה דלפי"ד הגר"מ זצ"ל י"ל, כי דין שחיטה אינו תלוי בחלות שם קרקע בחפצא, אלא בדין תלוש ומחובר, בדומה לדין שעבוד נכסים, פרוזבול, וקנין אגב, ועבד הוי תלוש ולא מחובר, וה"ה לצפורנו.

ב.

בדין שעבודא דאורייתא בקרקעות

אמנם עלינו להסביר למה שלשת הדינים שבסוגיא (שם) תלויים בדין תלוש ומחובר ולא בחלות שם קרקע בחפצא. והנה בדין שעבוד נכסים כתב הרמב"ם בפי"א מהל' מלוה (הל"ד) ז"ל שכל נכסי הלוה תחת שיעבוד המלוה מן התורה עכ"ל. אך בפי"א שם (הל"ז) פסק וז"ל שהמטלטלין אינן תחת שיעבוד בעל חוב מן התורה עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם ס"ל דשעבודא דאורייתא חל מן התורה על קרקעות ולא על מטלטלין, ולפיכך פסק דרק קרקעות דיורשים משועבדים לפריעת חוב אביהם ולא מטלטלין שירשו, עיי"ש.

ונראה להסביר את החילוק בין קרקע למטלטלין על פי דברי הראב"ד בראש פ' הניזקין - שגבייה מנכסים משועדים חלה מדין ערבות שכן נכסי בני אדם ערבין לו לשלם את חובותיו. דנכסי הלוה המשועבדים מבטיחים את החוב למלוה כמו ערב המבטיח למלוה את חוב הלוה. וכל זה שייך במחובר לקרקע שהרי אי אפשר להבריחו או להעלימו. ואילו דבר תלוש אינו מבטיח את החוב למלוה כי ביד הלוה להבריחו ולהעלימו מהמלוה ומבי"ד הבאין לגבותו. לפיכך מטלטלין שהם תלושים אינם משתעבדים אבל קרקעות המחוברות משתעבדות. ולפי"ז נראה דאע"פ שחל בעבד חלות שם ודין קרקע, עכ"ז אינו משתעבד כי הואיל ודבר תלוש הוא - אינו מבטיח את החוב למלוה, ודין ערבות הקובע את חלות השעבודים אינו חל בעבדים.

ונראה דמהאי טעמא נמי קיי"ל דאין כותבין פרוזבול על עבד - שכן כותבין פרוזבול רק

על דבר המבטיח את החוב עבור גביית בי"ד[396], ולא על עבד שהוא תלוש. אשר לקנין אגב נראה שגם הוא תלוי במחובר לקרקע ולא בשם קרקע בחפצא. ובביאור הדבר נראה לפרש עפ"י דברי הנ"י (ב"ק דף לד: בדפי הרי"ף) שכ' וז"ל וכן בדינא דאגב כו' אף הוא תלוי בדעתו של אדם שאדם סומך הדבר המטלטל על הקרקע שהוא עיקר לעולם שאדם סומך בו ולפיכך עבדים כיון שאין אדם סומך עליהם אי אפשר לסמך מטלטלין עליהם עכ"ל. ומבואר מדבריו שהעבדים פסולים לקנין אגב משום דמכיון שהם תלושים אין אדם סומך מטלטלים עליהם, וקנין אגב מועיל רק כשיש דעת לסמוך את המטלטלין על הקרקע[397].

ג.

בדין תלוש ומחובר לקרקע ובדין חלות שם קרקע

והגר"מ זצ"ל אמר שיש שני עניינים אחרים אשר מהם יוצא החילוק בין חלות שם קרקע בחפצא לבין חלות דין מחובר לקרקע.

א) במס' חולין (דף טז.) דנה הגמרא בדין תלוש ולבסוף חברו בנוגע למעילה, ע"ז, וסכין של שחיטה. והנה פסקי הרמב"ם נראים כסותרים. דבפ"ה מהל' מעילה (הל"ה) פסק וז"ל אין מעילה אלא בתלוש מן הקרקע אבל הנהנה בקרקע עצמה או במחובר לה לא מעל וכו' וכן המקדיש בית בנוי הדר בו לא מעל וכו' עכ"ל. ויוצא שבמעילה פסק דתלוש ולבסוף חברו כמחובר לקרקע דמי. ואילו בע"ז העלה בפ"ח מהל' עכו"ם (בהל"א ובהל"ד) וז"ל כל שאין בו תפיסת יד אדם ולא עשהו אדם אע"פ שנעבד הר"ז מותר בהנאה, לפיכך עובדי כוכבים העובדים את ההרים ואת הגבעות ואת האילנות הנטועין וכו' הרי אלו מותרין בהנאה וכו' בית שבנאו העובד כוכבים מתחלה שיהא הבית עצמו נעבד וכן המשתחוה לבית בנוי הרי זה אסור בהנאה כו' עכ"ל. הרי שלגבי אסה"נ דע"ז פסק שתלוש ולבסוף חברו כתלוש דמי.

ואמר הגר"מ זצ"ל די"ל דהרמב"ם סובר שתלוש ולבסוף חברו דינו כתלוש בדברים התלויים בחלות דין תלוש ומחובר - כגון באסה"נ דע"ז, לגבי מים שעל כותל הבית ביחס להכשר וקבלת טומאה (בפי"ב מהל' טומאת אוכלין הל"ג), ולענין שחיטה (בפ"א מהל'

[396] וכדכתב רש"י (ד"ה חל) דהטעם דפרוזבול חל רק על קרקע וז"ל דכיון דלא מחוסרי גובייא כו' עכ"ל.

[397] ולפי"ז אף מתורצת שאלת האחרונים למה קנין אגב אינו מועיל לקנות מטלטלין שהם הפקר וכל המציאות שבעולם לאחר יאוש ואע"פ שאינם צבורים כי מאחר שאין כאן דעת מקנה המצרף את המטלטלין לקרקע אין אגב מועיל כי אגב מועיל רק בצירוף המטלטלין לקרקע הנקבע ע"י דעת מקנה הסומכת את המטלטלין לקרקע כדברי הנ"י. אך עיין ברש"י לקמן (קיח. ד"ה פרה) שכתב שאגב קונה מטלטלין לגזלן בלי דעת מקנה. עיין בקצות החושן (ער"ה: א') ובנתיבות (ר"ב: ב').

שחיטה הלי"ט). אולם נראה דחיוב מעילה לעומת זה תלוי בדין קרקע ומטלטלין, ותלוש ולבסוף חברו נקרא בשם קרקע, ולפיכך אין מועלין בו.[398]

ב) במס' שבועות (דף מג) דנה הגמרא בדין ענבים העומדות להבצר בנוגע לשבועת הדיינים. ובתוס' שם (ד"ה כבצורות) כתבו וז"ל נראה דלענין שבת לכ"ע לאו כבצורות דמיין עכ"ל, ודבריהם צ"ע דמאי שנא שבת משבועת הדיינים. וביאר הגר"מ זצ"ל די"ל דאיסור קצירה בשבת תלוי רק בדין מחובר לקרקע ולא בחלות שם קרקע בחפצא, וענבים העומדות להבצר לכ"ע מחוברות לקרקע הן. דאף ר"מ הסובר כבצורות הן היינו רק בנוגע לשם קרקע בחפצא ולענין דיני שומרים אונאה ושבועה, אך בנוגע לשבת נחשבות הן כמחוברות לקרקע, ולפיכך אסור לקוצרן.

עוד כתבו התוס' שם וז"ל ולענין בע"ח כיון דלא צריכי לארעא לכ"ע כבצורות דמיין כו' עכ"ל. והוסיפו על זה התוס' בסנה' (טו א ד"ה בענבים וכו') וז"ל דלא סמכא דעתיה עכ"ל. ובביאור דבריהם נראה שדין גבייה תלוי בערבות וכנ"ל אליבא דהראב"ד שהנכסים המשועבדים ערבים עבור החוב ומבטיחים למלוה את מעותיו. ואע"פ שעבדים שכקרקע דמיין וחל בהם דין קרקע בחפצא שלהן, מ"מ הואיל ונידי ותלושים הם אינם מבטיחים למלוה את מעותיו, שכן עלולים למות או לברוח, ולכן אין שעבוד בעל חוב חל עליהם. ונראה דה"ה ענבים העומדות להבצר מאחר שאינן מבטיחות את מעות המלוה, אינן בני שעבוד.

ועיין עוד בתוס' (ב"ק יב א ד"ה פרוזבול) ז"ל ואע"ג שכותבין על עציץ נקוב כיון דחשיב קרקע לא פלוג רבנן עכ"ל. וצ"ע דהא עבד ג"כ חשוב קרקע. ונראה לבאר דבריהם עפ"י דברי מרן הגר"מ זצ"ל הנ"ל דיש חילוק בין חלות שם ודין קרקע שחל בחפצא לבין דין מחובר ותלוש. דהנה בעבדים יש חלות שם קרקע אך דינם כתלוש ולא כמחובר לקרקע. מאידך לעציץ נקוב יש חלות שם קרקע בחפצא ואף נחשב ע"פ דין כמחובר לקרקע. והראייה מדין התולש ממנו בשבת שחייב (עיין ברמב"ם פ"ח מהל' שבת הל"ד ובתוס' במס' שבת (דף פא:) ד"ה והניחו וכו') והוא דין שחל במחובר לקרקע ואינו תלוי בשם קרקע שבחפצא[399].[400]

[398] עוד אמר רבינו זצ"ל די"ל דאע"פ דתלוש ולבסוף חברו הוי כתלוש לכהת"כ מ"מ אין מועלין בו, דמעילה אסורה מדין גזילה וכדביאר הגר"ח זצ"ל, ומכיון דתלוש ולבסוף חברו אינו ניידי ובמציאות הוי כקרקע משו"ה אינה נגזלת, דדין גזילה תלוי במציאות דהחפצא ולא בחלות שמו ודינו.

[399] ועיין עוד ברשימות שיעורים למס' ב"ק דף יא: ד"ה גובין מן העבדים (עמ' צ"ח - ק', ועמ' תק"פ - תקפ"ב), ועיין בחידושי הגר"מ הלוי פ"ח מהל' עכו"ם ה"ד, ופ"ח מהל' שבת ה"ד, ופ"ה מהל' מעילה ה"ח שדן הגר"מ זצ"ל בארוכה ביסוד זה דיש ב' דינים בקרקע, ואכמ"ל.

[400] וא' מגדולי התלמידים ידידי הרה"ג יוסף וונפסקי זצ"ל הקשה לרבינו זצ"ל שלפי מה שנתבאר דעבד אינו בר ערבות ושעבוד משום שניתן ללוה להבריחו ולהעלימו, לכאורה ה"ה צ"ל בעציץ נקוב כי במציאות קל להבריחו

ע"כ ענין חפצא של קרקע ומחובר לקרקע

דף נז.

גמ'. ביטול מקח יש להם כו'
יעויין ברש"י (ד"ה יש להן) וז"ל והא לאו בכלל אונאה הוא אלא מקח טעות הוא וא"ד כיון דלא דבר שבמדה הוא אלא אטעייה בדיבוריה כשאר דין אונאה הוא עכ"ל. אליבא דרש"י הספק דרבי אמי הוא האם הדין ביתר משתות דחוזר ובטל מקח חל מדין אונאה - ולכן אינו חל בקרקעות והקדשות - או"ד דחל מדין מקח טעות דכהת"כ, וחל בכל דבר ואף בקרקעות ובהקדשות. ולפי רב חסא פשיט ר' אמי דחל מדין טעות בכהת"כ ולא משום אונאה ומשו"ה חל אף בקרקעות.
אמנם יעויין לעיל (דף נ:) בתוס' ד"ה ואילו שכתבו וז"ל ואילו יתר על שתות שניהם חוזרים וא"ת כו' אמאי מאנה יכול לחזור נימא ליה נמי המתאנה אי לאו דאוניתני כו' וי"ל דהכא כיון שהוא יותר משתות ה"ל רחוק מן המקח יותר מדאי וכאילו לא מכר כלל דהו"ל כיין ונמצא חומץ חומץ ונמצא יין דשניהם חוזרין, וה"ר יצחק בר' מרדכי תירץ דהתם כשאין הלוקח תובע אונאתו לכך אין המוכר יכול לחזור בו אבל הכא מיירי כשמתאנה תובע אונאתו ולכן המאנה יכול לבטל המקח עכ"ל. ובפשטות י"ל דבהא פליגי שני התירוצים בתוס', דאליבא דהתירוץ הראשון דין ביטול מקח דחל ביותר משתות חל מדין מקח טעות דעלמא בדומה למכרו יין ונמצא חומץ. ואילו לריב"ם דין ביטול מקח חל מדין אונאה, ומשו"ה מקודם כל צריך המתאנה לחזור בו, ואחרי שהוא תבע את אונאתו חלה גם למאנה זכות חזרה שיכול גם הוא לחזור בו, אבל בלי חזרת המתאנה המאנה לבדו אינו יכול לחזור בו, משום שאין דין ביטול מקח ביתר משתות חל מדין מקח טעות דעלמא אלא מדין אונאה.
ואליבא דריב"ם צריכים לפרש את הספק דר' אמי דמסופק האם קרקעות והקדשות נתמעטו מדין אונאת שתות אך לא מדין אונאה ביתר משתות או"ד דנתמעטו מכל דיני

ולהעלימו וא"כ צ"ע למה חל עליו שעבוד, ומה זה נוגע לנו החילוק בין עבד שע"פ דין הוא תלוש לבין עציץ נקוב שע"פ דין הוא מחובר. ורבינו זצ"ל ענה לו שבאמת הדבר צריך עיון, אך כך משמעות ההלכה. ואולי יש לומר שמכיון דעציץ נקוב מחובר לקרקע הוא ונחשב כחלק דהקרקע, ומכיון שאי אפשר להעלים את הקרקע מהמלוה חל אותו הדין על כל חלק ממנה ואע"פ שניתן להעלים את העציץ, ואילו עבד אינו מחובר לקרקע. אך קשה מדין ענבים העומדות להבצר אליבא דמש"כ בתוס' (בשבועות דף מג ובסנה' דף טו.) דלכ"ע אין גובין מהן דלא סמכא דעתיה אע"פ דמחוברים הם לקרקע, דמ"ש מעציץ נקוב שכן גובין ממנו, וצ"ע. ויתכן דשאני ענבים העומדות להבצר, דעמידתן לביצור משוותן כדברים שאינם מבטיחים את החוב משום שבבצירה יעלמו מהמלוה ומגבייתו, וכן עבד מכיון דניידי יעלם מהמלוה ולכן אינו מבטיח לו את חובו. משא"כ עציץ נקוב המונח על גבי הקרקע ומחובר לה עפ"י דין דאינו עומד לנוד, ולפיכך דינו כקרקע עצמה המבטיחה את החוב ואת גביית המלוה.

אונאה - כולל דין ביטול מקח ביתר משתות. ור' אמי מסיק דנתמעטו רק מדין אונאה בשתות ולא ביתר משתות.
והנה בגמרא (לעיל דף נ:) אי' דרבא סובר דחל שיעור עד שיראה לתגר בשתות ואף ביתר משתות. ומשמע דדין ביטל מקח ביתר משתות חל מדין אונאה ולא מדין מקח טעות, ולכאורה יש מזה ראייה לשיטת הריב"ם. אך י"ל אף לתירוץ הראשון שבתוס', דשאני ביין ונמצא חומץ דהוי טעות ממש ואילו כאן נקבעה הטעות דוקא כשחוזרים תוך הזמן ולא אח"כ, דאם לא חזרו תוך הזמן אמרי' סברי וקבלו.
וע"ע בתוס' (דף נז.) ד"ה אמר ר"נ וז"ל ותירץ ר"ת דאין אונאה עד פלגא אבל מפלגא ואילך מיקרי ביטול מקח ויש להם ואתי שפיר הא דתנן (נו:) ר' יהודה אומר אף המוכר בהמה ומרגלית אין להם אונאה ומפרש בגמרא (נח:) עד כדי דמיהם מדקאמר אף משמע דקרקעות נמי אית להו האי שיעורא כו' עכ"ל. ובפשטות שיטת ר"ת אליבא דר"נ הוא דשאני דין ביטול המקח ביתר משתות מדין ביטול המקח בפלגא, דבפלגא ביטול המקח חל מדין מקח טעות דעלמא, ומשו"ה חל הוא בכל דבר ואפילו בקרקע. משא"כ באונאה ביתר משתות אך בפחות מפלגא דחל דין ביטול המקח מדין אונאה, דמשו"ה אינו חל בקרקע.
ויעויין בשיטה מקובצת שמביא דחל ביטול מקח בקרקעות בפלגא בשם הירושלמי וכדפסק הר"ח וז"ל וכתב עליו הראב"ד ז"ל אמר אברהם אמת הוא שר"ח כתב כך לפי הירושלמי אבל הגמרא שלנו אין צורתה כן, שלא פירש אמימר את השיעור אלא לדברי ר' יהודה, ולדברי ר' יהודה בן בתירא פירש אפילו יותר מכדי דמיהן, אבל למשנתנו אין שיעור דקרא סתמא כתיב וכי תמכרו או קנה מיד עמתך דבר הנקנה וקרא קא פליג בין שתות ליותר משתות ואמרינן שוה כסף דבר השוה לכל כסף ומאי ניהו קרקע עכ"ל. ומבואר דהראב"ד חולק על ר"ח ור"ת וס"ל דדין ביטול מקח בפלגא חל רק בס"ת ומרגלית דאין קץ לדמיהן ומשו"ה השיעור דשתות לא חל בם, ועכ"ז בני אונאה נינהו אלא ששיעור אונאתם אחרת משתות והוי פלגא דעד פלגא חלה קציצת דמיהם. משא"כ בקרקעות דמופקעות הן מאונאה מגזיה"כ, אלא דיש מקום לומר דהא דמופקעות היינו רק מדין אונאה דשתות, ולא מדין אונאה ביתר משתות, וביטול מקח חל בהן ביתר משתות מדין אונאה.
רש"י אבל אהקדשות לא.
וז"ל דאילו גבי הדיוט אמרינן טעה ואדעתה דהכי לא אקני אבל אהקדש ליכא למימר הכי כו' עכ"ל. ואע"ג דמצינו דיון רחב בש"ס בהקדש בטעות אי חל או לא, י"ל דהיינו

בטעויות אחרות, משא"כ טעות בשומת החפצא, דטעות בשומא נחשבת לטעות רק כשיש גברא שהוא מוטעה[401], ואילו בפדיון הקדש חסר גברא המוטעה, ומשו"ה לא חלה טעות הזו בהקדש.

גמ'. במאי קמפלגי בדשמואל דאמר שמואל הקדש שוה מנה שחיללו על שו"פ מחולל.

אליבא דשמואל חילול מנה חל אשו"פ מדאורייתא ואינו חייב לשלם יותר. מאידך אליבא דמאן דלית ליה דשמואל קיימת מחלוקת גדולה בראשונים, וכדיתבאר.

יעויין בשיטה מקובצת בשם הריטב"א וז"ל פרש"י דאפילו לר"ל יצא לחולין כו' ולר"ל אף מן התורה חייב לשלם כו' והקשו בתוס' דהא מ"ד צריך לעשות לו דמים דבר תורה כו' כמ"ד אהקדשות בטול מקח יש להם וא"כ היאך יצא לחולין דבר תורה, דהא כל היכא דאיכא בטול בעלמא המקח בטל לגמרי ולא שיהא המקח קיים ויתבע אונאה. ותירץ ר"י בשלמא גבי הדיוט ביטול מקח דלא מתאנה שיהא צריך לתבוע אונאה בב"ד דדילמא לא מצי לה לאפוקי מיניה, אבל גבי הקדש כיון דבע"כ ישלם וגם שלא ירצה לעמוד בחטא ניחא ליה להקדש שיהא החילול קיים עכ"ל. תוס' הקשו על פרש"י דלא שמענו שיש דין כזה שביתר משתות המקח קיים ומשלם את האונאה, ומ"ש גבי הקדש מהדיוט דזהו הדין. וביאר הר"י לפרש"י דניחא ליה להקדש שהחילול יהיה קיים ושישלם דמי האונאה. אך הר"י עצמו (עיין להלן) סובר דהחילול בטל לגמרי. וצ"ב ביסוד פלוגתתם. ונראה דפליגי רש"י ור"י בחקירה שחקרו האחרונים בגדר דין ביטול המקח ביתר משתות - האם דין ביטול מקח ביתר משתות חל מדין אונאה או דחל מדין מקח טעות. ונראה דלשיטת הר"י דין ביטול מקח חל מדין מקח טעות ולא מדין אונאה, ומשו"ה ס"ל דאף חילול הקדש בטל לגמרי מדין הקדש בטעות דעלמא. משא"כ לפרש"י החילול קיים ומשלם דמי אונאה להקדש, דס"ל דדין ביטול מקח ביתר משתות חל מדין אונאה, דהיינו דמעיקרא דדינא חל חיוב לשלם למתאנה דמי האונאה גם ביתר משתות אלא שיש זכות למתאנה לא לתבוע את דמי האונאה בב"ד, דדילמא לא אפיק מיניה, ובידו לבטל את המקח לגמרי. אך הקדש אינו חושש לזה, והחילול דהקדש משו"ה קיים אלא דמשלם להקדש דמי אונאה ואף יתר משתות.

עוד כתב הריטב"א וז"ל הנכון כמו שפירש ר"י ז"ל דלמ"ד צריך לעשות לו דמים דבר תורה לא יצא לחולין כלל וכמ"ד ביטול מקח יש להם והיינו דאמרי' דלית ליה דשמואל, ומתניתין דקתני יצא לחולין הכי פירושו יצא לחולין ובלבד שיעשה לו דמים כראוי שלא

[401] וכדכתיב (ויקרא כ"ה: י"ז) "אל תונו איש את אחיו", דהיינו בממכר שבין גברא לגברא. ואמר רבינו זצ"ל דאיסור אונאה בשומת ממכר יסודו במצות "ואהבת לרעך כמוך", דהוא חל מדין אהבת ישראל ולא שייך לבני נח, ומשו"ה נמי אינו חל בהקדש.

יהא בו טעות כו' עכ"ל. אליבא דהר"י עצמו החילול ביתר משתות אינו חל כלל משום דחל דין ביטול מקח. ומסתבר דס"ל לר"י דהדין ביתר משתות דהמקח בטל חל מדין מקח טעות דעלמא, ולכן חל נמי בהקדש, ומשו"ה חילול ההקדש לגמרי בטל.

שיטה שלישית נמצאת בתוס' לפנינו (דף נז: ד"ה יצא) דהחילול חל במקצת כנגד הדמים שנתן להקדש והשאר עליו לחלל בדמים שישלם אח"כ. והתוס' האריכו לבאר מ"ש הקדש שמקצת החילול שכנגד מעותיו חל, ואילו בהדיוט המקח לגמרי בטל ואפילו כנגד מעותיו. ובביאור דבריהם נראה דדין ביטול מקח דחל ביתר משתות אינו חל מדין מקח טעות דעלמא, אלא דחל מדין אונאה, ובהדיוט שנתאנה דין האונאה מחייב ביטול מקח גמור לטובת המתאנה, ואילו בהקדש טובת המתאנה דהיינו הקדש הוא שהחילול יחול במקצת ויתחייב הפודה להוסיף ולפדות את השאר מדין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט.

ויל"ע בשיטת התוס' והר"י דס"ל דחייב להוסיף מדאורייתא ולחלל את כל ההקדש. דהניחא לשיטת התוס' דס"ל דחל דין אונאה בהקדש, ומצד דין זה טובת הקדש המתאנה הוא שהפדיון יחול במקצת מיד והשאר יחול כחובת נדר דחל מדין אמירתו לגבוה. אך אליבא דהר"י דס"ל דהחילול בטל לגמרי מדין מקח טעות, צ"ע למה יש עליו חיוב לשלם את כל הדמים ולפדות את כל ההקדש, דהא החילול שעשה לא חל כלל דבטל לגמרי מדין טעות. ולא מסתבר לומר דחייב מדין נדר בעלמא לחללו, דהא דבריו לחלל בטלים מטעם מקח טעות ואף נדרו בדין הוא שיתבטל מדין נדר טעות דאינו חל.

ונראה דהנה בדינו של שמואל דהקדש ששוה מנה שחיללו על שו"פ מחולל ישנן שתי הלכות: א) הלכה אחת שהחילול אינו בטל מדין אונאה ומדין טעות. ב) ועוד הלכה שקדושה ששוה מנה נתפסת ומתחללת על דבר ששוה רק פרוטה. ובכן יתכן למאן דחולק על שמואל לחלוק עליו או מטעם אונאה ומקח טעות - דהיינו מפאת דיני ממונות כי פדיון נמי הוי חלות שם ממכר, או לחלוק עליו מפאת דין התפסת הקדושה - דהיינו מחמת דא"א לחלל איסורי הקדש על פחות מכדי שוויים. ונראה דאליבא דהר"י דמאן דחולק על שמואל ואומר דהקדש שוה מנה שחיללו על שו"פ אינו מחולל אינו חולק עליו מדיני ממונות ומדין טעות, דאף הוא סובר כשמואל דדיני אונאה ומקח טעות אינם חלין בהקדש, דלא שייך להונות או להטעות הקדש כלל. וזה שסובר דהחילול על שו"פ אינו חל הוא משום הדין של איסורי הקדש דהיינו דהקדש ששוה מנה א"א שיתחלל ויתפס על דבר שאינו שוה אלא שו"פ. ולכן, מאחר שלא חלה טעות המבטלת את מעשה החילול, אע"פ שהחילול אינו חל מפאת חלות דין האיסור, מ"מ מאחר שעשה מעשה

חילול בלי חלות חילול הרי זה הופך להיות נדר לגבוה המחייבו לשלם דמים גמורים ולחלל את ההקדש מדין נדרו דהא אינו נדר טעות.
ונמצא דפליגי ג' השיטות ביסוד המחייב דתשלומי דמים. לרש"י משום שההקדש יצא לחולין באונאה יותר משתות הריהו חייב לשלם את האונאה, ואילו לא היה יוצא לחולין כר"י היה פטור מלשלם. ולר"י דוקא משום שלא יצא לחולין חל החיוב לשלם דמים ולקיים את נדרו, אך אילו היה יוצא לחולין כרש"י לא היה חל דין לשלם את האונאה. ולתוס' מאחר שיצא מקצתו לחולין, חל נדרו לקיים את שאר אמירתו ולחלל את כולו בדמים נוספים.

פסקי הרמב"ם בהקדש שוה מנה שחיללו על שו"פ מחולל.

הרמב"ם פסק את ההלכה דהקדש שוה מנה שחיללו על שו"פ מחולל בשני מקומות בהלכותיו (בפ"ז מהל' ערכין הל"ח) ו(בפי"ג מהל' מכירה הל"ח). וצ"ע למה כפל את ההלכה פעמיים. ונראה לבאר שהרמב"ם הביא את ההלכה בהל' ערכין ובהל' מכירה משום ששני דינים נפרדים הם. דבהל' ערכין פסק הרמב"ם שהתפסת קדושה חלה מהקדש שוה מנה על דבר ששוה פרוטה, והוא דין בחלות איסורין. ואילו בהל' מכירה פסק שאין אונאה וביטול מקח חלין בחילול הקדש, והוא דין בדיני ממונות. ויש ב' דינים נפרדים בנוגע לדיני איסורין ובנוגע לדיני ממונות, ולכן דין חילול הקדש מנה על שו"פ מופיע בשתי הלכות ברמב"ם.

גמ' איבעית אימא כו' מר סבר שחיללו אין לכתחילה לא ומר סבר אפילו לכתחילה.

עיין ברש"י ובתוס' (ד"ה ומר). ונראה דרש"י מפרש את הגמרא כפשוטה, דמר סבר דלכתחילה מותר מן התורה לחלל הקדש שוה מנה על שו"פ. ומר סבר דאסור לכתחילה לחללו, אך אם חיללו החילול חל בדיעבד, וצריך מדאורייתא לשלם דמים מעל שו"פ כערך הדבר שחיללו. ומרש"י משמע דפליגי במילת "ערכך", האם זה משמע כל שוויות וחייב או דמשמע כל שהוא דמים ופטור.
ונראה שיש לבאר את המחלוקת אליבא דפרש"י, על פי מה שנתבאר לעיל דחילול הקדש חל משני דינים - מדין ממון ומדין איסור. ולפי"ז י"ל דבסוגיין פליגי בעיקר חלות דין חילול האם חל בעיקרו כדין ממון או דחל בעיקרו כדין איסור. דאם עיקר דין חילול הקדש חל מדין ממון אזי י"ל דחייב לשלם כפי ערך החפצא מדין אונאת הקדש דחל מפאת דיני ממונות. ומאידך אם עיקר דין חילול חל מדין איסור ובהתפסת איסורי הקדש מחפצא לחפצא, פטור הוא מלשלם, משום דחל עיקר דין חילול מדין איסור. וכן יש לדייק מלשונו של רש"י שכתב וז"ל ערכך כל דהו משמע הלכך לאפקועי איסוריה

ואפילו מדרבנן שרי כו' עכ"ל, כלומר דעיקר חלות החילול הוא חלות הפקעת האיסורים, ומשו"ה ערכך כל דהו משמע, כי עיקר חלות החילול אינו חלות בדיני ממונות אלא חלות בדיני איסורים.

ועיין בגמ' ערכין (כט.) "כשמואל דאמר הקדש שוה מנה שחיללו על שו"פ מחולל. אימר דאמר שמואל שחיללו לכתחילא מי אמר, הני מילי בזמן שביהמ"ק קיים דאיכא פסידא אבל בזמה"ז אפי' לכתחילא" ועיי"ש בפרש"י (ד"ה בזה"ז) שכ' וז"ל דליכא בית וליכא פסידא אלא איסורא הוא דרביעא עלייהו אפילו לכתחילא נמי עכ"ל. ולשונו שם דומה מאד ללשונו כאן בסוגיין. ונראה דר"ל דבזמן ביהמ"ק חל דין חילול מדין ממונות ומשו"ה חייב לכתחילא לחלל הקדש כפי שוויו. משא"כ בזה"ז דחילול הקדש חל מפאת דיני איסורים בלבד ולא מפאת דיני ממונות, ומשו"ה לכתחילא מותר לחלל הקדש בזה"ז שוה מנה על שו"פ.

ובתוס' פרשו דבמזיד ("בדיעבד") לכ"ע החילול חל ופטור מלשלם. ופליגי בשוגג ("לכתחילא") האם הוא חייב לשלם או לא, דהיינו דפליגי האם חיוב נדר חל עליו לשלם את שוויו או לא[402].

גמ'. אינו בתורת אונאה דאפילו משהו חוזר

עיין בשיטה מקובצת בשם הרא"ש וז"ל דס"ל גבי הקדש לא בא אחיו להקל אלא להחמיר כו' א"נ איכא למימר דהיינו טעמא דהקדש אינו בתורת אונאה אפילו משהו משלם דלא שייך ביה מחילה אבל הדיוט דשייך ביה מחילה פחות מכדי אונאה מחילה הויא כו' עכ"ל. לפי הדיעה הראשונה ברא"ש הדין בהקדש דאונאת משהו מבטלת החילול הויא גזיה"כ בעלמא ואילו לפי הדיעה השניה יש בו סברה דהיינו דהקדש אינו מוחל אפילו אמשהו שלא כהדיוט דמוחל אפחות שתות. ויתכן דפליגי ביסוד הדין דבאונאה פחות משתות המקח קיים, האם הוי מפאת מחילה וממילא דין זה לא שייך להקדש - או דחל משום דפחות משתות הוא המחיר בדרך מקח וממכר שבין הדיוט להדיוט, אך יש גזיה"כ לקבע את המחיר בחילול הקדש שלא כדרך הדיוט. וע"ע בשיטה מקובצת שכתב בשם הראב"ד וז"ל דאפילו פחות מכדי אונאה חוזר וה"מ בהקדשות מפני שהתורה הקפידה עליהם בהערכה עכ"ל. הראב"ד מביא גזיה"כ דהערכה ולא מזכיר את הטעם דמחילה דהזכירו הרא"ש. ומשמע דהראב"ד סובר דבפחות משתות הדין דהמקח קיים אינו חל

[402] ויל"ע במה פליגי. ויתכן דפליגי האם עיקר מעשה החילול הוא לחלל חפצא תחת חפצא או לחלל שווי תחת שווי, דרק אם הוא חילול שווי תחת שווי חל נדר לשלם את כל שוויו, ואע"פ דבדיעבד חל חילול של שוה מנה על שו"פ. ויתכן עוד לומר דהשאילה הזו נמי תלויה בעיקר חלות שם החילול, דאם הוא מעשה ממון הריהו שווי תחת שווי, ואם הוא מעשה איסור הריהו חפצא תחת חפצא.

מדין מחילה, אלא משום דהוי המחיר בדרך מקח וממכר דעלמא, וחילול הקדש שאני ממקח וממכר.

ברם ישנה מחלוקת בין הרמב"ם לבין הראב"ד (בפכ"ט מהל' מכירה הל"ח). דהרמב"ם כ' וז"ל קטן היודע בטיב משא ומתן שאין לו אפוטרופוס שנשא ונתן במטלטלין וטעה דינו כדין הגדול. פחות משתות מחילה, שתות תחזור ההונייה, יתר על שתות בטל מקח עכ"ל. והשיג הראב"ד וז"ל אומר אני שהקטן אין לו מחילה כדאמרי' יתמי לאו בני מחילה נינהו עכ"ל. ולכאורה הרמב"ם והראב"ד חלוקים בשאילה הנ"ל, דהיינו האם הדין בפחות משתות שהמקח קיים הוא משום דזהו המחיר בדרך מקח וממכר דעלמא או משום שיש בזה מחילה. דלראב"ד הדין חל מטעם מחילה ולא שייך בקטנים דלאו בני מחילה נינהו. ואילו לרמב"ם הדין חל מחמת דהוי דרך מקח וממכר, ומשו"ה חל אף בקטנים.

וע"ע בשו"ע (חו"מ רכ"ז: ו') וז"ל יש להסתפק אם מותר להונות את חבירו בפחות משתות עכ"ל. ועיי"ש בסמ"ע (אות י"ד) שהוא ספק ברא"ש, דמסתפק האם פחות משתות מקחו קיים משום דדרך מקח וממכר הוא ולכן מותר לכתחילה שאינה חלות אונאה כלל, ומאידך אם הדין מיוסד במחילת המתאנה אסור הוא לכתחילה משום דחל איסור אונאה. וברמב"ן עה"ת הכריע שיש איסור להונות פחות משתות.

ולכאורה שתי הדיעות ברא"ש המובאות בשיטה מקובצת הן אותם שני הצדדים בספקו המובא בטור בנוגע לחלות איסור האונאה בפחות משתות. אך צ"ע בראב"ד, כי אינו משתמש בסברת מחילה בנוגע לחילול הקדש אליבא דרב חסדא, ומאידך הוא השתמש בסברת מחילה בנוגע לקטנים, וקשה, דהיה יכול לומר שהקדש אינו בר מחילה, ולפי' יש אונאה אפי' פחות משתות, ולמה לא השתמש הראב"ד בסברא זו בהקדש כמו בקטנים. ולתרץ את הסתירה נראה לומר שאף הראב"ד ס"ל כשיטת הרמב"ם דפחות משתות הוי דרך מקח וממכר ושיעור ממון לענין אונאה, אלא שסובר דשיעור ממון זה תלוי בגברא המתאנה. ובאנשים גדולים, דבני מחילה הם, נקבע שיעור הממון דאונאה בשתות משום דדרך מקח וממכר של אנשים גדולים הוא לא להקפיד ולמחול על פחות משתות. ולפיכך בנוגע להם פחות משתות אינה נחשבת לאונאה כלל, אפילו בלי מחילה מפורשת. משא"כ לגבי קטנים, דלאו בני מחילה נינהו, שאצלם אפילו פחות משתות נחשב לחפצא של ממון שיש בו אונאה. וכעין זה מצינו (סנהדרין דף נז.) בדיני בני נח הנהרגים על גזילת פחות משו"פ משום דלאו בני מחילה נינהו. ואילו בבנ"י שיעור ממון הוא פרוטה דאפחות משו"פ מוחלים. דאין הפירוש בזה שדינם דבנ"י תלוי במחילה מפורשת מכל

גברא וגברא ובכל מקרה ומקרה. אלא שמשום דבנ"י בני מחילה הם התורה קבעה את שיעור הממון אצלם בשו"פ, דלבנ"י פחות משו"פ אינו ממון כלל, ואילו אצל בני נח משום דקפדנים הם, אפילו פחות משו"פ הוי חפצא דממון כפי קביעת התורה. וה"ה באונאה - דלגבי אנשים גדולים שתות הוי שיעור הממון דאונאה, ואילו לגבי קטנים שיעור הממון דאונאה חל בשו"פ, ואפילו בפחות משתות.

והראב"ד סובר דכ"ז נכון בנוגע לקטנים. משא"כ בהקדש, דסד"א דשיעור הממון באונאת הקדש הוי אותו שיעור ממון דאצל אנשים גדולים במקח וממכר שלהם, ולכן סד"א דשיעור הממון דאונאה לגבי הקדש שוה לשיעור הממון דאנשים גדולים דהיינו שתות, קמ"ל גזיה"כ דהערכה דשאני הקדש מהדיוט דאפילו בפחות משתות אין חילול ההקדש חל מחמת הערכה. והיא גזיה"כ בפני עצמה דחל בחילול הקדש בלבד ולא שייך לדין דקטנים, ומשו"ה לא השווה הראב"ד את דיניהם, והוא ביאור נפלא בשיטתו.

דף נז:

גמ'. רבית דהקדש היכי דמי כו'

א.

ביסוד היתר רבית להקדש מדאורייתא

עיין בשיטה מקובצת בשם הרא"ש והר"ן דההיתר דרבית בהקדש חל מדין דאורייתא. והביאו אופן לזה וכגון שנדר אדם ליתן מאה סלעין להקדש ותבען ממנו הגזבר ולא היו בידו המעות והרוויח לו הגזבר זמן שישלם מאה ועשרים. והנה בחיוב רבית עבור הרווחת זמן ההלוואה פליגי הרמב"ם והראב"ד, דכתב הרמב"ם (פ"ו מהל' מלוה הל"ג) וז"ל הורו רבותי שהמלוה את חבירו ולאחר זמן תבע חובו ואמר לו הלוה דור בחצרי עד שאחזיר לך חובך הרי זה אבק רבית לפי שלא קצץ בשעת הלואה שנ' לא תתן לו בנשך עכ"ל. והראב"ד השיג וז"ל חיי ראשי לא יפה הורו שאם הגיע זמן הפרעון וארווח ליה זמניה משום ההוא דירה כשעת מתן מעות דמיא עכ"ל. ויוצא שהרא"ש והר"ן מסכימים עם הראב"ד דחל איסור רבית מדאורייתא בקציצת רבית בשעת הרווחת זמן ההלוואה ודלא כהרמב"ם. ונראה דיש לדון עוד בשיטתם, שהרי בביאור שיטת הראב"ד לכאורה יש לפרש בב' אופנים: א) דשעת הרווחת הזמן בעצמה הוי זמן דאורייתא לקציצת רבית. ב) דשעת הרווחת הזמן נחשבת כשעת מתן מעות מחדש, וכאילו באותה שעה דהרווחת הזמן המלוה הלוה ללוה את מעות המלוה מחדש. ולפי הצד השני לכאורה יש לומר דהראב"ד חולק על הראשונים הנ"ל (הרא"ש והר"ן), דהא מלכתחילא חסר כאן מתן

מעות הלוואה ממלוה ללוה דהרי התחייב בחוב להקדש מחמת נדר, ולא היה כאן מתן מעות בתורת הלוואה כלל, ויתכן דבחוב שלא חל מחמת מתן מעות ליכא איסור רבית מדאורייתא. ועוד נראה דאפילו אם נאמר דמי שהתחייב מעות לחבירו בקנין, ואח"כ קצץ רבית להרווחת זמן שחל איסור רבית דאורייתא, י"ל דהיינו משום דההתחייבות בשעה הראשונה חלה מחמת קנין ממון, ובכך הוי דומה להלוואה ונאסר באיסור רבית מדאורייתא. משא"כ כאן, דעיקר ההתחייבות חלה מחמת נדר, דאינו מעשה קנין, אלא חלות דין דאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט, כלומר, שהנדר, דבעצם הוי מעשה איסור, מחדש נמי חיוב ממון, אך מכיון דעיקר מעשה המחייב מעיקרא אינו מעשה קנין ממון י"ל דלא חל בחיוב זה איסור רבית דאורייתא, ואפילו להראב"ד ודלא כהרא"ש והר"ן.

ועיין במאירי דס"ל דפליגי רב הושעיא ורב פפא, דלרב הושעיא רבית דאורייתא אסורה להקדש והותרה רק רבית דרבנן בדרך מקרה, ואילו לרב פפא אפילו רבית דאורייתא הותר להקדש ופסקינן כרב הושעיא.

וע"ע ברמב"ן וז"ל וי"מ שהברייתא עצמה דהמקבל רק פירושה מי שקבל עליו נדבה לספק סלתות בסלע והיו ד' סאין בסלע ועמדו מג' מספק מד' ובכה"ג משכחת רבית דאורייתא עכ"ל. ויוצא דלי"מ ברמב"ן התחייבות דעלמא ואף מחמת נדר, הויא כמו שעת מתן מעות דהלוואה וחל עליה איסור רבית דאורייתא. וכך פירשו את האוקימתא דרב הושעיא דמיירי באופן כזה. ומאידך רש"י פירש את האוקימתא דרב הושעיא דמיירי ברבית בדרך מקח דבהדיוט הוי רק איסור רבית מדרבנן, דמותרת להקדש. ומשמע דסובר רש"י דלפי רב הושעיא ליכא היתר רבית מדאורייתא להקדש דכל הקולא דרבית בהקדש הוא רק מדרבנן כמאירי. ויתכן דרש"י סובר שחיוב נדר אינו נחשב למתן מעות דאורייתא לענין רבית, ומשו"ה נמנע מלפרש כהרמב"ן.

ב.

תוס' ד"ה לספק.

עיין בתוס' דף נז: ד"ה לספק וז"ל וליכא למימר שיחלל על פרוטה עכ"ל. לכאורה צ"ע דאם חלל כל קדושת הסלע על הפרוטה, כשנותנו הסלע לספק סלתות שוב הו"ל דהדיוט, ומ"ש ממעילה שאחרי המעילה הו"ל דהדיוט, ואינה של הקדש.

וצ"ל דשאני מעילה מחילול. דבמעילה הוציא את הסלע מהקדש באיסור, ולכן הו"ל ממון הדיוט שקונה את הסלתות. משא"כ בחילול, שהוציא את הסלע לחולין בהיתר ולכן י"ל שהסלע שיצא לחולין ושנתנו הגזבר לפודהו עבור סלתותיו ניתן לו מדעת

הקדש, והקדש נחשב משו"ה כבעל הסלע שנתנו כדי לקנות הסלתות, ומשו"ה הו"ל קנייה דהקדש ולא קנייה דהדיוט.

בא"ד. כיון דבשעת חילול מחלל על דבר שאינו שוה זהו זילותא עכ"ל. ר"ל דבדיני הקדש אנו דנים על עצם מעשה החילול ולא על הרווחת ממון בעלמא. ולכן אסור לחלל הסלע על הפרוטה. ואע"פ דתהיה הרווחת ממון להקדש מהסלתות, אך עצם מעשה הפדיון הוא פחות משוויו ואסור.

בא"ד. כגון שהתנדב אדם כו' וכן בזוזי אם נתן ק' לאדם שיחזיר להקדש מאה ועשרים אסור דאפי' מדאורייתא נראה דאסור דחשיב כאילו מקבל מלוה עצמו כמו (קידושין דף ז.) **תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב דחשיב כאילו קבלה ממנו עכ"ל.** והנה בדין ערב דמקודשת קיימת מחלוקת בראשונים האם הוי כאילו קבלה האשה את הכסף עצמו ולפיכך היא מקודשת, או"ד דמקודשת בההיא הנאה דנעשית רצונה. ונ"מ באומרת לו לזרוק את הכסף לים - שמדין הנאה הריהי מקודשת ואילו מדין קבלת החפצא דהכסף אינה מקודשת שהרי הכסף לא הגיע לידי אדם, וא"א לומר בזה שכאילו הגיע הכסף לידה. ומתוס' דידן מוכח דס"ל דדין ערב הוי כאילו הכסף עצמו הגיע לידה, ומשו"ה ס"ל דאף בדיני רבית אמרי' שאם הלוה שילם את הרבית לאדם שלישי עפ"י ציווי המלוה הו"ל רבית, כי קבלתו חשובה כאילו המלוה עצמו קיבל את הרבית[403].

בא"ד. והא דשרי בסמוך דאוזיל אבנים בק"כ היינו שהגזבר עצמו נותנן וגם אבנים הם דמוכחא מילתא שהם של הקדש עכ"ל. לכאורה צ"ע, שמאחר שבונין בחול הרי האבנים הם בבעלות דהדיוט, וא"כ היאך חל כאן דין אין רבית להקדש.

ונראה דאיתא במס' ב"ב (דף עט:) שמים שנפלו לבור של הקדש אין בהם מעילה. ועיין שם בריטב"א שהביא ב' פירושים בראשונים - א) דס"ל כהר"י שחצר קונה מטעם יד ואין קנין יד וחצר קונים להקדש, וב) כהרמב"ן שאע"פ שבאמת חצר קונה להקדש אך אין בקנינו דין מעילה מפני שחסרה קדושת פה דמעילה חלה רק בקדושת פה בלבד. ולפי הרמב"ן ניתן לבאר את הדין דאבנים אליבא דר"פ. דכשבונין בחול, הקדש שפיר קנה את האבנים בקנין חצר אלא שחסרה קדושת פה, ולפיכך אין בהם מעילה. ובכן הלוואת האבנים היא מממון הקדש[404], שהקדש הלוותן בשביל רבית. ויתכן דזוהי נמי כוונת התוס' שלפנינו.

[403] ועיין במחנה אפרים הל' ריבית סימן י"א, ובס' ברכת שמואל עמ"ס קידושין סימן ו'.

[404] והממון הוי של הקדש אך בלי חלות קדושה דהוי חול ומותר להנאת הדיוט כשקבלו מהגזבר. וצ"ע לפי יסוד הגר"ח זצ"ל המובא כמה פעמים בשיעורים, דיסוד חלות קדושת בדק הבית הוא חלות ממון הקדש וקנינו, היאך יתכן לרמב"ן חלות ממון הקדש וקנינו בלי חלות קדושה, וצ"ע.

ג.

בדין רבית להקדש ולצדקה

ועיין בתוס' (מנחות דף צ: ד"ה מארבע) וז"ל (שם) ומיהו לפי טעם זה היה מותר להוליך מעות הקדש לסחורה כדי להשתכר בהן וזהו תימא דא"כ אמאי לא אשכחן רבית בהקדש בכה"ג בפ' הזהב, לכן נראה דאין נכון לעשות כן או משום בזיון הקדש או משום שלא יבא לידי מעילה עכ"ל. ויל"ע בכוונת התוס' - האם התכוונו שישתכרו במעות הקדש במקח וממכר ברבית דרבנן או"ד דמותר אפילו בהלוואה וברבית דאורייתא. ולכאורה למסקנתם שאינו נכון לעשות כן, אבל מעיקרא דדינא מותר, תהיה נ"מ גדולה האם התכוונו לרבית דאורייתא או לדרבנן. ולעיל (אות א') הבאנו מחלוקת הראשונים האם הקדש מותר ברבית דאורייתא או לא.

וע"ע בתשובות מיימוניות (רמב"ם ס' משפטים אות י"ד) הדן האם צדקה שוה להקדש ומותר להלוות מעות צדקה ברבית או לא. והנה ממון עניים וצדקה הו"ל ממון שאין לו תובעים דפטור מזיק מנזקם. אך אין בצדקה חלות קדושה כמו שחלה בהקדש. ובכן י"ל שאם היתר הרבית בהקדש מיוסד בבעלות דהקדש דשונה מבעלות דהדיוט, אזי ה"ה בצדקה דהוי ממון שאין לו תובעים המהוה חלות שם בעלות מיוחדת דאינה שוה לבעלות דהדיוט, ולכן כמו דרבית מותרת בהקדש ה"ה בצדקה. מאידך י"ל דאם ההיתר דרבית בהקדש מיוסד בחלות קדושה אזי אין לדמות צדקה להקדש, ורבית בצדקה אסורה. (ועיין במאירי לסוגיין שדן בזה).

ויתכן עוד ביאור בקולת הראשונים להלוות ממון צדקה והקדש ברבית, דס"ל דאיסור רבית חל רק ברבית בין הדיוט להדיוט משום דהלוואתם מהווה "עסק" להרוויח ממון, והרווחת ממון בעסק של רבית אסורה מן התורה. משא"כ בממון הקדש וצדקה, י"ל דכל חלות שם "עסק" לא חל בהם, דהו"ל חפצי שמים ומצוה, ולכן הלוואתם לא חשובה ל"עסק", ומשו"ה רבית דהלוואתם מותרת מאחר דאינה "עסק".

בא"ד. (**שם**) **וכי תימא אפילו ריבית קצוצה לישתרי שילוו העשירים מאה של חולין לשלם להקדש מאה ועשרים כו' אבל הכא גזרינן כו' ועוד דאפילו כה"ג אסור מדאורייתא דחשיב כאילו הויא הנאה למלוה כיון דקעביד על פיו כגון תן מנה כו' מדין ערב עכ"ל.** ויוצא שקיימת מחלוקת בין שתי דיעות בתוס' בהלוואת מלוה ע"מ שישלם הלוה הרבית להקדש, האם הוי רבית דהדיוט דמדאורייתא אסורה או דהוי רבית דהקדש דמדאורייתא מותרת. ובפשטות נראה דפליגי האם קבלת הרבית בידי הקדש הוי כאילו הגיע הרבית למלוה או לא. דהיינו דפליגי ביסוד דין ערב המועיל בקידושין

- האם קבלת האדם השלישי של הכסף נחשבת כאילו קבלה האשה עצמה את הכסף לקידושין בידיה, ולענייננו שהמלוה עצמו קבל את הרבית דההלוואה בידיו. או"ד דדין ערב אינו אלא משום שיש הנאה בעלמא לאשה שנעשה רצונה, אך הכסף עצמו לא חשוב כאילו הגיע לידה עבור הקידושין, וכמו"כ לא הגיע הכסף לידי המלוה בהלוואה, והו"ל רבית דהקדש ומותר.

ולכאורה עוד יתכן לומר דפליגי האם שייך דין ערב בהקדש. די"ל דדין ערב חל בין הדיוט להדיוט, דקבלת האדם השלישי נחשבת כאילו האדם הראשון עצמו קבל את הכסף, דהו"ל כידה אריכתא. משא"א לומר כן בהקדש, כלומר דתהוי הקדש יד אריכתא דהדיוט, ומשו"ה ברבית המשתלמת להקדש אין הכסף חשוב כאילו הגיע למלוה עצמו דהוי הדיוט, ומותר מדאורייתא.

בא"**ד**. (**שם**) **ולא דמי לאבני בנין שאין לגזבר חלק בהן עכ**"**ל**. צ"ע בכוונת התוס'. והנה למעלה (סוף אות ב') דננו בכוונת ר"פ באבני בנין, וביארנו אותה עפ"י שיטת הרמב"ן בחצר הקדש, דס"ל דחל קנין ממון להקדש בלי חלות קדושה משום דחסר קידוש פה. וזהו יסוד הדין באבני בנין דקנויין הן להקדש בלי קדושה דחלה בחפצא, ומדהויין ממון הקדש בעלמא מותר לגזבר להלוותן ברבית, דאין רבית אסורה מן התורה להקדש.

אמנם הבאנו לעיל שהר"י חולק על הרמב"ן, ומשמע דס"ל לר"י דמדחל קנין ממון להקדש ממילא חלה נמי קדושת חפצא לאוסרו במעילה[405]. ואליביה עדיין עלינו לבאר את שיטת ר"פ באבני בנין.

ויתכן לר"י דאבני בנין הריהן חולין, ואינן ממון הקדש כלל אלא ממון הדיוט של הבעלים שנדבן לבנין, דהיינו שמסר ההדיוט את אבניו להקדש לעשות בהן מה שהקדש רוצה, דלא איכפת ליה לבעל האבן באיזה דרך ישתמש הקדש באבניו. ונמצא שהאבנים שבידי הגזבר ממון הדיוט הן אלא שברשות הגזבר לעשות בהן מה שרוצה לטובת הקדש. והגזבר החליט להלוותן ברבית להרווחת הקדש, ומותר לו לעשות כן, משום שאין רבית להקדש. והקשו תוס' דלמה לא יאסר לגזבר להלוותן מדין ערב כמו שאסור להדיוט להלוות מעותיו לחבירו שחבירו ישלם רבית להקדש דאסור מדין ערב, כלומר שכשהקדש מקבל את הרבית הריהו כאילו הגיעה הרבית לידי המלוה, דה"ה כאן בהלוואת האבנים הקנויות עדיין להדיוט, כשמשלם הלוה את הרבית להקדש, מדין ערב היה צ"ל כאילו שילם הלוה את הרבית לבעל האבן דהוי הדיוט והיה צ"ל אסור.

[405] וכדין בדק הבית אליבא דהגר"ח זצ"ל דחלות קדושתו משום דהוי ממון הקדש וקנינו.

ועל זה תירצו התוס' דאין הגזבר בעל האבן. כלומר, דרבית אסורה במעות שהלוום המלוה שהוא בעל המעות ללוה. אך כאן בעל האבנים לא הלוותן ללוה, אלא הגזבר הלוותן ברשות בעל האבנים. ולכן אע"פ שיש כאן הלוואה אך אין כאן חלות שם "מלוה" כי בעל האבנים לא הלוותן אלא שאינו מקפיד על הגזבר והגזבר שהלוותן הרי אינו הבעלים, ומשו"ה ליכא כאן איסור רבית בהלוואה מהדיוט, אלא היתר רבית בהלוואה מהקדש.

בענין גניבת קרקעות

גמ'. אין בהן תשלומי כפל. מנה"מ דת"ר על כל דבר פשע כלל על חמור על שה על שלמה פרט על כל אבדה אשר יאמר חזר וכלל, כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון אף כל דבר המטלטל וגופו ממון יצאו קרקעות שאינן מטלטלין יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות יצאו שטרות שאע"פ שמטלטלין אין גופן ממון, הקדשות אמר קרא רעהו רעהו ולא הקדש.

א.

גניבת קרקע

מבואר במשנה (לעיל נו. ובשבועות מב ב) דליכא תשלומי כפל בגניבת קרקע. ועיין בתוס' בשבועות (דף מב:) ד"ה ואין בהן תשלומי כפל. וז"ל דאפי' בקרקע שייכא גניבה כגון מסיג גבול עכ"ל. וכן קבע הרמב"ם בפ"ז מהל' גניבה הלי"א שהמסיג גבול רעהו בסתר עובר בלא תגנוב.

ועוד תירצו התוס' (שם) וז"ל א"נ בגפנים טעונות והלא טוען טענת גנב וכו' עכ"ל. ולכאורה צריך עיון דהרי אין שמירה בקרקע ולמה יעלה על הדעת שיחול חיוב טט"ג דהוי חיוב שחל דוקא בשומרים. ונראה שתוס' בתירוץ הזה ס"ל כשיטת הרמב"ם (פ"ב מהל' שכירות הל"ג) דיש חלות שמירה בקרקע וחייב השומר בפשיעה, ומיירי שנשבע בגלגול שנגנבו וחלה חלות שבועת השומרים, ולכן יתכן שיתחייב מדין שומר שטט"ג, קמ"ל דפטור.

וכן איתא נמי בתוס' שבועות (דף מב: ד"ה על) דמיירי דנשבע בגלגול. וצ"ע בזה, שכשנשבע בגלגול לכאורה אינו נשבע שבועת השומרים אלא שבועת דיינים בעלמא, וא"כ למה יתחייב בטט"ג. וצ"ל דחיוב טט"ג חל בשומר גם כשנשבע שבועת הדיינים בעלמא ואע"פ שאינה שבועת השומרים, ולא דמי לקפץ ונשבע דפטור מטט"ג דשם אינו נשבע שבוה"ד כלל ולא הוי אלא שבועת ביטוי בעלמא, ומשו"ה פטור, משא"כ בנשבע

בגלגול שבועה דנשבע שבוה"ד ומשו"ה חייב. א"נ י"ל דמדין גלגול שבועה חל עליו חיוב לישבע שבועת השומרים ומשו"ה חייב בטט"ג.

והנה כתב הרמב"ם (בפ"א מהל' טוען ונטען הלי"ב) וז"ל ועד היכן כח גלגול עד שיאמר ובכלל שבועה זו שלא נמכרת לי בעבד עברי ועדיין עבדי אתה עכ"ל. ומוכח דס"ל שנשבע בגלגול שבועה אחת הכוללת גם את ענין השבועה הראשונה וגם את הענין שבגלגול. ויוצא לפי הרמב"ם שגלגול שבועה הויא חפצא של שבועה אחת ביחד עם השבועה הראשונה. וא"כ י"ל דבציור דהתוס' אינו נשבע שבועת השומרים דהא השבועה הראשונה איננה שבועת השומרים וגלגל את ענין השמירה בתוכה. וצ"ל דשבוה"ד בעלמא נמי מחייבת בטט"ג ואע"פ שאיננה שבועת השומרים.[406]

אמנם יש דרך אחרת לבאר את תירוצם של התוס', דהיינו דס"ל כצד א' ברשב"א ובר"ן (שבועות דף מב:) דשומר קרקע נשבע שבועת השומרים דאורייתא, דהדין שאין נשבעין על הקרקעות חל רק בשבוה"ד הבאה מחמת טענה, דאין טענת קרקע מחייבת שבועה, ומ"מ נשבעין שבועת השומרים על קרקע דחיובה חל בלי טענה. והרשב"א והר"ן ס"ל דהא דאימעיט קרקע משמירה היינו דאיתמעיט מתשלומי שומר ואף מפשיעה דש"ח על קרקע פטור מלשלם, ומ"מ חלות שמירה חלה אקרקע וחייב שומר קרקע בהשבה, ואם שלח בה יד חייב מדין שליחות יד. ולפיכך ס"ל לרשב"א ולהר"ן דשומר קרקע חייב לישבע שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו, וחייב בטט"ג דנשבע שבועת השומרים. ולפי"ז אין הכרח דהתוס' סוברים כשיטת הרמב"ם דהפושע בקרקע חייב, דיתכן דסוברים שהפושע פטור דכך היא שיטת התוס' דעלמא (עיי"ש בשבועות דף מב: בתוס' ד"ה ש"ח) אלא דאעפ"כ הוי שומר וחייב בהשבת הפקדון דקרקע ונשבע עליה שבועות השומרים שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו, ומשו"ה הטט"ג בקרקע הריהו חייב.[407]

וע"ע בתוס' ב"ק (סב ב ד"ה יצא) שהוסיפו קצת על תירוץ זה וז"ל כי ההיא די' גפנים טעונות וטוען שנגנבו לו ה' ונמצא שהוא גנבם עכ"ל. ולכאורה ר"ל שתלשם וגנבם לעצמו. ומבואר מתוס' שאם בשעת ההפקדה הפקדון היה מחובר לקרקע, אזי פטור מחיוב טט"ג אף שנתלש בשעת שבועה.

וקשה שבאופן זה הרי השומר גנב תלוש בידים וא"כ לכאורה יתחייב מדין גנב דעלמא. וצ"ל שהתוס' סוברים כדעת הראב"ד בפ"ד מהל' גניבה (הל"י) ששומר שגנב מרשותו אינו גנב ולפיכך אינו חייב בשביל מעשה גניבת התלוש. ודלא כשיטת הרמב"ם הסובר

[406] בענין גלגול שבועה עיין עוד ברשימות שיעורים למס' שבועות דף מט. ד"ה איכא בינייהו.
[407] עיין לעיל בשיעורים בענין פטורי השומרים אות א'.

ששומר שגנב הפקדון מרשותו גנב הוא וחייב לשלם כפל. והגר"ח זצ"ל ביאר דלפי הראב"ד גניבה חלה רק כשיש מעשה גניבה מרשות הבעלים ולא בשומר שגנב מרשותו. ולכן לתוס' תלישת השומר לא חשיבא גניבה. ברם אם השומר טען טענת גנב בפקדון שבשעת ההפקדה לשמירה הפקדון היה קרקע דינו תלוי בחלות דין גניבה בקרקע ופטור.

ומתוס' חזינן שבהפקיד קרקע ותלשו ונשבע שנגנבו שפטור מטט"ג, כי אזלינן בתר המחייב דהשבועה דהוי קרקע כבשעת תחילת השמירה. ויעויין ברשב"א (מס' שבועות דף מב: ד"ה עשר גפנים) שהאריך בנידון זה ומסיק שלא כתוס' דלא אזלינן בתר המחייב דהשמירה דהוי קרקע אלא בתר עצם שעת השבועה דהוי מטלטלין.

ובנוגע לדיון זה עיין ברמב"ם בפ"ה מהל' טוען ונטען (הל"ב) שכתב ז"ל וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידה והרי הוא חייב לשלם בין שטענו שחפר והוא אומר לא חפרתי או שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא חפרתי אלא אחת או שהיה שם עד אחד שחפר והוא אומר לא חפרתי כלום הרי זה נשבע היסת על הכל עכ"ל. הרמב"ם פסק שהמודה במקצת בנזק קרקע פטור מלישבע שבועה מדאורייתא כי דמי קרקע דינם כקרקע. והשיג עליו הראב"ד וז"ל נראין דברים שתבעו למלא החפירות ולהשוות החצרות אבל אם תבעו לשלם פחתו ה"ה כשאר תביעת ממון, וכמו שאמר לו חבלת בי שתים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת עכ"ל. כלומר מ"ש מודה במקצת מזיק קרקע ממודה במקצת חבלה שזה פטור משבועה וזה חייב.

ולכאורה יסוד שיטת הרמב"ם במזיק קרקע הוי דאזלינן בתר המחייב דהשבועה דהוי קרקע ואע"פ שעצם תביעת התשלומין הריהן מעות דהויין מטלטלין, ואילו הראב"ד סובר דאזלינן בתר התשלומין דהויין מטלטלין ולא בתר המחייב. וכן נקט הרשב"א בביאור מחלוקתם. ובנוגע לקושיית הראב"ד מחבלה תירץ הרשב"א דרק עבדים הוקשו לקרקעות ולא בני חורין דדינן כמטלטלין ומחייבין שבועה אפילו אליבא דהרמב"ם, ומשו"ה חל חיוב שבועת מודה במקצת בחבלה.

אך ביאור זה לכאורה קשה בשיטת הרמב"ם שהרי פסק דבן חורין הריהי כקרקע לענין אונאה וכדכתב בפי"ג מהל' מכירה (הלט"ו) וז"ל השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן עכ"ל. וא"כ הדרא קושיית הראב"ד לדוכתא.[408]

[408] ובביאור שיטת הרשב"א ברמב"ם י"ל לפי"מ שאמר רבנו זצ"ל פעם בשיעור דיתכן דהרמב"ם סובר דעצם הגוף דבן חורין דינו כמטלטלין וכדפסק לענין חבלה, אך פעולת האדם דינה כקרקע דהא פועל דומה לעבד עברי וע"ע דומה לעבד כנעני דכקרקע דמי.

וביאר הגר"ח זצ"ל שלדעת הרמב"ם חיוב שבועת מודה במקצת תלוי בעיקר חלות החיוב ולא בתשלומין עצמן. ובכן חלוקים נזקי ממון מחבלה. דעיקר החיוב בנזקי ממון הוא החזרת החפצא שהפסיד למצבו הראשון אלא שהתשלומין הם במקום החפצא. ומשום כך בנזק קרקע דמי קרקע כקרקע דמי שכן עיקר החיוב במזיק קרקע הוא להחזיר את הקרקע למצבו הראשון, אלא שמאחר שבלתי אפשר לעשות את זאת משלם דמים תחת הקרקע. ובכן המודה במקצת נזק קרקע פטור לישבע הואיל ועיקר חיוב של המזיק הוא קרקע. ומאידך עיקר החיוב בחבלה אינו החזרת גוף הנחבל למצבו הראשון אלא חיוב ממון בפני עצמו ולא בתורת חליפי הגוף. ובהתאם לכך מי שמודה במקצת חבלה חשוב למודה במקצת ממון ונשבע. והגר"ח זצ"ל הוסיף שחיוב התשלומין בחובל הוא מדין עונש, ובעונש אין לחייבו להחזיר את החפצא שהזיק למצבו הראשון אך תשלומי הדמים הם העונש. והראייה לכך משיטת הרמב"ם בפ"ה מהל' חובל (הל"ו) שנזק דחבלה בדומה לצער ובשת הוי קנס ולא ממון והמודה בקנס דנזק פטור. חזינן שתשלומי חובל הם חלות עונש ויסודם חיוב קנס ולא חיוב ממון[409].

מאידך בחיוב מזיק דמי הנזק הם חליפי החפצא שהוזק כי עיקר החיוב הוא החזרת החפץ שהוזק למצבו הראשון. וסיוע לכך עולה אף משיטת הראב"ד דס"ל שבהזיק קרקע ניתן לתבוע מהמזיק למלא את החפירות ולהשוות את החצרות, ולכאורה דינו תמוה. ונראה לבאר דבריו לפי מה שנתבאר דעיקר החיוב במזיק הוא להחזיר את החפץ שהוזק למצבו הראשון וזה יסוד התביעה למלא את החפירות ולהשוות את החצרות. אמנם בשאר הדברים הניזוקים לא יתכן לתבוע תביעה כזאת כי א"א להחזיר את החפץ למצבו הראשון ממש שכן פנים חדשות באו לכאן. למשל אם שבר כסא ותקן אותו לא החזיר אותו כסא לקדמתו אלא יצר כסא חדש לניזק, ומשו"ה חייב לשלם דמים תחת הכסא. ואילו בקרקע סדנא דארעא חד הוא וכשימלא את החפירות הרי יחזיר אותה הקרקע עצמה למצבה הראשון. דזהו עיקר החיוב דמזיק, ולכן ניתן לתבוע כך.

ולפי"ד הגר"ח זצ"ל מבואר דהרמב"ם סובר דאזלינן בשבועות בתר עצם חלות החיוב ולא בתר המחייב שלא כתוס' דאזלו בתר עיקר המחייב, ושלא כדנקט הרשב"א דהרמב"ם אזל בתר המחייב.

ב.

דין קרן בגזילה וקרן בגניבה

[409] אמנם כל הדיון במודה במקצת חבלה מיירי באונס ומפתה דהנזק ופגם בנערה הוי חיוב ממון ולא חיוב קנס, דבקנס לא שייך דין מודה במקצת דהא מודה בקנס פטור, וא"כ מנזק דחבלה דהוי קנס ועונש אין הוכחה לפגם דנערה אי הוי עונש או אי הוי חיוב ממון בעלמא כמו בנזקי ממון.

ועוד צ"ע ל"ל קרא למעט הגונב קרקע מכפל, הרי יש פסוקים אחרים הממעטים קרקע מקרן דגזלן (ב"ק דף קיז:), ואם קרן דגזלן ליכא, כפל בגנב מנ"ל. ועיין בתוס' הנ"ל (בב"ק) וז"ל וא"ת גניבה בקרקע היכי שייכא וי"ל במשיג גבול א"נ במחובר לקרקע כי ההיא די' גפנים טעונות וטוען שנגנבו לו ה' ונמצא שהוא גנבם עכ"ל. והנה אליבא דהתירוץ השני בתוס' שמדובר בטט"ג ניחא כי סד"א שחיוב הקרן והכפל בטט"ג אינו תלוי בחיוב קרן וכפל בגזלן וגנב דעלמא, ובא הפסוק להוציא קרקע מגניבה דטוען טענת גנב.

ואליבא דהתירוץ הראשון בתוס' נראה שתשלומי קרן דגנב חלוק בעיקר דינו מחיוב תשלומי קרן דגזלן. דחיוב הקרן דגזלן נלמד מקרא "והשיב את הגזלה אשר גזל", משא"כ חיוב הקרן בגניבה שנלמד מהקרא "חיים שנים ישלם" המחייב קרן וכפל ביחד, ומהוה חיוב קרן חדש[410]. ולכן סד"א שלמרות מיעוט הגוזל קרקע מקרן, עכ"ז הגונב קרקע יתחייב בקרן וכפל, שכן חיוב הקרן בגנב הוא חיוב חדש של גניבה שחל עם הכפל, קמ"ל קרא שהגונב קרקע פטור אף מקרן וכפל דגניבה.

ג.

שיטת הראב"ד ביאוש בגזילת עבדים

כתב הראב"ד (פ"ט מהל' גזילה הל"א) ז"ל שהרי עשה עבדים כקרקעות לענין גזילה שהרי הזקינו אומר לו הרי שלך לפניך, מיהו הני מילי לענין כחושה אע"ג דלא הדרא גזילה מיהא בעינה איתא ואומר לו הרי שלך לפניך אבל מ"מ נגזלים הם ונקנית ביאוש דכתיב וישב ממנו שבי ואמרינן העבד שנשבה ופדאוהו לשם בן חורין אחר יאוש לא ישתעבד לא לראשון ולא לשני אלמא לאו כקרקע דמי דהא קני נפשיה ביאוש הלכך כשמת העבד או נשרף משלם את דמיו שהרי משמת אין שלו לפניו וכשמת לגזלן מת עכ"ל. דברי הראב"ד צ"ע, דמ"ש יאוש שקונה בעבד משינוי שאינו קונה; וכן צ"ע מ"ש במת העבד דחייב לשלם ואילו כשהזקין העבד אינו חייב לשלם.

וביאר מרן הגר"ח זצ"ל בספרו על הרמב"ם (פ"ט מהל' גזילה ה"א) דאע"פ שעבד הוקש לקרקעות היינו דוקא לענין שאין בעבד חלות גזילה גמורה עם קניני גזילה, אולם אף בעבד חל מעשה גזילה. ונ"מ לענין הדין דשינוי קונה ולענין הדין דיאוש קונה. דנ"ל דקנין שינוי חל מדין קנין גזילה, ולפיכך מאחר שעבד מופקע מחלות קנין גזילה אין בו קנין שינוי. מאידך יאוש קונה אף באבידה ועל כרחך דקנין יאוש אינו תלוי בחלות דין קנין גזילה אלא בחלות שם אבידה בלבד, ומאחר שחל בעבד מעשה גזילה שפיר חל

[410] עיין עוד ברשימות שיעורים לב"ק דף סה. ד"ה ענין קרן כעין שגנב וכפל כשעת העמדה בדין. וע"ע שם בהקדמה לפרק מרובה.

בעבד שם אבידה והוי חפצא דאבידה שנקנית ביאוש. ונראה דבזה שאני עבד מקרקע, דבקרקע אין מעשה גזילה חל כלל מכיון דלא ניידא, ואילו בעבד יש מעשה גזילה, וגזילת העבד עושה אותו אבוד כאבידה. ומשו"ה יאוש קונה בעבד הגזול דמועיל מדין קנין יאוש דאבידה, ומאידך יאוש אינו קונה בקרקע גזולה, דמדלית בה מעשה גזילה אינה חפצא דאבידה ולא נקנית ביאוש דאבידה.[411]

ובנוגע לקושיא השניה ביאר הגר"ח זצ"ל שהגוזל עבד חייב בתשלומין מפני מעשה הגזילה. ולכן כשמת העבד חייב הגזלן לשלם מדין תשלומי גזילה, ואילו בהזקין העבד שהגזילה קיימת ולא קנה אותה הגזלן בשינוי, הגזלן פטור מלשלם בטענת הרי שלך לפניך.

ד.

יאוש בקרקע גזולה

הבאנו בשם הראב"ד שיאוש קונה בעבדים הנגזלים. ואילו קרקע אינה נגזלת כלל ואף אינה נקנית ביאוש. מאידך בתוס' למס' סוכה (דף ל: ד"ה וקרקע) יש דיון אם קרקע גזולה נקנית ביאוש.

וז"ל וכי תימא משום דקא סבר יאוש כדי לא קני ושינוי רשות לא שייך בקרקע עכ"ל. לתוס' יאוש מועיל בקרקע למ"ד יאוש כדי קונה, ואילו למ"ד יאוש ושינוי רשות קונה אינו מועיל בקרקע. ושיטתם מחוסרת ביאור.

וי"ל דלמ"ד יאוש כדי קונה היינו דמועיל מדין יאוש דאבידה, כי גזילה היא גם חלות שם אבידה, וגם קרקע גזולה נחשבת לאבידה, כי יש חלות שם גזילה בקרקע כדי להשוותה לאבידה, ובכן יש קנין יאוש בקרקע גזולה מדין אבידה בדומה לעבדים לראב"ד (בפ"ט מגזילה הל"א) עיין בשיעורים למעלה ובביאור הגר"ח זצ"ל. משא"כ למ"ד דיאוש כדי אינו קונה, ודוקא יאוש ושינוי רשות קונים, י"ל דהקנין חל מדין קנין גזילה, ואין קנין גזילה חל בקרקע דאינה נגזלת ולפיכך אין בה חלות קנין יאוש ושינוי רשות.

אמנם יתכן פירוש אחר, והיינו דלא מטעם אבידה קאתינן אלא מטעם גזילה. כלומר שתוס' סוברים שקרקע אינה נגזלת לבדה אך בהדי יאוש נגזלת. דאין דין גזילה בקרקע שוה לדין גזילה במטלטלין, דמטלטלים נגזלים הם מיד בהוצאה מרשות הבעלים.

[411] עיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק (עמ' שנ"ד, ת"ד, ועמ' תקע"ט). ולכאורה צ"ע דהא מצות השבת אבידה חלה באבידת קרקע (עיין לעיל דף לא.), ומשמע קצת דחל בקרקע שם אבידה וא"כ צ"ע אמאי אינה נקנית ביאוש. וי"ל דאין זו אלא חובת גברא להציל את הקרקע ובעליה מהפסד, ומ"מ גופא של הקרקע אינה חפצא דאבידה ולא נקנית ביאוש, דיאוש קונה רק בחפצא דאבידה בלבד. דחפצא דאבידה הוא רק דבר שאינו ברשות בעליו, ואילו קרקע תמיד ברשות בעליה נמצאת, ולכן אינה חפצא דאבידה ולא נקנית ביאוש. ועיין בשיעורים לעיל ריש פרק אלו מציאות.

מאידך בקרקע, אין גזילה חלה ע"י מעשה גזילה לבדו, דתמיד הקרקע היא ברשות בעליה ואין בה חלות מעשה גזילה בעלמא, אלא דבהדי יאוש חל מעשה גזילה גם בקרקע[412]. ולפי פירוש זה צריך ביאור למה לא חל יאוש ושינוי רשות בקרקע. ונראה דהנה בכל יאוש ושינוי רשות הקשו המפרשים, איך שייך שינוי רשות הרי אינו של הגזלן להקנותו ולא יתכן שינוי רשות כלל.[413] ואמר הגר"מ זצ"ל דבאמת שינוי רשות דקונה בגזילת מטלטלין הוא דוקא שינוי רשות ממש, כגון ע"י קנין חצר או בקנין משיכה לרשות הלוקח, אבל קנינים דעלמא בלי שינוי רשות במציאות ממש, כגון קניני כסף וסודר אינם מועילים. ולפי"ז מבואר למה בקרקע לא חל דין שינוי רשות, דלא שייך בה שינוי רשות ממש כמו במטלטלין, דהא קרקע לא ניידא וע"כ קרקע נמצאת תמיד ברשות הבעלים הראשונים, ואף אחרי שהלוקח עשה בה מעשה קנין, דקנין בעלמא לא מהווה שינוי רשות, דשינוי רשות אינו אלא כשהגזלן תופס במציאות את הגזילה בידיו וברשותו כבמטלטלין.

בא"ד. וז"ל הא טעמא דיאוש לא קני משום דבאיסורא אתא לידיה כו' והכא גבי קרקע נמי כבר נתייאש קודם שהחזיק בה הלוקח עכ"ל. לפי"ז יאוש ושינוי רשות קונים בקרקע. ויתכן לבאר את יסוד המחלוקת בין שתי הדעות בתוס' בנדון זה בתרי אנפי:

א) אליבא דהפירוש הראשון למעלה יתכן לומר שפליגי אם יאוש ושינוי רשות קונים מדין אבידה או מדין גזילה. אם הקנין חל מדין אבידה גם קרקע נקנה דשייך בה קנין אבידה, אבל אם יאוש ושינוי רשות קונים מטעם גזילה אינם חלים בקרקע דאינה נגזלת.

ב) אליבא דהפירוש השני למעלה י"ל דפליגי במה שיש לחקור בדין קנין גזילה דיאוש ושינוי רשות - האם גוף הקנין הוא היאוש, ושינוי הרשות פועל כתנאי עבור הקונה להחשיב את החפץ כבהיתרא אתי לידיה, או דילמא היאוש ושינוי הרשות מצטרפים ביחד להקנות את החפץ לקונה ושניהם הויין מגוף הקנין. ונראה דאם שינוי רשות הוא חלק מגוף הקנין י"ל דצ"ל שינוי רשות במציאות ואינו שייך בקרקע. אבל אם עיקר הקנין הוא מדין יאוש, ושינוי הרשות מהוה רק תנאי דבהיתרא אתי לידיה, שפיר שייך שינוי רשות בקרקע, דחזקת הלוקח בקרקע מועילה לשוייה בהיתרא אתי לידיה וקונה מחמת היאוש.

---

[412] וגזילה בהדי יאוש מהווה מעשה גזילה בקרקע, דהא הקרקע יצאה מרשות בעליה כשהתייאשו אחרי הגזילה. ולפי"ז מסתבר דלמ"ד יאוש בכדי אינו קונה דהגזלן יהיה חייב באחריות הקרקע שנגזלה מנתייאשו הבעלים ממנה בדומה לדין העבדים אליבא דהראב"ד. משא"כ לפי הביאור הראשון דקונה מדין אבידה ולא מדין גזילה דפטור מאחריות.

[413] עיין בקצה"ח סימן שנ"ג ס"ק א', וברשימות שיעורים עמ"ס ב"ק דף סז. בענין יאוש ושינוי רשות.

בא"ד. וז"ל ובירושלמי דכלאים כו' משמע דיש יאוש לקרקע וכו', מאימתי נקרא שם אנס על הכרם ליחשב כשלו שיאסר בזרייעתו משישקע שם בעלים ממנו ונקרא על שם האנס, ואע"פ שלא נתייאשו הבעלים דלא אמרו ווי ליה לחסרון כיס דאנן סברי דמיאשי ואפילו אמרי דלא מיאשי נעשה כצווח על ספינתו שטבעה בים ומיתסרא דאורייתא בזרייעת האנס אבל נתייאשו ולא נשתקעו לא מתסר מדאורייתא דקרקע אינה נגזלת כו' עכ"ל. עלינו להבין מדוע לדעה זו בתוס' קרקע נקנית לגזלן מדאורייתא דוקא משנשתקע שם הבעלים ולא ביאוש דעלמא.

ונראה שיש לפרש את השיטה הזו בשני אופנים - מטעם אבידה או מטעם גזילה: א) יתכן שתוס' סוברים שכאשר נשתקע שם הבעלים מהקרקע נעשתה הקרקע אבודה מהבעלים; דאע"פ שאין קרקע נגזלת מ"מ קרקע יכולה להיות אבידה, ואזי האנס קונה מדין יאוש דאבידה. ואילו כשלא נשתקע שם הבעלים ממנה הקרקע אינה חפצא דאבידה ובכן יאוש אינו קונה בה דיאוש קונה רק בחפצא דאבידה. ברם בנשתקע שם הבעלים אין צורך ליאוש בפועל, כי אע"פ שעומד וצווח - הרי הוא כמי שצווח על ספינתו שטבעה בים. ומסתבר, שהטעם הוא מפני שבטלה דעתו אצל כל אדם, כלומר יאוש אינו חלות דעת מקנה בפועל אלא גומר את חלות שם האבידה דבחפצא האבוד, והפקעת ממון הבעלים חלה מחמת חלות השם של אבידה גמורה דחלה בחפצא[414]. ולפיכך אף בנשתקע שם הבעלים, נגמר שם האבידה וממילא פקעה רשות הבעלים ממנה. עוד יתכן כי בנשתקע שם הבעלים ממנה אף הופך החפצא להיות אבודה ממנו ומכל אדם, כי א"א שהבעלים יקבלו את החפצא בחזרה, לכן בעלות הקרקע פקעה ממילא מדין אבודה ממנו ומכל אדם[415].

ב) ועוד יש לפרש דנשתקע שם הבעלים הופך את הקרקע לגזולה. מעשה גזילה רגיל אינו שייך בקרקעות דלא ניידי ואינן יוצאות מרשות בעלים במעשה גזילה רגיל. אבל משנשתקע שם הבעלים אפי' קרקע נגזלת. ברם נ"ל, שדין קרקע גזולה בשנשתקע שם בעלים שוה לדין עבדים לפי"ד הגר"ח זצ"ל בביאור הראב"ד, והיינו שיש בה מעשה גזילה בלבד אבל אין בה קניני גזילה. ונ"מ דיאוש חל בקרקע כי חלות דין יאוש תלוי רק

[414] ובכך מבואר המ"ד דס"ל דיאוש שלא מדעת הוי יאוש (לעיל כא ב) כלומר שבאופן זה השם אבידה שבחפצא כבר נגמר משום שהחפצא עומד ליאוש, ואין צורך ליאוש בפועל, ועיין לעיל בשיעורים לאלו מציאות.

[415] ואמר רבנו זצ"ל שאף בדין אבודה ממנו ומכל אדם יש מחלוקת בראשונים האם הפקעת הבעלות חלה מעצמה בלי יאוש בעלים כלל או"ד דאנן סהדי דהבעלים נתייאשו ואם הם צווחים בטלה דעתם אצל כל אדם. ולכאורה ברמב"ם יש סתירה, דבפי"א מהל' גזילה ה"י הרמב"ם מבאר שהאבידה מותרת כי הבעלים בודאי נתייאשו ממנו, ואילו בפט"ז מהל' גזילה ה"ז - ה"ח מבואר שהממון פקע בלי יאוש בעלים כלל, ועיין לעיל בשיעורים לאלו מציאות (דף כא:).

במעשה הגזילה. ומאידך אין שינוי קונה בקרקע, כי שינוי תלוי בקניני גזילה. וכך הוא דין הקרקע לפי הירושלמי, דהיינו שבנשתקע שם הבעלים יש מעשה גזילה וקנין יאוש - אבל אין קניני גזילה וקנין שינוי.

אלא דקשה, דהא קיי"ל יאוש כדי לא קני, והכא בקרקע יאוש כדי קונה. ואפשר לומר שהירושלמי סובר שיאוש כדי לא קני בגזילת מטלטלין דבאיסורא אתי לידיה (לעיל סו א) וכ"ז במטלטלין שבאו לידו של הגזלן ממש באיסור שהביא את הדבר הגזול לרשותו, ולפיכך יאוש כדי אינו קונה את המטלטלין בשבילו. אבל בקרקע דאע"ג דנגזלת לא נכנסה באיסור לתוך רשות הגזלן, מכיון דקרקע לא ניידא, ולפיכך אינה נחשבת לבאיסורא אתי לידיה ויאוש כדי קונה. דבאיסורא אתי לידיה היינו שבא לרשותו באיסור, ובקרקע לא מיחשבא בא לרשותו, דהא קרקע תמיד ברשות בעליה קיימת. ואפילו בנשתקע שם הבעלים ויש בה חלות מעשה גזילה, מ"מ החפצא אינו גזול ולא יצא מרשות הבעלים לרשות הגזלן[416], ולכן לא מיחשבא באיסורא אתא לידיה - ויאוש כדי קונה.

ה.

שיטת הרמב"ם בנשתקע שם הבעלים בקרקע

עיין ברמב"ם (פ"ה מכלאים הל"י) שמביא דין דנשתקע שם הבעלים בכרם גזול וזרעו אנס, שאף בלי יאוש בעלים, הכרם נאסר בכלאים מדאורייתא. הלכה זו צ"ע, דאין היא מתפרשת לפי שני הפירושים הנ"ל בתוס'. דהרי אבידה לפי הרמב"ם קנויה למוצאה דוקא ביאוש ממש - דפוסק יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש (פי"ד מגזילה ואבידה הל"ה) - וכאן באנס חסר מעשה יאוש. ואפי' באבודה ממנו ומכל אדם לכאורה מצריך הרמב"ם יאוש (שם פי"ד הל"ד). ואף אין משמע מהרמב"ם דהוי דין גזילה דעלמא, כי הרמב"ם לא הביא דין זה בהלכות גזילה, וגם לא קבע שם ששייך גזילה בקרקע דעלמא כשנשתקע שם הבעלים. ובכן צ"ע לרמב"ם מהו יסוד הדין דנשתקע שם הבעלים וזרעו אנס שנאסר הכרם בכלאים.

ונראה שלרמב"ם קיים כאן דין מסוים בכלאים, שסובר שהבעלים בנוגע לכלאים אינם הבעלים בדיני ממונות, אלא מי שמוחזק בחפצא ויהנה מהכלאים הוא נחשב כבעלים לאסור כלאים. ולפיכך בנשתקע שם הבעלים הראשונים, האנס נחשב כבעלים, הואיל והוא המוחזק בחפצא של הכרם.

[416] ולפי"ז הבעלים יכולים להקדישו דהו"ל ברשותו.

וראייה לזה מפסק הרמב"ם (פ"ה מכלאים הל"ח) שהנוטע כלאים בשביעית אינו אוסר כי אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. וצ"ע, דלגבי שביעית פשיטא שאין הקרקע הפקר, ואפילו הפירות אינם הפקר עד הבאת שליש, ולמה אין בעל הכרם נחשב בעלים לאסור הפירות מיד ע"י נטיעת הזרעים בכרם. אלא ע"כ צ"ל דאיסור כלאים אינו תלוי בבעלות הממון, אלא במוחזק. ומאחר שבפירות שביעית קיימת מצות תשמטנה ונטשתה, אינו בעלים ע"פ דין לאסור את הכרם בכלאים, כי מצות שמיטה מפקיעה את חזקתו לאסור כלאים. וכן כאן להיפך האנס הוא המוחזק במציאות מאחר שנשתקע שם הבעלים, ולכן נחשב כבעלים לאסור את הכרם בכלאים, ואע"פ שאינו הבעלים בדיני ממונות. יוצא דלרמב"ם דין נשתקע שם הבעלים הוא דין מסוים בכלאים - ולא בשאר דיני התורה - שלא כביאור התוס' בירושלמי[417].

ע"כ ענין גניבת קרקעות

הקדשות אמר קרא רעהו ולא הקדש.

עיין בתוס' (דף נז:) ד"ה רעהו וז"ל ובריש מרובה ממעט מגונב מבית האיש עכ"ל. והנה כתב הרמב"ם (פ"ב מהל' גניבה ה"א). וז"ל שגנב נכסי הקדש אינו משלם אלא הקרן בלבד שנאמר ישלם שנים לרעהו ולא להקדש כו' וכן הגונב קדשים מבית בעליהן בין קדשי קדשים בין קדשים קלים בין קדשים שאין הבעלים חייבין באחריותן בין קדשים שהבעלים חייבין באחריותן הרי זה פטור מן הכפל ומתשלומי ד' וה' שנאמר וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש עכ"ל.

וצ"ע למה הביא הרמב"ם ב' פסוקים, הפסוק דרעהו לגניבת בדק הבית והפסוק דוגונב מבית האיש לגניבת קדשי מזבח. ותירץ מרן הגר"ח זצ"ל, דבאמת קדשי בדק הבית חלוק ביסוד דינו מקדשי מזבח. דקדשי בדק הבית ממונם של הקדש הם, ואין להדיוט המקדיש שום קניינים ובעלות בחפצא לאחר שהקדישו לבדק הבית. ונמצא שהגונב קדשי בדק הבית גנבו מהקדש ונראה דמשו"ה הביא הרמב"ם את הפסוק של "רעהו - ולא להקדש" המחדש דפטור מלשלם כפל להקדש, אבל משלם את הקרן להקדש. מאידך בקדשי מזבח, גופו של ההקדש הוא קדושת קרבן להקרבה. אבל עדיין נשארו קניינים ובעלות להמקדיש. ולכן הביא הרמב"ם את הפסוק של "וגונב מבית האיש" לפוטרו מלשלם כפל להדיוט אך חייב לשלם לו את הקרן.

[417] עיין ברשימות שיעורים לב"ק (עמ' ת"ה - ת"ח).

והנה מן הפסוק של וגונב מבית האיש, נלמד ג"כ הדין שהגונב מן הגנב משלם קרן ולא כפל (עיין בב"ק דף סט:), וי"ל האם הפטורים של הגונב מן הגנב וגונב קדשי מזבח הן ב' הלכות נפרדות או דלמא הלכה אחת הן ביסוד דינן.

ומרן הגר"ח זצ"ל אמר, שבאמת הפטורים מכפל בגונב מן הגנב ובגונב נכסי הקדש הם חלות פטור אחד. דנראה לומר דחלות גניבה חלה רק כשיש לקיחה מרשות הבעלים. מאידך גזילה חלה בכל כבישת ממון[418]. חילוק זה הוא היסוד של גזה"כ וגונב מבית האיש, דהיינו שיש חלות דין של גניבה רק כשיש מעשה גניבה מרשות הבעלים. ולפיכך הגונב מן הגנב פטור מכפל שהרי החפצא אינו ברשות הבעלים משעת הגניבה הראשונה. וכן בגונב קדשי מזבח אין גניבה מרשות הבעלים, כי אע"פ שהקרבן קנוי לבעלים בתורת שלו, עכ"ז אינו ברשותו, שאין לבעלים בעלות להקנות את קרבנו לאחר (רמב"ם פ"ד מהל' מעילה הל"ח), כי חלות השם של קרבן פוגמת את בעלותו בבהמה לענין הקנאה ותשמישין ושאר דברים ולכן הוי אינו ברשותו אע"פ שהקרבן שלו ויש לו קנין בגופו בנוגע להקרבה. ולפי' הגונב קרבן חבירו פטור מכפל, דאינו גנב, מאחר שלא הוציא ממון חבירו מרשותו, כי עכ"פ קרבן אינו ברשות בעליו[419]. וזהו גם יסוד הפטור מכפל בגונב מן הגנב, דאין החפצא ברשות הבעלים. ונמצא דגונב קרבן וגונב מן הגנב פטורים מכפל משום פטור א' - דהיינו, חסרון מעשה גניבה מרשות הבעלים. מ"מ שניהם חייבים בקרן מטעם גזילה, שהרי עכבו ממון חבירו בידיהם.

והנה כתב הרמב"ם (פ"ג מהל' מעשר שני הל' כ"ד) ז"ל כבר ביארנו שהמעשר ממון גבוה הוא. לפיכך אנו אומרים שהגונב מעשר שני אינו משלם תשלומי כפל והגוזלו אינו משלם חומש עכ"ל. ובביאור פסקו נראה דכיון דמע"ש ממון גבוה הוא ואינו יכול להקנותו אינו ברשותו. ובכן ליכא מעשה גניבה מרשות בעלים לחייב הגנב בכפל וכדדרשינן וגנב מבית האיש. ועכ"ז חייב לשלם קרן לבעלים מדין גזילה שהרי יש חלות בעלות וקנין הדיוט במעשר שני[420].

[418] עיין לעיל בשיעורים ד"ה בענין גניבת שטרות אות ג' וברשימות שיעורים לב"ק ח"ב בהקדמה לפרק מרובה עמ' של"ט - שמ"א.

[419] צ"ע מדין הקדש עילוי דנחשב הקרבן ברשות בעליו, עיין ברמב"ם פ"ו מהל' ערכין ה"ח שיכול להקדיש קדשי מזבח לבדק הבית. ויתכן שיסוד החילוק שקדושת בדק הבית אינה סותרת עיקר דין קדושת הקרבן להקרבה ולפיכך בנוגע לזה יש לו כח הבעלים. ועיין בהערה הבאה.

[420] עיין בס' קובץ חידושי תורה להגר"מ והגרי"ד זצ"ל בענין מעשר שני ממון גבוה (דף פ"ג - צ"ג). דרבנו זצ"ל ביאר שם את שיטת הרמב"ם במע"ש ממון גבוה. הרמב"ם פסק בפ"ג מהל' מע"ש הי"ז וז"ל מע"ש ממון גבוה הוא שנאמר לד' הוא לפיכך אינו נקנה במתנה עכ"ל. ומאידך פסק בפ"ג מע"ש הכ"ה שיכולים הבעלים להקדיש מע"ש הקדש עילוי לבדק הבית. וצ"ע שאם מע"ש אינו שלהם להקנותו להדיוט היאך יכולים הם להקדישו לבדק הבית. ותירץ רבנו זצ"ל שאע"פ שמע"ש ממון גבוה הוא אין זה מפקיע לגמרי את בעלות הבעלים כי בדיני ממונות עדיין המע"ש שלהם אלא דמצות מע"ש להאכל בירושלים ע"י הבעלים אוסרת את ההקנאה לאחרים ועוד

דף נח.

תוס' ד"ה נשבעין לגזברים.

עיין במחלוקת שבין רש"י ותוס', דפליגי אי תורמין על מי שלא יתרום לעולם, דלרש"י תורמין עליו, ולתוס' אין תורמין עליו. ויסוד מחלוקתם צריך ביאור.

ונראה דהנה עם תרומת הלשכה קונים קרבנות ציבור, דמצות מחצית השקל היא לתתו להקדש לקנות קרבנות ציבור. וי"ל דרש"י סובר שהחלק בקרבנות הציבור שיש לכל אחד ואחד מישראל אינו תלוי בקיום מצות מחצית השקל, שאף מי שלא מקיים את

תשמישין אחרים. ואילו הקדש עילוי לבדק הבית חל על מע"ש משום שאינו סותר את מצות מע"ש שבחפצא, ובכן יש לבעלים בעלות ורשות להקדישו הקדש עילוי. ועוד ביאר רבנו זצ"ל שמצות החפצא דמעשר שני אוסרת ומפקיעה את ההקנאה בין בגבולין ובין בירושלים, ולפיכך פסק הרמב"ם שאין להקנותו בכל מקום. ואילו דיני הפסול והפטור דמע"ש למצה, אתרוג, חלה, ובכור חלין רק בגבולין ולא בירושלים. עיין ברמב"ם פ"ו מהל' חמץ ומצה ה"ח, פ"ח מהל' לולב ה"ב, בפ"ו מהל' בכורים ה"ד, ופ"ה מהל' בכורות ה"ט. דינים אלו אינם תלויים בניתן למצותה דמעשר שני אלא בעצם חלות הקנין של ממון גבוה ושל ממון הדיוט. עצם חלות הקנין שונה בירושלים מחלות הקנין שבגבולים. בירושלים עיקר הקנין שייך יותר להדיוט ואילו בגבולים שייך הוא יותר לגבוה. ומ"מ מצות מע"ש דהיינו הניתן של מע"ש למצות אכילת הבעלים לא משתנה, ולפיכך גם בירושלים אין להקנותו שלא כמצותו.

מ"מ בנוגע להמבואר בשיעורים לענין חלות דין גניבה מע"ש אינו ברשות הבעלים. כי מאחר שלא ניתן להקנותו, אע"פ שיכולים להקדישו הרשות של הבעלים במעשר שני שלהם מוגבלת ואינה רשות גמורה. ומשו"ה לקיחת המע"ש אינה מעשה גניבה מרשות בעלים אלא חלות גזילה.

והנה דין הגונב מע"ש דומה לדין הגונב קרבן דשניהם פטורים מכפל אך חייבים לשלם קרן לבעלים מדין גזילה. אולם דיניהם שונים מדין הגוזל מבדק הבית המשלם קרן להקדש, כי בבדק הבית הקדש הוא הבעלים בדיני ממונות ומחייב תשלומי קרן. ואמר רבנו זצ"ל דפשיטא דתשלומי קרן לבדק הבית מתקדשים בחלות קדושה כמו כל הקנאת חפץ לבדק הבית המחילה בו חלות הקדש. ואילו כשמשלם את הקרן לבעל מעשר שני נראה שהתשלומין נשארו חולין ולא מתקדשים בקדושת מע"ש. התשלומין הם לבעלים לבדם מחמת הפסדם ולא למע"ש, דאי אפשר שהתשלומין יתפסו בקדושת מע"ש, כי אינם ככסף פדיון מע"ש המתקדש בקדושת מע"ש מחמת חלות הפדיון. ויל"ע בגנב קרבן דמשלם קרן לבעלים האם הדמים חולין או קדושים. ומסתבר שגם בקרבן אין הדמים קדושים אלא הם חולין כמו במע"ש. ברם יש מקום לחלק בין בעלות הבעלים במע"ש לבין בעלותם בקרבן. דמצות מע"ש בחפצא שתאכל לבעליו בירושלים. ולכן בעלותם בו מהווה חלות שם בעלות דהדיוט, וקרן דגניבת מע"ש משתלם להם והוי ממון הדיוט בעלמא. משא"כ הבעלות דבעל הקרבן, דעיקר בעלותו חלה מדין בעל הקרבן להקרבה, דזהו מה שנותן לו את קנין הממון בקרבנו. ובכן י"ל דהקרן דגניבת קרבנו שמשתלם לו צ"ל קדוש בקדושת דמים להקרבת קרבנו ולא ממון הדיוט בעלמא, וצ"ע בזה.

יש להעיר על הרמב"ם דפסק שהגונב מע"ש משלם קרן בין שגנב בירושלים ובין שגנב בגבולים ואינו מחלק ביניהם, ופסק דמשלם את הקרן לבעלים בכל מקום, וצ"ע דהרי הרמב"ם פסק שמע"ש בגבולים ממון גבוה לענין מצה, לולב, חלה, ובכור, ולכאורה הוא חלות דין קנין ממון לגבוה, וא"כ בגבולים למה משלם הגזלן את הקרן לבעלים ההדיוט ולא לגבוה דהוי עיקר הבעלים דמעשר שני.

והנה בגבולים רק הבעלים חייבים במצות הבאת מע"ש לירושלים. ונראה מזה שאף בגבולים יש חלות קנין להדיוט ביחד עם חלות דין ממון גבוה, ומשו"ה זוכה ההדיוט בקרן דגזילה. אלא שחלות דין ממון גבוה דבגבולים יותר חזק מקנין ההדיוט לענין מצה אתרוג וכו'. והחילוק שביניהם צריך ביאור. ורבנו זצ"ל ביאר שלדעתו אין לגבוה חלות קנין ממש במע"ש ואפילו בגבולים. אלא שבעלות וקנין ההדיוט במע"ש שבגבולים מצומצת יותר מהקנין שיש לו בירושלים. ומאחר שבגבולים קנין ההדיוט חלש יותר נחשב כממון גבוה לענין מצה אתרוג חלה ובכור. ברם כ"ז בנוגע לתוקף הקנין של הדיוט אך לגבוה עצמו אין קנין ממש. ולפיכך רק להדיוט יש חלות קנין ממש ושם בעלים דמע"ש ולא לגבוה. מאידך בנוגע למצה, אתרוג חלה ובכור קנין ההדיוט בגבולים חלש ביותר וחלים הפסולים ופטורים של גבוה. וע"ע בשיעורים לעיל (דף נג.) בענין מעשר שני.

המצוה ג"כ יש לו חלק בקרבנות[421]. וזהו מה שכתב רש"י (בכתובות דף קח. ד"ה ועל העתיד לגבות) וז"ל ואפילו לא נגבה לאחר מכאן יש לו חלק בתרומה ובקרבנות אלא שחיסר מצוה עכ"ל. משא"כ אליבא דתוס' הסוברים דקיום מצות מחצית השקל מעכבת את חלק היחיד בקרבנות הציבור, ומי שלא קיים את המצוה דמחצית השקל אין לו חלק בקרבנות[422].

ובתוס' כתבו וז"ל תורמין על האבוד שבא ליד הגזבר ונאבד קודם שתרמו כיון שהגיע ליד הגזבר, ועל הגבוי ועודנו ביד השליח בדרך תורמין אע"ג שנאבד אחר שתרמו, ועל העתיד לגבות אחר זמן ולשולחו לגזבר אע"פ שבשעת הרמה לא נתנה עדיין לשליח עכ"ל. ועלינו לבאר את ג' האוקימתות שבתוס'.

ונראה שבציור הראשון שבתוס' כשמחצית השקל בא ליד הגזבר השוקל קיים את מצות מחצית השקל בשלמות מאחר שהגזבר קנה את מחצית השקל עבור הקדש ונתקיימה המצוה כראוי. ומכיון שקיים את המצוה משו"ה זוכה לחלקו בקרבנות. משא"כ בציורים האחרים שעדיין לא הגיע מחצית השקל לידי הגזבר דחסרה לו קיום מצוה שלימה.

ונראה בביאור שני הציורים האחרים שבתוס' שבציור הראשון מחצית השקל הריהו ביד השליח בשעת התרומה, ובציור האחרון הריהו בבית השוקלו דעדיין לא נתנו לשליח. וי"ל דמאחר דקיים מצות מחצית השקל במקצת בהרמת מחצית השקל אלא שלא קיים את מצות מחצית השקל בשלימות כי עוד לא הגיע לידי הגזבר, אך מאחר שקיים את המצוה במקצת התקינו לו חלק בקרבנות. ונראה אליבא דתוס' דבהגיע מחצית השקל לידי הגזבר כבר קיים את כל המצוה, וזוכה השוקל לחלק בקרבנות, ואפילו אם אח"כ נאבד לפני התרומה. דמכיון דקיים את המצוה בשלימות זכה בחלקו בקרבנות. ואילו בציורים האחרים שבתוס' עדיין לא הגיע מחצית השקל לידי הגזבר, אלא משום דמחצית השקל קיים בעולם בשעת התרומה, והשוקל התחיל לקיים את המצוה, הקדש כוללו בתרומת הלשכה כדי שיזכה לחלק בקרבנות הציבור. ועוד י"ל שבציורים האלה הקדש ממנה את השליח או את השוקל עצמו בשעת תרומת הלשכה להיות גזברי הקדש על מחצית השקל שבידיהם, ובכך השוקל מקיים את מצות מחצית השקל בשלימות וזוכה לחלקו בקרבנות הציבור, דהא ע"פ דין הגיע מחצית השקל לידי גזבר.

[421] שהריהו חלק מהציבור של כלל ישראל, בין אם נתן את המחצית השקל ובין אם לא נתנו.

[422] שיטתם צ"ע, דהא נשים וקטנים אינם תורמין ועכ"ז בפשטות מתכפרים בכפרת הציבור בקרבנות הציבור, ומ"ש איש שלא תרם מנשים וקטנים. ואולי י"ל שאיש שתרם מתכפר מקיבעא ואלו שלא תרמו כמו נשים וקטנים מתכפרים מקופיא. א"נ י"ל דנשים וקטנים לא נתחייבו כלל במחצית השקל אך מי שלא תרם וביטל את חובתו לשקול מופקע מקרבנות הציבור, וצ"ע.

בענין שיטת הרמב"ם במחצית השקל

א.

ב' דינים במחצית השקל - מצות נתינה וחלק בקרבנות הציבור

כתב הרמב"ם (פ"ג מהל' שקלים הל"ח - ט) וז"ל מי שאבד שקלו חייב באחריותו עד שימסרנו לגזבר. בני העיר ששלחו את שקליהן ביד שליח ונגנבו או אבדו, אם שומר חנם הוא הרי זה נשבע להם ונפטר כדין כל שומר חנם והן חוזרין ונותנין שקליהן פעם שניה כו', שקלו את שקליהם ביד שומר שכר שהרי הוא חייב בגניבה ואבידה ואבדו ממנו באונס כגון שלקחום לסטים מזויינים שהוא פטור, רואין אם אחר שתרמה התרומה נאנס נשבע השליח לגזברים ובני העיר פטורין, שהתורם תורם על הגבוי ועל העתיד לגבות וברשות הקדש הן ובני העיר מה היה להן לעשות, הרי לא מסרם אלא לש"ש שהוא חייב בגניבה ואבידה אבל האונס אינו מצוי. ואם אבדו קודם שנתרמה התרומה עדיין ברשות בני העיר הם והשליח נשבע לבני העיר והן משלמין עכ"ל. הרמב"ם פסק שבמסר מחצית השקל לש"ח השוקל חייב באחריותו אפילו אם נאבד אחרי תרומת הלשכה, ואילו אם נאנס מש"ש אחרי תרומת הלשכה אזי השוקל פטור. ודבריו מחוסרים ביאור, דצ"ע מ"ש דאם נאבדה לאחר תרומת הלשכה מש"ש דהשוקל פטור, ואילו בש"ח הריהו חייב באחריותו, דאם הא דנתרמה התרומה מהני לפטור אותו מאחריות אזי אף בשומר חנם יהא פטור, וצ"ע.

ונראה שיש שני דינים במי ששוקל מחצית השקל: א) השוקל מקיים מצות נתינה; ב) השוקל זוכה בחלק דקרבנות הציבור. ולפי"ז יש לומר דבנוגע לחלק הקרבנות כשמחצית השקל נאבד או נאנס בין מש"ש ובין מש"ח אחרי תרומת הלשכה יש לשוקל חלק בקרבנות דהא תורמין על הגבוי - ואין נ"מ בזה בין מחצית השקל שהוא בבית השוקל ובין שהוא אצל שומר חנם או אצל שומר שכר. ובכל אופן יש להשוקל חלק בקרבנות. אלא דהנ"מ בנוגע לאחריות הוא כדי לקיים את מצות הנתינה. דבנתנו לש"ש "מה היה להן לעשות" - כלומר בש"ש בשעת תרומת הלשכה נחשב כאילו הגיע מחצית השקל לידי הגזבר (ואולי משום שהשומר שכר עצמו נתמנה כגזבר לאותה שעה). ובכך מקיים השוקל את מצות הנתינה להקדש, ומשו"ה פטור מאחריות. משא"כ בנתנו לש"ח, דלא נחשב כאילו הגיע מחצית השקל לידי הגזבר, ומשו"ה כשנאבד אחרי התרומה השוקל עדיין חייב באחריותו משום שלא קיים את מצות הנתינה המוטלת עליו.

והנה בפרשת כי תשא כתוב: (שמות ל': י"ב - י"ג) "כי תשא את ראש בנ"י לפקדיהם ונתנו איש כפר נפשו לה' בפקד אתם ולא יהיה בהם נגף בפקד אותם. זה יתנו כל העבר

על הפקדים מחצית השקל בשקל הקדש עשרים גרה השקל מחצית השקל תרומה לה'".
ונראה דמפסוק זה נלמד מצות נתינת מחצית השקל כמצוה בפני עצמה. ועוד כתוב (שם פסוק ט"ו) "העשיר לא ירבה והדל לא ימעיט ממחצית השקל לתת את תרומת ה' לכפר על נפשותיכם". ונראה דבהך קרא "לתת תרומת ה' לכפר על נפשותיכם" כתוב הדין דהשוקל מחצית השקל זוכה בחלק דקרבנות המכפרין על הציבור.
ונראה דהרמב"ם סובר ששני הדינים האלה אינם תלויים זה בזה, כי בש"ח פסק שמקבל השוקל חלק בקרבנות הציבור בלי קיום מצות נתינה. ובזה דומה הרמב"ם לשיטת רש"י (במס' כתובות) הנ"ל, שאף מי שאינו שוקל מחצית השקל יש לו חלק בקרבנות, דבדיעבד החלק בקרבנות אינו תלוי בקיום מצות נתינת מחצית השקל, ואע"פ דלכתחילה יש מצוה לצרף את שני הקיומים בקיום אחד, דהיינו לתת את מחצית השקל להקדש ולקיים בו גם את מצות הנתינה וגם לקבל על ידו חלק בקרבנות הציבור. אך בדיעבד שני הדינים מתחלקים, וחלק בקרבנות חל בלי קיום נתינה.
ברם שיטת רש"י היא שמקבל כל אחד בישראל חלק בקרבנות הציבור בשעת תרומת הלשכה אף בלי נתינת מחצית השקל כלל. ואילו הרמב"ם כתב (פ"ב מהל' שקלים הל"ט) וז"ל כשהוא תורם מתכוין לתרום על הגבוי שעדיין לא הגיע ללשכה ועל העתיד לגבות כדי שיהיו אלו השקלים שהוציאן להסתפק מהן כפרה על כל ישראל וכאילו הגיעו כל שקליהן ללשכה ונתרמה מהן תרומה זו עכ"ל. ומשמע קצת מלשונו דאף הוא ס"ל כרש"י שאף מי שלא יתרום כלל ג"כ מקבל חלק בקרבנות ציבור וכדכתב, "להסתפק מהן כפרה על כל ישראל". ובאמת דהכי נמי מסתבר משום דהויין קרבנות ציבור, והיתכן שאדם מכלל ישראל לא יהיה כלול בתוך כפרת הקרבנות דכל הציבור. ומ"ש איש שלא נתן מחצית השקל מנשים, הפטורות לגמרי ממצות מחצית השקל ופשיטא שכלולות הן בכפרת קרבנות הציבור מדהויין חלק של כלל ישראל, וה"ה בקטנים שאינם שוקלים מחצית השקל ונכללים בכפרת קרבנות הציבור. אלא נראה דבזה חלוקים הרמב"ם עם רש"י, דלרש"י אחרי שתרמו את הלשכה וקבל כל א' וא' חלקו בקרבנות הציבור ליכא חיוב אחריות ממון כלל, אלא דנשארת חובת מצוה בעלמא לתת מחצית השקל בלי אחריות ממון. ואילו לשיטת הרמב"ם אע"פ שקיבל היחיד את חלקו בקרבנות הציבור כאחד מכלל ישראל בלי לתת מחצית השקל, מ"מ חובת מצות הנתינה עדיין מחייבתו באחריות ממון לתת מחצית השקל להקדש, וכדמוכח ממה שפסק שבשלח מחצית השקל עם ש"ח ונאבד דחייב באחריותו בחיוב ממון ואפילו אחרי שנתרמה תרומת הלשכה.

והנה מצינו דחיובי הקדש אינם רק חיובי מצוה בעלמא אלא אף חלות חיובי ממון, כדמוכח מדין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט (קידושין דף כח:) הקובע חלות חיוב ממון ולא רק נדר וחיוב מצוה. וכן מצינו דחל דין שעבודא דאורייתא בחיוב עולת יולדת, דקיי"ל שאפילו אם היא לא הפרישה קרבנה בחייה מביאים יורשיה את עולתה מחמת שעבודי הממון דחלו על נכסיה להביא את קרבנה (קידושין דף יג:). וי"ל דהרמב"ם סובר דה"ה במחצית השקל, שאע"פ שכבר קיבל היחיד את חלקו בקרבנות הציבור בשעת תרומת הלשכה מ"מ הריהו עדיין חייב בחיוב ממון לתת מחצית השקל מדהויא מצות נתינת ממון להקדש היוצרת חלות שעבודי ממון להקדש בדומה לחיובים אחרים דחלין להקדש. ואילו אליבא דרש"י צ"ל דכל זמן שלא נתרמה התרומה אזי מצות נתינת מחצית השקל מחייבת באחריות ממון כדי שיזכה בחלקו בקרבנות. אך משנתרמה התרומה, כשזכה כבר בחלקו בקרבנות, המצוה שעדיין מוטלת עליו לתת מחצית השקל להקדש אינה מחדשת חיובי ממון להקדש, דאינה אלא מצות נתינה בעלמא בלי חיוב ממון, דהא עיקר חיוב הממון חל כדי שיהיה לו חלק בקרבנות הציבור וכבר זכה לו בחלקו משעת התרומה[423].

ב.

ביאור שיטת הרמב"ם בדין אחריות דש"ח וש"ש במחצית השקל

והנה לפי הביאור הראשון שהעלנו ברמב"ם מצות מחצית השקל לקבל חלק בקרבנות הציבור ומצות הנתינה חלוקות מהדדי, ובש"ח אחרי תרומת הלשכה יש אחריות ממון מחמת חובת מצות הנתינה בלבד שהרי כבר יש לו חלקו בקרבנות מתרומת הלשכה.

ברם ביאור זה לכאורה קצת קשה, דהא דין האחריות דבש"ח וש"ש הביא הרמב"ם בפ"ג מהל' שקלים ולא הביא את הדין דהשוקל מחצית השקל יש לו חלק בקרבנות הציבור עד פרק ד'. ועוד קשה דהרי הרמב"ם (בפ"ב שם הל"ט) פסק כשיטת רש"י דמקבל אדם חלק בקרבנות בלי לתת מחצית השקל כלל. ועוד קשה שכתב הרמב"ם (פ"ב מהל' שקלים ה"ט) שתורמין "על העתיד לגבות", ומפשטות לשונו משמע שישקול את מחצית השקל לבסוף - שלא כרש"י. ולפיכך נראה לומר ביאור אחר, אלא שצריכים לעיין מקודם בהלכות חמורות אחרות שברמב"ם בדיני מחצית השקל.

דהנה כתב הרמב"ם (פ"ג מהל' שקלים הל"י) וז"ל הנותן חצי שקל לחבירו להוליכו לשולחני לשקול אותו על ידו, הלך ושקלו על ידי עצמו כדי שלא ימשכנו אותו, אם

[423] דחיובי ממון להקדש חלים או מחמת התחייבות מדעת כבאמירה לגבוה או בחיובי כפרה כבעולת יולדת. משא"כ במצות מחצית השקל אחרי תרומת הלשכה דליכא חיוב כפרה, דהא כבר יש לו כפרה בחלקו בקרבנות הציבור. ומעכשיו אינה אלא חיוב מצוה בעלמא כשאר חיובי מצוה שבתורה בלי חיוב ממון.

נתרמה התרומה מעל השוקל שזה השקל ברשות הקדש הוא שכבר תרמו על העתיד לגבות ונמצא זה הציל עצמו בממון ההקדש ונהנה בשקל הזה. ואם לא נתרמה התרומה לא מעל והוא חייב ליתן לחבירו חצי שקל לשלם לבעלים שנים או להוסיף חומש עכ"ל.
ועוד כתב הרמב"ם (פ"ו מהל' מעילה הל"א - י"ג) וז"ל המוציא מעות הקדש בצרכיו על דעת שהן חולין אע"פ שלא הוציאן בדברי חול מעל. כיצד המביא חטאתו ואשמו ופסחו מן ההקדש וכן מחוסר כפרה שהביא כפרתו מן ההקדש מעל. וכולן אין מועלין עד שיזרוק הדם. לפיכך המביא מנחות ונסכים ולחם תודה מן ההקדש אע"פ שעבר עבירה לא מעל שאין כאן זריקת דם לכפר עליו. נתן שקלו ממעות הקדש, כשיתרמו התרומה ויקנו ממנה אפילו בהמה אחת ויזרק דמה ימעול השוקל שהרי חלקו באותה הבהמה שנזרק דמה. הפריש שקלו והוציאו בשאר צרכיו בין הוא בין חבירו מעל. נתנו לחבירו לשקלו על ידו, הלך ושקלו על ידי עצמו אם כבר נתרמה התרומה מעל השוקל שהתורם תורם על העתיד להגבות כמו שביארנו בשקלים וכאילו הגיע שקל זה ללשכה ולפיכך מעל. ואם עדיין לא נתרמה תרומה לא מעל עכ"ל.
ובביאור דבריו נראה שהרמב"ם סובר שיש שני דיני הקדש שחלין במחצית השקל - דלפני תרומת הלשכה משעת ההפרשה חל שם קדש אחד, ועוד שם קדש נוסף חל בשעת תרומת הלשכה. ומשו"ה הבחין הרמב"ם בדיני מעילה, ופסק שמשהפריש את שקלו והוציאו בשאר צרכיו מעל אפילו לפני תרומת הלשכה. משא"כ בנתן שקלו לחבירו לשקול על ידו והלך ושקל חבירו על ידי עצמו מעל רק אם כבר נתרמה התרומה. דבשאר צרכיו מעל מחמת שם הקדש שחל בהפרשה ואילו בשקל על ידי עצמו מעל משום שם הקדש השני שחל בשעת תרומת הלשכה. ועלינו לבאר מהן טיבן של שני שמות קדש אלו.
ונראה שבשעת הפרשת מחצית השקל חל שם קדש בעלמא המחייב את השוקל באחריותו לתת מחצית השקל להקדש. אך חלות דין קדש זה אינו קידוש גמור - דעדיין חסר בו חלות גמר קידוש למצותו. ומשנתרמה התרומה דחל במחצית השקל קידוש למצות קרבנות הציבור, אזי הקידוש למצותו גומר את חלות השם קדש דחל בחפצא דמחצית השקל. ומשו"ה יש נ"מ בהלכות מעילה בין כשהוציא את מחצית השקל בשאר צרכיו לבין כששוקלו על ידי עצמו.
ונראה דהביאור בזה הוי דהנה בהלכות מעילה קבע הרמב"ם שבנוסף לדין מעילה בהקדש דעלמא שחל כשהוציא הקדש לחולין דמעל בשעת ההוצאה, חל עוד דין מעילה כשהוציא הקדש המקודש לקיום אחר כדי לקיים קיום הקדש שלו, דהיינו דשינה

מהקדש להקדש. דבשינה מהקדש דעלמא להקדש שלו לא מעל עד שיזרוק את דם הקרבן שלו ולא מעל בשעת חלות קדושת קרבנו. וקשה למה אינו מועל בשעת חלות קדושת הקרבן. ונראה דהביאור בזה הוא לפי"ד מרן הגר"ח זצ"ל שקבע שעיקר דין המעילה בהוצאת הקדש לחולין חל מדין גזילה, דההוצאה לחולין מהווה גזילה מהקדש, דזהו יסוד החיוב במעילה דעלמא. משא"כ בשינה מקדש דעלמא לקדש שלו דא"א להחשיב שינוי זה לגזילה, דהא מעיקרא היה הקדש ולבסוף הוא הקדש אלא שנשתנה חלות שם בעל הקרבן לשם שלו. ומכיון דסוכ"ס הוי הקדש א"א להחשיב את מעשיו לגזילה[424], ולפיכך עצם חלות שם קרבן שלו בחפצא לא מחייבו במעילה. אלא שיש דין מעילה מסוים לא להתכפר בהקדש שאינו שלו, ומעילה זו חלה דוקא כשמתכפר בזריקת הדם. וסמוכים לביאור זה יש להביא ממה שפסק הרמב"ם דהמביא קרבן מנחה מהקדש שאינו שלו לא מעל "שאין כאן זריקת דם לכפר עליו", ולכאורה יפלא דהא הלכה מרווחת בהל' קדשים דהקטרת קומץ המנחה דומה לזריקת הדם בזבח, דהקומץ מכפר כמו דם, וא"כ למה ליכא מעילה. וצ"ל דאע"פ דקומץ המנחה מכפר מ"מ אין כפרת המנחה שוה לכפרת הדם, ודוקא בכפרת הדם חלה המעילה המסוימת הזו שלא להתכפר בהקדש שאינו שלו. ומוכח דיש כאן חלות דין מעילה מסוים דאינו בכלל דין מעילת הוצאת הקדש לחולין.

ולפי"ז נראה דהשם דהקדש בעלמא דחל במחצית השקל בשעת הפרשתו מחייב במעילה של הוצאה לחולין. אך איננו מחייב במעילה של כפרה בהקדש, דרק משנתרמה התרומה וחל גמר הקידוש למצותו לכפרת קרבנות הציבור אזי חל דין המעילה השני שלא להתכפר בהקדש של חבירו עבור כפרתו. וי"ל דמשו"ה פסק הרמב"ם שבשקל את שקלו ממעות הקדש אינו מועל אלא רק אחרי זריקת הדם של א' מקרבנות הציבור שקנו מתרומת הלשכה, דהא מעל מדין כפרת הקדש. ולפי"ז בדין היה להשוות את דין המעילה בשוקל על ידי עצמו במחצית השקל של חבירו לדין מעילה במי שנתן את שקלו ממעות הקדש שמועל רק אחרי זריקת דם הקרבן שנקנה מתרומת הלשכה. אך מסתימת לשון הרמב"ם בין בפ"ג מהל' שקלים ובין בפ"ו מהל' מעילה משמע שהבחין בין דין המעילה בשוקל ע"י עצמו דמעל מיד משנתרמה התרומה לבין דין המעילה במי שנתן את שקלו ממעות הקדש שמעל עם זריקת הדם ולא משנתרמה התרומה, והחילוק צ"ב. וי"ל דבשוקל על ידי עצמו שינה את שם הבעלים דמחצית

[424] ורבינו זצ"ל המשיל את מה שעשה למי שלקח כסף מכיס ימינו של חבירו ושם אותו הכסף חזרה בכיס שמאלו של חבירו דבודאי אין זה גזילה דה"ה כאן.

השקל וחלה דין מעילה דהוצאה, משא"כ בשוקל ממעות הקדש דמיירי במעות הקדש דעלמא דליכא שינוי בעלים ולפיכך מועל דוקא בשעת זריקת הדם.

עכ"פ מהרמב"ם מוכח דיש שני דיני קידוש במחצית השקל: א) קידוש ראשון בשעת הפרשתו. ב) קידוש שני בשעת תרומת הלשכה. וכדמבואר הקידוש הראשון הוא קידוש בעלמא והקידוש השני הוא קידוש למצות החפצא לקרבנות הציבור. ונמצא דהקידוש השני בשעת התרומה גומר את חלות השם של מחצית השקל דבחפצא דנתקדש למצותו.

ואחרי הקדמה זו נראה לבאר את פסקי הרמב"ם באחריות השוקל ששלח את שקלו והחילוק בין שומר חנם לבין ש"ש.

ונראה דחלין ב' דיני אחריות במחצית השקל: א) אחריות לפני תרומת הלשכה. ב) אחריות אחרי תרומת הלשכה. וי"ל דהאחריות לפני תרומת הלשכה חלה על הגברא כדי שיקיים את מצות נתינת מחצית השקל. דלפני תרומת הלשכה עוד לא נגמרה מצות נתינת הגברא, כי רק בעת התרומה נתקדש מחצית השקל בגמר קידוש החפצא למצות הקרבנות. ואה"נ שאם הגיע מחצית השקל לידי הגזבר קיים הגברא את מצות נתינת מחצית השקל בשלימות דהא נתנו לגזבר דהקדש ומה יש לו עוד לעשות[425]. ומשו"ה משהגיע לידי הגזבר, ומחצית השקל עוד אצל השוקל או אצל השומר שלו לא נגמרה קיום מצות הנתינה וחייב השוקל באחריות. אולם משנתרמה התרומה והכסף נתקדש בגמר קדושתו, דמעכשיו נתקדש החפצא בקידוש גמור למצות הקרבנות, נגמרה המצוה מצד החפצא דהכסף ואמרי' דהגברא נמי קיים את המצוה דידיה לתת מחצית השקל להקדש ופטור מאחריותו על המצוה. ומשו"ה קיי"ל בשומר שכר דמשנתרמה התרומה וקיים השוקל את מצות נתינת מחצית השקל תו אין השוקל חייב באחריות ופטור על אונסים. ואילו לפני שנתרמה התרומה הריהו חייב באונסים. והטעם לזה דע"י תרומת הלשכה קיים השוקל את מצות הנתינה המוטלת עליו.

אמנם נראה דיש שני דין דאחריות דחלה אפילו אחרי תרומת הלשכה. ואין חיוב האחריות הזו חל כדי שהגברא יקיים את המצוה דנתינה דהא כבר נתקיימה עם תרומת הלשכה, אלא חלות דין אחריות בפני עצמה דחל מחמת החפצא דהקדש דמחצית השקל שבידו, שאחראי הוא עליו מצד החפצא וקדושתו ולא מחמת חובת המצוה דנתינה

[425] דקבע מרן הגר"ח זצ"ל שכלל גדול במצוות עשה דחלות הן רק כדי שיעשה הגברא מעשה מצוה בפועל, ואין גברא מקיים מצות עשה בשב ואל תעשה. ובנתנו לגזבר נגמר הקום ועשה של מצות הנתינה ומשו"ה קיים את המצוה בשלימות.

המוטלת עליו, כי כבר קיים מצות נתינת מחצית השקל בשלימות. ונראה דלגבי דין האחריות השניה הזו חלוק דין ש"ש מדין ש"ח. דבש"ש החפצא נאנס, ואילו בש"ח החפצא נאבד או נגנב אך לא באונס. וחיוב האחריות המסוים הזה דחל בעד החפצא מצטמצם לשיעור של גניבה ואבידה ולא חל באונסים וזהו מה שביאר הרמב"ם בכתבו "ובני העיר מה היה להן לעשות, הרי לא מסרם אלא לש"ש שהוא חייב בגניבה ואבידה אבל האונס אינו מצוי". כלומר דשיעור האחריות בעד החפצא חל בגניבה ואבידה, אך לא באונס. משא"כ שיעור האחריות לפני תרומת הלשכה, דהיינו האחריות בעד קיום מצות הנתינה דהגברא, כולל אפילו אונס, דהגברא חייב בכל אופן לקיים את חובת המצוה המוטלת עליו לתת מחצית השקל, ואפילו אם החפצא נאנס הרי לא קיים הגברא את המצוה שעליו לעשות ושחייב לעשותו, ומשו"ה אף בנתנו לש"ש ונאנס לפני התרומה, השוקל עדיין חייב באחריות כדי לקיים את המצוה דנתינה[426].

ג.

דין אחריות בהקדש

והנה נתבאר דיש ב' דיני אחריות במחצית השקל: א) אחריות עבור קיום מצות הנתינה של הגברא. ב) אחריות עבור החפצא דהקדש. ויש להביא ראייה ליסוד זה דנמצא דין אחריות על החפצא דקדשים שאינו תלוי בקיום מצות הגברא, אלא דהוי דין אחריות מסוים עבור חפצא דהקדש, וכדלהלן.

דהנה קיי"ל דמי שאמר מנה עלי לבדק הבית והפריש מעות לנדרו ונגנבו או אבדו חייב באחריותן עד שיבואו לידי הגזבר (חולין קלט. ואליבא דר"י), והוא הדין בשקלים שמי שאבד שקלו חייב באחריותו עד שימסרנו לגזבר (ירושלמי רפ"ב דשקלים ורמב"ם פ"ג משקלים הל"ח) - ויש לחקור האם הדין דחייב באחריות עד שיגע ליד הגזבר מיוסד בכך שהגזבר קונה בשביל הקדש או דהוי דין אחר בפ"ע.

ועיין בסוגיא בחולין (שם) שחלוקים ר"י ור"ל בדין האחריות בהקדש. דר"ל מודה לר"י במי שאמר הרי עלי עולה ומתה נגנבה או שאבדה שחייב באחריותה. אלא שר"ל מחלק ד"ה"מ בקדשי מזבח דמחוסר הקרבה, אבל בקדשי בדק הבית דלאו מחוסרי הקרבה הם אע"ג דאמר עלי ונגנבו או אבדו פטור", והטעם לכך שכן "כל היכא דאיתא בבי גזא דרחמנא איתיה דכתיב לה' הארץ ומלואה".

והגר"ח זצ"ל ביאר את הגמ' דחולין ע"פ המבואר בב"ק (עו.) שהגונב ומקדיש לבדק הבית משלם ד' וה' כי "מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים", ואילו הגונב ומקדיש

[426] ורבינו זצ"ל הוסיף דלע"ד הביאור השני הוא הביאור הנכון והאמיתי ברמב"ם.

למזבח פטור מד' וה' כי "מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן". וביאר הגר"ח זצ"ל דמבואר מזה דקדשי בדק הבית חלוקים מקדשי מזבח בעיקר חלותם. הגונב ומקדיש לבדק הבית חייב בד' וה' מדין מכירה שכן קדשי בדק הבית הויין ממון הקדש וקנינו. והמקדיש מקנה את הבהמה להקדש בקנין גמור ואחרי שהקדישו אין לבהמה שייכות כלל להדיוט. מאידך בקדשי מזבח עיקר דינם הוא חלות קדושה למצות הקרבה ע"ג המזבח, אבל גם אחרי ההקדש המקדיש הוא הבעלים דהקרבן ויש לו בו קנין. לפיכך אין ההקדש לקדושת מזבח כמכירה להדיוט ופטור הגנב מד' וה'.

והנה הרמב"ם פסק (בפ"ב מהל' גניבה הל"א) וז"ל: הגונב כו' נכסי הקדש אינו משלם אלא קרן בלבד שנאמר ישלם שנים לרעהו ולא להקדש כו' וכן הגונב קדשים מבית בעליהן בין קדשי קדשים בין קדשים קלים כו' הרי זה פטור מן הכפל ומתשלומי ארבעה וחמשה שנאמר וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש, עכ"ל. וקשה למה נזקק הרמב"ם לשני פסוקים למעט הקדש מכפל וד' וה', הפסוק של "רעהו ולא של הקדש" למעט קדשי בדק הבית והפסוק של "וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש" למעט קדשי מזבח. וביאר הגר"ח זצ"ל שבבדק הבית אין למקדיש בעלות כלל בחפצא לאחר שהקדישו, דיסוד קדושת בדק הבית הוא דהוי ממון הקדש וקנינו. ולכן מביא הרמב"ם את הפסוק של "רעהו ולא של הקדש" ללמד שהגונב נכסי הקדש אינו משלם כפל להקדש, אבל משלם הקרן להקדש שכן הקדש הוא הבעלים. לעומת זה לגבי קדשי מזבח הרמב"ם הביא את הפסוק "וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש" המלמד שאין הגנב משלם כפל לבעל הקרבן, ברם חייב לשלם לו הקרן, כי מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן[427].

ועוד יש להוכיח יסודו של הגר"ח זצ"ל מדברי הרמב"ן בספרו מלחמות ה' לפרק הגוזל בתרא (דף מא. בדפי הרי"ף ד"ה עוד כתב) שדן אם גנב והקדיש קונה מדין שינוי רשות. ומדבריו משמע דהדיון נוגע רק כשהקדיש הגנב את הדבר בקדושת מזבח, ואילו בגנב והקדישו לבדק הבית פשוט לו לרמב"ן שם שיש קנין שינוי רשות, עיי"ש. וסברתו צ"ב. ונראה לבאר את החילוק בין גנב והקדיש לבה"ב לגנב והקדיש לקדושת המזבח עפי"ד הגר"ח זצ"ל שחלות קדשי בדק הבית הויא קנין ממון גמור להקדש בלי שנשארה יד הדיוט כלל ולכן בודאי מהוה ההקדש שינוי רשות. משא"כ בקדושת הגוף למזבח

[427] עיין בב"ק (סג.) בתוס' ד"ה רעהו בספר חדושי רבנו חיים הלוי (פ"ב מהל' מעילה הל"ה) ובספר חדושי מרן רי"ז הלוי (דף פב.).

שההקדש חל בעיקרו לקדש את הבהמה למצות הקרבה, והמקדיש עדיין הוי בעל הקרבן, י"ל שאין כאן שינוי רשות.

ועל פי יסודו של הגר"ח זצ"ל נראה לבאר דעת ריש לקיש שחילק בין קדשי בדק הבית לבין קדשי מזבח. בקדשי בדק הבית דהויין לגמרי ממון הקדש וקנינו אמרי' "כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא", משא"כ בקדשי המזבח שאינם קנויים להקדש בקנין גמור. אמנם לפי"ז צ"ע בשיטת ר' יוחנן המחייבת המקדיש בדק הבית באחריות כמו המקדיש קדשי מזבח.

והנה במס' מגילה (ח.) מבואר דנדבות אינו חייב באחריותן משא"כ בנדרים חייב באחריותן, וז"ל שם מנהני מילי דת"ר ונרצה לו לכפר עליו ר' שמעון אומר את שעליו חייב באחריותו ואת שאינו עליו אינו חייב באחריותו, מאי משמע א"ר יצחק בר אבדימי כיון דאמר עלי כמאן דטעין אכתפיה דמי, ע"כ. ונחלקו בזה הרמב"ם והתוס'. דכתב הרמב"ם (בפ' י"ד מהל' מעה"ק הל' ה) וז"ל מה בין נדרים לנדבות שהנודר אם הפריש קרבנו ואבד או נגנב חייב באחריותו עד שיקריב כמו שנדר, עכ"ל. ואילו התוס' בחולין (כב ב ד"ה והביא) סוברים דכשמגיע הקרבן ליד הכהן יצא ידי נדרו אע"פ שעדיין לא נקרב. וכן כתב רש"י (בחולין קלט א ד"ה דמיחסר) שחייב להביאו לעזרה דוקא, ומשמע שגם בלי הקרבה אלא בהבאה לכהן בלבד כבר יצא ידי חובתו וכשיטת התוס', עיי"ש בגליון הש"ס. והנה לדעת רש"י ותוס' צ"ע כיצד קיים את נדרו להקריב קרבן במה שהביאו לכהן הגזבר במקדש. ועי' במל"מ בהל' מעה"ק שם שתמה מדין שחיטה שלא לשמה שלא עלתה לבעלים לשם חובה (זבחים דף ב.), ואמנם תמיהה גדולה היא על רש"י ותוס'.

וביאר הגר"מ זצ"ל שמסירה ליד גזבר אינה מעשה קנין רגיל מעין יד הדיוט, אלא חלות דין במצות הבאה וטיפול בקרבן. וכן מוכח ממה שפוסק הרמב"ם (פ"ב מבכורים הל"כ) שחייב הבעל באחריות ביכורים "עד שיביאם להר הבית". ומקורו מהמשנה במס' ביכורים (פ"א מ"ט). והגר"א שינה את הגירסא במשנה וגרס "עד שיביאם לבית" דהיינו לעזרה כמצותה דביכורים כי דעתו שחיוב אחריות בבכורים חל עד קיום מצות הבאת הביכורים לעזרה. אולם הגר"מ זצ"ל ביאר בשם הגר"ח זצ"ל שלפי הגירסא שלנו ברמב"ם אין חיוב האחריות תלוי בקיום מצות הבאת הביכורים עד גומרה, אלא הויא תוצאה מחיוב טיפול מיוחד שמוטל על הבעלים בקדשים. ובהבאה להר הבית כבר קיימו הבעלים את חובת הטיפול שעליהם אע"פ שלא קיימו עדיין את מצות הבאת הביכורים לעזרה, ואחרי שנתקיימה מצות הטיפול האחריות פקעה, דאחריות דין הוא

בחובת טיפול. וכן י"ל אליבא דרש"י ותוס' בקרבנות נדרים דע"י מסירה ליד הכהן בעזרה מקיימים הבעלים את חובת הטיפול להביאם לעזרה ובכך נפטרו מאחריות. והגר"מ זצ"ל הביא ראיה ליסוד זה מדברי הספרי (דברים י"ב, כ"ו אות מ"ה) "תשא ובאת שחייב בטיפול הבאתו עד שיביאם לבית הבחירה ר' יהודה אומר עד שיביאם עד באר הגולה חייב באחריותם מבאר הגולה ואילך אין חייב באחריותם", דמבואר דלר' יהודה חיוב האחריות בקרבנות חל רק עד הבאת הקרבן לבאר הגולה ולא לעזרה. והרי מובן מאליו שלענין קיום נדרו אין באר הגולה מעלה או מוריד, וא"כ מדוע ס"ל דחיוב אחריות תלוי בהאבאה עד באר הגולה. ובע"כ מוכח מכאן דחל חיוב האחריות מדין טיפול, ולמ"ד זה חיוב הטיפול המיוחד בזבחים נגמר בהבאת הקרבן לבאר הגולה. ולפי"ז אמר הגר"מ זצ"ל די"ל שהבאת קדשים ליד גזבר אליבא דרש"י ותוס' אינה מהוה חלות קנין ממון פשוט להקדש כמו בהדיוט אלא מהווה קיום מצות טיפול הבעלים בקדשיהם. ונראה דגם הסברא נוטה לכך כי לא יתכן שקנין יד פשוט של הגזבר יחול בקרבנות ואפי' בשביל גבוה ולפיכך נ"ל שיד הגזבר חלה מדין מצות הטיפול ולא כיד הקונה.

והגר"ח זצ"ל ביאר שמצות הטיפול בקדשים, "רק קדשיך אשר יהיו לך ונדריך תשא ובאת אל המקום אשר יבחר ד'" (דברים יב: כו), היא המחייבת באחריות ממון. וכבר קדמו בבעל הטורים שם, וז"ל ונדריך ב' במס' ונדריך תשא ובאת ונדריך תשלם היינו דתנן בנדרים אם מתו או נגנבו חייב באחריותן וזהו ונדריך תשלם האיך ונדריך תשא שאתה חייב באחריותן עד שתביאם כדאמרי' כיון דאמר עלי כמאן דטעין ליה אכתפיה דמי עכ"ל.

ולפי"ז ניתן ליישב את תמיהת המל"מ (שם בהל' מעה"ק) על שיטת רש"י ותוס' מהמשנה בריש זבחים שאם שחטה שלא לשמה שלא עלתה לבעלים לשם חובה, והלא לשיטתם כבר כלתה אחריותו משמסר הקרבן הראשון ליד הגזבר ולמה חייב להביא קרבן אחר. וי"ל דרש"י ותוס' ס"ל שאף שפטור מאחריות הממון משנמסר הקרבן הראשון ליד הגזבר שכן תלוי חיוב הממון במצות הטיפול, עכ"ז חובת מצות הקרבן והנדר מתקיימת דוקא עם הקרבה לשמה, ובנוגע לחובת הנדר ומצותו כתבה המשנה שלא עלתה לבעלים לשם חובה וחייבים להביא עוד קרבן.

ולפימש"ב מרן הגר"ח זצ"ל והגר"מ זצ"ל נראה לומר שגם בבדק הבית אליבא דר"י הסובר שהבעלים חייבים באחריות עד שבא החפצא לידי הגזבר, אין זה משום שהגזבר קונה בעד הקדש שהרי החפצא קנוי בקנין ממון גמור להקדש ואיתא בגזא דרחמנא משעה שנדרו לבדק הבית. אך הדין שהבעלים חייבים באחריות עד שבא ליד הגזבר הוא

משום שהמסירה לידי הגזבר מהווה קיום מצות טיפול, והאחריות מוטלת על הבעלים כל עוד מצות הטיפול לא נתקיימה.

ולפי"ז יוצא שדין הגזבר בהקדש שאני מדין הגבאי בצדקה. דלגבי צדקה יש להניח שהגבאי קונה בקנין עבור העניים (וכפשטות הגמרא בב"ק (לו:) דאנן יד עניים אנן), ואילו הגזבר אינו קונה במעשה קנין עבור הקדש דידו רק פועלת להשלים את מצות טיפול הקדשים.

ונראה דכל זה הוי סמוכים למש"כ שהאחריות על מחצית השקל חלה אף מטעם חובת הטיפול עבור החפצא דמחצית השקל וכדי להביאו לידי הגזבר מצד דינו כחפצא דהקדש בנוסף לחיוב האחריות דחל משום מצות הנתינה המוטלת על הגברא, והדברים מאירים ומשמחים[428].

ע"כ ענין שיטת הרמב"ם במחצית השקל

גמ'. ורמינהו

עיין ברש"י (ד"ה השוכר) וז"ל גזבר של הקדש ששכר פועלים משל הקדש עכ"ל. מאידך בשיטה מקובצת מובא בשם הר"ן וז"ל כולהו בשל חול נינהו ומזרעים קפריך דזרעים שהשרישו משמע דהיינו קרקעות עכ"ל. ויל"ע ביסוד מחלוקתם.

ונראה דיל"ע אליבא דרש"י דפירש דמיירי בהקדש, דלכאורה הדין דאין שמירה להקדש דין הוא דחל בחפצא דהקדש דאינו נתפס בשמירה, בדומה לדין קרקעות ושטרות, דהדין דהם פטורים בדיני שמירה חל בחפצא דקרקע ושטרות, דה"ה בחפצא דהקדש. אולם באופנים דהברייתא נהי דהשוכר של הפועלים דהיינו המפקיד הוי הקדש, אך החפצא שהפועל שומרו אינו הקדש, וכגון ששומר תינוק עבור הקדש. וי"ל דמשו"ה נמנע הר"ן מלקבל את פרש"י דס"ל דרך חפצא דהקדש מופקע משמירה, אך שמירה חלה להקדש כשהפקיד חפצא דחול שאיננו קדש[429].

גמ'. בשקנו מידו

אליבא דפרש"י דמיירי בהקדש, צ"ע היאך יעשו קנין סודר, מדפסקינן דקנין סודר הוא בכליו של קונה דאם הגזבר יתן כלי של הקדש לעשות את הקנין, הרי ימעול. ועיין בקצה"ח (חו"מ ש"א: ב) דהקשה כן, ותירץ דכוונת הגמרא לקנין אמירתו לגבוה דכמסירתו להדיוט דמיא ולא לקנין סודר. אך לכאורה פירושו קשה, דהא בעלמא בש"ס

[428] ועיין באגרות הגרי"ד הלוי פ"ג מהל' שקלים ה"ח (עמ' ס"ו - ע').

[429] יל"ע בדין שמירה בפרה אדומה שהרי חטאת קרייה רחמנא, ולכאורה דינה כחפצא דהקדש המופקע משמירה אפילו אליבא דהר"ן. ויתכן דרש"י נמי בפירושו התכוון רק לפרה אדומה ולא לב' האופנים דתינוק וזרעים שלא כדנקט רבינו זצ"ל.

כשהגמרא אמרה "קנו מידו" הכוונה היא לקנין סודר. ונראה לומר כנתיבות (שם אות ד') דאמירתו לגבוה אינו מועיל כאן אלא רק קנין סודר בלבד. וננמק את דבריו הקצרים. דהנה יל"ע בדין קנו מידו - האם הקנין מחיל חלות שמירה או רק מחיל התחייבות בעלמא. ופשטות לשון הברייתא מורה דחלה חלות שמירה ולא התחייבות בעלמא. ונ"מ לתירוץ של הקצות כי מדין התחייבות בעלמא היתה מועלת אמירה לגבוה להחיל התחייבות בעלמא להקדש. מאידך אם הקנין חל להחיל חלות שמירה י"ל דאמירה לגבוה אינה מועלת, דקנין שמירה חל רק במעשה קנין המועיל להדיוט, ואילו קנין אמירה לגבוה מהווה קנין מסוים המועיל להקדש בלבד ואינו יכול להחיל חלות שמירה דאורייתא הזקוקה לקנין הדיוט כמו קנין סודר או קנין משיכה.

ונראה שיש עוד נ"מ האם הקנין מועיל כדי להחיל חלות שמירה או חלות התחייבות. דעיין בש"ך (חו"מ סי' רצ"א אות מ"ט) דמסתפק האם הקנין בש"ח להיות כש"ש מחייבו לישבע שבועת השומרים דש"ש או לא. ובפשטות ספקו תלוי בזה שאם חלות שמירה חלה אזי ישבע שבועת השומרים מדין ש"ש. ומאידך אם חלה חלות התחייבות בעלמא י"ל שאינו נשבע שבועת השומרים משום שהתחייב רק לשלם, אך לא התחייב לישבע על טענת פטור.

ולכאורה עוד יהיה נ"מ לענין דין מיטב, כי שומר משלם ממיטב כמזיק (ב"ק דף ה.), ואילו בעל חוב משלם מבינונית (שם דף ז.), ואם הקנין מועיל לעשותו שומר ישלם ממיטב, ואם אינו אלא חלות של התחייבות ממון בעלמא ישלם רק מבינונית כמו בעל חוב.

ועוד נ"מ לענין איסורי בל יראה ובל ימצא על חמץ שנמצא בבית שומר (פסחים דף ה:) האם יעבר עליהם או לא. דמסתבר שרק מי דהוי שומר חייב בב"י וב"י מפני החפצא דחמץ המסור לרשותו לשמירה. ובכן אם הקנין משווהו לשומר יעבור על ב"י וב"י, ואילו אם הקנין אינו אלא מחיל התחייבות ממון בעלמא והחפצא דחמץ עדיין אינו מסור לשמירה א"כ י"ל דלא יעבר על בל יראה ובל ימצא[430].

וכאמור מסתבר לומר כסברת הנתיבות דחלה כאן חלות דין שמירה ולא התחייבות ממון בעלמא. ובנוגע לקושית הקצות דהיאך יקנה הקדש בקנין סודר י"ל דמיירי בציור דאדם שלישי נתן את הסודר שלו לשומר וקנה ממנו להיות שומר דהקדש דמועיל מדין עבד כנעני (ועיין ברמב"ם פ"ה מהל' מכירה הל"ז). ויפלא על הקצות שלא אמר כן דלכאורה

[430] ויל"ע מה יהיה דינו למ"ד גורם לממון כממון דמי האם יעבר על ב"י וב"י ואכמ"ל.

הוא דין פשוט, והרי מעשים בכל יום דקונים בסודר ע"י אדם שלישי דחל מדין עבד כנעני.

ואמר הגר"מ הלוי זצ"ל דיש לבאר דברי הקצות על פי שיטת הר"ת (מובאת בתוס' קידושין דף ג' ד"ה ואשה) דלא חל דין עבד כנעני בעכו"ם משום דלית ליה שליחות, והא דמועיל דין עבד כנעני בקנין סודר הוא רק כדי שהכלי א"צ להיות ממונו של הקונה דיכול להיות ממונו של אדם אחר, אך מ"מ רק הקונה או שלוחו יכולים לעשות את עצם מעשה הקנין של נתינת הכלי למקנה, ומשו"ה אדם שלישי אע"פ שהסודר שלו צ"ל שלוחו של הקונה לעשות את מעשה הקנין, ולנכרי אין שליחות. וה"ה דהקדש ליתא בשליחות, ומשו"ה דין עבד כנעני אינו מועיל לקנין סודר בהקדש. (ודין גזבר דחל בהקדש אינו חל מדין שליחות אלא מדין אפוטרופוס, דהכלל הוא שאין שליחות להקדש[431]).

תוס' ד"ה אמר ר' יוחנן.

וז"ל דהכא דפטור אפילו משבועה לא משעבד נפשיה בלא קנין עכ"ל. ואילו שומר חנם משתעבד להיות ש"ש בהנאה בעלמא בלי מעשה קנין, דכבר הוי שומר אף בלי הקנין. ולפי"ז אליבא דרש"י דמיירי בהקדש צ"ל דליכא חלות שמירה בהקדש כלל ומשו"ה צריך קנין. ואילו לר"ן מיירי בקרקע, ואליבא דהרמב"ם (פ"ב משכירות הל"ג) שומר קרקע חייב בפשיעה מטעם מזיק. ואמר הגר"ח זצ"ל דחיוב מזיק דחל בפשיעה לרמב"ם חל מדין שומר ולא מדין מזיק דעלמא בלי חלות שמירה. ולפי"ז כשמתחייב בהתחייבות על קרקע להיות ש"ש ההתחייבות צריכה לחול בלי קנין דהא כבר הוי שומר בקרקע כדמוכח מדין פשיעה. אך לפי הראב"ד דסובר דליכא חלות שמירה כלל בקרקע צריך קנין, ולפי"ז י"ל דהר"ן ס"ל כהראב"ד.

בא"ד. סבורים העולם שהשאיל לו כו' עכ"ל. כלומר העולם סבורים דהבעלים האמינו לו ודבר סמכא הוא לעשותו שואל על נכסיהם, דרואים דאיש נאמן הוא ובעל אחריות, וזוהי ההנאה הגדולה שבשבילה שואל דעלמא משתעבד, וזה הביאור דבשואל "כל ההנאה שלו".

תוס' ד"ה לשמור.

וז"ל ואת ענבי נזירך לא תבצור אבל אתה בוצר מן ההפקר משמע דאסור אם ליקט מן המשומר כו' עכ"ל. לתוס' יש איסור דאורייתא לאכול ממשומר בשביעית. ואילו לרמב"ם מותר, ולרמב"ן עה"ת הריהו איסור דרבנן.

[431] דשליחות חלה רק בבני דעת וחלות שם בן דעת חל רק בגברא ולא בהקדש.

ויל"ע לתוס' בגדר האיסור לאכול ממשומר בשביעית מדאורייתא. ולכאורה נראה דאינו חלות שם איסור של מאכלות אסורות או של איסורי הנאה דהא לא נאסר משומר בלאו דאכילה והנאה אלא בלאו דבצירה. ויתכן דהוי איסור לא לכלות פירות שביעית שלא כמצותם בדומה למה שמצינו בתרומה ובמע"ש שיש דינים לאכלם כמצוותם ולכלותם שלא כמצותם אסור, דה"ה בשביעית דחל איסור לכלות את החפצא דשביעית שלא כמצותו[432], ולאכל ממשומר בשביעית הוי כלוי הפרי שלא כמצותו. ברם אין זה משמע כ"כ מלשון הפסוק. ונראה דהוי חלות שם איסור של בצירה, כלומר דבצירת פירות שביעית אסורה אפילו בהפקר מטעם איסור מלאכה בשביעית, ולבצור פירות משומרים מהווה איסור בצירה מיוחד, ואכילת פרי המשומר מצטרפת לאיסור הבצירה למפרע, ומשו"ה אסור[433].

בא"ד. וי"ל שלא היה מורה לעולם מליקח, רק שיהיה מודיעין שיחדום לעומר ומעצמן היו נמנעין מליקח עכ"ל. לתוס' חלות משומר חל בפירות רק כשהשומר מחזיק בהם בחזקה ומונע בכחו מאחרים מלנגע בם. ויל"ע מה יהיה הדין אם השומר הוי נכרי במקום שהשדה של ישראל ולמ"ד אין קנין לנכרי להפקיע מקדושת שביעית דחייב השדה בשביעית, דהרי הנכרי אינו מוזהר במצוות שביעית דלית ליה איסור לשמור את הפירות. שאם ננקוט שמעשה העבירה של שמירה אוסר את הפירות מדין משומר אזי י"ל דבשמירת נכרי לא חל איסור משומר. מאידך אם העובדא דהפירות משומרים לבעליהם היהודי אוסרם, אזי י"ל דאף בנכרי השומר בשביל הבעלים יש מעשה שימור והפירות נאסרין, וצ"ע.

דף עו:

גמ'. אין להם זה על זה אלא תרעומת.

בביאור הגמרא יש כמה שיטות בראשונים, ונבארן אחת אחת.

א) שיטת התוס'

כתבו בתוס' (ד"ה אין להם כו') וז"ל קשה לר"י דהא קי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי כו' א"כ אמאי לא יתן להם כפועל בטל כיון שעל ידו נתבטלו אותו היום וי"ל דמיירי שכשחוזר בו עוד ימצאו להשתכר ומכל מקום יש עליו תרעומת שעתה לא ימצאו אלא

[432] עיין ברמב"ם פ"ה מהל' שמיטה ויובל.

[433] לכאורה י"ל דנ"מ בספק דרבינו זצ"ל, שאם משומר הוי חפצא דמאכ"א חל בו איסור טעם כעיקר, משא"כ אם אינו אלא איסור בצירה לא חל בו איסור טעם כעיקר. ואילו אם נימא דהוי איסור לא לבטל את מצות החפצא יש להסתפק האם חל בו איסור טעם כעיקר או לא, וצ"ע.
ע"כ פרק הזהב

ע"י טורח, וכי מפליג בסמוך בין לא הלכו החמרים להלכו ומצאו שדה לחה, הוה מצי לפלוגי אף בלא הלכו כלל בין יכולין עוד להשתכר בין חוזר בו אחר שלא מצאו עוד להשתכר אלא אורחא דמילתא נקט דבהלכו לא שכיח שימצאו עוד להשתכר, ואם לא הלכו מסתמא כשבא לחזור חוזר מיד בעוד שימצא להשתכר עכ"ל. ויוצא דס"ל להתוס' דאם לא ימצאו הפועלים להשתכר ובעה"ב גרם לפועלים הפסד שמחוייב הוא לשלם להם מדינא דגרמי. וכן פסק הרא"ש (פ"ו סימן ב').

ושיטתם צ"ע, דלכאורה אין כאן מזיק דגרמי ואפילו לר"מ, דהא קי"ל דהמבטל כיסו של חבירו פטור מלשלם לו את מניעת הריוח שהפסיד (וכדאיתא בירושלמי ב"מ פ"ה הל' ג'), וכן פסק הרמב"ם (פ"א מהל' שלוחין הל"ה) וז"ל הנותן מעות לשלוחו ליקח בהם חטים או מין ממיני סחורה ולא לקח אין לו עליו אלא תרעומת עכ"ל, וא"כ אע"פ שלא ימצאו להשתכר ויפסידו ריוחם מ"מ הבעה"ב אינו אלא מי שביטל את כיסו של חבירו, וגרם לו מניעת הריוח שפטור מלשלם דאינו מזיק דגרמי אלא הוי מזיק בגרמא בעלמא דפטור.

והנה מצינו ציור דהמבטל כיסו של חבירו דחייב לשלם והיינו בתשלומי שבת דחבלה, שאם החבלה גרמה שיתבטל הנחבל ממלאכתו לזמן, דהו"ל רק מניעת הריוח, חייב החובל לשלם את הפסד הריוח דמלאכתו מדין שבת. אך כ"ז הוא במקום חבלה, ולא במבטל את חבירו ממלאכתו בעלמא בלי חבלה דפטור. וקיי"ל נמי (בב"ק דף פה:) דחייב אדם לשלם שבת לחבירו בלי נזק בגופו, כגון בדהדקיה באינדרונא, כלומר כשהסגיר את חבירו בחדר ועי"ז בטלו ממלאכתו, וכן פסק הרמב"ם (פ"ב מהל' חובל הל"ג). ולכאורה צ"ע דמ"ש בהדקיה באינדרונא דחייב ממבטל כיסו של חבירו דפטור, דהרי אף בהדקיה באנדרונא ליכא הפסד ממון ממש אלא רק מניעת הריוח.

ויעויין בטור שו"ע (חו"מ סי' ת"כ) דחילק בין מי שהכניס את חבירו בע"כ לחדר וסגרו שם בפנים דחייב לשלם משום שבת, לבין שכשחבירו היה כבר בחדר וזה בא ונעלו שם דפטור. ולכאורה הביאור בזה הוא דבהכניסו לחדר בע"כ ונעלו עשה מעשה חבלה המחייבו בשבת, ואילו אם לא הכניסו לחדר בעל כרחו, אלא רק נעלו אחרי שכבר היה בחדר חסר מעשה חבלה בגופו של הנחבל ומשו"ה פטור, דהו"ל מבטל כיסו של חבירו בגרמא בעלמא שהוא פטור[434].

וא"כ צ"ע למה בעה"ב שחזר מדבריו לפועליו הריהו מחוייב לשלם, דהרי הבעה"ב לא עשה מעשה חבלה בגופו דהנחבל ולא חל חיוב שבת דחבלה, וא"כ הו"ל מבטל כיסו

[434] ע"ע בחו"מ סי' שס"ג בקצה"ח אות ג'.

דחבירו בעלמא דפטור מלשלם, ולמה ס"ל להתוס' דהבעה"ב מחוייב לשלם לפועליו מדינא דגרמי.

ונראה לבאר את שיטת התוס' והרא"ש עפ"י פסק הרמב"ם (בפ"ב מהל' שכירות הל"ג) דשומר קרקע אע"פ שפטור מלשלם עבור גניבה מ"מ מחוייב לשלם מחמת פשיעה, משום ששומר שפשע הוי מזיק. ולכאורה צ"ע, דהיאך מצינו חיוב אדם המזיק על פשיעה בלי שיזיק במעשה שעשה בגופו, דלכאורה הפושע אינו אלא גרמא בנזקין בעלמא דפטור. וביאר הגר"ח זצ"ל דעכצ"ל דהרמב"ם התכוון לומר דיש דין מסוים דשומר שפשע חייב לשלם מדין מזיק, ואילו אדם אחר שפשע בנכסי חבירו והוזקו הוי גרמא בעלמא שפטור. ומבואר לפי"ז דיש ב' דינים בחיובי שומר, דין אחד דחל מחמת חובת האחריות של השומר על הפקדון - והוא המחייב אותו אף בשב ואל תעשה. ועל חיובי שומר שחלין מחמת אחריות, שומר קרקע פטור. אולם יש דין שני כשפשע, דאם השומר ביטל את חובת שמירתו בפשיעה הרי זה נחשב כאילו עשה מעשה מזיק בידים וחייב, דהוי חלות דין מיוחד של מזיק דחל רק בשומר בלבד ולא באדם אחר.

ולפי"ז י"ל דה"ה אליבא דהתוס' לענין חיוב מזיק דגרמי דחל בחזרת בעה"ב, דהוי חלות דין מיוחד דמזיק דחל בנזקי פועלים, דמשו"ה בעה"ב חייב מדין מזיק דגרמי, דבהלכות פועלים נתחדש שאם העבה"ב חוזר בו מדבריו ומונע את הפועלים מהשכירות הריהו חייב מדין מזיק מיוחד דנזקי פועלים, ואע"פ דבשאר הנזקים שבעולם קיי"ל שהמבטל כיסו של חבירו פטור, מ"מ בפועלים בעה"ב שחזר בו חייב.

אמנם עדיין יל"ע בזה דבשלמא בשומר קרקע חלה חלות דין שמירה, ומשו"ה פסק הרמב"ם (בפ"ב מהל' שכירות הל"ג) דשומר שפשע בקרקע חייב מדין מזיק - דחל בפשיעה דין מזיק מיוחד מדין שומר. אך לכאורה לפני שהתחילו הפועלים במלאכתם עדיין אינם פועלים כלל, וא"כ היאך חל חיוב מיוחד דמזיק פועלים בחזרת בעה"ב.

וצ"ל דאע"פ דחלות הפעולה לכל דיניה וחיוב תשלומין מדין שכירות חלה רק בהתחלת המלאכה בלבד, מ"מ משעה שדבר הבעה"ב וקבע עם הפועלים שיעבדו עבורו חלה עליו התחייבות וחל בהם דין פועלים לענין נזק, ומשו"ה אם גרם להפסדם ע"י שחזר בו מדבריו חייב לשלם מדינא דגרמי, דלענין נזק הריהם פועליו משעה שדבר עמהם והסכימו שיעבדו אצלו, וחל על הבעה"ב דין מזיק מיוחד דנזק פועלים.

ונראה להוסיף ביאור בזה, דהנה מצינו דוגמא לכך בקדושין (דף ט:) בדין כמה אתה נותן לבנך כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך כך וכך, דהן הן הדברים הנקנים באמירה. דלפעמים התחייבות ממון חלה בדבורים בעלמא בלי מעשה קנין. וי"ל דה"ה בפועלים,

דההתחייבות לענין לשלם נזקם חלה על הבעה"ב בדבורים בלבד בלי שיעשה מעשה קנין, ובלי שיחולו כל שאר חיובי ודיני פועלים שחלין רק בשעת התחלת המלאכה. אך לענין החיוב לשלם הפסדם י"ל דמשעה שדבר עמהם ושכרן הריהם פועליו במקצת, ומשו"ה אם הבעה"ב חזר בו חל חיוב מזיק מיוחד לשלמם על מניעת הריוח שהיו מרויחים אילו עבדו אצלו. וחיוב זה הוי חלות דין מזיק מיוחד דחל רק בפועלים בלבד, בדומה לחלות דין מזיק מיוחד דחל בשומר שפשע אליבא דהרמב"ם.

ועוד נראה דבדין הן הן הדברים הנקנים באמירה איתא שם בגמרא דהקנין חל רק כשעמדו וקדשו. ואילו אם לא עמדו וקדשו אין הדברים קונים, ועיין ברמב"ם (פכ"ג מהל' אישות הלי"ג - ט"ו) דפסק נמי דהדברים קונים רק אם באים לבסוף לקדושין ולא שקונים בעצמם. ולפי"ז י"ל דבפועלים נמי הוי הכי, דדברי הבעה"ב לפועליו מחייבים אותו רק אם באים לבסוף לאיזה תוצאה ממש. ולכן אם הפועלים התחילו במלאכתם דהוי דבר ממש אמרינן דחלה ההתחייבות דהפעולה למפרע משעת הדברים. וה"ה אם הבעה"ב חזר בו מלפני התחלת המלאכה, והפועלים הפסידו ממון דלא ימצאו עוד מלאכה להשתכר בה, דהדברים שביניהם הגיעו לתוצאה ממש - דהיינו להפסד ממון של הפועלים - ומשו"ה הדברים חלין למחייב התחייבות דפעולה, ומאחר דלמפרע היו באמת פועלים משו"ה חל חיוב מזיק מיוחד על הבעה"ב שחזר בו והזיק את פועליו. משא"כ כשהבעה"ב חזר בו לפני התחלת המלאכה וגם לא הפסידו הפועלים ממון דיכולים למצוא מקום אחר להשתכר בו דאזי הדברים לא הגיעו לידי ממשות ונמצא דלא דבר אלא פטפוטי דברים בעלמא דאינם קונים ואינם מחייבים אותו, ויוצא שלא היו פועליו כלל, ולא חל עליו דין מזיק דפועלים.

ועיין ברש"י (ד"ה אין להן) שכ' וז"ל דאמר להן תשכירו עצמכם לאחרים כו' ומיהו תרעומת איכא שיהו צריכים לחזר זה אחר פועלים וזה אחר שוכרים, ותביעת ממון ליכא דהא דברים בעלמא נינהו עכ"ל. ודבריו צ"ע, דמתחילת דבריו משמע דליכא הפסד ממון אלא טרחא בעלמא דמשו"ה פטור, ולבסוף דבריו כתב דליכא תביעת ממון דהא דברים בעלמא נינהו, ומשמע דאפילו אם הפסידו ממון מ"מ פטור.

ונראה דרש"י נמי ס"ל כשיטת התוס' שבהפסידו הפועלים ממון אזי הבעה"ב חייב לשלם להם וכדמשמע מתחילת דבריו. וחיוב זה חל מדין מזיק מיוחד דנזקי פועלים. ומש"כ לבסוף דאינו משלם משום דדברים בעלמא נינהו ר"ל דאינו משלם להם מדין שכירת פועלים, דהא לא התחילו במלאכתם, ולא חלו חיובי הפועלים - ולא חל על הבעה"ב חיוב דשכירות פועלים, כי דברים בעצמם אינם קונים חיובי פעולה. אך במקום הפסד,

דהדברים הגיעו לתוצאה ממש, אזי חל בדברים קנין פעולה והתחייבות דפעולה לשלם את הפסדם ומניעת ריוחם מדין מזיק פועלים[435].

והנה יל"ע אליבא דהתוס' האם על החיוב דבעה"ב לשלם נזק פועליו חל איסור בל תלין או לא. ולפום ריהטא י"ל דלא חל בזה איסור בל תלין כי איסור בל תלין חל רק בחיובי שכר שכיר ולא בחיובי מזיק. אך לפימש"נ דליכא כאן חלות חיוב מזיק דכהת"כ אלא חלות חיוב מזיק מיוחד דפועלים בלבד, יתכן לומר דאף על החיוב לשלם לפועלים מדין מזיק חל איסור בל תלין, ויל"ע בזה.

ועוד יל"ע האם הבעה"ב חייב לשלם ממיטב כדין מזיק דעלמא, או"ד דמשלם מבינונית כבחיובי תשלומי בע"ח. ולכאורה היה נראה דמשלם ממיטב מאחר דהוי חיוב תשלומין מדין מזיק, אך י"ל דמאחר דהחיוב חל מדין מזיק מיוחד דפועלים א"כ משלם רק כבשכירות פועלים דעלמא - מבינונית ולא ממיטב, וצ"ע.

והנה ביארנו לעיל דלפי הרמב"ם (בפ"ב מהל' שכירות הל"ג) חל חיוב מזיק מיוחד בשומר שפשע, ומ"מ נראה דלגבי שאר הדינים פשיעה שוה לשאר חיובי שומר, כגון לענין דין שבועת השומרים ופטור דבעליו עמו (עיי"ש ברמב"ם), ומשמע דחיוב פשיעה בשומר דומה יותר לשאר חיובי השומר ולא כ"כ לחיוב מזיק דעלמא. ולפי"ז מסתבר לומר דאף בתשלומי החיוב המיוחד דנזק דפועלים מחמת חזרת הבעה"ב דהבעה"ב משלם כמו תשלומי שאר חיובי הפועלים, ולא כמו שמשלם בחיוב מזיק דעלמא, ושפיר חל עליו איסור בל תלין ואף משלם נזקם מבינונית ולא ממיטב, וצ"ע.

ב) שיטת הרמב"ן והרשב"א

עיין ברמב"ם (פ"ט מהל' שכירות הל"ד), ועיין במגיד משנה שכתב בשם הרמב"ן והרשב"א וז"ל וכשאמרו אין להם אלא תרעומות כשלא הלכו דוקא בשלא היו יכולין להשכיר עצמם אמש כששכרם בעל הבית זה, אבל אם היו נשכרים אמש ועכשיו אין נשכרין כלל הרי זה כדבר האבד להם ונותן להם שכרן כפועל בטל כו' עכ"ל. ומבואר דהרמב"ן והרשב"א ס"ל דכשהפועלים הפסידו כגון שהיו יכולים להשכיר את עצמם אמש לאדם אחר לפני שקבעו עם בעה"ב זה, ועכשיו לאחר שחזר בו הבעה"ב הם אינם נשכרין כלל לאדם אחר אזי חלה על הבעה"ב התחייבות דשכירות פועלים לשלם להם שכרם כפועל בטל. ויוצא דס"ל דיש שני אופנים להחיל התחייבות דשכירות פועלים,

[435] עיין בשעורים לקמן (דף צד.) ד"ה פרה שהבאנו שם את שיטת רש"י והראב"ד דבאמירה בעלמא חל דין בעליו עמו. וחזינן דס"ל דבאמירה בעלמא חלה התחייבות ממון על הפועל לעבוד ואע"פ דעדיין לא התחיל הפועל במלאכתו וליכא חלות חיוב פעולה גמור. ורבינו זצ"ל ביאר שם דהתחייבות דחלה מדין תרעומת מהווה חיוב ממון ואע"פ שניתן לחזר בו מדאינה התחייבות גמורה. ומ"מ מחמת חלות התחייבות הממון הזו במקום שיש הפסד ממון חל חיוב מזיק מיוחד, וכדמבואר בפנים.

או ע"י התחלת המלאכה ממש וכגון כשהלכו הפועלים למלאכתם דהו"ל מעשה קנין המחייב שכירות הפועלים, או ע"י דיבור דבעה"ב ביחד עם הפסד ממונם. דהיכא דאיכא הפסד ממון לפועלים אזי חל ע"י הדיבור של הבעה"ב התחייבות דשכירות פועלים. ומשו"ה ס"ל דאם אין הפועלים יכולים להשכיר את עצמן לאחר שהבעה"ב חזר בו, הבעה"ב משלם להם דמי שכירותם כפועל בטל. ונראה דהרמב"ן והרשב"א ס"ל דזה נכלל בהתחייבות של שכירות פועלים שבדיבור דבעה"ב דמעיקרא דאם יחזור בו ויפסידו את האפשרות לעבוד הריהם פועליו לקבל שכרם, ואם לא יפסידו וכגון שיש להם האפשרות להשכיר את עצמן לאדם אחר אזי דיבור דבעה"ב אינו אלא דברים בעלמא ולא חלה חלות התחייבות דשכירות פועלים ומשו"ה הבעה"ב פטור ואינו משלם כלל. ומבואר דהרמב"ן והרשב"א ס"ל דהבעה"ב חייב לשלם מדין ההתחייבות דשכירות פועלים ולא מדין מזיק מיוחד כשיטת התוס' והרא"ש הנ"ל.

ג) שיטת מוהר"ם והרמב"ם

עיין בקצה"ח (חו"מ סי' של"ג אות ב') שהביא מתשובת מוהר"ם ב"ר ברוך דאפילו כשהפועלים הפסידו ממון אך כל זמן שלא עשו קנין שכירות ולא הלכו למלאכתם אם חזר בו בעה"ב הריהו פטור מלשלמם, דאין כאן אלא מניעת ריוח בעלמא שפטור מלשלם עליו. והמוהר"ם ב"ר ברוך פליג על תוס' והרמב"ן המחייבים את הבעה"ב לשלם לפועלים עבור ביטול מלאכתם. ולכאורה ביאור שיטתו היא דס"ל דלא חל כאן חלות חיוב מזיק דהחיוב של הבעה"ב לשלם חל מדיני שכירות, ומשו"ה לא חל החיוב אלא רק אחרי התחלת מלאכה דאזי חלה השכירות לכל דיניה. וס"ל למוהר"ם דהבעה"ב אינו חייב מדין מזיק דלא הוי אלא מניעת הריוח בעלמא. ועיין ברמב"ם בפ"ט מהל' שכירות (הל"ד) דג"כ סובר דהחיוב של הבעה"ב לשלם חל רק אחרי התחלת המלאכה, כשהשכירות עצמה חלה ומשמע דסובר שאין בזה חיוב מזיק שלא כתוס'. ויתכן שיש עוד נ"מ בנידון הנ"ל, האם בעה"ב שחזר בו משלם לפועל בתורת מזיק או בתורת התחייבות מדיני שכירות פועלים לענין קלבד"מ, דחל פטור קלבד"מ בחיוב תשלומין מדין מזיק, ואילו בהתחייבות דפועל לא חל פטור קלבד"מ אליבא דהמאירי (ב"ק דף ע:) דס"ל דלא חל פטור קלבד"מ בהתחייבות ממון.

בדין שכיר וקבלן

עיין לעיל (דף י.) דאמר רב פועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים, עבדי הם ולא עבדים לעבדים. וקבעו התוס' (דף עה: ד"ה השוכר) דאנן פסקינן

דכ"ז בשכיר יום אבל לא בקבלן דאינו יכול לחזור בו, וכן פסק הרמב"ם (בפ"ט מהל' שכירות הל"ד). והוא כפי חילוק הגמרא לקמן (דף עז.).

וע"ע לקמן (דף קיב.) דאם אומן - היינו קבלן - קונה בשבח כלי, אזי לא חל האיסור של בל תלין שכר שכיר בהלנת תשלומיו, כי הקבלן אינו מקבל שכרו עבור מלאכתו אלא מקבל דמי השבח שיצר והקבלן מקנה את השבח לבעה"ב והתשלומין אינן תשלומי שכירות ופעולה, אלא תשלומי מקח וממכר דעלמא ומשו"ה ליכא בתשלומיו איסור בל תלין. ולפי"ז מסתבר דקבלן אינו דומה לעבד כלל, דכל תשלומיו הן דמי ממכר חפצא, ואינו יכול לחזור בו ממכירתו. ברם צ"ע למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי, דס"ל דחל איסור בל תלין בהלנת תשלומי קבלן, ובפשטות היינו משום דס"ל דקבלן משתשלם בעד מלאכתו, דא"כ צ"ע למה קיי"ל דקבלן אינו יכול לחזור בו ממלאכתו בחצי היום כמו שכיר יום, ולמה אינו נחשב כעבד כמו שכיר יום. וכמו"כ צ"ע ברמב"ם שפסק (בפ"י משכירות הל"ד) שאין אומן קונה בשבח כלי, ואף פסק (פי"א מהל' שכירות הל"ג) שהלאו דבל תלין חל בתשלומי אומן וז"ל שהקבלנות כשכירות היא וחייב ליתן לו בזמנו עכ"ל, וקשה א"כ למה פסק שהקבלן אינו חוזר בו בחצי יום, דדוקא שכיר יום שחזר בו בחצי יומו מקבל כל שכרו על מה שעשה, ואילו בקבלן ידו על התחתונה.

ועוד צ"ע בפסק הרמב"ם (פי"ג מהל' מכירה הלט"ו והלי"ח) שכ' וז"ל השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הונייה מפני שהוא כקונה אותו לזמן. ועבדים אין בהם הונייה כו' נראה לי שהקבלן יש לו הונייה, כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרים זוזים או לתפור חלוק זה בשני זוזים הרי יש לו הונייה וכל אחד משניהם בין קבלן בין בעל הבגד חוזר לעולם כמוכר עכ"ל. וצ"ע דמאחר דפסק שאין אומן קונה בשבח כלי ושחל בו איסור בל תלין א"כ למה חילק הרמב"ם לענין אונאה בין שכיר דהוי כעבד ושאין לו אונאה - לבין אומן קבלן שאינו כעבד ויש לו אונאה.

ונראה לבאר כל זה על פי המחלוקת שבין הרמב"ם והראב"ד (בפ"ד מהל' שלוחין הל"ב) דכתב הרמב"ם וז"ל האומנין שנשתתפו באומנות אע"פ שקנו מידם אינם שותפין, כיצד שני חייטים או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהן בשוה אין כאן שותפות כלל שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עכ"ל. וכ' ע"ז הראב"ד וז"ל ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן עכ"ל.

ונראה דהראב"ד סובר דיש לאדם קנין בגופו לענין מעשה ידיו, ולכן יכול הוא להקנות לאחר קנין בידיו למעשה ידים, ושני אומנין שפיר יכולים להשתתף ביחד ואין בזה קנין

דבר שלא בא לעולם שהרי ידיהם הויין בעולם ומקנים את ידיהם זה לזה. והראב"ד הביא ראייה לזה מהדין (כתובות דף נט.) דאשה יכולה לקדש את מעשה ידיה, דמוכח מזה דיש לאדם קנין במעשה ידיו להקנותם לשני ולפיכך מעשה ידיה הן ברשותה להקדישם. אולם הרמב"ם חולק עליו וסובר דאין לשכיר קנין במעשה ידיו, דחלות דין שכיר אינה אלא התחייבות הגברא לעבוד בשביל חברו, וההתחייבות הזו הוי חלות דין מיוחד דחל רק עם התחלת המלאכה - דהתחלת המלאכה מהווה קנין מסוים להחיל את ההתחייבות דשכיר ופועל. ברם לפני שעת התחלת המלאכה א"א להחיל חלות דין פועל והתחייבות דפועל, דלשיטת הרמב"ם ליכא קנין בגוף הפועל לענין מעשי ידיו ודין פועל לא הוי אלא חלות התחייבות לעשות מלאכה בעד חבירו וע"כ ההתחייבות לא חלה אלא ע"י התחלת המלאכה. ונראה דלשיטת הרמב"ם אם קנו שני אומנים מעשי ידיהם בקנין זה מזה קנינם אינו חל, משום דהו"ל קנין בדבר שלא בא לעולם, דהוי קנין מעכשיו להתחייב לעשות מלאכה לאחר זמן שאינו חל. ואילו הראב"ד סובר דהוי קנין בגופם למעשה ידיהם ואינו קנין בדבר שלא בא לעולם, ומשו"ה חל הקנין. ונראה דצ"ל דלפי הרמב"ם אין ראייה מהא דאשה יכולה להקדיש מעשי ידיה, די"ל דהקדש שאני דיכול לחול מדין נדר אף על התחייבות בדבר שלב"ל, עיין ברמב"ם (פ"ו מהל' ערכין הל' ל"א - ל"ג)[436].

ולכאורה צ"ע אליבא דהראב"ד דס"ל דאפשר לקנות מעשה ידיו של חבירו בקנין בגופו כמו שקונים עבדים, א"כ למה לא חלין בשכירות פועל קניני העבדים דעלמא כמו קניני כסף שטר וחזקה. ונראה לתרץ דקניני העבדים דכסף שטר וחזקה חלין רק כשקונים את גופו של העבד ממש, משא"כ בשכיר דקונים בו קנין רק לענין מעשה ידיו בלבד, אך אין קונים את עצם גופו דשכיר כבעבד ולכן לא חלין בו קניני כסף שטר וחזקה, אלא רק הקנין של התחלת המלאכה או של קנין סודר, דרק שני הקנינים האלה מחילים הקנין במעשה ידיו דשכיר[437].

ועוד נראה דלשיטת הרמב"ם דליכא חלות קנין בשכיר ואומן למעשה ידיהם, התחלת המלאכה אינו מעשה קנין דעלמא כמעשי קנין אחרים, כגון מעשי קניני כסף שטר חזקה, אלא דהתחלת המלאכה הויא שעת התחלת השכירות והפעולה במציאות,

[436] ועיין בשיעורים לעיל (דף מה:) בענין קנין דחל מדין דעת מקנה אות ב'.

[437] ולפי"ז נראה דאף לשיטת הראב"ד אין קנין שכיר קנין גוף לפירות אלא רק קנין פירות בלבד. וע"ע בשיעורים לקמן (דף עז.) ד"ה בענין פועל קבלן ואריס שנאנסו (אות ב') מה שנתבאר שם בשם מרן הגר"ח זצ"ל. ועוד יל"ע בטיב הקנין דחל בעבד עברי דאמרו חז"ל ע"ע גופו קנוי (קידושין דף טז.), האם הוי קנין הגוף או לא, ורבינו זצ"ל דן בזה בשיעוריו למס' קדושין שם, ואכמ"ל.

ומאחר שהפועל התחיל לעבוד והתחייב לעשות את כל המלאכה, חלה ההתחייבות מדין מסוים - דאם לא עכשיו אימתי תחול, אך אין כאן מעשה וחלות קנין דעלמא, אלא חלות התחייבות מיוחדת דפועל לעבוד בשביל בעליו, וההתחייבות חלה ממילא כשהתחיל לעבוד בלי מעשה קנין.

והנה, אם ננקוט אליבא דהראב"ד דהקנין למעשה ידים חל רק בשכיר יום אך לא בקבלן, אזי מבואר החילוק ביניהם לענין דין חזרה בחצי יום, דבשכיר חל קנין בגופו למעשה ידיו ודומה במקצת לעבד ומשו"ה יכול לחזור בו, משא"כ קבלן דאינו כעבד כלל. אך צ"ע לפי הרמב"ם שחולק על הראב"ד וס"ל דאין לשכיר קנין במעשה ידיו, דחלות דין שכיר אינה אלא התחייבות הגברא לעבוד בשביל חברו א"כ מ"ש שכיר מקבלן לענין חזרה בחצי היום. ועוד יל"ע דמהראב"ד עצמו אינו משמע שחילק בין שכיר לבין קבלן לענין קנין במעשה ידים, וא"כ צ"ע למה ס"ל דרק שכיר בלבד חוזר בו בחצי יום ולא קבלן.

ונראה לבאר דאליבא דהרמב"ם בין בשכיר יום ובין בקבלן ליכא חלות קנין בגופו של הפועל למעשה ידים, ובתרווייהו חל על הפועל רק התחייבות בלבד לעבוד, והבעלים מחוייבים לשלם לו עבור פעולתו. ולשיטת הרמב"ם החילוק בין שכיר יום לקבלן הוא דבשכיר יום ההתחייבות והתשלומין הם בשביל הטרחא שטרח לעבוד עבור בעליו בזמן עבודתו. ואילו בקבלן ההתחייבות והתשלומין חלין עבור השבח שהשביח ע"י פעולתו, אך לא עבור טרחתו וזמן עבודתו. ונראה דלכן קבלן ושכיר יום חלוקים הן בדיניהם לענין חזרה ואונאה. דמכיון דבשכיר יום חלה ההתחייבות לטרוח בטרחא בזמן מסוים דומה הוא במקצת לעבד המחוייב לטרוח בשביל אדוניו, ומשו"ה קיי"ל דשכיר יום חוזר בו בחצי יום. ואילו קבלן לא התחייב לטרוח כלל אלא רק לשבח את החפצא, ומשו"ה אינו דומה לעבד כלל ואינו חוזר בו בחצי יום. ונראה דלכן יש נפ"מ ביניהם נמי לענין אונאה, דבשכיר יום מכיון דמשלמים לו בעד טרחתו משו"ה תשלומיו אינם כלולים בדיני אונאה, דא"א לקראם דמי מכירה מכיון שאינם אלא דמי שכר טרחת הגברא, והויין איפוא כדמי עבד שאין בו אונאה. משא"כ בתשלומי קבלן הנקבעים לפי שווי השבח דבחפצא, חלין בהם דיני אונאה, כמו בתשלומי חפצא שנמכר. ואע"פ דליכא הקנאת חפצא דהשבח עצמו כיון דקיי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי, מ"מ הרי התשלומין נמדדים כפי שווי השבח דבחפצא ומשום הכי חלין בתשלומי קבלן דיני אונאה. ובכך מבואר ההבדל בין שכיר יום לבין קבלן בדיני חזרה ואונאה. אמנם בין תשלומי שכיר יום ותשלומי קבלן נאסרים באיסור בל תלין, והוא משום דרק למ"ד אומן קונה בשבח כלי חל מכירת חפצא דהשבח מהאומן לבעל הכלי, דהקנאת השבח חלה מדעת מקנה של

האומן, ולכן ס"ל דלא חל איסור בל תלין דפועלים מדליכא חלות תשלומי פעולה אלא תשלומי חפצא דהשבח הנמכר במכירה ובקנין מהאומן לבעל הכלי מדעת מקנה וקונה. ואילו לדידן דס"ל דאין אומן קונה בשבח כלי, משלמים לקבלן בעד פעולתו ועבודתו, אלא שהתשלומים משוערים כפי שווי השבח ולכן חל איסור בל תלין בתשלומי קבלן - דמשתלם מדין שכר פועלים ולא מדין מכירת החפצא דהשבח כמכירה דעלמא[438].

ועיין בש"ך (חו"מ של"ג אות י"ד) שהביא מחלוקת בין הראשונים אם שכיר יום שעשה קנין סודר יכול לחזור בו כמו שחוזר שכיר שעשה קנין דהתחלת מלאכה. ונראה דהראשונים (עיין בשיטה דף עה. ד"ה השוכר את החמר בשם הריטב"א) המחלקים בין התחלת המלאכה לבין קנין סודר סוברים כשיטת הראב"ד דיש לאדם קנין במעשה ידיו שאפשר להקנותו לאחר בקנין, אלא דס"ל שהך קנין חל רק בקנין סודר דהוי חלות קנין בכהת"כ, ולפיכך כשהשכיר הקנה את מעשה ידיו בקנין סודר אזי אינו יכול לחזור בו כמו שאינו חוזר מקנין דעלמא. משא"כ בקנין דהתחלת מלאכה שאינו חלות קנין דכהת"כ אלא הוי חלות דין קנין מיוחד דפועל, דאינו חל כקנין דעלמא במעשה ידיו אלא כחלות התחייבות דפועל, ומשו"ה ס"ל שיכול השכיר לחזור בו - מדהויא התחייבות מיוחדת דפועל. ברם נראה דהראב"ד עצמו חולק ע"ז, וס"ל כדעת הש"ך שאין חילוק בין קנין סודר לבין קנין דהתחלת המלאכה. דקנין סודר נמי אינו קנין דעלמא במעשה ידי האדם דחל מדין קנין חפצא, דא"כ למה אין אדם יכול להקנות את מעשה ידיו לחבירו בקנין לעולם כמו שמקנה כל חפצא אחר לחבירו. וצ"ל, שא"א להיות שכיר לעולם משום שאין מעשה ידיו ברשותו ובבעלותו להקנותם לאחר לעולם[439] אלא שיכול להקנותם מדין מיוחד דשכירות המהווה חלות קנין לזמן ולא לעולם. ומשו"ה יכול לחזור בו משכירות אף כשהקנה את השכירות בקנין סודר, דקנין שכירות אינו חלות קנין דעלמא אלא חלות קנין מיוחד דשכירות, ולכן חל בו דין חזרה. ועוד נראה דדוקא משום שיש האפשרות של חזרה משו"ה יכול אדם להשכיר את עצמו להיות פועל לזמן אצל אדם אחר - דבכך אינו עבד. דאילו לא היתה לו את זכות החזרה לא היה יכול להחיל דין שכירות כלל דאזי דומה ממש לעבד, ואין בנ"י עבדים לעבדים. ורק משום דיש האפשרות דחזרה חלה חלות שכירות לזמן בין ע"י קנין סודר ובין ע"י התחלת מלאכה, ובכל אופן חוזר בו - אחרי התחלת מלאכה ואף אחרי קנין סודר.

[438] ועיין במחנה אפרים הל' שכירות פועלים סי' א'.

[439] לכאורה מחמת דין "עבדי הם ולא עבדים לעבדים". ודין עבד עברי מהווה חלות מיוחדת ולא שייך באופן אחר של הקנאה.

ועיין ברמב"ם (פ"ו מהל' שבת הלי"ב) ובמגיד משנה שהביא מהירושלמי שמותר לתת לקבלן נכרי לעשות מלאכת ישראל בבית הנכרי בשבת, אך לא לנכרי שכיר יום. ונראה דהביאור בזה הוא שקבלן אינו משתלם כפי שיעור זמן מלאכתו וטרחתו אלא כפי שווי השבח, ומשו"ה אין עצם מלאכת הקבלן נכרי מצטרפת לשבת ולא חשיב מלאכת שבת ומותרת. משא"כ בשכיר יום המשתלם עבור זמן מלאכתו וטרחתו, דאזי מלאכתו מצטרפת לשבת והו"ל מלאכת שבת עבור ישראל דאסורה.

ודרך אגב עיי"ש ברמב"ם שפסק וז"ל וכן השוכר את הנכרי לימים הרבה מותר, כיצד כגון ששכר הנכרי לשנה או לשתים שיכתוב לו או שיארוג לו הרי זה כותב ואורג בשבת ומותר כאלו קצץ עמו שיכתוב לו ספר או שיארוג לו בגד שהוא עושה בכל עת שירצה והוא שלא יחשוב עמו יום יום עכ"ל. והראב"ד שם השיג וז"ל לא נהיר ולא צהיר שאע"פ שאיני מדקדק עמו כשהוא בטל מ"מ אותה מלאכה משתרשא ליה ואינו דומה לקבלנות עכ"ל. ומבואר דהראב"ד הקשה על הרמב"ם דמאחר דהשכיר משתלם עבור מלאכתו וטרחתו בתוך השנה, הו"ל מלאכת שבת שעושה בעד ישראל וצ"ל אסור ולא דמי לקבלן שאינו משתלם כלל עבור זמנו וטרחתו וזמנו אלא רק בשביל השבח שעשה.

ויתכן דהרמב"ם מיירי באופן שלא השכיר הבעה"ב את הפועל לעשות איזו שהיא מלאכה במשך זמן השנה אלא שהשכירו שיהיה פנוי אצלו ומוכן לעבודה שכל זמן שהבעה"ב רוצה אזי יעבוד הפועל, ונמצא שהפועל אינו מקבל תשלומין בעד מלאכתו וטרחתו אלא רק על היותו מוכן ופנוי לעבוד עבור בעה"ב, ומשו"ה ליכא במלאכתו חלות שם מלאכת שבת מכיון דאינו משתלם בעד עצם זמן מלאכתו אלא רק על היותו פנוי ומוכן לעבוד אצלו, ויל"ע בזה.

גמ'. ר' דוסא אומר. לת"ק יד הפועלים על העליונה דאם חזרו בהם מקבלים כל שכרם עבור מה שעשו. ואליבא דר' דוסא ידם על התחתונה, ומנכים מהם שכירות הפועלים האחרונים. ויש לעיין מהו יסוד מחלוקתם.

ונראה דלת"ק חזרת הפועלים חלה לגמרי ומשו"ה מקבלים כל שכרם עבור מה שעשו. ואילו ר' דוסא סובר דיד בעה"ב על העליונה ולכן יכול הבעה"ב לומר דאם מפסיד בשכירות פועלים אחרים, דעולים לו למשל ששה דינרים במקום סלע, דאינו מקבל את חזרת הפועלים הראשונים דעדיין הם פועליו המחויבים לגמור את כל מלאכתם, אלא דהפועלים האחרונים נעשים פועלים עבור הראשונים, והראשונים מחויבים לשלם

לאחרונים שכרם דששה דינרים, שהרי הם עובדים בשבילם ובמקומם[440], ומשו"ה הראשונים מקבלים רק שקל. אך כשאין לבעה"ב הפסד חזרת הראשונים הויא חזרה ומקבלים כל שכרם של סלע.

והנה אם הפועלים האחרונים הוזלו מהראשונים יעויין לעיל ברש"י על המשנה (דף עה: ד"ה ידם על התחתונה) שכתב וז"ל ואם הוזלו פועלים וימצא שיגמרנה בפחות ישום להם מה שעשו ויתן להם מה שפסק, עשו חציה יתן להם חצי שכרן ואין יכולין לומר לו הרי פועלים אחרים תחתינו לגמור מלאכתך ותן לנו כל שכרנו חוץ ממה שנטלו אלו עכ"ל. אליבא דרש"י הבעה"ב מרויח את ההפרש, כי חזרת הפועלים הראשונים חלה ונמצא דהפועלים האחרונים עובדים בשביל בעה"ב ולא בשביל הפועלים הראשונים ומקבלים את שכר עבודתם מבעה"ב ולא מהפועלים הראשונים ובעה"ב מרויח את ההפרש, דלרש"י ר' דוסא והתנא דבמשנה סבורים דברשות בעה"ב להחליט האם לקבל את חזרתם של הפועלים הראשונים ובכן האחרונים הם פועלי בעה"ב, או שלא לקבל את חזרת הראשונים דאז האחרונים הם הפועלים של הפועלים הראשונים.

ברם יעויין בש"ך (חו"מ סי' של"ג אות י"ט) שכתב בדין שכיר שחזר בו בחצי יום והוזלו הפועלים האחרונים, וז"ל וכתב הטור דאם שכרו בח' דינרים והוזלה שיכול לגמור חצי יום הנשאר בב' דינרים צריך ליתן לו ו' דינרים ואין מעכב בידו אלא ב' דינרים, ולא מצאתי כן בשום פוסק יותר וגם באמת לא נהירא לפע"ד דלמה יתן לו ו' דינרים כו' למה יהיה יד הפועל על העליונה לענין שיתן לו יותר ממה ששכר עמו ח' דינרים ליום דהיינו ד' דינרים לחצי יום כיון שהפועל חוזר כו' עכ"ל. הטור פסק שאם הפעולה הוזלה והאחרונים עובדים בזול, למשל חצי יום בשביל שני דינרים בלבד אזי הפועלים הראשונים מרויחים את ההפרש ומקבלים ו' דינרים לחצי יום העבודה שעשו והפועלים האחרונים מקבלים שני דינרים. והש"ך תמה עליו דלמה ירויחו הראשונים, דהרי הם חזרו בהם בחצי היום, ומגיע להם רק ד' דינרים שהוא דמי עבודתם לחצי יום כפי מה שהם הסכימו מלכתחילא עם בעה"ב.

ונראה דהטור סובר דמה דנאמר דשכיר יום חוזר בו בחצי יום אינו ר"ל דמוכרח לחזור מכל ההסכם ומהחיוב לעבוד, אלא ר"ל שאם הוא מסרב לעבוד יותר אזי אין ב"ד כופין אותו לגמור בעצמו את כל העבודה, ויכול לגמור את העבודה עם פועלים אחרים. ולכן כשהזלו, הפועלים האחרונים נעשו הפועלים של הראשון ועובדים בשבילו, ומגיע

[440] רבינו זצ"ל בשעוריו התבטא שהפועל האחרון הוי "גברא בחריקאי" של הפועל הראשון, כלומר הממלא מקומו שעושה את הפעולה עבור הראשון דעדיין הוי פועל דבעה"ב.

לראשון כל שמונה הדינרים שהסכים עליהם עם בעה"ב מלכתחילא, אלא שמשלם השכיר ב' דינרים לאחרונים שהם פועליו והוא מקבל ששה דינרים כפי ההסכם לקבל ח' דינרים עבור כל המלאכה. ולפי הטור הפועלים האחרונים הם בעלי דין של הראשונים ומקבלים את שכרם באופן ישיר מהפועלים הראשונים ולא מבעה"ב. ואילו לפי הש"ך האחרונים הם פועליו של בעה"ב ובעלי דיניו והוא חייב לשלם להם ואין הראשונים משלמים להם בכלל.

והנה עוד שיטה נמצאת בראב"ד (פ"ט מהל' שכירות הל"ד) בציור של קבלן שקבל עליו לארוג בגד בשני סלעים וארג חציו וחזר בו שפסק הרמב"ם דיד הקבלן על התחתונה שאם הנשאר לעשות היה יפה ו' דינרין אזי הקבלן מקבל רק שני דינרים, ומאידך אם הנשאר היה יפה שני דינרים הקבלן מקבל סלע עבור חצי המלאכה שעשה, וע"ז כ' הראב"ד וז"ל אלא סלע יפה שני דינרין עכ"ל, ומשמע דס"ל להראב"ד דהקבלן אינו מקבל אלא שני דינרין כערך שער המלאכה עכשיו ולא סלע כדמעיקרא, ודלא כהרמב"ם דס"ל דמקבל סלע. ונראה בביאור מחלוקתם דהרמב"ם סובר שחזרת הקבלן חלה מכאן ולהבא, ומשו"ה אע"פ שהמלאכה הוזלה הקבלן מקבל לפי השער הראשון של המלאכה שהסכימו עליו מלכתחילא דהיינו סלע. ואילו הראב"ד סובר דבידו של בעה"ב לבטל את כל ההסכם שלהם למפרע והוי כאילו לא היה ביניהם הסכם כלל לשלם סלע עבור חצי המלאכה, ומשו"ה משלם כפי השער דעכשיו דהיינו שני דינרים.

גמ'. הא דסיירא לארעיא מאורתא.

א.

עיין בראש (סי' ג') דהניח כלל בלא יכלו הפועלים לעשות את מלאכתם מחמת אונס וז"ל דכל אונסא דלא אבעי לאסוקי אדעתייהו לא פועל ולא בעה"ב א"נ תרוייהו איבעי להו לאסוקי אדעתייהו פסידא דפועלים עכ"ל, דס"ל דחל פטור אונס לבעה"ב הפוטרו מלשלם לפועליו במקום אונס המונעם מלעשות את מלאכתם. וכן משמע מרמב"ם (פ"ט מהל' שכירות הל"ד) שכתב וז"ל ששכר להשקות השדה ומצאוה שנתמלאה מיד, אם ביקר בעה"ב מלאכתו מבערב ומצא שצריכה פועלים אין לפועלים כלום מה בידו לעשות עכ"ל. והוא חידוש דין בחיובי שכירות הפועלים דכשהם אנוסים במלאכתם הבעה"ב פטור מלשלם. משא"כ בשאר חיובי ממון שבתורה איננו כן, דאחרי שכבר חל קנין והתחייבות ממון ואח"כ נאנס אמרי' נסתחפה שדהו של הקונה והמתחייב. משא"כ בשכירות פועלים, דאע"פ שהלכו למלאכתם וחל קנין הפעולה, מ"מ אם אירע אונס וא"א להם לעבוד ההפסד הוא של הפועלים ולא של בעה"ב. ונראה דבשכירות

פועלים ליכא מעשה וחלות קנין דעלמא, אלא דההליכה והתחלת המלאכה מחייבים את הפועלים בעבודה מדין מיוחד, אך לא מדין מעשה קנין וכדנתבאר לעיל בשיעורים (דף עו: ד"ה בדין שכיר וקבלן). ויש להביא ראייה לזה ממה שכתב המגיד משנה (פ"ט מהל' שכירות ה"ד) בשם הרמב"ן דליכא שליחות בהליכה והתחלת מלאכה, אלא הפועל צריך ללכת ולהתחיל לעבוד במלאכתו בעצמו כדי שתחול ההתחייבות דפעולה. ולכאורה אי חל חיוב שכירות ע"י חלות קנין דעלמא צ"ע אמאי לא מהני בזה שליחות. ומוכח דההליכה והתחלת המלאכה אינו מעשה קנין והתחייבות דעלמא, אלא חלות חיוב מיוחד בפני עצמו. ונראה דמשו"ה קיי"ל דאם אירע אונס הבעה"ב פטור מלשלם, שלא כדין התחייבות שחל ע"י קנין דעלמא, דהדין דאונס הוי פטור הוי הלכה מיוחדת בדיני התחייבות בעה"ב לפועלים. ועוד נראה לבאר דיתכן דמאחר דחל בפועלים דין "עבדי הם ולא עבדים לעבדים" (לעיל דף י.) הנותן זכות חזרה לפועלים, דה"ה דגזיה"כ זו נותנת זכות חזרה לבעה"ב בכל אופן, ופוטרתו מתשלומין במקום אונס. ועוד י"ל דכל דיני פועלים וחזרתם נקבעים כפי מנהג השוכרים והפועלים ונכללים בדעת המתחייב שלהם מעיקרא להתחייב דוקא כפי מנהג השוכרים והפועלים, ומזה יוצאים כל דיני החזרה והתשלומין.

והנה יל"ע ברמב"ם כי (בהל"ד) פוטר את הבעה"ב אם ביקר בשדהו דהו"ל אנוס וכמש"כ "דמה בידו לעשות". ואילו (בהל"ו) כתב וז"ל השוכר את הפועל להשקות את השדה מזה הנהר ופסק הנהר בחצי היום אם אין דרכו להפסיק אין להם אלא שכר מה שעשו כו' ואם דרכו להפסיק מאליו נותן להם שכר כל היום מפני שהיה לו להודיעם עכ"ל. וצע"ק למה (בהל"ד) לא כתב שתלוי אם דרכו של שדהו להיות לחה מהנהר או לא אלא רק פסק שתלוי בביקור בעה"ב.

ויתכן לחלק בין (הל"ד) לבין (הל"ו), כי (בהל"ו) כבר התחילו הפועלים במלאכתם ואילו (בהל"ד) הלכו למלאכתן אך עוד לא התחילו לעבוד בה. וי"ל דאם התחילו הפועלים במלאכתם אזי הבעה"ב פטור רק באונס דכהת"כ, וכשאין דרכו של הנהר להפסיק. משא"כ כשלא התחילו אלא רק הלכו למלאכתן אזי אם הבעה"ב ביקר ולא ראה את שדהו לחה, אך לפעמים הנהר עושה את שדהו לחה, דליכא אונס דכהת"כ, אלא רק שגגת הבעה"ב בעלמא, דחשב בשוגג שהנהר לא ישטוף את שדהו לעשותו ליחה וצריך פועלים, דהו"ל בגדר שוגג אך לא בגדר אונס דכהת"כ, ברם לענין לשלם שכירות פועלים יש לו טענת אונס. דהליכה מחייבת את הבעה"ב רק במקום שיש לו חובה להודיע לפועלים שאולי שדהו יהיה ליחה, אך כשביקר ושגג הרי לא ביטל את חובתו להודיעם,

והו"ל אנוס לענין חיוב שכירות פועלים, דהליכתם לא שמה הליכה דהלכו למקום שאין שם עבודה דהשדה הריהו ליחה, ולכן אין זו הליכה המחייבת את הבעה"ב, דהו"ל אנוס לענין הליכת הפועלים, ועוד צ"ע בזה.

ב.

מפרש"י משמע דמפרש את הסוגיא באופן אחר מהרא"ש ומהרמב"ם, דכתב (דף עז. ד"ה לא סיירא מאורתא פסידא דבעה"ב) וז"ל דאמרי ליה מי יימר דלדעתא דההוא ארעא אגרתן עכ"ל. לפרש"י כשבעה"ב פשע יש לפועלים טענה לומר שהם מוכנים לעבוד בשבילו בשדה אחר. וכל זה בדלא סיירוה. אבל בדסיירוה והפועלים ראו את הקרקע שיעבדו בה אזי אין להאשים את הבעלים בפשיעה יותר מהפועלים עצמם שהרי הם ראו את השדה כמוהו, ומשו"ה אין להם הטענה שהם מוכנים לעבוד בקרקע אחרת. שהרי הם ראו את הקרקע עצמה וקבלו עליהם בשתיקתם לעבוד רק בה.

אך לפי"ז קשה להבין למה בציור השני שבגמרא באגורי לדוולא ואתא מטרא הפסידא לפועלים, שהרי לא מיירי בדסיירוה מאורתא, וא"כ למה אין הפועלים יכולים לטעון שרוצים לעבוד בשדה אחר כמו פועל דאגירי לרפקא.

ונראה דשאני דוולא מרפקא, דבדוולא המלאכה נעשית ממילא בירידת המטר, ואילו ברפקא המלאכה לא נעשית כלל דא"א לעשותה. והפועלים דרפקא יכולים לטעון לבעה"ב "תן לנו מלאכה אחרת" משום שלא נעשית כלל מלאכתם. אבל בדוולא היכא דהמלאכה כבר נעשית בירידת המטר יש לבעה"ב טענה כנגדם לומר דאינו צריך כלל לפועלים דהפעולה כבר נעשית משמים, ופטור הוא לגמרי, דהשכרת הפועלים בטילה מעיקרא מאחר דאין לו צורך בפועלים כלל. וכל זה הוא בירידת מטר. משא"כ באתא נהרה דהבעה"ב ידע מהאפשרות הזאת מלכתחילא, ופשע בשלא הגידה לפועלים, דאזי טענתו אינה טענה מכיון דפשע ולא הודיעם מלכתחילא, וטענת הפועלים "תנו לנו מלאכה אחרת" איפוא קיימת, וחייב הבעה"ב לתת להם מלאכה אחרת ולשלמם. ועוד י"ל דמכיון דלא הגיד לפועלים אודות הנהר, מסתמא דעתו היתה שאם יבא הנהר יתן להם עבודה במקום אחר, דמשו"ה לא הודיעם מלכתחילא אודות הנהר, ומאחר דמסתמא רצה אותם לעבודה אחרת הרי זה חלק מהתחייבות השכירות שלו ויש להם טענת "תנו לנו מלאכה אחרת".

דף עז.

גמ'. האי מאן דאוגיר אגורי לדוולא ואתא מטרא פסידא דפועלים אתא נהרא פסידא דבעה"ב.

עיין בתוס' (ד"ה ואתא) שכתבו וז"ל בדוולא רוב השדות מתמלאות בהם יאורים ע"י המטר ולא היה לו לירא יותר מפועלים ולא פשע במה שלא הוליכם שם עכ"ל. כלומר דבירד מטר לא פשע בעה"ב ולכן הפסידא דפועלים, ואילו באתא נהר פשע הבעה"ב דמיירי בדלא סיירא. ותוס' ס"ל כשיטת הרא"ש דתלוי בדין אונס ופשיעה דבעה"ב וכדנתבאר לעיל.

אולם עיין ברמב"ם (פ"ט מהל' שכירות הל"ו) שכתב וז"ל שכרן להשקות השדה ובא המטר והשקה אין להן אלא מה שעשו. בא הנהר והשקה נותן להן כל שכרן מן השמים נסתייעו עכ"ל. ונראה דיש לרמב"ם ביאור אחר בגמ', דהיינו ששכרן הבעה"ב להשקות את שדהו ממי הנהר ולא ממי גשמים. ובכן אם הנהר מעצמו השקה את השדה הרי "נסתייעו משמים" מאותם מימי הנהר שממנו היו צריכים להשקות את שדהו, וסיוע דשמים מצטרף להם ליחשב כאילו הם עצמם עשו את ההשקאה, ומשו"ה הפועלים מקבלים את שכרם. משא"כ מי גשמים שבכלל לא היו חלק ממלאכתם להשקות את שדהו ממנו, ומשו"ה אינם מצטרפים למלאכתם ולכן אם בא המטר אינם מקבלים שכר אלא מה שעשו.

גמ'. אי בני מתא פסידא דפועלים. עיין ברמב"ם (פ"ט מהל' שכירות הל"ו) ז"ל השוכר את הפועלים להשקות את השדה מזה הנהר ופסק הנהר בחצי היום, אם אין דרכו להפסיק אין להן אלא שכר מה שעשו. וכן אם דרכו שיפסיקו אותו בני העיר והפסיקוהו בחצי היום אין להן אלא שכר מה שעשו שהרי ידעו הפועלים דרכו של נהר. ואם דרכו להפסיק מאליו נותן להם שכר כל היום מפני שהיה לו להודיעם עכ"ל, ובראב"ד השיג עליו. וכתב הרב המגיד וז"ל ולשון הגמרא אי הוה רגיל דפסיק בני מתא פסידא דפועלים לאו בני מתא פסידא דבעה"ב ועיקר הפירוש אי פועלים בני אותה העיר ויודעים מנהג הנהר פסידתם, ואם הם מעיר אחרת פסידת בעל הבית, שהיה לו להודיעם וכיון שלא הודיעם נותן להם שכר כל היום כפועל בטל עכ"ל. אך הרמב"ם לא פירש כן, ועלינו לבאר את שיטתו.

ונראה דהרמב"ם מפרש דכשיש תקנת הקהל להפסיק את הנהר באמצע היום הריהי פוטרת את בעל השדה משכירותו. דהיינו דאם דרך הנהר להפסיק מאליו אזי צריך הבעה"ב להודיע לפועלים כשאינם יודעים ולהתנות עמהם, דאל"כ חייב לשלמם.

משא"כ בתקנת הקהל דאפי' לא התנה עמהם והם לא ידעו, הרי עליהם לדעת בעצמם מתקנות הקהל הנוגעות למלאכתם, ובעה"ב בכל אופן משו"ה פטור מלשלמם, דבני העיר כופין על דברים כאלה (עיין בב"ב דף ז:).

בענין פועל קבלן ואריס שנאנסו

א.

ביאור שיטת התוס' בגדר דין אריס

תוס' ד"ה דאגר.

עיין בסוגיא בגיטין (דף עד:) דרבה סובר דבאתא מטרא אריס מקבל את חלקו אף בלי שיעשה פעולה דמשמיא קא מרחמי עליה. והקשו בתוס' (ד"ה דאגר) דבסוגיין נפסק דבאתא מטרא ההפסד הוא לפועלים שאינם מקבלים את שכרם. ובתוס' חילקו בין אריס לפועל, וז"ל וי"ל דדוקא באריס שיורד לקרקע באריסות נותן לו השליש אפילו אתי מיטרא מספק דשמא לא אתי, כמו שאר אריסי דשקלי ריבעיא אפילו אתי מיטרא לא יצטרך לדלות תלתא, אבל הכא פועלים שאינם אריסין אלא נותן להם שכירות על המלאכה אפילו התחילו במלאכה אין להם ליטול אלא לפי מה שעשו, כיון דלא נחתי לארעא להיות בחזקת אריסין עכ"ל. ועיין בתוס' גיטין (דף עד: ד"ה רבה) שג"כ חילקו ביניהם, אך שם כתבו וז"ל וי"ל דשאני התם שאינו אלא שכיר יום שלא שכרו בעל הבית אלא לדלות וכיון שלא הוצרך אינו שכירו, אבל הכא שהוא אריס ועושה כל מלאכות שבשדה ויש לו חלק בקרקע כמו בעל השדה ומיד כשהתנה עמו לדלות זכה בשליש השדה ואפילו אתא מיטרא וכו' עכ"ל. ויש לדייק בלשון התוס' בסוגיין שלא כתבו שיש לאריס חלק וקנין בקרקע, כמש"כ התוס' בגיטין.

ומשמע דשני התוס' פליגי ביסוד דין אריס, דלפי התוס' בגיטין (דף עד: ד"ה רבה) יש לאריס זכות וקנין בגוף הקרקע לפירות, והואיל ויש לו קנין בגוף הקרקע לפירות מקבל את חלקו בפירות אפילו באופן ששבח הקרקע בא ע"י מטרא. משא"כ בפועל שדין שכירותו הוא שמשתלם עבור פעולתו, ולכן היכא דאתא מטרא שלא פעל הפועל שום פעולה להשביח את הקרקע אינו מקבל שכר. ואילו אליבא דתוס' בסוגיין (עז. תוס' ד"ה דאגר) אריס אינו הבעלים דהקרקע ומשתלם מדין שכר פועל, אלא ששכרו נמדד כפי השבח ולא כפי שעות מלאכתו וטרחתו. והנ"מ בין פועל לאריס באתא מטרא הוא משום דיסוד תשלומי פועל היינו שמקבל את שכרו עבור פעולתו וטרחתו המביאה לידי שבח. ולכן באתא מטרא שלא טרח אינו מקבל שכר. ואילו אריס התחייב רק שיהיה שבח וימציא את השבח לבעה"ב, ולכן בכל אופן שיש שבח הוא משתלם.

ומשו"ה אפילו בדאתא מטרא שלא טרח האריס בעצמו, מכיון דעכ"פ יש שבח הריהו מקבל את חלקו. ונראה דלפי סברת התוס' בסוגיין דיסוד החילוק בין אריס לפועל הוא דאריס משתלם עבור המצאת השבח ופועל משתלם עבור מלאכתו וטרחתו, דיש גם נ"מ הפוכה, דלפעמים פועל מקבל שכר בעד התחלת מלאכתו ואע"פ שלא עשה את כולה מחמת אונס, וכגון דאגריה לרפקא ולא סיירא לארעיא מאורתא ואתא מטרא, דההפסד בכה"ג דבעה"ב. דבהאי גוונא אמרינן דמחמת התחלת מלאכה הרי זה נחשב כאילו עשה הפועל את כל המלאכה[441], ואע"פ דליכא שבח כלל הבעה"ב משלם לפועל את שכרו כפועל בטל. משא"כ באריס י"ל דלא יהיה הדין כן, דהואיל דהאריס אינו מקבל שכר בעד המלאכה שעשה אלא בעד עצם השבח, י"ל דאם ליכא שבח ואפילו אם אין שבח מחמת אונס, וכגון דאגריה לרפקא ואתא מיטרא, אין לו שכר כלל.

ונראה שיש עוד נ"מ בהגדרת דין דאריס - האם דינו כפועל קבלן ומשתלם מדין שכר או דהוי כשותף דיש לו חלות קנין בקרקע - בנוגע ללאו דבל תלין. דאם דינו כפועל קבלן אזי י"ל דחל איסור בל תלין בתשלומיו דהויין שכר פועל, ואילו אם הוי כשותף ונוטל את חלקו משום שיש לו קנין בגוף הקרקע לפירות אזי י"ל דלא חל איסור בל תלין בתשלומי אריס.

ב.

שיטת הרמב"ם בדין אריס

עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' בכורים הלי"ב) וז"ל האריסין כו' אינם מביאים בכורים כו' שנא' בכורי אדמתך עכ"ל, ומבואר להדיא דס"ל שאין לאריס קנין בקרקע. וכן מפורש נמי ברמב"ם (פ"א מהל' תרומות הלי"ז) דישראל שהוא אריס לגוי בסוריא, מכיון דיש לגוי קנין בסוריא להפקיע מתרומות ומעשרות, פירותיו דהאריס נמי פטורין מתו"מ וז"ל לפי שאין לו בגוף הקרקע כלום עכ"ל. ולכאורה מוכח דהרמב"ם ס"ל כתוס' דידן דאריס אין לו חלק בקרקע, ומשלתם מדין שכר פועל.

אולם צ"ע בזה, דכתב הרמב"ם (בפ"ט מהל' שכירות הל"ו) וז"ל שכרן להשקות השדה ובא המטר והשקה אין להן אלא מה שעשו כו' בד"א בפועל אבל מי שפסק עם אריסו שאם ישקה שדה זו ד' פעמים ביום יטול חצי הפירות וכל האריסין שהן משקין שתי

[441] ואמר רבנו זצ"ל דלכאורה תהיה נפ"מ בדין זה דהתחלת המלאכה נחשב כאילו עשה הפועל את כל המלאכה לענין דמי ע"ז וכגון היכא שפועל בנה ע"ז דהדמים נאסרין משום דנתפסין באיסור ע"ז, ולו יצוייר שהפועל התחיל לבנות ע"ז ונאנס הפועל בחצי היום דהבעה"ב חייב לשלם לו כל שכרו י"ל שכל הדמים נאסרים באיסור דמי ע"ז, ולא רק הדמים שהן כנגד מה שעשה, דמאחר שכל התשלומין הם חלין מחמת התחלת המלאכה, כל הדמים הויין דמי ע"ז.

פעמים אינן נוטלין אלא רביע הפירות ובא המטר ולא הוצרך לדלות ולהשקות נוטל חצי הפירות כמו שפסק עמו שהאריס כשותף ואינו כפועל עכ"ל. וקשה דהא כאן כתב סברת התוס' בגיטין דלאריס יש קנין והוי כשותף, ומשו"ה באתא מטרא נוטל בשבח ואע"פ שלא טרח ולא עשה פעולה.

ותירץ מרן הגר"ח זצ"ל שיש שני דינים בקנין פירות: א) קנין בגוף הקרקע לפירותיה, ב) קנין וזכות לפירות בלבד בלי קנין בגוף הקרקע עצמה לפירותיה. ונראה דהרמב"ם (פ"ב מהל' בכורים הלי"ב) סובר דאריס אינו מביא בכורים משום דס"ל דאין לאריס קנין בגוף הקרקע לפירותיה, ולא הוי בכלל "ביכורי אדמתך". ומ"מ בנוגע לחלקו בשבח הרמב"ם סובר דאריס זוכה בפירות מדין קנין וזכות בעלים - ולא מדין שכר פועל בעלמא, דיש לאריס קנין וזכות בשבח מדין קנין פירות, ומשו"ה פסק הרמב"ם (בפ"ט מהל' שכירות הל"ו) דבאתא מטרא השבח הוא שלו דיש לו קנין וזכות מדין קנין פירות, והוי כשותף. ונראה דאריס דומה בזה לשואל ולשוכר, דשואל ושוכר אינם קונים את עצם גוף החפצא השאולה לפירות ולהשתמשות, אלא קונים זכות ההשתמשות בחפצא בלבד בלי קנין הגוף. ועיין ברמב"ם (פכ"ג מהל' מכירה הל"ח) שחילק בין הקונה שדה לפירותיה לבין שוכר שדה מחבירו, דמי שקונה גוף לפירות הוי בעלים יותר לנטעה ולזרעה כפי שרוצה, משא"כ שוכר המוגבל להשתמש בשדה כפי הלכות שכירות, והוא משום דאין לשוכר קנין בגוף לפירות אלא רק זכות וקנין פירות בעלמא. וה"ה באריס יש לו קנין וזכות פירות בלבד. ולפי"ז יוצא דהרמב"ם סובר כהתוס' בגיטין ולא כתוס' בסוגיין[442]. ועוד נראה דיש לדמות דין אריס לדין הזורע שדה הפקר, דעיין ברמב"ם (פ"ב מהל' תרומות הי"א) וז"ל וכן ההפקר פטור מן התרומות ומן המעשרות וכו' אבל הזורע שדה הפקר חייב בתרומות ומעשרות עכ"ל. וצ"ע דמאחר שלא קנה את השדה אמאי חייב בתרו"מ דלכאורה הפירות הן הפקר ופטורין מתרו"מ. וביאר הגר"ח זצ"ל דהשבח הוא של הזורע, כיון דבא ע"י מלאכתו. ואע"פ דבעלמא קיי"ל דהשבח של בעה"ב וכגון ביורד לתוך שדה חבירו, היינו משום דהתם השדה היא של בעה"ב ויש לו טענה דארעי אשבח, אבל דין זה לא שייך בשדה הפקר. ומוכח דהיכא דאין לבעה"ב טענה דארעי אשבח השבח הוא של עושה המלאכה. ומשו"ה הזורע שדה הפקר חייב בתרו"מ. ונראה דה"ה לגבי אריס, דיש לו זכות וקנין בפירות עצמן מחמת מלאכתו.

ולכאורה יש נ"מ בזה לדינא, דאם יש לאריס קנין גמור בגוף הקרקע לפירות אזי י"ל דכל קניני קרקע קונים לו - דהיינו קניני כסף שטר וחזקה. מאידך אם אין לו חלות קנין כלל

[442] וע"ע ברשימות שיעורים לב"ק עמ' תקל"ב - תקל"ג.

אלא הוי פועל בעלמא אזי אין קניני קרקע דעלמא קונים לו וחל דין אריס רק ע"י התחלת המלאכה כמו בפועל בעלמא. אמנם יל"ע לפי"ד מרן הגר"ח זצ"ל דיש לאריס קנין פירות בלי קנין בגוף הקרקע האם האריס קונה זכות בפירות ע"י קניני קרקע דעלמא ככסף שטר וחזקה, או"ד דקונה רק ע"י התחלת המלאכה. ולכאורה נראה דקונה רק בהתחלת המלאכה ולא בכסף שטר וחזקה. ונראה שיש עוד נ"מ לענין איסור בל תלין, דאי אריס הוי פועל אזי י"ל דחלין בתשלומיו איסור בל תלין, ואם אינו פועל אלא שותף לא חל בתשלומיו איסור בל תלין.

ג.

בדין פועל - קבלן ובביאור פלוגתת הרמב"ן והראב"ד

עיין ברי"ף (פרק מי שאחזו דף לה: בדפי הרי"ף) וז"ל ההוא גברא דאמר ליה לאריסיה כולי עלמא דלו תלת דליאתא ואכלי ריבעא ואת דלי ארבעה ואכול תילתא, לסוף אתא מיטרא ולא דלה אמר רב יוסף הא לא דלה, רבה אמר הא לא איצטריך, והלכתא כרבה. וקשיא לן ההיא דאמר רבא בהשוכר את האומנין האי מאן דאגיר אגירי לדוולא ואתא מיטרא פסידא דפועלין, ומסתברא לן דשאני אריס מפועל, דאריס כשותף דמי דאי איתניסא ההיא ארעא לא הוה שקיל מידי הלכך כיון דקביל עליה דדלי ארבעה קנה ליה תילתא וכיון דלא איצטריך לא פקעה מנתא דיליה עכ"ל. ומבואר דהרי"ף ס"ל כשיטת הרמב"ם דאריס הוי כשותף, ומשו"ה דינו שאני מדין פועל, ונוטל את שכרו אע"פ שלא טרח.

ועיין שם בהשגת הראב"ד (על הרי"ף) וז"ל ולי נראה דכל קבלנות נמי דיניה הכי, דכיון דנחית לעבידתא כל מאי דמיתרמי רווחא בההיא עבידתא לקבלן הוי, דאי מיתרמי ליה נמי טרחא יתירא עליה דידיה רמי, הלכך רווחא נמי לדידיה הוא דהוי, עכ"ל. ומבואר דהראב"ד סובר דהא דאמרינן דפסידא דבעה"ב אינו רק לגבי אריס אלא אף בקבלן קיי"ל הכי משום שקבלן קיבל על עצמו לעשות מלאכה מסוימת והיא נעשתה, והקבלן משתלם עבור המצאת השבח לבעה"ב ולא עבור מלאכתו ופעולתו. ועיי"ש בראב"ד שהוסיף דיש דיעה בראשונים דאפילו בפועל אמרינן דאי אתי מטרא נותן לו שכר של כל יום מלאכתו. וז"ל גם יש מי שאומר שאפילו פועל שהוא כמו זה הענין הכי דיניה, דאי אגריה לדוולא ואתא מטרא, והיכי דמי דאתא ליה מטרא בפלגא דיומא כי הכא, אי נמי משהתחיל במלאכה הוי פסידא דבעה"ב, ואי אית ליה עבידתא דניחא מיניה, אי נמי דכוותה עביד לה, ואי לית ליה יהיב ליה כפועל בטל דכולי יומא, דדמיא להא דאמר רבא האי מאן דאגר אגירי לעבידתא ושלים עבידתיה בפלגי דיומא אי אית ליה עבידתא

דניחא מיניה וכו' עבדי דקשיא מיניה לא עבדי ויהיב להו כפועל בטל וכיון דאתא מיטרא בפלגא דיומא כמאן דשלים עבידתא דמי, וכו' והא דאמר רבא דאי אתא מיטרא פסידא דפועלים כשלא התחילו במלאכה קאמר אבל משהתחילו במלאכה משמיא הוא דמסייע בהדייהו, תדע שאם שכר אדם פועלים לקצור קמתו ובא הרוח ושברתה או באו נמלים וקרסמוה הלא הוא נותן להם שכרם משלם והא נמי להא דמיא עכ"ל. ומבואר דלפי שיטה זו אף בפועל נותן לו שכר כל היום, ואפילו אם אחרים עשו את המלאכה בשבילו, כי היכי דאי שלים עבידתיה בפלגי דיומא דנותן לו שכר כל היום.

ועיין בר"ן (שם ד"ה וקשיא לן) שכתב בשם הרמב"ן וז"ל והרמב"ן ז"ל חולק בשתיהן, בפועל כל שלא עשה שליחותו אע"פ שמשהתחיל במלאכה נעשית מלאכתו מאליה לא זכה בשכרו, וראיה לדבר מדאמרי' בפ' הגוזל בתרא (ב"ק קטז א) גבי שטף נהר את חמורו וחמור חבירו וכו' ירד להציל ולא הציל מהו א"ל זו שאלה היא אין לו אלא שכרו, איתביה השוכר את הפועל להביא לו כרוב ודרומסקנין לחולה ומצאו שמת או שהבריא נותן לו שכרו משלם, ושני ליה התם עבד שליח שליחותיה הכא לא עבד שליח שליחותיה, אלמא טעמא דעבד שליחותיה הא לאו הכי אע"פ שנעשית מלאכה מאליה כגון שבאו לו דורמסקינן ממקום אחר הפסיד שכרו, ואפילו בקבלן נמי הפסיד דמסתמא הך ברייתא דמצאו שמת או שהבריא בקבלן היא, ואעפ"ה טעמא דעבד שליח שליחותיה הא לאו הכי אינו נותן לו שכרו. וכי תימא א"כ קשיא הך דאמר רבה התם בסמוך דאי לית ליה עבידתא דכוותה נותן להם שכרן משלם, ואמאי והא לא טרח, לאו קושיא היא דהתם נמי עבד שליח שליחותיה, דההיא ע"כ בששכרו בפירוש למלאכה ידועה היא וכו' וכיון שכן בעל הבית דהוה ליה לאתנויי ולא אתני איהו דאפסיד אנפשיה דכוליא פשיעותא דידיה היא עכ"ל.

והנה הראב"ד הביא ראיה לשיטתו שאם פועל התחיל בעבודה להשקות שדות ואח"כ הגיע מטר מקבל את שכרו בעד שאר העבודה כפועל בטל, מהא דאיתא בגמ' עז. "ואמר רבא האי מאן דאגר אגירי לעבידתא ושלים עבידתיה בפלגי דיומא אי אית ליה עבידתא דניחא מיניה יהיב להו א"נ דכותה מפקד להו דקשיא מיניה לא עבדי ויהיב להו כפועל בטל", דכי היכי דפועל שגמר עבודתו בחצי היום מקבל שכרו על כל היום כפועל בטל ה"נ היכא דאתא מיטרא מקבל שכרו על שאר העבודה כפועל בטל. והרמב"ן דחה את ראייתו דלא דמי להיכא דפועל גמר את מלאכתו בחצי היום דהתם עשה את כל

המלאכה, ומיירי ששכרו למלאכה ידועה דהו"ל פועל - קבלן[443], ואף אם שכרו כל היום לעשות אותה המלאכה, ונגמר מלאכתו בחצי היום הבעה"ב חייב לשלם לו כפועל בטל, דהבעה"ב פשע דהוי ליה לאתנויי שאם יגמור העבודה בחצי היום שאינו ישלם אלא על חצי היום, ומאחר שלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה, ומשלם מחמת פשיעותא דידיה. משא"כ אם באו אחרים ועשו את העבודה בשבילו או דאתי מטרא דלא פשע הבעה"ב, ולא טרח הפועל ולא עשה מלאכה כלל, י"ל דהבעה"ב אינו משלם לו כפועל בטל אלא על עבודתו שעשה.

ונראה דהרמב"ן והראב"ד פליגי בדין פועל - קבלן, דהיינו ששכרוהו לעשות מלאכה מסוימת במשך זמן מסוים. דבפועל - קבלן חלה התחייבות הפועל לעבוד עבודה מסוימת - אולם השכר היא לפי זמן העבודה - דשכרוה לעבוד עבודה זו במשך זמן מסוים. דהראב"ד סובר דפועל - קבלן משתלם עבור השבח ולא עבור עצם הטירחא ועשיית המלאכה, ודין פועל - קבלן דומה לדין קבלן דעלמא - דמשתלם עבור השבח שהשביח. ומשום הכי ס"ל להראב"ד דאין לחלק בין היכא שגמר הפועל - קבלן את מלאכתו בחצי היום, לבין היכא שנגמרה המלאכה ע"י אחרים, דאע"פ שלא טרח הפועל בעצמו כלל בכל מעשה המלאכה, מ"מ מקבל את שכרו משום דמשלמין לו עבור השבח שנתהוה והמציא לבעה"ב. ולכן אין חילוק בין אם הוא עשה את העבודה בעצמו או שנעשתה ע"י אחר. ונראה דהראב"ד סובר דאם שכר בעה"ב פועל - קבלן לעשות מלאכה מסוימת במשך כל היום וגמר הפועל את מלאכתו בחצי היום, מה שהבעה"ב משלם לו שכרו על כל היום אינו משום פשיעותא דבעה"ב (כסברת הרמב"ן), אלא דמאחר שהושכר למלאכה מסוימת ונגמרה מלאכתו הו"ל כאילו הפועל עבד ועשה את המלאכה כל היום, דמה איכפת ליה להבעה"ב שסיים את עבודתו בחצי היום, והלא הבעה"ב השכירו עבור גמר המלאכה והשבח, ואם הפועל ממציא לו את השבח בחצי היום לגבי הבעה"ב זה נחשב כאילו עבד כל היום ומשלם לו שכרו על כל היום. ומבואר דהראב"ד

[443] ואמר רבינו זצ"ל דעל כרחך צ"ל דהרמב"ן מיירי בפועל - קבלן, דהיינו פועל שנשכר עבור עבודה מסוימת אולם אינו משתלם כקבלן בעלמא - עבור גמר העבודה והשבח שהשביח, אלא בעד שעות עבודתו. דאי מיירי בפועל שכיר יום ששכרו לעבוד יום שלם בשדהו אז אם נגמר העבודה שהתחיל כגון שקצר כל השדה בחצי היום אז הבעה"ב יוכל ליתן לו עבודה אחרת בשדה כמו ניכוש וכו' למשך שאר היום, דהרי נשכר לו לעבוד בשדהו כל היום. וזה כוונת הרמב"ן שכתב "דההיא ע"כ בששכרו למלאכה ידועה היא, דאלת"ה דקשיא מינה אמאי לא מפקד להו והא כיון ששכרו סתם אי בעיא מסר ליה עבידתא קשיא ברישא, אלא ודאי בששכרו למלאכה ידועה היא". ור"ל דעל כרחך מיירי בפועל - קבלן ששכרו הבעה"ב לעבודה ידועה - למשל שיקצור השדה כל היום. ולכן אם גמר הפועל לקצור את השדה בחצי היום הבעה"ב משלם לו שכרו על כל היום כפועל בטל, דהבעה"ב פשע דהו"ל לאתנויי ולא אתני. אולם נראה דבקבלן בעלמא אינו משתלם אלא על גמר העבודה שעשה. ובפועל שכיר יום דעלמא שמשתכר לפי שעות הבעה"ב יכול ליתן לו עוד מלאכות לעשות כל זמן משך יום שכירתו.

סובר דבפועל - קבלן יש ב' חיובים: א) להמציא את השבח וגמר המלאכה לבעה"ב, ב) לעבוד במשך זמן מסוים. ואם גמר את מלאכתו בחצי היום או שנעשתה המלאכה ע"י אחרים הרי זה נחשב כאילו עבד משך כל זמן העבודה, דאין זמן העבודה נמדדת בשעות ממש אלא בתוצאה והשבח של גמר העבודה. אולם נראה דאף הראב"ד סובר דבשכיר יום סתם שמשתלם עבור זמן עבודתו דאינו משתלם אלא כפי שעות עבודתו ממש, ואם הפסיק לעבוד בחצי היום אין לו אלא שכר חצי היום בלבד.

אולם הרמב"ן סובר דפועל - קבלן הוי כפועל דעלמא דנשכר לזמן מסוים ומשתלם כפי שעות וזמן עבודתו. ואי גמר את עבודתו בחצי היום וליכא פשיעה דבעה"ב נותן לו רק שכרו של חצי היום, ומה שנותן לו שכרו על כל היום הוא רק משום פשיעותא דבעה"ב. ולכאורה תהיה עוד נפ"מ בזה לענין אונאה, דעיין ברמב"ם פי"ג מהל' מכירה הט"ו) וז"ל השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הונייה, מפני שהוא כקונה אותו לזמן, ועבדים אין בהם הונייה עכ"ל. ומבואר דפסק דאין אונאה בשכירות פועל לעבדים שאין בהם אונאה. אולם עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' מכירה הי"ח) שפסק דיש אונאה בקבלן וז"ל נראה לי שהקבלן יש לו הונייה, כיצד כגון שקבל עליו לארוג בגד זה בעשרה זוזים וכו' יש לו הונייה, וכל אחד משניהם בין קבלן בין בעל הבגד חוזר לעולם כמוכר עכ"ל. ונראה דהחילוק בין פועל לקבלן הוא דבפועל (שכיר יום) משלם עבור מעשה המלאכה והטירחא בזמן העבודה, ומשו"ה דומה לעבד שאין בו אונאה. משא"כ בקבלן התשלומין הם עבור השבח, ובזה חל אונאה כמכירה בעלמא. ולפי"ז י"ל בדין פועל - קבלן האם חל בו אונאה או לא. וי"ל דזה יהיה תלוי במחלוקת בין הרמב"ן והראב"ד, דלשיטת הרמב"ן פועל - קבלן משתלם כפועל בעלמא עבור המלאכה והטירחא בזמן העבודה, והוי כפועל דעלמא שאין בו אונאה דהוי דומה לעבד. משא"כ לפי הראב"ד י"ל דיש בו אונאה דמשתלם עבור השבח שהמציא כקבלן. אמנם יתכן דאף לפי הראב"ד אין בפועל - קבלן אונאה, דמאחר דחל בו נמי חיוב זמן עבודה כפועל דעלמא, דהרי קיי"ל שאם גמר מלאכתו בחצי היום ואית ליה לבעה"ב מלאכה דניחא ליה מהעבודה הראשונה שהשכירו עבורה, הרי הוא יכול ליתן לפועל - קבלן העבודה הקלה (וכאיתא בגמ'), א"כ מוכח דהוי כפועל שחל בו חיוב זמן עבודה, והוי כעבד שאין בו אונאה. ועוד יש לעיין דקיי"ל (דף י. ובדף עז.) דפועל יכול לחזור בו בחצי היום משום "כי לי בנ"י עבדים ולא עבדים לעבדים", משא"כ קבלן דמשתלם עבור השבח ולא דמי לעבד, ויל"ע מה הדין לגבי פועל - קבלן האם יכול לחזור בו בחצי היום או לא. ולכאורה י"ל דזה תלוי במחלוקת הרמב"ן והראב"ד הנ"ל, דלפי הרמב"ן דינו כפועל ויכול לחזור

בו בחצי היום. משא"כ להראב"ד דינו כקבלן ואינו חוזר בו בחצי היום. אולם יש לדחות דאף לפי הראב"ד יכול לחזור בו, דמאחר דכשגמר מלאכתו בחצי היום יכול הבעה"ב ליתן לו עבודה קלה לשאר היום, א"כ מוכח דחל ביה נמי חיוב זמן עבודה והוי כעבד, ויכול לחזור בו בחצי היום משום "כי לי בנ"י עבדים ולא עבדים לעבדים". דיש לעיין אם הפועל צריך להיות דומה לגמרי לעבד כדי להפקיע ממנו דין אונאה ושיחול בו דין חזרה בחצי היום, וא"כ י"ל דפועל - קבלן אינו דומה ממש לעבד. או"ד דאם יש בו חיוב זמן עבודה כעבד שפיר דומיא לעבד להפקיע ממנו דין אונאה ושיחול בו דין חזרה בחצי היום, וצ"ע בזה.

והנה כתב הראב"ד (שם) דהא דאמר רבא בסוגיין דבאתא מטרא פסידא דפועלים מיירי דלא התחילו עדיין במלאכה, אבל משהתחילו במלאכה משמיא הוא דמסייע בהדייהו ונותן להם שכרם משלם. ועיין ברמב"ם פ"ט מהל' שכירות ה"ו וז"ל שכרן להשקות השדה ובא המטר והשקה אין להם אלא מה שעשו, בא הנהר והשקה נותן להן כל שכרן מן השמים נסתייעו עכ"ל. ולכאורה מיירי בפועל - קבלן שכתב הרמב"ם "שכרן להשקות השדה" דהיינו ששכרן למלאכה ידועה (להשקות השדה) לעבוד בזמן מסוים. והיכא דבא הנהר והקשה השדה פסק הרמב"ם דהבעה"ב נותן להן כל שכרן דמן השמים נסתייעו. ומשמע מזה דהרמב"ם ס"ל כדעת הראב"ד דפועל - קבלן משתלם עבור השבח ולא עבור הטורח וזמן עבודתו, ולכן אע"פ שהנהר השקה את השדה, הבעה"ב נותן לפועל שכרו משלם, שנגמרה המלאכה ונתהוה השבח ע"י אחר. ונראה דזוהי כוונת הרמב"ם במש"כ "דמן השמים נסתייעו" כלומר שמשתלם עבור גמר המלאכה והשבח שנתהוה ע"י אחר מן השמים. אולם לפימש"נ בשיטת הרמב"ן דפועל - קבלן משתלם כפועל דעלמא עבור הטירחא וזמן העבודה י"ל דאין חילוק בין בא המטר והשקה השדה או בא נהר והשקהו דהרי לא טרח הפועל, ובתרווייהו הבעה"ב פטור מלשלם. אמנם הרמב"ן סובר דכשגמר הפועל מלאכתו בחצי היום כשפע הבעה"ב אזי הוא חייב לשלם לפועל שכר כל היום, מחמת פשיעותא דידיה. ולפי"ז י"ל דצ"ל דהא דהעבה"ב משלם לפועל כשבא הנהר והשקה השדה בחצי היום הוא משום פשיעותא דבעה"ב, וכמש"כ רש"י (ד"ה אתא נהרא וד"ה פסידא דבעה"ב) וז"ל גדל הנהר ועלה לנכנס בחריצין העשויין בשדה ומהן היא שותה ואינה צריכה לדוולא, פסידא דבעה"ב דפועלין אינם יודעין במנהג שדהו שיהא הנהר רגיל לעלות ולהשקותה אך הוא היה יודע עכ"ל.

והנה הראב"ד סובר דבאתא מטרא פסידא דפועלין היכא דאתא מטרא לפני שהתחילו הפועלים במלאכה. אולם אם התחילו כבר במלאכה ואח"כ אתא מטרא נותן להן שכרן

כיון דעכ"פ נעשתה המלאכה ונתהוה השבח. אמנם מדברי הרמב"ם (פ"ט שכירות ה"ו) משמע דאף לאחר שהתחילו במלאכה אם הגיע המטר אין להן אלא שכר מה שעשו. וצ"ב ביסוד פלוגתתם. ונראה דלפי הרמב"ם הא דפועל - קבלן משתלם עבור המלאכה אפילו כשנגמרה ע"י אחר היינו כשנעשתה המלאכה ע"י אותה צורת המלאכה שהושכר מעיקרא לעשות, ולכן היכא שנשכר להשקות השדה - ע"י הנהר עצמה וכו' ובא הנהר והשקה השדה מאליו, דנעשתה המלאכה באותה צורה שהושכר הפועל לעשות אזי משתלם שכרו משלם. משא"כ באתא מטרא לא חשיב שנעשתה המלאכה באותה צורה ששכר את הפועלים לעבוד, ומשו"ה אין להן אלא מה שעשו. משא"כ הראב"ד סובר דנשלם ונתהוה החפצא של השבח לא איכפת לן באיזה צורה נעשה המלאכה והפועלים מקבלים כל שכרן עבור השבח.

ד.

ביאור הלכות הרמב"ם בפ"ט מהל' שכירות

והנה יש לעיין בשיטת הרמב"ם, דנתבאר דס"ל דפועל - קבלן משתלם עבור השבח, וע"כ כשבא הנהר והשקה את השדה הפועל משתלם כל שכרו דנגמרה המלאכה ע"י הנהר והפועל המציא את השבח לבעה"ב. אולם עיין ברמב"ם (פ"ט שכירות ה"ד) שכתב שאם "הלכו פועלים ומצאו שדה כשהיא לחה, או ששכרן להשקות השדה ומצאוה שנתמלאית מים וכו' נותן להן שכרן כפועל בטל". וצ"ע מ"ט פסק (בה"ד) דנותן להן שכרן כפועל בטל, ואילו (בה"ו) כשבא הנהר והשקה את השדה פסק דנותן להן כל שכרן. ונ"ל דבה"ד מיירי בשכיר יום שהושכר לעבוד כל היום, ואם התחילו במלאכה וכמש"כ "שהלכו הפועלים לשדה" ומצאוה מלא מים אינו משלם להם על גמר המלאכה דהרי אינם אלא שכיר יום וחייבים לעשות מלאכה כל היום ומאחר שאין להן מה לעשות משו"ה משלם להם על שאר היום כפועל בטל. משא"כ (בה"ו) כשבא הנהר מיירי בפועל - קבלן דמשתלם עבור השבח ולא עבור הטורח וזמן עבודתו, ולכן אע"פ שהנהר השקה את השדה, הבעה"ב נותן לפועל שכרו משלם, שנגמרה המלאכה ונתהוה השבח ע"י אחר. וכן מבואר מדברי הרמב"ם (פ"ט שכירות ה"ז) וז"ל השוכר את הפועל לעשות מלאכה כל היום ושלמה המלאכה בחצי היום, אם יש לו מלאכה אחרת כמותה או קלה ממנה עושה שאר היום. ואם אין לו מה יעשה נותן לו שכרו כפועל בטל עכ"ל. ומבואר דבפועל שכיר יום שנגמרה מלאכתו בחצי היום ואין לבעה"ב עוד מלאכה קלה ממנה או כמותה ליתן לו הריהו נותן לפועל שכרו על שאר היום כפועל בטל. משא"כ בפועל - קבלן פסק הרמב"ם (שם ה"ו) שאם בא הנהר והשקה את השדה נותן לפועל כל שכרו.

דשכיר יום משתלם על עבודת היום ואינו משתלם מחמת השבח וגמר העבודה. משא"כ פועל - קבלן משתלם עבור השבח וגמר המלאכה.

אמנם עיין ברמב"ם (פ"ט שכירות ה"ו) וז"ל השוכר את הפועל להשקות את השדה מזה הנהר ופסק הנהר בחצי היום, אם אין דרכו להפסק אין להן אלא שכר מה שעשו וכו' ואם דרכו להפסק מאליו נותן להם שכר כל היום מפני שהיה לו להודיעם עכ"ל. וצ"ע אמאי נותן להן שכר כל היום דהיינו שכרן משלם הרי לא נגמרה המלאכה, וא"כ לכאורה לא יהיה להן אלא שכר כפועל בטל. וי"ל דיש לחלק בין התחלת המלאכה ע"י שהלכו הפועלים לשדה (ה"ד), לבין כשהתחילו הפועלים במלאכה עצמה אלא שהפסיק הנהר בחצי היום (ה"ו). דהיכא שהתחילו ע"י שהלכו לשדה אמנם לא התעסקו בגוף המלאכה להשביח את השדה אזי י"ל שאם נמצא לחה הבעה"ב חייב לשלם להן כפועל בטל. משא"כ היכא דהפסיק הנהר בחצי היום דהתחילו במלאכה עצמה והשביחו את השדה במקצת נתחייב הבעה"ב לשלם להן שכר שלם כשאינם יכולים לגמור עבודתם מחמת פשיעתו דבעה"ב.

ע"כ ענין פועל קבלן ואריס שנאנסו

גמ'. מהו דתימא מצי אמר להו אדעתא דבצריתו לי מאגריי קמ"ל דאמרי ליה אדעתא דעבדינן לך עבידתא שפירתא. לכאורה הדיון שבגמרא הוא באומדן דעתם של בעה"ב והפועלים כשהסכימו שיעשו שוב מלאכתם, מהו סכום משכורתם שהסכימו עליו. אך לפי"ז קשה להבין מה היתה הה"א לגרוע ממשכורתם, ומהי סברת המסקנא לשלם להם כמלוא משכורתם הראשונה. ועוד צ"ע ברש"י (ד"ה מהו דתימא) שכתב בביאור הה"א וז"ל הואיל ואמר רבי דוסא יד פועל על התחתונה טעמיה משום דתפיס בעל הבית הוא והשתא כי פייסוהו פועלין מצי אמר להו וכו' עכ"ל, ודבריו תמוהים, דהא הדין דיד פועל על התחתונה חל כשחזרו הפועלים והזיקו לבעה"ב דחייבים לשלם, וקשה דהיאך נוגע הדין ההוא לכאן בנוגע להיאך לשער את דעתם של הבעה"ב והפועלים כשהשכירם למלאכתם פעם שנית, ובאיזה סכום הסכימו ביניהם להשכרת מלאכתם, שכאן השאלה היא תלויה באומדן דעתם ולא נוגע כלל לדין חזרה ולדין יד פועל על התחתונה, וצע"ג[444].

[444] לכאורה י"ל דהסוגיא כאן סוברת שאם הפועלים שבים לעשות שוב את מלאכתם, אזי למפרע חזרתם אינה חזרה, והמלאכה הראשונה נמשכת בשובם למלאכתם. אלא שבשעת חזרתם הזיקו לבעה"ב דלא היו לו אז פועלים והפסיד זמן והיתה לו גם עגמת נפש וטרדא. ולכן היה מקום לומר שיחול כאן דין יד פועל על התחתונה, ויקנסו הפועלים באיזה שהוא אופן עבור נזק דבעה"ב. ולכן סד"א שאם יש פועלים אחרים בזול שכשהראשונים חוזרים למלאכתם נקנס אותם בדין יד פועל על התחתונה ובמקום שישתלמו כמלוא סכום משכורתם הראשונה שיקבלו רק כסכום הפועלים האחרים שעובדים בזול. קמ"ל במסקנא שכששבו הפועלים למלאכתם הראשונה מקבלים כסכום משכורתם הראשונה המלאה דדין יד פועל על התחתונה חל לחייבם רק כשבעה"ב הפסיד ממון כשהשכיר פועלים אחרים ביוקר. אך כשהראשונים שבו למלאכתם הוברר הדבר למפרע שחזרתם לא היתה חזרה ושלא עזבו

רש"י ד"ה מהו דתימא.

וז"ל הואיל ואמר רבי דוסא יד פועל על תחתונה טעמיה משום דתפיס בעל הבית הוא וכו' עכ"ל. ומשמע דס"ל לרש"י שאם הפועל מוחזק בדמי השכירות לא אמרינן ידו על התחתונה ויכול להחזיק בסלע ואע"פ שנתייקרו הפעולה כדי לגמור את המלאכה ובעה"ב מפסיד. וקשה דעל המשנה לעיל (דף עו. בד"ה ואם) כתב רש"י וז"ל יתן להם לפי מה שעשו ואם הוזלה מלאכת הפועלים על כרחו יתן להם כמה שפסק חוץ ממה שצריך להוצאות בהשלמתה עכ"ל, ויוצא מרש"י שם שאע"פ שהבעה"ב הוי מוחזק מ"מ כשיד בעה"ב על התחתונה הפועלים מוציאים ממנו את ההפרש בין שכרם לבין הוצאותיו עבור פועלים אחרים שהוזלו במלאכתם. וצ"ע מ"ש דביד פועל על התחתונה שאם הפועל מוחזק אינו מפסיד, ואילו בדין יד בעה"ב על התחתונה הבעה"ב מפסיד ואע"פ שהוא המוחזק.

וי"ל דכשבעה"ב חוזר וגמר המלאכה הוזלה אזי יש זכות לפועלים הראשונים לומר שהפועלים האחרונים שהוזלו בשכירתם הריהם עובדים בשביל הפועלים הראשונים, כי עדיין הם רוצים לעבוד ואע"פ שבעה"ב החליפם באחרים. ומשו"ה הריוח הוא של הפועלים הראשונים דעדיין הם הויין הפועלים של בעה"ב לגמור את המלאכה ולהשתלם עליה כפי השיעור של השכירות הראשונה, כי האחרונים הם שלוחי הראשונים העובדים בשבילם. ומשו"ה יד בעה"ב על התחתונה אפילו להוציא ממנו ממון גם כשהוא המוחזק. משא"כ כשהפועלים חזרו בהם וידם על התחתונה ובאופן שגמר המלאכה נתייקרה, דא"א לומר שהאחרונים הריהם פועלי הראשונים ושלוחיהם, שהרי הראשונים חזרו בהם. ולכן אם הראשונים קבלו כבר את משכורתם והם המוחזקים בממון אין להוציא מהם את הממון שמוחזקים בו, ואע"פ שידיהם על התחתונה. כי דוקא כשלא קבלו את משכורתם וחזרו בהם אזי יש זכות לבעה"ב להחזיק במשכורתם בעד ההפסד שגרמו לו מאחר שגמר המלאכה נתייקרה, שאינו מחוייב לשלם להם כל משכורתם ולהפסיד עבור התייקרות דגמר המלאכה. משא"כ כשכבר שילם להם והריהם המוחזקים אזי ההפסד של בעה"ב ולא שלהם.[445]

מלאכתם הראשונה כלל, ולפיכך לא חל בם דין יד פועל על התחתונה.
ונראה עוד נ"מ לענין שעבוד נכסים. דלמסקנא כששבים למלאכה הראשונה ולאותו סכום משכורת ה"ה דגובים את המשכורת מהנכסים שנשתעבדו לשלם את משכורתם הראשונה, דאותה המשכורת לא בטלה ושעבודה עדיין קיים.

[445] ולפי המהלך בסוגיא דבהערה לעיל, סד"א בגמרא דמפני שבעה"ב המוחזק כשחזרו הפועלים וידם על התחתונה, כששבים למלאכתם נקנסים לשלם להם בזול כי הבעלים המוחזק. ולמסקנא קונסים אותם רק כשבעה"ב מפסיד ממש שמשלם לאחרים ביוקר אך כששבים הראשונים למלאכתם חזרתם אינה חזרה והמלאכה הראשונה נמשכת במשכורת הראשונה.

א"נ י"ל דשאני דין חזרת בעה"ב מדין חזרת הפועלים. דזכות בעה"ב לחזור בו יסודה בדיני התחייבות של השכירות, דדיני שכירות תלויים הן במנהגי המדינה הנוהגים בין השוכרים ובין הפועלים. ומתנאי התחייבות השכירות קיימת זכות בין לבעה"ב בין לפועלים לחזר בהם באמצע המלאכה, והוי חלות שיור בעיקר ההתחייבות דהמלאכה מעיקרא, דמשיירים לעצמם זכות לחזור בהם באמצע המלאכה מאיזה טעם שיהיה. אולם מתנאי השיור הזה חל דין שהחוזר בו ידו על התחתונה. ואה"נ דמדין זה מוציאים ממון אף מהמוחזק. ומשו"ה כשבעה"ב חוזר בו וידו על התחתונה מוציאים ממון ממנו לשלם לפועלים הריוח שישנו בשאר המלאכה וכדביאר רש"י במתניתין. מ"מ פועלים שאני מבעה"ב דבנוסף לזכות חזרה שלהם דחל מדיני ההתחייבות שביניהם ובין הבעה"ב, יש להם נמי זכות לחזור בהם באמצע המלאכה מדין "עבדי הם ולא עבדים לעבדים". ונ"מ לענין להוציא מהם ממון כשהם מוחזקים וחזרו בהם, דמדין חזרה דחל מדיני ההתחייבות דמעיקרא היה בדין להוציא גם מממונם. אך בחזרתם דחל מדין "עבדי הם" יכולים הם להחזיק בממונם שכבר שילם להם בעה"ב בעד מלאכתם דאינם חייבים להפסיד ממונם.

גמ'. וכי תימא שאני ליה לר' דוסא בין שכירות לקבלנות ומי שאני ליה כו'. יש לעיין למה הגמרא לא תלה את השאלה האם קבלן דומה לשכיר בדין חזרה בספק האם אומן קונה בשבח כלי או לא - דאם קבלן קונה בשבח כלי אינו דומה לשכיר, דשכיר יום משתלם כפי מלאכתו ואילו קבלן משתלם בעד החפצא דשבח שמקנה לבעלים. ומאידך אם אומן אינו קונה בשבח כלי הריהו דומה לשכיר המשתלם בעד מלאכתו.

וי"ל דאף למ"ד אומן קונה בשבח כלי, עיקר חלות האומנות מלכתחילא מהווה חלות התחייבות לעשות המלאכה עבור הבעלים, אלא דבסוף המלאכה האומן קונה את שבח הכלי ומקנהו. ומאחר דתחילת האומנות הויא התחייבות לעשות את המלאכה הריהו כשכיר יום וחלה עליו גזיה"כ עבדי הם. דא"א לומר דבקבלן ליכא התחייבות למלאכה ויש רק הקנאת השבח, דהא כשהתחיל הקבלן במלאכתו השבח היה דבר שלא בא לעולם דא"א להקנותו, ומוכח דלכתחילה התחייב הקבלן בהתחייבות לעשות המלאכה שתיצור את השבח, ולכן קבלן דומה לפועל וא"כ יתכן דחלה בו הגזיה"כ דעבדי הם.

דף עז:

רש"י ד"ה נותן לו שכרו.

יש לדון בגדר הדין דיד פועל על התחתונה האם זהו משום התחייבות הפועלים - דהפועלים התחייבו לעשות מלאכה, ואם חזרו בהם והבעה"ב הוצרך לשכור עוד פועלים הרי זה נחשב כאילו הפועלים הראשונים שכרו אותם ומשלמין להם מכיסם מדין התחייבות פועלים. או"ד ידם על התחתונה מדין מזיק דאם הפועלים חזרו בהם ידם על התחתונה משום דגרמו היזק לבעה"ב. ועיין ברש"י וז"ל הואיל ואנוס הוא אין לקנסו ולעשות ידו על התחתונה ונותן לו חצי דמי שכרו עכ"ל. ומשמע מדבריו דס"ל דיד פועלים על התחתונה מדין קנס ועונש, דידם על התחתונה מדין מזיק. אולם צ"ע בפרש"י דמנ"ל דידו על התחתונה הוא משום קנס. ונראה דמבואר בגמ' דאם הפועלים חזרו באמצע היום מחמת אונס אזי הדין הוא דאין ידם על התחתונה וחייב ליתן להן שכרן דהאונס פוטר את הפועלים. ולכאורה צ"ע דהיאך מצינו שאונס פוטר חיוב ממון, ואם הדין דידו של הפועל על התחתונה חל משום חיוב ממון דעלמא ומדין התחייבות הפועלים, היאך נפטר מחמת אונס. ונראה דלכן פרש"י דדין ידו על התחתונה אינו חלות חיוב ממון בעלמא אלא חלות חיוב של קנס ועונש, ולגבי קנס ועונש חל דין אונס רחמנא פטריה, ומשו"ה נפטר הפועל מחמת אונס. ולפי"ז נראה דהפטור של אונס (לפטור הפועלים מהדין דידם על התחתונה) הוא מדין פטור אונס דכהת"כ, וחל רק באונס גמור. ברם לולי דברי רש"י יתכן היה לבאר דהדין דידו על התחתונה אינו חל מדין קנס ועונש מדין מזיק, אלא חל מדין חיובי שכירות פועלים. דהיכא דחוזר הפועל יכול הבעה"ב להשכיר פועלים אחרים בשליחות הפועלים הראשונים, ולכן יד הפועל על התחתונה דבהתחייבות דפועלים נכלל שאם חזרו בהם הבעה"ב שוכר פועלים אחרים על חשבונם. ולפי"ז י"ל דכשהפועל חזר מחמת אונס אזי חל פטור בהתחייבות שלו, דלא קיבל הפועל על עצמו לשלם לפועלים אחרים על חשבונו אם אירע אונס שמונעהו מלגמור המלאכה. ולפי"ז י"ל דאף אם אינו אונס גמור הפועלים פטורים דלא קיבלו על עצמם התחייבות לשלם לפועלים אחרים היכא שאירע אונס שמונע אותם מלגמור המלאכה. ועוד יתכן לומר, דחל כאן פטור מדין "עבדי הם", דבמקום אונס יכול הפועל לחזור בו, וידו על העליונה מדין "עבדי הם".

והנה בגמרא לעיל (עז.) איתא דבאתא מטרא פסידא דפועלים ובעה"ב פטור מלשלמם. ונראה דשם חל דין אחר, דהיינו דבאתא מטרא ליכא חפצא דמלאכה, ובכן חסרה התחלת המלאכה המחייבת, דכשחסר החפצא דהמלאכה א"א להתחיל בה, ומשו"ה הבעה"ב פטור[447]. ועוד י"ל דדין "עבדי הם" נותן זכות חזרה במקום אונס אף לבעה"ב[446].

[446] ולפי"ז פטור מלשלם אף באתא מטרא באמצע המלאכה.

בענין דבר האבוד

א.

חיוב פועלים או חיוב מזיק

יל"ע בדין דבר האבוד, האם הפועל משלם מדין פועל או מדין מזיק. ועיין בדרכי משה (טור ש"ע חו"מ סי' של"ג אות ה') שכ' בשם מוהר"ם שבדבר האבוד שבממון צריך הפועל לשלם את כל ההפסד שגרם מדינא דגרמי, דסובר דחייב מדין מזיק. ובאנוס פטור משום דאנוס פטור בדינא דגרמי[448]. ומאידך הרמב"ן (מובא שם בב"י) והנ"י (מובא בד"מ) פליגי דס"ל דפועל חייב לשלם בדבר האבוד רק את דמי השכירות של פועלים חדשים, אך אם לא נמצאו פועלים אחרים והחפץ נאבד אזי אדרבא הפועל פטור מלשלם דאינו אלא גרמא בנזקין דפטור. ויוצא דהרמב"ן ס"ל דאין בדבר האבוד חלות חיוב מזיק אלא רק חלות חיוב פועל בלבד, ומשו"ה משלם רק בשביל פועלים חדשים, ובדליכא פועלים חדשים הפועל שחזר בו פטור דאינו מזיק, וגם ליכא חיוב פועל כי החפץ נאבד, דבלי החפץ לעשות בו מלאכתו אינו פועל כלל ופטור לגמרי.

ונראה לבאר את המחלוקת בכמה אופנים, די"ל דפליגי בדיני דגרמי האם חזרת הפועל מהווה גרמי או אינו אלא גרמא בעלמא. א"נ י"ל דלכ"ע חזרת הפועל אינו גרמי אלא גרמא, ופליגי האם חל חיוב מזיק מיוחד בפועל בדומה לחיוב המזיק המיוחד דחל בשומר אליבא דהרמב"ם כנ"ל בשיעורים[449]. ועוד י"ל דלכ"ע חל חיוב מיוחד דמזיק בפועל אלא דפליגי בשחזר בו והחפץ נאבד האם דין פועל נמי פקע מדליכא חפץ לעשות בו מלאכה, ולכן פטור מלשלם מדאינו עוד פועל, או דעדיין הוי פועל וחל עליו חיוב מזיק מיוחד דפועל לשלם את הנזק שגרם.

ב.

עד כדי דמיהן

בגמרא (דף עח.) איתא "עד כמה שוכר עליהן, אמר ר"נ עד כדי שכרן". ופרש"י (ד"ה עד כדי שכרן) ז"ל אם עשו אצלו קצת המלאכה ולא קיבלו כלום שוכר עליהן כל מה שהוא חייב להן יוסיף לאחרים ויגמרו עכ"ל. ויוצא דלרש"י משלמים רק כדי שיעור ממון שלהם

[447] ולפי"ז בעה"ב פטור רק באתא מטרא בשעת התחלת המלאכה. אבל אם כבר התחילו לעבוד ואתה המטרא באמצע מלאכתם, בעה"ב חייב לשלמם כפועל בטל, והוא חידוש להלכה.

[448] עיין בקונטרס דינא דגרמי לרמב"ן (ב"ק דף ק:) וברשימות שיעורים לב"ק שם עמ' תרי"ב. ורבינו זצ"ל ביאר דלרמב"ן אדם המזיק בידים חייב באונס משום דהמחייב הוא מעשה ההיזק שעשה, ואונס נקרא מעשה גברא ומעשה היזק, ואילו בגרמי המחייב הוא פשיעתו ולא מעשיו, דחסר בו מעשה מזיק, ומשו"ה אונס בגרמי פטור.

[449] ואמר רבינו זצ"ל דלפי"ז גם יתכן דלא משלמים את דמי כל הנזק אלא רק את דמי שכירות דפועלים אחרים שהיו יכולים להציל את החפצא מהנזק, דדמי שכירותם נחשב לשיעור דמי הנזק והוי דין וחיוב מזיק מיוחד דחל רק בדין פועל.

שבעה"ב עדיין מוחזק בו אך אין לו זכות להוציא מהם ממון אחר. ונראה דהרמב"ם נמי ס"ל כרש"י, דכתב (בפ"ט מהל' שכירות הל"ד) וז"ל וכל שיוסיף לאלו הפועלין האחרים על מה שפסק לראשונים נוטל מן הראשונים, עד כמה עד כדי שכרן של הראשונים עכ"ל. ומבואר דלפי הרמב"ם ורש"י אין כאן חיוב מזיק דאינו אלא גרמא ומניעת הריוח בעלמא, דאם היה חייב מדין מזיק אזי היה בדין שיוציא בעה"ב אף מהפועלים את כל מה שהזיקו לו. והא דמשלמים הוי דין מיוחד דפועל, והשיעור הוי רק כפי דמי שכירותן דעדיין מוחזק אצל בעה"ב, אך לא יותר מזה. ויסוד שיטתם הוא דכל זמן שבעה"ב לא שילם שכרם יש לבעה"ב זכות להפחית משכרם כדי לשלם לפועלים אחרים לעבוד במקומם, והבעה"ב עושה שומא עם הפועלים הראשונים לשלמם ממה שנשאר אחרי שמשלם לפועלים האחרונים. וי"ל דזה דין בשכירת הפועלים ובתשלומיהם. מאידך עיין בשיטה מקובצת (דף עח.) וז"ל הריטב"א כו' והנכון כמו שפר"ת ששוכר עליהם לתת לאחרים כדי שכרן של אלו תוספת על שכרן, ואם כבר פרע אלו גובה מהם הכפל לתת לפועלים אחרים אם אינו מוצא פועלים בפחות מכפל שכרן של אלו, והאי ממון גמור הוא ולא קנס עכ"ל. ונראה דר"ת חולק על רש"י, וס"ל שהחיוב חל אף להוציא ממון מהפועלים, ושעור החיוב הוא עד כפל שכרן. וי"ל דלפי ר"ת החיוב חל מדין מזיק, ומשו"ה חל אף להוציא ממון מהפועלים. אך צ"ע דא"כ למה חל שעור לשלם רק עד כדי כפל ולא יותר. ועיין בשיטה מקובצת שכ' וז"ל וכן פירש הראב"ד וז"ל פירש כפלים בשכרן כדאמרינן בעלמא גבי אונאה עד כדי דמיהן שהוא כפלים בדמיהן ע"כ. ונראה לבאר דמצינו בדיני אונאה דר' יהודה (לעיל דף נח:) סובר שהמוכר ס"ת, מרגלית, או בהמה שאין בהם אונאה, ועכ"ז הוא רק עד כדי דמיהם, דהיינו עד כפל ולא יותר. וכן פסק הר"ת בדין אין אונאה לקרקעות, דהיינו רק עד כפל (עיין בתוס' לעיל דף נז. ד"ה אמר ר"נ). והביאור בזה דבכפל אין כאן דמי החפצא כלל, וממילא המקח אינו חל דאין הדמים משתייכים לחפצא הנמכר, והו"ל מקח טעות. וה"ה בתשלומי פועלים בדבר האבוד דחייבים לשלם הנזק של שכירות פועלים חדשים, דכל זה הוא רק עד כדי שיעור כפל שכירותן, דאזי שייך לומר דהוצאת המחיר של הפועלים החדשים הוי חלות שם דמי שכירות פועלים, ועל שיעור נזק כזה חייבים לשלם. משא"כ ביותר מכפל, דאין זה דמי פועלים כלל, ורק "עושק" מצד הפועלים החדשים להוציא הרבה כסף מבעה"ב הרוצה להציל את אבידתו, דע"ז הפועלים הראשונים פטורים, דאינם חייבים לשלם אלא רק את דמי השכירות דפועלים חדשים ולא חייבים עבור דמי "עושק" שהאחרים עושקים מבהע"ב המוכרח בע"כ לקחת פועלים אחרים מפני איבוד ממונו.

ברם נראה מזה דאפי' לר"ת הסובר דמשלמים נזק של דמי השכירות של פועלים חדשים, אין זה חיוב נזק דעלמא, אלא חיוב נזק מיוחד דחל מהלכות פועלים, ומשו"ה חל שיעור לשלם רק כפל ולא יותר. דאילו היה חל חיוב נזק גרמי דעלמא היו משלמים גם יותר מכפל, ועל כרחך מוכח דחל דין מזיק מסוים מהלכות פועלים, ומהלכות פועלים חל שיעור הנזק רק עד כפל. ונראה דיסוד הדין הוא שעל הפועלים הראשונים חל חיוב לשלם להציל את הבעה"ב מנזק שיגרמו. אך לא מצינו כזה בדיני מזיק דעלמא דחייב לשלם כדי להציל את השני מנזק לפני שהוזק, אלא חל חיוב לשלם רק אחרי שאירע הנזק. ועל כרחך י"ל דהוי חלות דין מזיק מיוחד בדיני פועלים, ומשו"ה הפועלים חייבים לשלם גם למנוע את הנזק מלבוא, וחייבים לשלם לפני הנזק להציל את בעה"ב שלא יוזק. מאידך יעויין ברמ"א (חו"מ של"ג: ו') שכתב וז"ל ודוקא בדבר האבוד שאינו ממון כגון מלמד או בדומה לזה אבל בדבר האבוד של ממון צריך לשלם לו כל הזיקו עכ"ל. אליבא דהרמ"א יש שתי הלכות בדבר האבוד: א) בדבר האבוד של ממון משלמים את הכל. ב) בדבר האבוד שאינו ממון כגון במלמד או להביא חלילין לכלה יש שיעור לתשלומין ולא משלמים יותר מהשיעור. ונראה דס"ל דחלין שני דינים בדבר אבוד: א) בדבר האבוד של ממון חל דין מזיק דעלמא ומשו"ה ליכא שיעור בחיוב התשלומין. ב) בדבר האבוד שאינו ממון חל דין תשלומי פועל, ומשו"ה חל שיעור בתשלומין.

והנה בסוגיין איתא דרב סובר דפועל חוזר בו בחצי יום וידו על העליונה, אך בדבר האבוד ס"ל דאינו חוזר בו. ובביאור החילוק י"ל דבפועל דעלמא החוזר בו לא חל חיוב מזיק אלא חלות חיוב פועל בעלמא ודין "עבדי הם" פוטרו מלשלם דידו על העליונה. מאידך בדבר האבוד חל חיוב מזיק ומשו"ה לא חל פטור "עבדי הם". אמנם אם ננקוט דבחוזר בו בחצי היום ובדבר האבוד חל חיוב פועל ולא דין מזיק, אזי צריכים לומר דבדבר האבוד לא חל ההיתר של "עבדי הם". ונראה להוסיף דבתוס' (דף עח. בד"ה כגון) פירשו בתירוץ הראשון דדין דבר האבוד באתה חבילה בידו חל מדין התחייבות מדעת. ומשו"ה לא חל דין "עבדי הם" דהא התחייב לשלם עד מ' ונ' זוז מדעת. ואילו פועל בעלמא לא התחייב במיוחד לשלם ולכן חל דין "עבדי הם" וידו על העליונה.

ולפי"ז נמי מבוארת שיטת הר"ת דבלי חבילה משלם הפועל רק עד כפל בשכרו ובאתה חבילה בידו משלם אפילו עד מ' ונ' זוז. דבלי חבילה החיוב חל בתורת פועל והשיעור מוגבל עד כפל בדמיהן כנ"ל. משא"כ בחבילה בידו דחלה דין התחייבות מדעת וליכא בזה שיעור כדין התחייבות דעלמא.

ג.

ביסוד הדין דיד פועל על התחתונה בקבלן ובדין חזרה בדבר האבוד בשכיר בגמרא (דף עז:) איתא "אלא לאו ר' דוסא היא וש"מ לא שאני ליה לרבי דוסא בין שכירות לקבלנות, א"ר נחמן בר יצחק בדבר האבוד ודברי הכל". ומבואר דאף אי ס"ל לר' דוסא דיש חילוק בין שכירות לקבלנות, ובשכירות ס"ל שאין יד פועל על התחתונה, מ"מ בדבר האבוד סובר דיד פועל על התחתונה, וכדתניא דשוכר עליהן עד ארבעים חמישים. והנה בשלמא אי אמרינן דהא דיד קבלן על התחתונה לר' דוסא הוי מדין התחייבות פועלים, ולא מדין קנס דגרם היזק, א"כ י"ל דבדבר האבוד חל חיוב מדין קנס וחיוב מזיק (לר"ת והרמ"א הנ"ל) ומשו"ה ס"ל לר' דוסא דבדבר האבוד יד פועל (שכיר) על התחתונה, כיון דהוי הפסד גמור לבעל הבית. אמנם לפי מש"נ אליבא דרש"י (דף עז. ד"ה נותן) דדין יד קבלן על התחתונה אליבא דר' דוסא הוא משום קנס, ור' דוסא ס"ל דרק לגבי קבלן קנסינן ולא לגבי שכיר, צ"ע אמאי בעלמא לא קנס שכיר שחזר בו אע"פ שגרם הפסד לבעה"ב, ובדבר האבד קנס אף שכיר, דהא יסוד החיוב כשחזר בו ובדבר האבד הוא משום קנס, ומ"ש הפסד גדול בדבר האבוד דחייב, מהפסד מועט כששכיר חזר בו דלר' דוסא ידו על העליונה. ואין לומר דדין דבר האבוד הוי דין מזיק גמור, דהוי בכלל גרמי (כמש"כ התוס' עו ב ד"ה אין להם), וכן אין לומר דהוי קנס מסוים בדיני שכירות, דהא אמרינן לקמן (עח.) דשוכר עליהן עד כדי שכרן היכא דלא באתה חבילה ליד בעה"ב, ואי הוי חיוב מדין מזיק משום גרמי י"ל דב"ד יורדין לנכסי הפועל ומוציאין את כל ההיזק. ותו בדבר האבוד משלם הפועל אפילו קודם שבא ההיזק, כגון בפועלים ששכרן להעלות פשתנו מן המשרה דאף שלא נפסד הפשתן חייב הפועל, ובדין גרמי ליכא חיוב קודם שבא ההיזק, ועל כרחך מוכח דאין החיוב מדין מזיק דעלמא.

ונראה לבאר בזה, דיש חילוק ביסוד החיוב דידו על התחתונה שבקבלן, ליסוד החיוב דדבר האבוד שחל אף בשכיר. דהדין דיד פועל על התחתונה הוי דין דחל מדיני שכירות, דמדין השכירות היא להפחית את תשלומי דמי השכירות. וכיון דהוי דין בעצם השכירות ס"ל לר' דוסא דשכיר פטור משום דעבדי הם ולא עבדים לעבדים. דהיכא דהמחייב דפועל הוא מהל' שכירות אזי הוא נחשב כעבד וחל בשכיר פטור דעבדי הם ולא עבדים לעבדים. וי"ל דזהו כוונת רש"י במש"כ דיד פועל על התחתונה משום קנס, דר"ל דמניעת הרווח מבעה"ב מחייב את הפועל בקנס שמדיני שכירות. דהקנס מפחית סכום דמי התשלומין שמשלם בעה"ב לפועל. אולם כ"ז נכון לגבי יד פועל על התחתונה בחזרה בעלמא. משא"כ בדבר האבוד י"ל דיסוד החיוב הוא מדין מזיק דפועל, דחל בפועל דין

מזיק בפ"ע. וכדחזינן דהבעה"ב אינו גובה אלא ממה שבידו, ואינו גובה על עצם ההיזק אלא על מניעת ההפסד והחיוב חל לפני שהוזק ממש, ומוכח מכל זה דחל בפועל דין מזיק מיוחד. ודומה למש"כ הרמב"ם פ"ג מהל' שכירות דדשומר שפשע מזיק הוא אע"פ דבעלמא פשיעה אינה אלא גרמא ופטור. ומוכח דחל בשומר דין מזיק מיוחד דחייב על הפשיעה מדין מזיק אע"פ שבכהת"כ פשיעה לא הוי מזיק. וכמו כן י"ל דחל בפועל חלות דין מזיק מסוים. ונראה דמכיון דחל דין תשלומין מדין מזיק ולא מעצם חיובי השכירות דלכן רב סובר דלא אמרינן גביה פטור מקרא דעבדי הם, דלא נאמרה אותו פטור אלא בחיוב דחל מחמת חיובי שכירות בעלמא. והא דאינו מוציא מן הפועל מדין מזיק, ומה שאין בעה"ב גובה אלא ממה שתחת ידו, אע"פ שמוציאין ממזיק דעלמא כל ההיזק י"ל דהיינו משום דדין מזיק בפועל הוי דין מסוים דחל בדיני פועלים, והוי חיוב הצלת הפעולה עצמה - דהיינו להעלות הפשתן מן המשרה וכדומה, ואינו חייב מדין מזיק דעלמא דהרי לא נעשה ההיזק עדיין, ולכן אינו אלא ממה שבעה"ב מוחזק בו.

ועוד יש לפרש דאף בדבר האבוד החיוב חל מדין שכירות כמו בחזרת פועל, ולא מדין מזיק. אולם יש לחלק בין חיוב של מניעת הרווח דפטור בו שכיר דעלמא, לבין החיוב בדבר האבוד דאף שכיר חייב בו. דהנה אפילו לר' דוסא דס"ל דיד קבלן על התחתונה היינו דשמין להן מה שעתיד להעשות ולא הוי חיוב פרעון, ולכן י"ל דדינא הוא דכיון דמה שעתיד להעשות יפה ו' דינרים, אמרינן דמה שעשה אינו יפה סלע, אלא ב' דינרים, כיון דבין ב' הפועלים נעשה המלאכה. ואין כאן דין פרעון אלא הוי דין שומא בעצם המלאכה, ולכן אין מוציאין אלא כנגד שכרן, ואפילו אם באתה חבילה לידו. משא"כ בדבר האבוד אף אם נימא דאינו חיוב מזיק, אלא דהוי חיוב שקיבל על עצמו מדיני השכירות, שהתחייב שלא יאבד נכסי הבעה"ב וחייב לשלם כדי להציל נכסי בעה"ב מהפסד, ומכיון דהוי חיוב הצלה שמדיני שכירות חל חיוב זה אף בשכיר, משא"כ דין שומא אינו אלא בקבלן.

ד.

בדין באתה חבילה בידו

עיין בתוס' (דף עח. ד"ה כגון) וז"ל וא"ת א"כ פשיטא עכ"ל. צ"ע מדוע ס"ל דפשיטא. ונראה דתוס' סוברים דבבאתה חבילה בידו יש התחייבות מדעת הפועל לשלם עד מ' ונ' זוז, ומאחר דחלה התחייבות הרי פשיטא דחייב לשלם אפי' מ' ונ' זוז. ותירצו התוס' דסד"א דהוי אסמכתא ולא קני, א"נ דלא התחייב אלא לשכור בשויה ולא במ' ונ' זוז קמ"ל. אך עלינו להבין באיזה קנין התחייב הפועל בהתחייבות לשלם עבור כל ההפסד.

ועיין בתוס' למס' קידושין (דף ח: ד"ה מנה אין כאן משכון אין כאן) דהביא ב' דיעות בביאור הדין דמנה אין כאן משכון אין כאן. וז"ל אם אומר אדם לחבירו אתן לך מנה במתנה והניח לו משכון עליה לא קנה המנה במשיכת המשכון, ואין לחלק בין מתנה לקידושין. ורבינו חיים כהן בשם ר"ת אומר שאם אמר אדם לחבירו אתן לך מנה במתנה והולך משכון עליו ואל תחזיר לי המשכון עד שאתן לך המנה דאז ודאי יכול לעכב המשכון עד שיתן לו המנה. ותימה מהא דאמר בהשוכר את האומנין כו' כשבאת חבילה בידו פי' שבאו כלי אומנות של פועל ליד בעה"ב, והשתא כי באת חבילה בידו מאי הוי הא מנה אין כאן משכון אין כאן. וי"ל דלא דמי דהתם גרמו לו הפסד. ועוד שאין החבילה בתורת משכון אלא קנויה לו לשכור פועלין עכ"ל.

ויוצא דהר"ת סובר שקנין משכון מהווה קנין להחיל התחייבות כמו קניני סודר ושטר. וכמו"כ פירש דין באת חבילה בידו בסוגיין, דהפועל נתן החבילה לבעה"ב כמשכון על התחייבותו לשלם בשביל דבר האבוד. והא דאמרי' דמנה אין כאן משכון אין כאן היינו רק לענין קידושי אשה דאינה מתקדשת בהתחייבות ממון. ור"ת ס"ל כשיטת הרמב"ן (בקידושין ח ב ד"ה מנה אין כאן) שכתב וז"ל משמע לי דהכי פירושא כיון שהוא אינו מקדשה בגופו של משכון אע"פ שאמר לה קני אותו לשעבוד מנה וקנתה, אין כאן משכון, כלומר שאינו קונה בה דהוה ליה כהלואה דליתא בעין הואיל ומנה אין כאן, לפיכך אינה מקודשת וחוזר ונוטל משכונו ממנה וכו' מ"מ משמע באומר לאשה הריני חייב לך מנה בקנין והתקדשי לי בו שאינה מקודשת וכו' אבל אמר לחבירו הריני חייב לך מנה כלומר מחייב אני עצמי לך במנה וקני ליה כלי למשכון עליהם מכיון שמשך קנה כליו לשעבוד, עכ"ל. ומבואר דהרמב"ן סובר דאע"פ שקנין משכון מועיל להחיל התחייבות אין קנין משכון מועיל לקידושין, דלקנין קידושין בעי נתינת בעין. ואילו הדיעה הראשונה בתוס' ס"ל דמשיכת משכון אינה קונה התחייבות כלל, דהתחייבות נקנית רק בקניני סודר ושטר, ומשו"ה התחייבות המנה אינה חלה כלל דחסר קנין התחייבות.

והנה הר"ת סובר שמשיכת המשכון מהווה קנין התחייבות. ונראה דמ"מ קיימת נ"מ בין התחייבות הממון דחלה עם משיכת משכון לר"ת לבין התחייבות הממון דחלה בקנין סודר ושטר דעלמא. דבהתחייבות דעלמא חלין שני שעבודים: א) שעבוד הגוף. וב) שעבוד נכסים[450]. משא"כ בהתחייבות הממון דחלה בקנין משכון דחל רק שעבוד נכסים על עצם המשכון, אך לא חל שעבוד הגוף לשלם משאר נכסיו. ובזה מבואר הדין דבאתה

[450] עיין בשיעורים לעיל (דף נו.) בענין מכירת שטר חוב אות ב'.

חבילה בידו דמשלם רק מהחבילה עצמה - מהמשכון - ולא יכול להוציא מהפועל ממון אחר - דההתחייבות מוגבלת לשעבוד הנכסים דחל במשכון לשלם ממנו, אך לא חל שעבוד הגוף על הפועל לשלם מכל נכסיו שאינם תחת יד בעה"ב כהמשכון. והנה ישנו עוד מקום שמצינו שחל שעבוד נכסים על חפצא אחד בלי חלות שעבוד הגוף לשלם משאר הנכסים, והוא בדין שור תם דמשתלם רק מגופו ולמ"ד יושם השור דחל אליביה שעבוד על גוף השור ולא על שאר נכסי בעל השור (ב"ק לג א)[451], ולכאורה דין זה הוא סמוכין לשיטת ר"ת. ויתכן דהדיעה הראשונה בתוס' חולק על הר"ת משום דס"ל דא"א להחיל שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף, ומשו"ה משכון אינו קונה שעבוד כלל. ושור תם שאני דהוי גזיה"כ וחיוב דחל מאליו מן התורה ולא מדעת המתחייב כמו במשכון. ושיטה זו סוברת דהדין באתה חבילה בידו אינו חלות של שעבוד והתחייבות, ובתירוץ הראשון אמרו בתוס' שלא כר"ת דשאני בפועלים שגרמו לו הפסד ר"ל דאין החיוב לשלם חל מדעת מקנה ומדעת המתחייב אלא דהוי חיוב דחל ממילא מהל' פועלים לשלם את ההפסד שגרמו מהחבילה שביד בעה"ב, והוא דין מזיק מיוחד בפועל ולא שייך להתחייבות ממון ודין משכון דעלמא. אולם בתירוץ השני נקטו התוס' שחל קנין ממש בגוף החבילה לבעה"ב לשלם שכר דפועלים אחרים. ונראה דיש עוד נ"מ בין פי' ר"ת לבין פירוש התוס' שבסוף התוס' דאם באת חבילה בידו חל מדין משכון אזי אסור לבעה"ב לגבות ממנו בלי רשות בי"ד. ומאידך אם דינו חל בתורת קנין יכול בעה"ב להשתמש בו לשכור פועלים אחרים גם בלי רשות וגביית בי"ד.

והנה בהתוס' שלפנינו (ד"ה כגון) מובאים שני ביאורים וז"ל דה"א אסמכתא היא ולא קני א"נ דפועל לא נותן לו אלא לשכר בשויה ולא מן הכל עכ"ל. ונראה דפליגי ביסוד דין החיוב דחל באתה חבילה בידו, דלפי התירוץ הראשון חל דין התחייבות הגברא כשיטת הר"ת בקידושין, דסד"א דהויא אסמכתא, קמ"ל דקניא. וצ"ע למה באמת קניא. ונראה לבאר לפי מה שקבעו תוס' לעיל (דף סו. ד"ה ומניומי) דבמקום דבייש את חבירו אסמכתא קניא, דה"ה כשהזיקו דאסמכתא קניא. וכן איתא בתוס' בקידושין הנ"ל דבגרמו לו הפסד הריהו קונה את החבילה ומתחייב לשלם על ההפסד דגרם. ויוצא דבתירוץ הראשון תוס' כאן ס"ל כר"ת דדין החבילה חל מדין התחייבות, בדומה להתחייבות דחלה בנתינת משכון דעלמא אליבא דהר"ת. וכן נמי משמע מתוס'

[451] ע"ע ברשימות שיעורים לב"ק (לג.) בענין הוחלט והושם השור.

בקידושין, עיי"ש[452].

ומאידך נראה דהתירוץ השני שבתוס' ס"ל דדין דבאתה דחבילה בידו אינו חלות התחייבות אלא חלות חיוב מיוחד דחל בפועל לשלם מהחבילה בעד שכירות פועלים חדשים, דמשלם מדין פועל ולא מדין התחייבות בעלמא ושלא כר"ת. והנה בתוס' (בקידושין) ביארו בחד תירוצא דבאתה חבילה בידו חל מחייב משום דגרמו לו הפסד. וי"ל דס"ל דחייבים לשלם מדין מזיק מיוחד דפועלים, דכבר נתבאר לעיל דחל חיוב מיוחד דמזיק בפועלים בדומה לחיוב מזיק מיוחד דחל בשומר אליבא דהרמב"ם, דזהו יסוד החיוב של באתה חבילה בידו דחל חלות דין מזיק דפועלים. אולם נראה דחיוב מזיק זה חל רק באתה חבילה לידו דבעה"ב, דהו"ל מוחזק בממון הפועל ויכול לגבות ממונו בתורת מזיק דפועל. אך לענין להוציא ממון מהפועל לא חל דין מזיק. דחיוב מזיק זה אינו דין מזיק דכהת"כ דמחייב המזיק לשלם והניזק מוציא ממנו ממון. דכאן אין הניזק מוציא ממון מהפועלים אלא מחזיק בממון הפועל שיש לו בידו. ועיין בלשון הרמב"ם (פ"ט משכירות הל"ד).

ולפי"ז נמי מבוארת שיטת ר"ת דבדליכא חבילה משלם הפועל רק עד כפל בשכרו ואילו באתה חבילה לידו משלם עד מ' ונ' זוז. ונראה דהביאור בזה הוא דבדליכא חבילה משלם בתורת פועל והחיוב מוגבל עד שיעור כפל בשכרו, משא"כ באתה חבילה לידו דהחיוב חל מדין התחייבות ובלי שיעור.

ועיין במרדכי (סי' שמ"ח) שהביא מחלוקת בראשונים בביאור דין באתה חבילה בידו, דרש"י פי' דהיינו דוקא כלי אומנתם, ואילו הר"ת פירש דהוי חבילה אחרת שהפקידו אצלו. ויש לומר דלרש"י הדין הוי חלות דין מסוים בפועלים ומשו"ה החיוב חל רק על כלי אומנתם בלבד. ואילו לר"ת הריהו דין התחייבות בעלמא, ומשו"ה חלה אף על חבילה אחרת משלהם שבידי בעה"ב שהתחייבו לשלם ממנה.

ועיין בלשון רש"י (דף עח. ד"ה שבאת) שכ' וז"ל אם יש בידו הרבה כדרך האומנים כו' עכ"ל. ויתכן דר"ל דכך נהגו האומנים להתחייב לשלם דבר אבוד מכלי אומנתם בלבד. ולפי"ז י"ל דחייבים מדין סיטומתא (לעיל דף עד.) דשוכרים ופועלים מתחייבים וקונים בקנינים משלהם, ולא רק בדרכי הקנין של התורה דעלמא. ומכיון דהוי קנין מיוחד דפועלים כפי דרכם ומנהגם החיוב חל רק על כלי אומנתם בלבד.

ע"כ ענין דבר האבוד

[452] ואמר רבינו זצ"ל דאין זה מוכרח דיתכן דסובר ר"ת דבדבר האבוד חל חיוב מזיק דפועל ולא חלות דין התחייבות מדעת משא"כ במשכון דחל דין התחייבות בעלמא, ודו"ק בלשון התוס' בקידושין עיי"ש. ולעיל אמר רבינו דלר"ת חל כאן חיוב מזיק, וצ"ע.

בענין דקא עייל ונפיק אזוזי

יעויין בשיעורים (לעיל דף מח:) שהארכנו בענין ערבון. ועיין בביאור הגר"א (חו"מ סי' ק"צ אותיות י"ב - ט"ו) שהביא מחלוקת גדולה בראשונים בביאור סוגיין, ונבאר את שיטותיהן אחת אחת.

שיטת הרמב"ם

כתב הרמב"ם (פ"ח מהל' מכירה הל"א - ב) ז"ל המוכר שדה לחבירו באלף זוז ונתן לו מקצת הדמים והיה יוצא ונכנס ותובע שאר הדמים אפילו לא נשאר לו אלא זוז אחד לא קנה הלוקח את כולה אע"פ שכתב השטר או החזיק. חזר בו הלוקח יד המוכר על העליונה. רצה אומר לו הולך מעותיך או קנה מן הקרקע כנגד המעות שנתת לי ונותן לו מן הזיבורית שבה. ואם חזר המוכר יד הלוקח על העליונה רצה אומר לו תן לי מעותי או תן לי קרקע כנגד מעותי ונוטל מן היפה שבה. ואם לא היה יוצא ונכנס ותובע קנה הלוקח את כולה ואין אחד מהן יכול לחזור בו ושאר הדמים עליו כשאר החובות עכ"ל. וכתב ע"ז הגר"א (באות י"ב) ז"ל לא קנה כו' לשון הרמב"ם ור"ל אף כנגד מעותיו כו' לדעת הרמב"ם תיכף נתבטל כל המקח אף בלא חזרה כו' ונ"מ דלהרמב"ם כו' נתבטל המקח נותן קרקע כשער של עכשיו כו' ועוד דלהרמב"ם כו' קאי מהיכן מגביהו מהעדית אקרקע עכ"ל. ועוד כתב (באות ט"ו) וז"ל אין חילוק בין רישא ובין סיפא לרמב"ם לעולם כשל עכשיו כו' עכ"ל.

ונראה דלפי הגר"א שיטת הרמב"ם היא דבעייל ונפיק אזוזי כל המקח בטל מעיקרו כל זמן שלא פרע הלוקח את כל דמי המקח דבלי הפרעון אין הקנין חל כלל, דיש אומדנא דמוכח דרק כשהמוכר מקבל את כל הפרעון אזי יש לו דעת מקנה להקנות ללוקח את הקרקע, ואזי חל הקנין. ומשו"ה לפי הרמב"ם בחזרה כשנותן המוכר ללוקח קרקע ולא מעות משערים כשער של עכשיו בשעת החזרה, כי הקנין לא חל כלל, והקרקע הוי פרעון תחת המעות שחייב להחזירם. ולפי"ז עלינו לבאר את הדין דידו על העליונה ועל התחתונה לפי הרמב"ם, דלכאורה צ"ע בזה דאם הקנין אינו חל כלל אלא שחייב המוכר להחזיר ללוקח את כל מעותיו, מהיכי תיתי דחל דין ידו על העליונה וידו על התחתונה, דלכאורה המוכר אינו אלא בעל חוב דחייב לשלם ללוקח את מעותיו והיה בדין שישלם ללוקח מבינונית דבנכסיו כדין בע"ח דעלמא ולמה חייב לתת לו את מעותיו דוקא מעידית ומזיבורית דאותו קרקע שמכר לו. ויעויין בתוס' לסוגיין (ד"ה מעידית וד"ה והוה ליה מזיק) דקבעו דהדין דידו על התחתונה ועל העליונה הוי קנס מדרבנן. אך הרמב"ם לא הזכיר דהוי קנס, ומשמע ממנו דהוי מעיקרא דדינא, ושיטתו בזה מחוסרת ביאור.

ונראה לבאר את שיטת הרמב"ם בתרי אנפי:
א) י"ל דבכל מכירה חלין שני דינים, דין אחד הוי חלות הקנין. ודין שני הוי ההתחייבות שחלה על המוכר להקנות ללוקח את החפץ שמכר לו. וי"ל דבדקא עייל ונפיק אזוזי נהי דקנין החפץ אינו חל משום דהלוקח לא פרע את כולו, מ"מ חלה התחייבות המוכר ללוקח להקנות לו חלק מהקרקע, מכיון דשילם לו מקצת פרעון כנגדו. ולכן יש ללוקח זכות לקנות חלק בקרקע כנגד מעותיו מחמת התחייבות המוכר ללוקח להקנות לו את הקרקע שפרע בעדו. ומדיני ההתחייבות קיימת נ"מ בין כשהלוקח חוזר בו דידו על התחתונה דמקבל מהזיבורית שבה, לבין אם המוכר חוזר בו דיד הלוקח על העליונה לקבל מהעידית שבה. אבל משערים את שווי הקרקע כפי השער דהשתא ולא כפי השער בשעת הקנין, כי הקנין דמעיקרא לא חל. והלוקח קונה לבסוף כשבוחר לקנות מקצת הקרקע כנגד מעותיו ששילם. והגר"א ס"ל אליבא דהרמב"ם דמשערים כדהשתא. אך לכאורה מסתבר לומר דההתחייבות של המוכר היתה להקנות ללוקח כשער המקח דמעיקרא ולא כדהשתא ושלא כדברי הגר"א, וצ"ע בזה.
ב) י"ל דהמקח אינו חל ואף התחייבות המקח לא חלה, וחיוב ממון דעלמא הוא להחזיר ללוקח את מקצת המעות ששילם. אלא דחל אקרקע דין אפותיקי מפורש תחת המעות. ודין עידית וזיבורית חל מדין אפותיקי. ומבואר לפי"ז דמשערים כשער דהשתא כדין אפותיקי.
ונראה דזוהי הנ"מ בין שני הביאורים. דלפי הביאור דאפותיקי י"ל דמשערים כדהשתא וכמש"כ הגר"א. ואילו לפי הביאור דחלה התחייבות מסתבר דמשערים כדמעיקרא ולא כדהשתא. ויתכן שיש עוד נ"מ בין שני הביאורים הנ"ל בשיטת הרמב"ם, באופן שהמוכר מכר את הקרקע לאיש אחר, די"ל דמדין אפותיקי דמוציאין את הקרקע מאותו איש אחר. ואילו אליבא דהביאור הראשון י"ל דחלה ההתחייבות רק על המוכר עצמו בתורת חובת גברא, אך מ"מ ליכא חלות שעבוד על הקרקע עצמו ולא חלה ההתחייבות והשעבוד על האיש השני.
שיטת הרא"ש
וכ' הגר"א (באות י"ב) וז"ל אלא שהרא"ש והטור כ' שנגד מעותיו לא נתבטל עד שעת חזרה של א' מהן ולכן יד שכנגדו על העליונה אבל לדעת הרמב"ם תיכף נתבטל כל המקח אף בלא חזרה עכ"ל. לפי הרא"ש הקנין מלכתחילא חל רק כנגד מעותיו אבל שלא כנגד מעותיו הקנין אינו חל כלל. וכנגד מעותיו יש לשניהם זכות חזרה לבטל את הקנין למפרע. ואליבא דהרא"ש הלשון של חוזר בו דבגמרא מבואר היטב, כלומר

דיש להם זכות לחזור בהם, ואילו לרמב"ם דס"ל דהקנין אינו חל כלל, קצת קשה הלשון דחזרה, דהא סובר דהקנין אינו חל כלל וליכא בזה חלות דין חזרה ועקירת קנין למפרע, וצ"ע בזה.

והנה לשיטת הרא"ש אחרי החזרה הדין הוא דכל הקנין כולו למפרע בטל (כדס"ל להרמב"ם), ומשלם קרקע במקום מעותיו מדין התחייבות ושעבוד כנ"ל, ומשו"ה משערים כשער השווי דהשתא ולא כשער והשווי דבשעת הקנין.

אמנם עלינו לעיין ביסוד המחלוקת שבין הרמב"ם לבין הרא"ש. ונראה דהרא"ש סובר דמאחר שהלוקח שילם מקצת דמי הקרקע קונה הוא קרקע כנגד מעותיו אך לא את כולו, והוא משום דהמוכר הקפיד שהלוקה יפרע לו לפני שתחול ההקנאה כולה, אך כנגד מעותיו אמרינן שיש דעת מקנה, ומשו"ה קונה כנגד מעותיו. אך הרמב"ם סובר דמכיון דלא חלה דעת המקנה על כל הקרקע אינו חל דעת מקנה אף על מקצתו, דאליביה חלה רק דעת מקנה אחת על כולו, והוא שקונה את כולו או שאינו קונה כלל. ואילו אליבא דהרא"ש מחלקים את דעת המקנה לשתים, ואמרינן דכנגד מה ששילם חלה דעת מקנה וקונה כנגדו ואילו על יתר הקרקע דלא שילם עליה לא חלה דעת המקנה. ונראה דלרמב"ם יש רק חלות של דעת מקנה אחת על כל ההקנאה ביחד, ואילו אליבא דהרא"ש יש דעת מקנה על כל מקצת ומקצת דהקרקע בפני עצמה, ומשו"ה הרא"ש סובר שניתן לחלק את ההקנאה לשתים.

ועיין בב"ב (דף פו:) דכשאמר המוכר כור בשלשים אני מוכר לך יכול לחזור בו אפילו בסאה האחרונה, כלומר דבלי כל התשלומין הקנין אינו חל כלל. ולכאורה ראייה היא לשיטת הרמב"ם דהקנין אינו חל גם במקצת. ואליבא דהרא"ש אנו צריכים לחלק בין הדין שלפנינו לבין הדין שם[453].

שיטת בעה"מ

הבעל המאור קבע דעייל ונפיק אזוזי מבטל כל מעשה קנין שעושים חוץ ממעשה קנין משיכה במטלטלין, וז"ל דבזוזי בלא משיכה עסקינן דאי במשיכה ליכא ספקא דודאי קנה לגמרי הכל ל"ש עייל ונפיק אזוזי ל"ש לא עייל ונפיק וליכא לפלוגי בהא אלא בזוזי בלחוד בלא משיכה הוא דאיכא לאיפלוגי ולענין מי שפרע כו' עכ"ל. והשיג עליו הרמב"ן בס' מלחמות ה' וז"ל אין בעלי הוראה מודים לו לפי שמצינו בקרקע שלא קנה בשטר

[453] ובשיעורים רבינו זצ"ל לא ביאר אליבא דהרא"ש את ההבדל שבין הדין כאן לבין הדין שם. ויתכן לומר דשאני התם דהמוכר היה יכול לומר "כור בשלשים, סאה בסלע, אני מוכר לך", דאזי היה הדין דראשון ראשון קנה. ומכיון דלא אמר הכי אמרינן שהקפיד לקבל את כל הפרעון, ובל"ז לא הקנה כלל. משא"כ בנותן ערבון ועייל ונפיק אזוזי דליכא למימר הכי.

מכר עד שיתן לו דמים אע"פ שהקרקע נקנית בשטר וכן נמי בחזקה לא קנה עד שיתן לו דמים היכא דעייל ונפיק אזוזי, והרי בעה"מ ז"ל אומר כן כו', וכיון שכן אף משיכה במטלטלין אינה קונה אא"כ נתן לו מעותיו הואיל ועייל ונפיק אזוזי, דלא עדיפא משיכת מטלטלין מחזקת קרקעות, אלא ודאי אין משיכה מועלת אלא בשזקפן עליו במלוה כו' עכ"ל. ולכאורה שיטת בעה"מ תמוהה דמ"ש משיכה במטלטלין דקונה מחזקה בקרקע דאינה קונה.

ונראה לבאר את שיטת הבעה"מ עפי"מ שכ' הרמב"ם (פכ"ט מהל' מכירה הל"ח - ט) וז"ל ואני אומר שאין מקח הקטן וממכריו במטלטלין קיימין אלא בשמשך או המשיך, אבל אם נתן מעות על המקח וחזר בו אינו מקבל מי שפרע וכו' וכן אם קנו מיד הקטן כו' וחזר בו לא קנה הלוקח כו' עכ"ל. הרמב"ם קבע שרק קנין משיכה בלבד קונה לקטן בתקנת הפעוטות. ונראה מזה דקנין משיכה הוי הקנין הכי חזק מכל הקנינים במטלטלין, יותר מקניני כסף שטר וחליפין. ונראה שהטעם בזה הוא משום שבמשיכה מכניס הלוקח את החפצא שקונה לרשותו, משא"כ בשאר הקנינים כקנין כסף וקנין סודר אינו מכניס החפצא לרשותו. ונראה דבהכנסת גוף החפצא עצמו לרשות הלוקח במשיכה חל קנין חזק יותר ויעיל, ודוקא בקנין חזק כזה דמשיכה קונה קטן[454]. וכן כשקטן מקנה בקנין משיכה מועיל הקנין משום שהחפצא נכנס לרשות הלוקח, וא"צ דעת מקנה גמורה, ואף דעת מקנה דקטן מועלת.

ולפי"ז נראה דהבעה"מ ס"ל דאע"פ דבשאר קניני המטלטלין במקום דקא נפיק ועייל אזוזי דעת המקנה בטלה - מדליכא גמירת דעת, מ"מ קנין משיכה שאני, כי במשיכה הכניס הלוקח את החפצא לרשותו והקנין חל גם בדעת מקנה שאינה כ"כ גמורה כיון דעייל ונפיק אזוזי. ומאידך בקניני קרקע ע"י כסף שטר וחזקה הקונה לא הכניס את הקרקע לרשותו ולכן בדקא עייל ונפיק אזוזי ההקנאה בטלה, מדחסרה גמירת דעת מקנה גמורה, שלא כמו בקנין משיכה במטלטלין דגם דעת שאינה כ"כ גמורה מועלת בו.

ושיטת הרמב"ם (בפ"ח מהל' מכירה הל"א) היא דבקא נפיק ועייל אזוזי אינו קונה אף בכל קנין שעושה. ויעויין בב"י (חו"מ סי' ק"צ) בשם ר' ירוחם די"א דבשאר קניני קרקע קונה, ורק בכסף קנין בלבד אינו קונה. ונראה דהרמב"ם ורוב הראשונים ס"ל דעייל ונפיק אזוזי מפקיע דעת ההקנאה לגמרי מכל קנין, ואילו הי"א ס"ל דמפקיע רק את דין ערבון דהיינו דפרעון במקצת אינו חל לקנות את כולו, אך אינו מפקיע קנינים אחרים.

[454] לפי"ז בדין היה שקטן יקנה אף בקניני יד חצר הגבהה ומסירה שבהם נמי מכניס הקטן את החפצא לרשותו ואכמ"ל.

שיטת הרמב"ן והרשב"א

עוד כתב הגר"א (שם) וז"ל ודעת הר"ן ונ"י ורמב"ן ורשב"א דנגד מעותיו קני לגמרי שא"י לחזור כלל ופי' דידו על העליונה ר"ל או שיכול לקיים המקח בע"כ או שיכולין לחזור ג"כ כמו בכל מכירה שחוזר בו שכנגדו כו' ונ"מ דלהרמב"ם ורא"ש כשחוזר נתבטל המקח נותן קרקע כשער של עכשיו ולהר"נ ורשב"א קרקע נותן כשער שפסקו עכ"ל. ועיין בשיטה מקובצת בשם הרמב"ן והר"ן וז"ל מהיכן מגבהו מן העדית, פי' אתן לי מעות בלחוד קאי דאלו אתן לי קרקע כיון שהוא רוצה כנגד מעותיו כדינו למה יטול מן העדית הרי דינו כדין לוקח חצי שדה דמשמנין ביניהם ונוטל כחוש, אלא אמעות קאי עכ"ל. וע"ע במלחמות ה' לרמב"ן וז"ל וכן אני אומר בלשון שאמרו בגמ' ומהיכן מגבהו כו' כשאומר תן לי מעותי הוא דאי לית ליה מעות מגבי ליה מעדית מפני שעשוהו מזיק אבל היכא דאמר תן לי קרקע ודאי מן הזיבורית הוא נוטל כדין האומר לחבירו חצי שדה אני מוכר לך שהלוקח נוטל כחוש שכיון שקנו לו מעותיו משעה ראשונה על כרחיה נוטל כחוש ושקיל כשעת המכר כלומר לפי הדמים שהתנו על כל השדה אבל א"ל תן לי מעותי ואין לזה מעות בזה אמרו נוטל מן העידית וכשעת הגבייה ולא כשעת המקח שהרי חובו מגביהו והמקח בטל וכן נראה דבר זה מפירושי ר"ש ז"ל שכתב ומהיכן מגבהו חובו אלמא דוקא כשאומר לו תן לי מעותי ולא כשאומר תן לי קרקע כנגד מעותי דהתם בתורת זביני אתי ליה ובדינא דלוקח דייניגן ליה עכ"ל.

הרמב"ן וסייעתו סבורים דבקא נפק ועייל אזוזי שאר המקח שלא כנגד מעותיו אינו קונה כלל, וכנגד מעותיו אכן קונה, ואין אחד מהם יכול לחזור בו שלא כהרמב"ם והרא"ש. ומשו"ה כשאומר תן לי קרקע ולא מעותי הקנין חל, והלוקח מקבל קרקע מזיבורית וכדין מי שקנה חצי קרקע (ב"ב דף קז:) ואזי משערים כשער שפסקו כי חל הקנין. ודוקא כשמבקש תן לי מעותי דרוצה לבטל את הקנין חל דין ידו על התחתונה, ובכן אם שניהם מסכימים מחזירים את המעות. ברם כשהלוקח בקש תן לי מעותי ולמוכר ליכא מעות לתת אלא שיש לו קרקע חל דין ידו על התחתונה, דאם הלוקח חזר בו המוכר נותן לו זיבורית, ואם המוכר חזר בו קנסינן ליה לתת ללוקח מעדית. אך באופן זה משערין את הקרקע כדהשתא, דהיינו בשעת הגובייה ולא כדמעיקרא משעה שפסקו, כי בטלו את הקנין דמעיקרא ומחזיר לקונה את מעותיו, ומדלית ליה למוכר מעות משלם לו קרקע תחת מעותיו, ומשו"ה משערין לקרקע משעת הגובייה ולא כדמעיקרא משעת הקנין,

כי בטלו את הקנין דמעיקרא[455].

שיטת רבינו חננאל

עיין בשיטה מקובצת שהביא את שיטת רבינו חננאל. וז"ל דשתי הברייתות בנותן ערבון והלכך בדעייל ונפיק אזוזי קנה כנגד מעותיו כברייתא קמייתא ואי לא עייל ונפיק אזוזי קנה הכל כר' יוחנן דאמר ערבון כנגד כולו הוא קונה. אבל פורע מקצת דמים סתם בדעייל ונפיק אזוזי לא קנה כלום ובדלא עייל ונפיק אזוזי קנה הכל כו' עכ"ל. עיין בראשונים שהרבו להשיג על שיטת ר' חננאל ועל פירושו בסוגיא. אך עצם שיטתו מחוסרת ביאור דמ"ש בקנין ערבון דבעייל ונפיק אזוזי קונה כנגד מעותיו, ומאידך בפורע מקצת דמים בדעייל ונפיק אזוזי לא קנה כלום, ואילו בדלא עייל ונפיק אזוזי קונה הכל גם בערבון וגם בפורע מקצת דמים.

ועיין בשיעורים לעיל (דף מח:) ד"ה בענין ערבון שהבאנו את המחלוקת המפורסמת שבין הסמ"ע לבין הט"ז (חו"מ ק"צ: א) דלסמ"ע קנין כסף חל מדין פרעון, ואילו הט"ז ס"ל דקנין כסף חל מדין מעשה קנין - בלי חלות פרעון. ולפי"ז יתכן לומר דזוהי הנ"מ אליבא דהר"ח בין קנין ערבון לבין חלות הקנין בפורע מקצת דמים. דבפורע מקצת הדמים הקנין חל בתורת פרעון, ואילו בערבון הקנין חל מדין מעשה קנין. ובכן בדלא עייל ונפיק אזוזי שני הקנינים האלו קונים את הכל, דבערבון עשו מעשה קנין כסף ודעתם לקנות את הכל, וקונה את הכל ככל מעשה קנין דעלמא הקונה את הכל. ומאידך בפורע מקצת הדמים הפרעון דמקצת הדמים חל כחלות שם פרעון על הכל, דהרי הכל נפרע במקצת, ומכיון שהפרעון חל כמקצת פרעון על הכל קונה הוא את הכל.

וכ"ז הדין בדלא עייל ונפיק אזוזי. ואילו בדעייל ונפיק אזוזי הדעת מקנה הקפיד שלא יקנה הלוקח את הכל, אך הסכים הוא שהקנין יכול לחול על אותו מקצת הקרקע שעליו נתן הלוקח את מעותיו. אך בזה שני הדינים מתחלקים. דמעשה קנין על כל הקרקע חל אף על כל מקצת ומקצת שבו, ולכן אע"פ שכאן לא קונה את כל הקרקע בקנין ערבון מ"מ קונה את מקצתו מכיון דעשה מעשה קנין גם עליו. משא"כ בדליכא מעשה קנין אלא חלות פרעון בלבד בפורע מקצת הדמים, דמכיון דשילם הלוקח את מעותיו כמקצת פרעון עבור כל דמי המכירה, והמוכר דעייל ונפיק אזוזי הקפיד שלא יחול כפרעון על כולו אין הפרעון חל אפילו כפרעון על מקצתו, דפרעון אינו מעשה קנין אלא קנין ממילא

[455] יל"ע אפילו כששניהם הסכימו מ"מ במה נתבטל קנין הלוקח שבקרקע. ויתכן דהמוכר באמת צריך לעשות קנין חזקה או שטר בקרקע שיקנהו מחדש ואז יכול לתת הקרקע כפרעון תחת המעות שחייב לשלם ללוקח. א"נ י"ל שהלוקח מוחל את הקרקע למוכר ומחילת בעין קונה. ועוד י"ל שהמוכר מתחייב לשלם כשיעור המעות שקבל כדי לקנות את הקרקע בחזרה מהלוקח והתחייבות ממון מהווה כסף קנין, ואכמ"ל.

דחל מחמת חלות הפרעון, וכשיש צורך לפרעון בכולו מקצת פרעון אינו פרעון כלל וממילא אינו קונה כלל. ונראה שהר"ח סובר דעייל ונפיק אזוזי אינו אומדנא דליכא דעת מקנה כלל, אלא דין הוא במעשה קנין דחל אמקצתו כשלא חל אכולו, ומאידך בפרעון לא חל פרעון אמקצתו כשצריך לחול פרעון בכולו. והנה לעיל נתבאר דלשיטת הרמב"ם כשעושה קנין בכולו ואינו חל אזי לא חל הקנין אפילו אמקצתו, ואילו הרמב"ן סובר דחל הקנין אמקצת החפצא אע"פ שאינו חל בכולו. ונראה דהר"ח הבחין בזה בין דין מעשה קנין דחל אמקצת החפצא, לבין חלות דין קנין משום פרעון דאינו חל אמקצת החפצא כשאינו חל על כולו.

ע"כ ענין דקא עייל ונפיק אזוזי

דף עח.

רש"י ד"ה שמתה.

ז"ל ומתה מעצמה הואיל ושינה בה יכול לומר לו לא מתה זו אלא מחמת אויר, לא היתה לימודיה ליגדל באויר הר וקשה לה או לא היתה לימודה באויר בקעה וקשה לה עכ"ל. לכאורה צ"ע בפרש"י, שהרי לעיל (דף לו:) פליגי אביי ורבא בפשע בה ויצאת לאגם ומתה כדרכה דלאביי חייב דאמרי' הבלא דאגמא קטלה, ולרבא פטור דמלאך המות מה לי הכא ומה לי התם, ורש"י כאן לא אמר דדבי ר' ינאי ס"ל כאביי. ועוד קשה, דרש"י גם לא אומר דבבי ר' ינאי ס"ל כמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב (ע"ש ולעיל דף מב.), וא"כ צ"ע מהי הסברא כאן לחייבו.

ונראה אליבא דרש"י דדבי ר' ינאי ס"ל דחל חיוב מיוחד על שוכר ששינה מתנאי שכירותו לשלם על אונס שי"ל שנגרם מחמת שינויו. דנהי דיתכן דשאר שומרים פטורים בתחילתו בפשיעה וסופו באונס, מ"מ שוכר חייב, דרק כשהאונס לא בא מחמת השינוי כלל אזי השוכר פטור, וכגון בגווני דבסיפא דהמשנה (השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה אם החליקה פטור וכו' להוליכה בבקעה והוליכה בהר וכו' אם הוחמה פטור). ואילו כשאפשר לומר שהאונס בא מחמת ששינה השוכר מתנאי שכירותו אזי הדין הוא שהשוכר חייב, ומשו"ה חייב במתה מחמת האויר. ועוד נ"ל דלשנות מהר לבקעה אינה בעצמה פשיעה, אלא הדין דהוי פשיעה תלוי בתוצאת השינוי, שאם הוחלקה אין כאן שינוי ופשיעה כלל, ואם הוחמה יש שינוי ופשיעה. ברם לפי"ז י"ל שאם מתה כדרכה ויש לתלות המיתה בשינוי הו"ל שינוי ופשיעה דחייב. וי"ל דזוהי הלכה מיוחדת בחיובי ובדיני שכירות שהפשיעה נקבעה כפי תוצאת השינוי, ושאני

מש"ש דעלמא. ומשו"ה אינו תלוי במחלוקת שבין אביי ורבא בתחילתו בפישעה וסופו באונס בש"ש דעלמא. אולם צריך ביאור מ"ש שוכר שחייב, משומר שכר דעלמא שפטור. ונראה לבאר דשאני שוכר מש"ש דעלמא, שהרי שוכר קונה קנין שכירות ונעשה מקצת בעלים של החפצא המושכר. דעיין בתוס' לקמן (דף צט. ד"ה כך) דבשואל ושוכר חל קנין משיכה מדאורייתא ולא מדרבנן כבשאר שומרים. וחזינן שדין שוכר וחלות שמירתו תלוי בקנין השכירות בחפצא. ועוד יש להביא ראייה לזה ממש"כ הנ"י (לקמן דף צט.) וז"ל ואיכא מ"ד דכי מהניא משיכה בשומרים דוקא בשואל ובשוכר שכיון שהם משתמשין בגופו של כלי הו"ל כמכירה ליומיה ודין הוא שתקנה להם משיכתם כיון שהם זוכים בגופו של דבר, אבל ש"ש וש"ח שאין להם זכיה כלל בגופו של כלי ל"ל דתקנה להם משיכה עכ"ל. (וע"ע בשיעורים לעיל דף נו: בענין שכירות ביומיה מכירה היא אות ט' א) ולפי"ז י"ל דזוהי סברת דבי ר' ינאי להחמיר בשוכר שחייב לשלם כל זמן ששינה ואע"פ ששומר שכר דעלמא פטור, כי שוכר משלם לא רק מדין שומר שפשע בשמירתו אלא אף עבור קנין השכירות שקנה בחפצא. ורק כשנאנס באונס שלא בא כלל מחמת ששינה מתנאי שכירותו, וכגון ששינה מבקעה להר והוחמה או שינה מהר לבקעה והוחלקה דאין בזה שינוי מדעת הבעלים כלל שהרי למעשה הוסיף על שמירתה, משו"ה הריהו פטור. אבל כששינה משכירותו ומתה באונס אחר הריהו חייב, כי משלם עבור קנין השכירות שקנה בחפצא ולא מדין שומר שכר דעלמא שפשע. ויל"ע עוד האם באופן ששינה חייב על כל אונס ואפילו אונס שלא בא מחמת השינוי דדינו נהפך להיות כשואל, או"ד שחייב רק על אונס שבא מחמת השינוי דבאופן כזה הבעלים טוענים שהשינוי גרם לאונס ולכן חייב על האונס כמו פושע. ובפרש"י (בד"ה שמתה מחמת אויר) משמע דפירש כצד השני.

ועיין בתוס' (ד"ה כגון) דפליגי אפרש"י ומפרשים דבי ר' ינאי דמיירי באופן דהוי פשיעה גמורה מתחילתה עד סופה דמשו"ה חייב, ומסתבר לומר דלפי תוס' חלות החיוב דשוכר הוי חיוב של שומר שכר דעלמא.

גמ'. איתמר פשע בה ויצאה לאגם ומתה כדרכה אביי משמיה דרבה אמר חייב רבא משמיה דרבה אמר פטור, אביי משמיה דרבה אמר חייב וכו' לא מיבעיא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב דחייב, אלא אפילו למ"ד פטור הכא חייב מ"ט דאמרינן הבלא דאגמא קטלה, רבא משמיה דרבה אמר פטור וכו' לא מיבעיא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור דפטור אלא אפילו למ"ד חייב הכא פטור מ"ט דאמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם.

בשומר שפשע בבהמה ויצאה לאגם ומתה כדרכה אביי מחייב אפי' למ"ד דתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור משום דאמרינן הבלא דאגמה קטלה, ורבא פליג עליו וס"ל דאפילו למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב הכא פטור דאמרי' מלאך המות מה לי הכא מה לי התם. ומחלוקתם צריכא ביאור.

ועיין ברא"ש (פ"ג אות ז') וז"ל ולא שתהא פשיעה גמורה לענין הבל דא"כ אפילו הוציאה הוא בעצמו לאגם ומתה מיחייב ולישנא דפשע בה ויצתה לאגם משמע לפי שפשע שלא שמרה שלא תצא לאגם שמא יטרפוה זאבים או יגנבוה גנבים מחייב אביי אם מתה כדרכה. אבל אם הוליכה לאגם ומתה כדרכה לא מיחייב אע"ג דלאו פשיעה גמורה היא לענין מתה אלא מתוך שפשע לענין זאבים וגנבים חייב אף אם מתה כדרכה אפי' למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור לפי שגם לענין מיתה יש פשיעה קצת שרבוי הבל מצוי באגם יותר דשמא הבלא דאגמה קטלה. ולא דמי לצריפא דאורבני דהתם ליכא פשיעה כלל לענין גנבי דאין ראוי ליגנב שם יותר ממה שאם היו טמונין בקרקע עכ"ל. ודבריו מחוסרים ביאור דמהו יסוד הדין דאי איכא "פשיעה קצת" הריהו חייב אף בסופו באונס.

ונראה בביאור סברת הרא"ש דאביי מחייב כשיש "פשיעה קצת", דבאמת ישנה חובת שמירה על השומר לחשש אולי תמות באגם, ברם עכ"ז לא פשע כשהוציאה לאגם ובדין הוא שפטור, דנהי דיציאה לאגם בעצמה מחייבת את הגברא לשמור בעבורה אולי תמות, ברם חסרון שמירה זו אינה פשיעה גמורה המחייבת לשלם. דיש שני דיני שומר: א) חובת השמירה; ב) חיוב התשלומין כשפשע בחובת שמירתו. ברם גם אם לא קיים את חובת השמירה המוטלת עליו בשלמותה אך בכל זאת לא פשע בפשיעה גמורה הריהו פטור מלשלם. ונראה דדין הדומה לזה מצינו בדין שומר שמסר לשומר אליבא דרב דאמר פטור (דף לו.), ופוטרו רב אפילו בש"ש שמסר לש"ח דגרועי גרעה לשמירתו דהא מסרה לבן דעת. ופשיטא שאסור לשומר שכר למסור את הפקדון לשומר חנם ולגרוע מהשמירה המוטלת עליו, ומ"מ אם מסרו לשני הריהו פטור, דאע"פ שלא קיים את חובת שמירתו כהלכתה מ"מ עדיין לא פשע בה ולפיכך פטור מלשלם. וה"ה ביציאה לאגם אליבא דאביי דפטור בדעלמא מכיון דליכא פשיעה גמורה. ועכ"ז שיטת אביי היא שאם פשע בפשיעה גמורה לענין גנבים וזאבים ויצאה לאגם ומתה כדרכה שהשומר חייב לשלם על מיתתה כי ה"פשיעה קצת" לענין מיתה - שרבוי הבל מצוי באגם יותר דשמא הבלא דאגמה קטלה - מצטרפת לפשיעה הגמורה דגנבי וזאבים, וכשמתה באגם אמרינן שאף מיתתה נחשבת למיתה בפשיעה גמורה, דמתה מחמת שפשע פשיעה גמורה שלא

שמר נגד גנבים. ולא דמי לצריפא דאורבני דאע"פ שפשע שם פשיעה גמורה לגבי שריפה מ"מ לא פשע כלל לגבי גנבי ואפילו לא פשיעה קצת, והו"ל אונס גמור כשנגנבה ולכן הגניבה אינה מצטרפת לפשיעה הראשונה, ופטור.

ולפי"ז יוצא דבזה פליגי שני המ"ד בצריפא דאורבני, דמ"ד א' מחייבו לשלם על האונס משום דס"ל דבתחילתו בפשיעה השומר חייב לשלם אף על אונסין גמורים שבאו מחמת הפשיעה, כלומר דמאחר שהשומר פשע כל פטורי השומרים פקעו, וחייב לשלם אף על אונסין שבאו לבסוף ומשלם עליהם בתורת אונס. והמ"ד השני הפוטרו ס"ל דאע"פ שפשע לא פקע פטור שומר באונס, ופטור מלשלם על אונס דצריפא דאורבני משום דהוי אונס גמור ואינו פשיעה קצת. משא"כ בפשע ויצאה לאגם ומתה דמתה לבסוף ב"פשיעה קצת", דלאביי חייב לשלם מדין פשיעה ולא מדין אונס. ועיין בתוס' (דף לו. ד"ה אין רצוני) ובסוף דבריו, ונראה דתוס' ס"ל כהרא"ש.

ובשיטת רבא כ' הרא"ש וז"ל ורבא משמיה דרבה אמר פטור כו' וסבר רבא דליכא פשיעה כלל לענין הבל ואפילו אם היתה בביתו היתה מתה ולא בא האונס דמתה מחמת פשיעה דזאבים וגנבים, אבל בצריפא דאורבני אע"ג דמינטרי שפיר מגנבי כאילו שמרם בקרקע מ"מ מתוך שלא שמרן כהלכתן בקרקע ופשע לענין נורא בא האונס שנגנבו, והלכתא כוותיה דרבא דהיכא שלא בא האונס מחמת הפשיעה פטור עכ"ל. ומבואר דאליבא דהרא"ש רבא סובר דליכא פשיעה קצת ביציאה לאגם, דהוי אונס גמור, ועוד ס"ל שאין המיתה באגם באה מחמת הפשיעה שגם בבית היתה מתה, וכשהאונס אינו בא מחמת הפשיעה לכ"ע השומר פטור מלשלם. משא"כ בצריפא דאורבני דאע"פ דהוי אונס גמור בלי פשיעה קצת מ"מ האונס בא מחמת הפשיעה, ומשו"ה לחד מ"ד הריהו חייב לשלם.

והנה בצריפא דאורבני הביא הלחם משנה (פ"ד מהל' שאלה הל"ו) מחלוקת בין רש"י והרמב"ם, דהרמב"ם פירש דהניח את המעות בתוך מחיצת האורבני דהוי שמירה מעולה כמו בקרקע ממש וכדכתב הרמב"ם (שם הל"ד), ואילו רש"י מפרש דלא שמרם במחיצת האורבני אלא באורבני עצמו אלא דאין דרך גנבים לחפש בצריפא. ובביאור פלוגתתם נראה דהרמב"ם פירש צריפא דאורבני דנגנבו באונס גמור, וחייב לשלם בתורת אחריות אונסין וכדביאר הרא"ש. ואילו לרש"י י"ל דפשע פשיעה קצת ומשו"ה חייב, בדומה לשיטת אביי באגם[456].

תוס' ד"ה הוחמה.

[456] ויוצא לכאורה אליבא דפרש"י דבצריפא דאורבני ובאגם פליגי בסוגיות האם היתה שם פשיעה קצת או לא, ורבינו זצ"ל לא ביאר את זה בשיעור.

א) וז"ל דלא מיחייב אלא באונס שיש לתלות שאם לא היה משנה אפשר שלא היה בה האונס כו' והכי אמר רבא כו' מלאך המות מה לי הכא מה לי התם וא"ת כו' ופריך אביי כו' וי"ל דשמא אם היה שם כו' ורב אלפס פירש התם דאביי לטעמיה כו' משמע דלמ"ד חייב א"ש כו' אע"פ שהאונס היה נארע בכל ענין כו' עכ"ל. לפי הדיעה הראשונה בתוס' תחילתו בפשיעה וסופו באונס מחייב רק כשהאונס בא מחמת הפשיעה וזהו הדין בין לאביי ובין לרבא, ופליגי בהבלא דאגמה האם האונס בא מחמת הפשיעה או לא. ומאידך לפי הרי"ף פליגי בדין זה גופא, דלרבא חייב רק כשהאונס בא מחמת הפשיעה, ואילו לאביי חייב אף כשהאונס לא בא מחמת הפשיעה.

ובביאור השאלה האם תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב רק כשהאונס בא מחמת הפשיעה או לא, יתכן לפרש דזה תלוי ביסוד הדין דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, די"ל דיסוד הדין הוי דהאונס מתהפך להיות נחשב כפשיעה, וחייב מדין פשיעה, ונראה די"ל הכי רק באופן שהאונס בא מחמת הפשיעה. ונראה דזוהי דעת השיטה הראשונה שבתוס'. ומאידך הרי"ף סובר דתחילתו באונס וסופו בפשיעה חייב על האונס, ואינו חייב מדין פשיעה, ומשו"ה ס"ל דאביי מחייב אף היכא שהאונס לא בא מחמת הפשיעה. ונראה דהרי"ף סובר דיסוד הדין אליבא דאביי הוא דשומר שפשע ביטל כל אחריות השמירה שעליו, וביטל את חובת הגברא המוטלת עליו לשמור את הפקדון, ומשו"ה מתחייב באחריות מלאה על הפסד הפקדון כי פקע ממנו כל פטורי השומרים ואף פטור אונס. דמאחר שפשע וביטל את חובת מצות השמירה שעליו נעשה כמו גזלן והריהו חייב באחריות מלאה על החפצא דפקדון להשיבו בכל אנפי, ואפילו אם נאנס שלא מחמת הפשיעה הריהו חייב באחריות.

והנה הראשונים נמי פליגי בש"ש שתחילתו כעין גניבה ואבידה וסופו בפשיעה - דלתוס' (לקמן דף צג: ד"ה אי) פטור, ואילו הרמב"ם פסק (פ"ג מהל' שכירות הל"ט) דחייב. וי"ל דאף המחלוקת הזאת תלויה בחקירה הנ"ל בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב - האם חייב בתורת פושע או בתורת אונס. דנראה לומר שאם תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב מדין פושע, דהאונס שלבסוף נחשב לפשיעה, אזי י"ל דלגבי ש"ש גניבה ואבידה מהווה אצלו פשיעה כמו פשיעה ממש אצל ש"ח. ולכן אף ש"ש חייב בתחילתו כגניבה ואבידה וסופו באונס משום דהאונס שלבסוף מתהפך להיות נחשב כפשיעה דגניבה ואבידה דש"ש חייב עליהן. ברם אם ננקט כצד השני של החקירה - דהחיוב דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חל מדין אונס - כלומר מחמת האחריות דאונסין - א"כ י"ל דהאחריות על אונסין חלה על השומר רק כשפשע וביטל את כל

קיום השמירה דהו"ל כגזלן ומשו"ה הריהו חייב בכל האחריות דהפקדון ואף על אונס. משא"כ בש"ש דלא שמר כנגד גניבה ואבידה ומ"מ לא פשע דשמר במקצת שמירה נגד פשיעה, דיש לו קיום שמירה במקצת ולא שביטלה לגמרי, דאז עדיין פטור מהאחריות של אונס מפני שאינו דומה לגזלן ופטור.

אך לכאורה נראה דביאור זה קשה קצת, שהרי לפי"ז יוצא דהרמב"ם המחייב ש"ש בתחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס סובר שחיוב ש"ש בגניבה ואבידה דומה לחיוב פשיעה בש"ח, דלגבי ש"ש גניבה ואבידה הוי פשיעה. ודבר זה צ"ע שהרי בנוגע לדין דאין שמירה חלה בקרקע הרמב"ם מחלק בין פשיעה - דהשומר קרקע חייב עליה משום דין מזיק, לבין גניבה ואבידה בש"ש דאינו נחשב למזיק אלא דחל עליו חיוב אחריות, ומשו"ה אף בקרקע ש"ש פטור. ועיין עוד לקמן בשיעורים (דף עח. ד"ה שיטת הרמב"ם בתחילתו בפשיעה וסופו באונס) דנבאר את המחלוקת ובין הרמב"ם ובין תוס' באופן אחר.

ב) עיין בתוס' (ד"ה ר' יוסי בר חנינא) שקבעו דלמ"ד תחילת בפשיעה וסופו באונס חייב היינו דוקא כשבא האונס מחמת הפשיעה כגון בצריפי דאורבני. אך באונס שלא בא מחמת הפשיעה השומר פטור, וזהו יסוד דינא דרבא דאמר מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם. ברם בסוף דבריהם הביאו התוס' את שיטת הרי"ף דאביי סובר דבכל אופן חייב ולא ס"ל כסברת רבא דמלאך המות מה לי הכא מה לי התם. והקשו עליו מהמשנה דבשינה מבקעה להר והוחמה שפטור. ותירצו דליכא שם פשיעה אלא רק שינוי מדעת הבעלים. ודבריהם מחוסרים ביאור.

ונראה לבאר דס"ל דלשנות מבקעה להר או להיפך אינו פשיעה ממש שהרי השוכר עדיין נמצא עם הבהמה לשומרה, אך מ"מ הוי שינוי עכ"פ מרצון הבעלים ומתנאי השכירות ותשמישיה. ולכן אם לבסוף אירע אונס הדין תלוי, דאם הבעלים יכולים לטעון שהשינוי גרם לאונס אזי נחשב השינוי לפשיעה וחייב, וכגון ששינה מבקעה להר והוחלקה בהר. ברם כששינה מבקעה להר והוחמה בהר דא"א לבעלים לומר שהשינוי היתה פשיעה שהרי אם מתחממת בהר ק"ו דתתחמם בבקעה, ונמצא למפרע שתחילתו היתה באונס וסופה באונס, שלא היתה בזה שינוי ופשיעה כלל ומשו"ה פטור. ובשינה ואח"כ מתה כדרכה משמע מתוס' דפטור כי שינוי אינו פשיעה ואינו מחייבו לשלם אלא רק באופן שברור שהשינוי גרם את המיתה כמו בסיפא דמשנה בשינוי מהר לבקעה והוחמה. ומאידך רש"י סובר דשינה ומתה כדרכה חייב. ברם עדיין יש להסתפק מהי שיטת התוס' בזה. וכ"ז בדליכא פשיעה אלא רק שינוי מרצון הבעלים מתנאי השכירות. משא"כ כשיש

פשיעה גמורה וכגון ביצאה לאגם שלא שמרה כראוי נגד גנבים אזי ס"ל לאביי דאפילו סופו באונס נמי חייב, ואפילו באונס שלא בא מחמת הפשיעה. ועיין ברמב"ן בסוגיין שכ' בסברת אביי וז"ל דטעמא דאביי התם משום דכל שתחלתו בפשיעה משעה שפשע בה נעשית כרשותו[457] להתחייב עליה בכל ענין ואפילו במתה כדרכה כו' עכ"ל. ונראה דס"ל דפשיעה מחייבת את השומר לשלם על הכל ומפקיעה ממנו כל פטורי שומר, ואפילו פטור אונס כבגזלן. ומהרמב"ן משמע דאביי ס"ל הכי דוקא בפשיעה גמורה, אך בציור דשומר שכר שלא שמר נגד גניבה ואבידה אך שמר כראוי נגד פשיעה ולבסוף אירע אונס הריהו פטור, דרק פשיעה גמורה, ובאופן שלא קיים מצות שמירה כלל, מפקיעה כל הפטור דאונס, ומחייבתו בכל אופן דאז דומה הוא לגזלן. משא"כ בש"ש ששמר שמירה במקצת ולא פשע בפשיעה גמורה, דאזי אם סופו באונס הריהו פטור אפילו אליבא דאביי. וכן נמי איתא לקמן בתוס' (דף צג:) ד"ה אי הכי כו', עיי"ש.

שיטת הרמב"ם בשוכר ששינה משכירותו.

כתב הרמב"ם (פ"ד מהל' שכירות הל"א) ז"ל השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה אם הוחלקה פטור אע"פ שעבר על דעת הבעלים ואם הוחמה חייב. שכרה להוליכה בבקעה והוליכה בהר אם הוחלקה חייב שהחלקות יתר בהר מן הבקעה ואם הוחמה פטור שחמימות בבקעה יתר מן ההר מפני הרוח שמנשבת בראש הרים כו' עכ"ל. והרמב"ם ממשיך בכל הפרק ההוא בתנאי שכירות דעלמא. ויש לדייק למה לא הביא הרמב"ם את הדין דשינה בהר ובבקעה בין יתר דיני השומרים ששינו משמירתם (בפ"ד מהל' שאלה ובפ"ג מהל' שכירות). ומשמע דהרמב"ם סובר דשינוי שוכר בהר ובבקעה הוי דין מסוים בשכירות ולא חל מדין שומר שפשע בשמירתו, דסובר דשינוי מדעת המשכיר בפני עצמה אינה פשיעה. ונראה שהרמב"ם ס"ל כרש"י הנ"ל דשוכר ששינה מתנאי שכירותו בהר ובבקעה חייב באונס שבא מהשינוי עפ"י חיוב שכירות מיוחד. ורק כשהאונס אינו שייך כלל לשינויו הריהו פטור, וכגון ששינה מהר לבקעה והוחלקה דבאופן הזה ליכא שינוי כלל דהא הוסיף בשמירתה בנוגע להוחלקה. אבל באונס שי"ל שבא מחמת השינוי חייב הוא לשלם מדין מיוחד בשכירות ואע"פ שפטור בדיני השומרים. ומסתבר שחיובו חל מחמת קנין השכירות שקנה בחפצא וכמו

[457] רבינו זצ"ל התקשה בשיעור בלשון הרמב"ן הנ"ל דמשמע ששומר שפשע חייב באונסין בדומה לגזלן דחייב באונסי החפצא הנגזל מדהוי ברשותו שהוציאו מרשות הנגזל (עיין בב"ק סט ב), וקשה דהשומר רק פשע ולא שלח בו יד. ויתכן לבאר דברי דהרמב"ן עפ"י יסודו של מרן הגר"ח זצ"ל (שמובא כמה פעמים בשיעורים) שיש חלות רשות שומר על הפקדון המחייבו בהשבה ובאחריות כפי דיני שומר, וכאן שפשע הריהו חייב בכל אחריות הפקדון דהוי ברשותו מדין שומר ומשלם על אונס, וחייב מדין שומר ולא מדין גזלן אלא דומה לגזלן מדהחפצא נמצא ברשותו וחייב באחריותו.

שנתבאר לעיל אליבא דרש"י. וכן נראה שמדוייק בלשון הרמב"ם שלא הזכיר כאן בהלכתו לשון "פשיעה" אלא רק "שעבר על דעת הבעלים" כלומר שהשוכר שינה מתנאי השכירות, וזה מהווה מחייב מסוים עבור אונס שבא מחמת השינוי מתנאי השכירות. וכן גם מדוייק בלשון רש"י שהשמיט את מילת "פשיעה" וכתב "הואיל ושינה בה", כלומר ששינה מתנאי השכירות ולכן חל מחייב מסוים דשכירות.

ולפי"ז יל"ע האם הרמב"ם מחייב שוכר ששינה מדעת הבעלים גם באונס שלא בא מחמת השינוי שחייב כמו שואל, או"ד מחייבו רק באונס שבא מחמת השינוי ושהבעלים יכולים לטעון שהשינוי גרם לאונס והו"ל כפושע וחייב.

סוגית השוכר את החמור - ג' פירושים בראשונים.

ישנם ג' פירושים בראשונים בסוגית השוכר את החמור וכדלהלן:

א) פירוש רש"י והרמב"ם

אליבא דרש"י והרמב"ם הסוגיא מהווה סוגיא בפני עצמה שדנה בדיני וחיובי שוכר דחלין מהלכות שכירות מסוימות, ואינה תלויה בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס הנוגע לשומרים אחרים. לשיטתם יש דין מיוחד בשוכר שאסור לו לשנות מדעת בעה"ב, וחיוביו תלויים בתוצאת השינוי, דאם השינוי גרם ליותר שמירה וכגון ששכרה להוליכה בהר ושינה לבקעה והחליקה בבקעה הריהו פטור משום שאין כאן שינוי כלל המחייבו דהא הוסיף בשמירתה לענין החליקה. ולהיפך, אם גרע בשמירתה כששינה בתשמישיה וכגון ששינה מהר לבקעה והוחמה בבקעה אזי השינוי מחייבו לשלם על מיתתה. ואפילו למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס בשומרים אחרים פטור מודה כאן דבשוכר חייב מכיון דשינה מדעת הבעלים ובכך גרם מיתתה ואע"פ שהיה אונס לבסוף. והנ"מ בין הרישא לבין הסיפא דמתניתן היא דבסיפא שינה לטובת השמירה וע"פ דין ליכא שינוי המחייבו ומשו"ה פטור, ואילו ברישא שינה בשמירה לגריעותה ולכן חייב מדין מיוחד דחל בשוכר דהיינו דאם שינה השוכר מדעת הבעלים הריהו חייב על כל האונסין שיבואו.

ב) הפירוש הראשון שבתוס' וברי"ף

אליבא דפירוש הראשון שבתוס' וברי"ף הסוגיא תלויה בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב או פטור ובמחלוקתם שבין אביי ורבא (לעיל דף לו:). והוסגיא כאן כרבא ושלא כאביי. דאליבא דרבא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב היינו רק כשהאונס בא מחמת הפשיעה, דס"ל שאם מתה כדרכה מהאויר לא אמרי' הבלא דאגמה קטלה אלא מלאך המות כו', דהו"ל אונס שלא בא מחמת הפשיעה ופטור.

ובריש דמתני' השוכר חייב רק משום דפשע מתחילתה ועד סופה וכגון שאותו היום היה אויר משונה בהרים יותר מבבקעה ואעפ"כ הוליכה בהר ומתה שם דהו"ל פשיעה גמורה. ואילו בסיפא הו"ל תחילתו פשיעה וסופו באונס דפטור לכ"ע כי האונס לא בא מחמת הפשיעה ומשו"ה פטור. וכ"ז לרבא, אך לאביי בפשע ומתה כדרכה הריהו חייב דלא אמרי' מלאך המות כו'. ואליבא דאביי למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב הריהו חייב אפילו כשלא בא האונס מחמת הפשיעה. ואילבא דאביי פירוש המתני' הוא דבריש דמתני' השוכר חייב דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב ואפילו כשלא בא האונס מחמת הפשיעה. ובסיפא פטור דלא היתה כאן פשיעה כלל, דאין כאן פשיעה ממש אלא שינוי מדעת הבעלים ותלוי בתוצאות השינוי, שאם מתה כדרכה אמרי' דהשינוי היתה פשיעה וחייב, ומאידך כהשינוי שיפר את מצב השמירה כפי תוצאות השינוי וכגון ששינה מהר לבקעה והחליקה בבקעה אזי למפרע לא היתה בזה שום פשיעה כלל ומשו"ה פטור.

ג) הפירוש השני שבתוס'

אליבא דפירוש השני הסוגיא אזלא בין אליבא דרבא ובין אליבא דאביי. לשיטה זו שינוי מדעת בעה"ב אינו פשיעה אלא דין מיוחד הוא בהלכות שכירות. ומשו"ה לא חל כאן דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. והא דחייב הוא רק כשפשע פשיעה גמורה מתחילתה ועד סופה. ובריש מיירי שפשע מתחילה עד סופה וכגון שידוע היה לו שאותו יום היה אויר משונה בהרים יותר מבקעה והוליכה להר ומתה שם מהאויר. ובסיפא ג"כ חייב אך ורק בפשיעה גמורה מתחילתה ועד סופה לענין החליקה או לענין הוחמה.

שיטת הרמב"ם בתחילתו בפשיעה וסופו באונס.

א.

יש לעיין בשיטת הרמב"ם בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. ועיין במל"מ (פ"ד מהל' שאלה ופקדון הל"ו) שהשאיר את שיטתו בצ"ע.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' שכירות (הל"ט - י') וז"ל וכן רועה שהעביר בהמות על הגשר ודחפה אחת מהן לחברתה ונפלה לשבולת הנהר ה"ז חייב שהיה לו להעבירן אחת אחת שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה והואיל ופשע בתחילה והעבירן כאחד אע"פ שנאנס בסוף בעת הנפילה הרי הוא חייב. פשע בה ויצאה לאגם ומתה שם כדרכה פטור שאין יציאתה גרמה לה שתבוא לידי אונס זה הואיל וכדרכה מתה, מה לי בבית שומר מה לי באגם עכ"ל.

ובפ"ד מהל' שאלה ופקדון (הל"ג - ו') כתב הרמב"ם וז"ל השומר שהניח הפקדון במקום שאינו ראוי לו ונגנב משם או אבד אפילו נאנס שם כגון שנפלה דליקה ושרף כל הבית הרי זה פושע וחייב לשלם כו' הכספים והדינרים אין להם שמירה אלא בקרקע ויתן עליהם טפח עפר או יטמנם בכותל בטפח הסמוך לקורה כו' הפקיד אצל חבירו כספים בדרך להוליכם לביתו או ששלח עמו מעות ממקום למקום צריכין שיהיו צרורים ומונחים בידו או קשורים כראוי על בטנו מכנגד פניו עד שיגיע לביתו ויקברם כראוי, ואם לא קשרם בדרך הזאת אפילו נאנסו חייב לשלם שהרי תחילתו בפשיעה. מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו והניחם במחיצה של קנים והיו טמונים בעובי המחיצה ונגנבו משם ואמרו חכמים אע"פ שזו שמירה מעולה לענין גניבה אינה שמירה כראוי לענין האש ומאחר שלא טמנו בקרקע או בכותל בנין פושע הוא וכל שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב עכ"ל.

ומבואר דהרמב"ם פסק תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וכן נמי פסק (בפ"א מהל' שכירות הל"ד) וז"ל כל שומר שפשע בתחלתו אע"פ שנאנס בסופו חייב כמו שיתבאר עכ"ל. אולם הרמב"ם ג"כ פסק את הפטור של מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם, דפסק בפשע בה ויצאה לאגם ומתה שם כדרכו שהשומר פטור (פ"ג משכירות הל"י). וכן נמי פסק (פ"ג משכירות הל"ח) ברועה שפשע והניח עדרו ובא לעיר בעת שאין דרך הרועים להכנס ובאו זאבים לבסוף באונס וטרפו שפטור. ומשמע דבשני המקרים האלו השומר פטור משום דהאונס לא בא מחמת הפשיעה. ומאידך בפ"ד מהל' שאלה (הל"ו) פסק שבהוליך כספים בדרך ולא קשרם כראוי שחייב ואפילו נאנסו, דלכאורה מחייב אפילו באונס שלא בא מחמת הפשיעה, וצ"ע היאך מיישבים את הסתירה בפסקיו. וכבר עמד על זה במל"מ (שם) והניח את הרמב"ם בצ"ע.

והנה עוד יש לעיין ביסוד המחלוקת שבין הרמב"ם ותוס' דפליגי בדין ש"ש שלא פשע אלא שלא שמר בשמירה מעולה כנגד גניבה ואבידה ובסוף קרה אונס דלרמב"ם חייב (בפ"ג מהל' שכירות הל"ט) ולתוס' (לקמן דף צג: ד"ה אי) פטור, וצ"ב מהו יסוד פלוגתתם.

ונראה שיש לחקור בחיוב של תחילתו בפשיעה וסופו באונס כשהאונס בא מחמת הפשיעה, האם יסוד הדין הוא דהאונס אינו נחשב לאונס, דהא בא מחמת הפשיעה, ונחשב איפוא עפ"י דין לפשיעה ומשו"ה חייב, או"ד דאה"נ דהאונס עדיין חשוב כאונס אלא דמאחר שפשע מתחייב השומר באחריות הפקדון, והאונס אינו פוטרו מאחריות זו דחלה עליו. ונראה שיש לתלות חקירה זו בחקירה אחרת ויסודית בחיובי שומר, האם

שומר חייב לשלם מחמת מעשה הפשיעה שעשה, וכעין אדם המזיק המשלם בשביל מעשה נזק שעשה, דשומר נמי מחמת מעשה הפשיעה שעשה נחשב כאילו עשה מעשה נזק וחייב לשלם עבור נזקו. או"ד דשומר חייב לשלם מחמת חלות האחריות שיש לו עבור הפקדון, דחייב להשיבו לבעליו ואם לא השיבו חייב באחריותו.

והנה פסק הרמב"ם (פ"ב מהל' שכירות הל"ג) וז"ל יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן שאם היה ש"ח על מטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים וקרקעות פטור משבועה, וכן אם היה שומר שכר שמשלם גניבה ואבידה במטלטלין פטור מלשלם באלו, אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא, ואין הפרש בין דין מזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין, ודין אמת הוא למבינים וכן ראוי לדון עכ"ל. ונראה דשיטת הרמב"ם היא שפשיעת השומר חשובה כמעשה נזק המחייבו לשלם מדין מזיק, ואילו בש"ש שלא שמר כנגד גניבה ואבידה ליכא מעשה נזק, וחיובו אינו חל מדין מזיק, אלא דחל עליו חיוב אחריות עבור הפקדון שלא שמרו כראוי ולא השיבו לבעליו. ונ"מ לענין קרקעות ושטרות דלא חלה עליהן חלות אחריות דשומר, ומ"מ חל מחמתן חיוב שמירה על השומר שלא לעשות מעשה נזק ולהפסידן, ובפשיעה אמנם עשה מעשה נזק ולפיכך אם פשע חייב לשלם עבורן. ויוצא דלרמב"ם המחייב בפשיעה הוא מעשה המזיק שהשומר עשה, ואילו בגניבה ואבידה המחייב הוא האחריות עבור הפקדון.

ולפי"ז נראה לבאר את המחלוקת שבין הרמב"ם ובין תוס' בש"ש שלא שמר כנגד גניבה ואבידה ולבסוף אירע אונס לפקדון, דלרמב"ם חייב לשלם, ולתוס' פטור. ונראה דהרמב"ם סובר דהמחייב לשלם חל מדין אחריות, כלומר, דבמקום שהשומר ביטל את חובת שמירתו חלה אחריות גמורה עליו לשלם עבור הפסד הפקדון, ואפילו אם לבסוף נאנס. ולכן אף ש"ש שלא שמר שמירה מעולה וביטל את חובת שמירתו, מתחייב באחריות להשיב את הפקדון לבעליו ואפילו אם הפקדון נאנס לבסוף הריהו חייב באחריותו, ודומה לגזלן דחייב באחריות החפצא שגנבו ומשלם אף על אונסין.

ומאידך תוס' סוברים שאין זה הגדר של החיוב דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, אלא שהגדר הוא שהאונס נהפך להיות נחשב לפשיעה. אולם כ"ז בפשיעה גמורה שגרמה לאונס לבא, דאזי האונס נחשב כחלק מהפשיעה עצמה ומחייב השומר מדין פושע. משא"כ בש"ש שלא פשע אלא שלא קיים את חובת השמירה שעליו לשמר שמירה מעולה כנגד גניבה ואבידה, דאזי לא אמרינן שהאונס נהפך להחשב כפשיעה, אלא האונס נשאר בגדר אונס, ולכן הוא פטור. שרק בפשיעה, שהמחייב הוא מעשה נזק,

אמרינן שמעשה הנזק שהשומר עשה בפשיעתו כולל אף את האונס שבא לבסוף מחמת הפשיעה. משא"כ בש"ש שלא שמר כנגד גניבה ואבידה שלא עשה מעשה נזק, וחייב רק מדין אחריות בלבד, כשנאנס לבסוף חל הפטור דאונס רחמנא פטריה, דלא חל עליו חיוב אחריות על אונס אלא רק על גניבה ואבידה בלבד.

ולפי"ז יש נמי לבאר את המחלוקת השניה שבין תוס' לבין הרמב"ם. דתוס' (דף עח. ד"ה הוחמה וצ"ב ר' יוסי) קבעו דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב רק כשבא האונס מחמת הפשיעה, ואילו מהרמב"ם משמע (פ"ד מהל' שאלה הל"ו) שחייב אפילו באונס שלא בא מחמת הפשיעה. ונראה דהרמב"ם ותוס' אזלי לשיטתם, דפליגי ביסוד החיוב דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, דלתוס' השומר חייב משום שהפשיעה הופכת את האונס לפשיעה, דכ"ז שייך כשהאונס בא מחמת הפשיעה. ואילו כשהאונס לא בא מחמת הפשיעה א"א להפך את האונס לפשיעה, ומשו"ה ס"ל דפטור. מאידך שיטת הרמב"ם בתחילתו בפשיעה וסופו באונס דחייב היא דהאונס עדיין נחשב לאונס, ומ"מ חייב לשלם מדין אחריות, דמשביטל את חובת השמירה שעליו ולא שמר כדינו, פקע הפטור דאונס, וחל עליו חיוב אחריות עבור הפקדון המחייבו לשלם על הפסד הפקדון ואף על הפסדו באונס. ומשו"ה חייב השומר באחריות הפקדון לשלם עבור אונסו ואפילו כשלא בא האונס מחמת הפשיעה. דחל עליו חיוב אחריות מלאה להשיב את הפקדון לבעליו, והאחריות דחלה עליו מחייבתו לשלם אף על כל אונס בדומה לגזלן ושואל[458].

אמנם עדיין צ"ע בסתירה בהלכות הרמב"ם עצמו, שבפ"ד מהל' שאלה (ה"ו) מחייב שומר לשלם בתחילתו בפשיעה וסופו באונס גם באונס שלא בא מחמת הפשיעה - וכגון בשומר שלא קשר את המעות לפניו ונאנסו, ואילו בפ"ג מהל' שכירות (הל"ח - י') פוטר רועה שפשע והניח את עדרו ובאו זאבים וטרפו אותם, וגם פוטר שומר שפשע ויצאה לאגם ומתה הבהמה, דבשני המקרים האלה האונס לא בא מחמת הפשיעה, וצ"ע דלכאורה פסקיו סתרי אהדדי.

ונראה דביציאה לאגם ומתה שם דמלאך המות הרגה, כתב הרמב"ם וז"ל שאין יציאתה גרמה לה שתבוא לידי אונס זה הואיל וכדרכה מתה, מה לי בבית שומר מה לי באגם עכ"ל. ונראה דר"ל דמיתת הבהמה לא שייכת כלל לרשות השומר, כי בבית הבעלים נמי היתה מתה, דאימתי אמרי' תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אף באונס שלא בא מחמת הפשיעה היינו באונס שלא היה בא אילו הפקדון היה בבית בעליו, דהשומר

[458] ברם אמר רבינו זצ"ל דמ"מ אין זה מוכרח די"ל דאף דין אחריות חל רק על אונס שבא מחמת הפשיעה כי אונס כזה מצטרף לפשיעה מכיון שבא מחמתו. ואילו על אונס שלא בא מחמת הפשיעה מכיון דליכא צירוף בין האונס ובין הפשיעה לא חלה אחריות עליו.

חייב באחריות על אונס שבא בבית השומר, ולא על אונס שהיה בא אפילו בבית הבעלים, דלא חלה אחריות דהשומר בזה מדלא שייך האונס אליו ולרשותו כלל. וזהו הדין במתה הבהמה באגם דפטור. ונראה עוד דמיתה מהווה חלות פטור אונס מיוחד דשאני מאונסים אחרים, ומשו"ה הביאה הרמב"ם בהלכה בפני עצמה (פ"ג משכירות הל"ט) וז"ל מתה הבהמה כדרכה ה"ז אונס והרועה פטור עכ"ל. ומשו"ה נמי הוסיף שם ז"ל סגפה ומתה אינו אונס עכ"ל, ר"ל דבסגפה לא חל הפטור המיוחד דמתה כדרכה דהא השומר גרם את מיתתה דלא היתה מתה בבית הבעלים בלי שהוא סיגפה בבית השומר. ועוד נראה לחדש יסוד גדול, דבשאר האונסים חלה עצם האחריות דש"ש אלא שפטור מלשלם עליהם מחמת חלות דין פטור, ובתחילתו בפשיעה הפטור פקע והאחריות איפוא מחייבת אותו. משא"כ במתה דליכא עליה חלות אחריות דשמירה כלל, ולכן אפילו בתחילתו בפשיעה נמי פטור.

אך לפי"ז צ"ע בפטור רועה שהניח את עדרו, שהרי האונס דטריפת הזאבים אירע ברשות השומר דלא היה קורה בבית לבעלים, וקשה א"כ למה השומר פטור, דמ"ש משומר שלא קשר את המעות לפניו דחייב על כל אונס.

ויתכן דשאני בשומר שהוליך כספים ממקום למקום וקשרם מלאחוריו בלי לקשרם מלפניו כדרך השומרים, דמפני שפשע בשמירתם אין לו רשות להוליכם בדרך כלל ולכן עצם הולכת הכספים בכזה האופן מלאחוריו הו"ל פשיעה, ונמצא שהאונס כגון לסטים מזוין שאירע בדרך ההולכה הוי אונס שבא מחמת הפשיעה דהיינו מחמת עצם ההולכה, דהאונס לא היה קורה אילו לא הוליך את הכספים. ולפי"ז יוצא דהרמב"ם פסק דחייב רק באונס שבא מחמת הפשיעה בין ברועה ובין בהולכת כספים ובמתה כדרכה פטור מפני דמלאך המות וכו' דהיינו משום דהו"ל אונס שלא בא מחמת הפשיעה[459].

[459] ישוב זה הציע בשיעור ידידי הרה"ג הרב אהרן כהן שליט"א ורבינו זצ"ל הסכים לזה אם נאמר שעצם ההולכה נחשבת לפשיעה כשקשרם לאחוריו. אך נראה דיתכן עוד ישוב לסתירת הרמב"ם אפילו אם נאמר שההולכה אינה פשיעה ופשע רק בקשירה לאחוריו, די"ל דבהל' שכירות איירי ברועה ש"ש שלא קיים את חובת שמירתו נגד גניבה ואבידה ולבסוף נאנס אך לא פשע פשיעה גמורה, ואילו בהל' שאלה ופקדון מיירי בש"ח שפשע פשיעה גמורה בשמירת הכספים ולבסוף נאנסו. ובכן כשהשומר פשע בפשיעה גמורה הריהו חייב על כל אונס שיבא ואפילו כשלא בא האונס מחמת הפשיעה, ואילו בש"ש שלא פשע ושתחילתו בגניבה ואבידה ולבסוף באונס הריהו פטור באופן שלא בא האונס מחמת חסרון השמירה. ובביאור החילוק י"ל דכשפשע השומר פשיעה גמורה הרי הוא ביטל בכך את חובת השמירה לגמרי, ואליבא דהרמב"ם הריהו דומה למזיק, ולכן פקע כל פטורי שומר על אונס, וחייב אפילו על אונס שלא בא מחמת הפשיעה דהו"ל כשואל שחייב על כל אונס שיבא. משא"כ בש"ש שלא שמר על גניבה ואבידה, שלא ביטל בכך את כל השמירה לגמרי אלא רק שלא קיים את חובתו לשמור שמירה מעולה כדין ש"ש. ולכן כל אונס שבא מחמת אי קיום השמירה שלו נעשה חלק מהאי - שמירה ואחריותו עליו לשלם דהאונס מתהפך ונחשב כנגנב ונאבד. וכ"ז הוא רק באונס שבא מחמת האי - שמירה, ואילו על אונס שלא בא מחמת האי - שמירה הריהו פטור. וביאור זה לכאורה נראה ברמב"ם, אלא דלפי"ז אנו מוכרחים לומר שכשהרועה הניח את עדרו ובא לעיר בעת שאין דרך הרועים להכנס לא פשע פשיעה גמורה אלא רק לא שמר על גניבה ואבידה,

והנה לכאורה יש סמוכים למה שנתבאר שבתחילתו בפשיעה וסופו באונס, האונס עצמו הופך להיות פשיעה, ממה שפסק הרמב"ם (פ"ה מהל' יסודי התורה הל"ד) דמי שעבד ע"ז באונס מחמת פחד מות בשעת הגזירה ולא קידש ש"ש מ"מ הריהו אנוס ופטור מעונש, והוסיף וז"ל אבל אם יכול למלט נפשו ולברוח מתחת יד המלך הרשע ואינו עושה הנה הוא ככלב שב על קיאו והוא נקרא עובד ע"ז במזיד כו' עכ"ל. ולכאורה יש לפרש דבריו בב' אופנים. א) שיכול לברוח ממש עכשיו בשעת האונס ואינו בורח - ולכן הוי ממש מזיד בשעת העבירה; ב) שהיה יכול לברוח לפני כן - אך עכשיו בשעת העבירה אינו יכול לברוח - והוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס. ולפי"ז מבואר שתחילתו בפשיעה וסופו באונס בע"ז דינו כמזיד, דהאונס עצמו מתהפך להיות מזיד, ולפ"ז י"ל דה"ה בשומר בתחילתו בפשיעה וסופו באונס, האונס נהפך להיות נחשב כפשיעה. והנה יש מחלוקת בראשונים[460] האם מותר לאדם להכניס את עצמו לפני שבת למצב שבשבת יהיה צריך לדחות שבת מפני פקו"נ או לא, ולכאורה זה דומה לדין שברמב"ם במכניס את עצמו לאונס דמאנס. אך יש לחלק דפקו"נ והצלתו הותרה וליכא מעשה עבירה כלל ומשו"ה מותר לאדם להכניס את עצמו לפקו"נ, ואילו באונס חל מעשה עבירה, כי אונס אינו אלא פטור עונשין, ומשו"ה אסור להכניס את עצמו לאונס עבירה. (וע"ע ברשימות שיעורים למס' יבמות דף ה: בענין פקו"נ הותרה או דחויה שהארכנו בזה, ואכמ"ל).

ולא פשע פשיעה גמורה. וקצת משמע כן מהרמב"ם שהביא את ההלכה הזו בהל' שכירות לענין דיני רועה ש"ש ולא בהל' שאלה ופקדון בנוגע לדיני ש"ח, ומשמע דהוי חסרון שמירה רק בנוגע לש"ש בלבד ולא בנוגע לש"ח. אך אם נפרש את הרמב"ם דכשהרועה הניח את עדרו פשע פשיעה גמורה, א"כ נראה דיתכן לבאר דבריו באופן אחר, דאה"נ דמיירי באופן דהרועה פשע, אך מ"מ לא ביטל בכך את כל קיום שמירתו לגמרי, דעדיין שמר את עדרו במקצת. ואילו בכספים כשלא שמרם על בטנו כדינם אלא תלאם מאחוריו ביטל בכך את כל השמירה לגמרי יותר מבפשיעה בעלמא. ולכן יש נ"מ בדיניהם לענין אונס שלא בא מחמת הפשיעה. דבכספים, כשביטל את השמירה לגמרי, חייב על כל אונס כשיבא, כי בזה שביטל את שמירתו לגמרי מתחייב לשלם בכל אופן ולא חל עבורו פטור אונס כלל. משא"כ ברועה שהניח את עדרו דעדיין שמרם במקצת ואע"פ שפשע, ולכן חייב הוא רק על אונס שבא מחמת הפשיעה כי עצם הפטור דאונס עוד חל ולא פקע, אלא דמכיון דהאונס בא מחמת הפשיעה האונס נחשב לחלק ולהמשך של הפשיעה ובכך האונס מתהפך לפשיעה וחייב מדין פושע. ואילו כשלא בא האונס מחמת הפשיעה הריהו פטור.

ולפי מש"כ יוצא דלרמב"ם ש"ש דעלמא כגון רועה פטור על אונס שלא בא מחמת הפשיעה. ואילו בשוכר ששינה משכירתו יתכן שחייב אפילו על אונס שלא בא מחמת הפשיעה (פ"ד מהל' שכירות הל"א) וכדמבואר בשיעורים בפנים. והוא משום דלשוכר חל קנין שכירות בחפצא ומאחר ששינה מדעת הבעלים והשתמש בחפצא שלא כתנאי השכירות הריהו חייב באחריות החפצא על כל האונסים שיבואו כמו שואל וגזלן. ומשו"ה הביא הרמב"ם את דין השוכר ששינה מדעת הבעלים כהלכה בפני עצמה בהל' שכירות ולא כללה בין יתר הלכות השומרים שפשעו.

[460] עיין בבעה"מ בפ"ק דמס' שבת דף ז. מדפי הרי"ף ד"ה והא דת"ר אין מפליגין בספינה פחות מג' ימים קודם שבת וברי"ף ובמלחמות ה', וברי"ן שם.

ב.

בתוס' במס' בבא קמא (דף נב: ד"ה ושכיחי גמלים כו') דנו בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס והוכיחו שמ"ד חייב סובר כן דוקא כשהאונס בא מחמת הפשיעה, וכפי שמצינו בצריפא דאורבני (ב"מ דף מב.) ולא כשהאונס לא בא מחמת הפשיעה וכדברי רבא "מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם" (ב"מ דף לו:). והקשו התוס' מהגמ' בב"ק (דף נו.) שקבעה שבכותל רעוע וחתרה חייב, והרי האונס לא בא מחמת הפשיעה. ותירצו וז"ל פרש"י שחתרה והפילה הכותל ע"י חתירה, הרי דמחמת הפשיעה שהיתה רעועה באה אונס, דאם היה בריא לא היה נופל בחתירה עכ"ל. רש"י ותוס' העמידו גם את הדין דחתירה דמיירי באונס הבא מחמת הפשיעה. אך פסקי הרמב"ם בנידון זה לכאורה נראים כסותרים זה לזה, שהרי בפ"ג מהל' שכירות (הל"י) פסק שצריכים דוקא אונס הבא מחמת הפשיעה, ואילו בפ"ד מהל' נ"מ (הל"ו) פסק בסתם שחייב ומשמע דחייב אף כשהאונס לא בא מחמת הפשיעה[461].

אמנם יתכן שהרמב"ם הבחין בין שמירת גוף הפקדון לבין שמירת נזקין. דבשמירת גוף הפקדון ס"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב רק באופן שהאונס בא מחמת הפשיעה. אולם בשמירת נזקין הרמב"ם מחייב אפילו כשלא בא האונס מחמת הפשיעה. וכדי לעמוד על ההבדל ביניהן עלינו להקדים את ביאור המחלוקת שבין אביי לרבא (בב"מ דף לו:) אם אומרים "מלאך המות מה לי הכא מה לי התם". לדעת אביי שומר שפשע חייב אף כשהאונס לא בא מחמת הפשיעה, ורבא סובר שפטור, וצ"ב ביסוד מחלקותם. ונראה דלרבא השומר חייב רק כשגרם את הפסד הפקדון. ולכן אינו חייב אא"כ בא האונס מחמת הפשיעה. ואילו לאביי שומר שפשע ולא קיים את חובת שמירתו חייב בכל אונס. ונראה דאליבא דאביי שומר חייב מחמת חלות דין אחריות דשומר אפילו באונסין דעלמא - אלא שקיום שמירה כראוי פוטר אותו. אך בתחילתו בפשיעה וסופו באונס שהשומר לא קיים את חובתו לשמור כראוי אזי השומר חייב ואף על אונס שלא בא מחמת הפשיעה. ומאידך רבא סובר שהמחייב דשומר לשלם בשמירת הפקדון הוא חלות שם אדם המזיק והנזק שהשומר עצמו גרם לפקדון כשלא שמרו כראוי.

[461] השיעור הזה (אות ב') אמר רבינו זצ"ל בלמדו מס' ב"ק (עיין בס' רשימות שיעורים למס' ב"ק דף נו. ד"ה תחילתו בפשיעה וסופו באונס עמ' רח"צ - רצ"ט) ונקט בו דשיטת הרמב"ם היא כתוס', דמחייב שומר פקדון בתחילתו בפשיעה וסופו באונס רק כשבא האונס מחמת הפשיעה. ולפי"ז צריך לאוקמא את הרמב"ם בפ"ד מהל' שאלה (הל"ו) בהולכת מעות דמיירי כשהאונס בא מחמת הפשיעה, ועיי"ש במל"מ. ואילו השיעור הראשון (אות א') אמר בלמדו מס' ב"מ ובו נקט דהרמב"ם פליג אתוס' וכדמבואר בפנים.

ומשו"ה חייב רק באונס שבא מחמת הפשיעה דאזי השומר גרם להפסד הפקדון והזיק את בעליו[462].

ולפי"ז יתכן שלשיטת הרמב"ם רק בשמירת גופו של פקדון שיסוד החיוב הוא מדין אדם המזיק סובר רבא שהמחייב לשלם הוא גרם הנזק הנעשה בפשיעת השומר, ואם לא גרם את הנזק פטור. מאידך בשמירת נזקין, במקום שאין לבעל המזיק אחריות כלפי הניזק, המחייב הוא ממונו שהזיק - אלא שקיום השמירה מצד הבעל פוטר אותו. ומשום כך כשתחילתו בפשיעה וסופו באונס - אפילו לא בא האונס מחמת הפשיעה - חייב בעל המזיק שהרי לא קיים את חובת השמירה המוטלת עליו ואין לו הפוטר דשמירה כראוי, וחייב באחריות ממונו שהזיק.

ונראה שיש לכאורה ראייה מוכרחת שבשמירת נזקין אין המחייב גרם הנזק ע"י השומר - אלא המחייב הוא משום שלא קיים השומר את חובת השמירה וממונו הזיק, בדין המחלק בין שמירת שור תם המחייבת את הבעלים לשומרו שמירה מעולה, לבין שמירת מועד המחייבת את הבעלים לשמור שמירה פחותה (עיין ברמב"ם פ"ז מהל' נ"מ הל"א), והרי מבחינת גרם ואחריות לנזק אין לחילוק זה שום מובן - כי למה יהיו הבעלים אחראים לנזק שגרמו בתם יותר מבמועד, והרי לכאורה איפכא מסתברא - שמאחר שהמועד דרכו להזיק בדין היה שהבעלים ישמרוהו יותר מתם ולא יגרמו יותר נזק, ומדוע מועיל במועד שמירה פחותה. ומוכח מכאן שחיוב הבעלים תלוי בקיום השמירה שלהם - ובתם קבעה התורה שחובת השמירה היא שמירה מעולה ובמועד קבעה התורה שהיא שמירה פחותה. והדין הוא דבכל מקום שלא קיימו הבעלים את חובת השמירה שלהם בין בתם כפי שעור השמירה שלו ובין במועד כפי שעור השמירה שלו הריהם חייבים לשלם על ממונם שהזיק, כי המחייב הוא "ולא ישמרנו בעליו" - חסרון קיום השמירה וממונו שהזיק.

אמנם לפי"ז קשה מהסוגיא בב"ק (נו.) שתלתה את הדין של חתרה בממונו שהזיק בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס בנוגע לשמירת גופו, והרי לפימש"נ בשיטת הרמב"ם אין לדמות את הדין דשמירת נזקין לדין דשמירת גופו בפקדון.

ונראה שההשוואה בסוגיא היא רק בכוון אחד, דהיינו דלמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור בשמירת גופו ה"ה שפטור בשמירת נזקין. אך למ"ד שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב יש חילוק בין שמירת גופו לבין שמירת נזקין. בשמירת גופו חייב

[462] עיין בב"ק (דף ד:) ז"ל תני ר' אושעיא שלש עשרה אבות נזקין ש"ח והשואל נושא שכר והשוכר כו' לרב ליתני תנא אדם וכל מילי דאדם כו' והא ש"ח והשואל נושא שכר והשוכר דאדם דאזיק שור הוא וקתני, תני הזיקא דבידים וקתני הזיקה דממילא עכ"ל. ומכל הסוגיא משמע דשומר משלם מדין מזיק.

דוקא כשהאונס בא מחמת הפשיעה ובשמירת נזקין חייב בכל אופן. והביאור דמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור סובר דמכיון דלבסוף אירע אונס ולא הדבר שפשע בו, לכן ע"פ דין נחשב כאילו לא פשע כלל - שהרי אירע אונס ולא הדבר שפשע בו. וה"ה בשמירת נזקין שפטור כי ע"פ דין נחשב כאילו לא פשע כלל וקיים את חובת השמירה המוטלת עליו כבעל מזיק, ולפיכך הריהו פטור. מאידך למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, הפשיעה נחשבת לפשיעה ולא כאונס ואמרינן שלא קיים את חובת השמירה ולפיכך חייב. אלא שבשמירת גופו חייב רק כשהפשיעה גרם להפסד ולנזק הפקדון. ואילו בשמירת נזקין חייב בכל אופן אף כשלא בא האונס מחמת הפשיעה וכדנ"ל. ונמצא שפסקי הרמב"ם תואמים היטב את דברי הסוגיא.

והנה בשיעורים לריש פ' הכונס (עיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק דף נה: ד"ה הכונס צאן לדיר) העלינו שמהגמרא משמע שהמחייב בשן ורגל הוא מעשה הבעל וכאילו הזיק בידיו. ומסתבר לפי"ז שבתחילתו בפשיעה וסופו באונס בשן ורגל האונס צריך להיות אונס הבא מחמת הפשיעה ושיהיה הבעל גורם לנזק כדי שיחשב כאילו הבעל הזיק במו ידיו. מאידך בקרן המחייב הריהו ממונו שהזיק ולכן מסתבר בקרן שבתחילתו בפשיעה וסופו באונס הריהו חייב גם באונס שאינו בא מחמת הפשיעה. אך בהלכות הרמב"ם לא נמצא חילוק זה, וצ"ע.

ברם נראה דכל מה שנתבאר דיש לחלק בין שמירת גופו דהמחייב חל מדין מזיק, דמשו"ה צ"ל אונס הבא מחמת הפשיעה, לבין שמירת נזקין דהמחייב הוא ממונו שהזיק, דמשו"ה חייב אף באונס שלא בא מחמת הפשיעה, כל זה נכון אם אנו נוקטים דשומר פקדון חייב לשלם מדין מזיק. וכן משמע באמת בגמ' ב"ק (דף ד:). אך כבר הבאנו שהרמב"ם חילק בין שומר שפשע דחייב מטעם מזיק, לבין שומר שכר שלא שמר כראוי כנגד גניבה ואבידה שאינו חייב מטעם מזיק אלא מחיוב אחריות. וא"כ שוב קשה למה הבחין הרמב"ם בין שמירת גופו לבין שמירת נזקין.

ונראה לחלק בין המחייב דאחריות דחל בשמירת גופו לחיוב אחריות דחל בשמירת נזקין, דבנזקי ממון הבעל שפשע אחראי על כל נזקי בהמתו - דמשמים חייבוהו באחריות מדין בעל הממון, וחייב לשלם אף על אונס שלא בא מחמת פשיעתו. משא"כ בשומר פקדון, שעיקר חיוב האחריות חל מחמת התחייבות מדעת של השומר עצמו, שהשומר התחייב להיות אחראי על הפקדון ולא לגרוע בשמירתו, ולשלם כל נזק שנגרם מחמת חסרון שמירה, דמשו"ה משלם רק באונס שבא מחמת פשיעה או מחמת גניבה ואבידה.

אך לא התחייב השומר ולא קבל על עצמו אחריות על אונס הפקדון שלא בא מחמת חסרון שמירה, ומשו"ה על אונס שכזה הריהו פטור ואע"פ שפשע בשמירת הפקדון.
והראיה דחיוב שומר תלוי הוא בהתחייבות שקבל השומר עליו היא מהגמרא לקמן (דף צד.) דאמרה דמתנה ש"ח להיות פטור משבועה, ואע"פ דלר"מ מתנה ע"מ שכתוב בתורה ואפי' בתנאי שבממון התנאי בטל, מ"מ שאני שומר "דמעיקרא לא שעבד נפשיה". וביארו התוס' בכתובות (דף נו. ד"ה הרי זו מקודשת) וז"ל דחייבתו תורה ש"ש על שלקח שכר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה, הלכך במקום שאין משעבדים עצמם פטורים עכ"ל. התוס' קבעו שחיובי שמירה ואחריות השומר חלין מכח דעת המתחייב, דהשומר דהתחייב להיות אחראי על הפקדון. ולפי"ז מבואר החילוק בין שומר פקדון לשמירת נזקין, דשומר פקדון פטור על אונס שלא בא מחמת פשיעתו משום דלא התחייב ע"ז, ולכן אינו אחראי, משא"כ שומר נזקין דאחראי מכח חיוב שהתורה הטילה עליו אף בלי התחייבות מדעת, ומשו"ה חייב לשלם אף על אונס שלא בא מחמת פשיעתו.
גמ'. הא מני ר"מ היא דאמר כל המעביר על דעת של בעה"ב נקרא גזלן. לכאורה צ"ע מה בא ר"מ לחדש, דאם בעה"ב הקפיד לא להשכירו באופן ששינה מתנאי השכירות פשיטא דהוי גזלן כי בלי השכירות הוי שואל שלא מדעת גזלן, וא"כ למה פליגי הרבנן על ר"מ.
ונראה דעכצ"ל דאע"פ שעבר על דעת בעה"ב לא ביטל בכך את עיקר השכירות, דעדיין הוי שוכר, אלא שעבר על תנאי השכירות ועל דעת הבעלים שהשכירו לו את חמורם. ולכן אינו גזלן מדין שואל שלא מדעת, ומאחר דהוי שוכר המשתמש עם החמור בזכותי התשמיש דשוכר, לכן אינו גזלן דעלמא. אלא דר"מ חידש בזה דין חדש של גזילה דחל מדין מסוים, וסובר דאע"פ דהשוכר השתמש בחמור עם זכות השכירות שלו מ"מ העובדא ששינה מתנאי השכירות ועבר על דעת הבעלים המשכיר עושהו לגזלן מדין מסוים. ופליגי הרבנן שאינם מחשיבים אותו לגזלן מכיון דהוי שוכר שהשתמש בחמור עם זכות השכירות שלו לכן איננו גזלן.

דף עח:

גמ'. דלמא שאני התם דקניא בשינוי מעשה.
עיין בשיטה מקובצת דהרמב"ן והריטב"א חלוקים בביאור דברי הגמרא, דכתב הרמב"ן וז"ל דכיון ששינה אותו ועשה בו מעשה שהגזלן קונה בה מתכוון הוא לגזול ולכך שינהו

כדי שיקנה אותו ולא מעביר על דעת מיקרי אלא גזלן גמור עכ"ל. בפשטות הרמב"ן ביאר דמחמת השינוי יש אומדנא דמוכח דהתכוון הפועל לגזול את הצמר לעצמו והוי גזלן גמור וחל דין גזילה דעלמא. אך ביאור זה קצת קשה להולמו דאם יש אומדנא דמוכח למה פליג ר' יהודה ואומר שאינו גזלן. ונראה דליכא אומדנא דמוכח ממש אלא דמדין מעביר על דעת בעה"ב הריהו גזלן ממש וכאילו יש אומדנא דמוכח דהתכוון לגזול. ור"מ לשיטתו דשינוי בצבע מהווה מעביר על דעת בעלים ונעשה גזלן מסוים ע"פ דין גם בלי כוונה ממש, אך כאילו התכוון נעשה גזלן גמור מפרשת "ויגזל את החנית מיד המצרי". מאידך הריטב"א כ' וז"ל שעשה שינוי גמור הראוי לקנות לו כגזלן גמור המכוון לגזול ובכי הא חשיב ליה ר' מאיר כגזלן אע"פ שלא נתכוון לגזול מכיון שהעביר על דעת בעלים עכ"ל. ונראה דאליבא דהריטב"א בהעברה על דעת הבעלים בשינוי גמור חל דין גזילה חדשה של המעביר על דעת בעלים וחייב גם בלי כוונה לגזול, דחל כאן דין גזילה חדשה ומסוימת[463]. ובזה חולק הריטב"א על הרמב"ן, דלריטב"א אינו גזלן ממש מפרשת "ויגזול את החנית מיד המצרי" כדס"ל לרמב"ן אלא דהוי גזלן מדין מסוים דגזילה[464].

[463] עלינו לבאר את יסוד דין הגזילה המסוימת הזאת. ויתכן דחל מדין שליחות יד, דבשומר ששינה מדעת הבעלים חל דין מסויים דגזילה מפרשת שליחות יד והוי גזלן בדיני שומרים. וק"ק משינוי בצדקה דהוי גזלן כדאיתא לקמן. ויתכן דגם בצדקה, מקבל הצדקה הוי שליח הבעלים להוציא את הצדקה כרצונו ודומה לשומר ומשו"ה כשמשנה הוי גזלן.

[464] יש לעיין ביסוד דין הגזילה המסוים דר"מ. ורבינו זצ"ל לא ביארו בשיעור. ואולי י"ל דחלה הגזילה מדין שליחות יד דהויא חלות דין גזילה מסוים בדיני השומרים, ומשו"ה חל דין דר"מ בשוכר ובפועל דשניהם שומרים. אך עדיין צריכים להבין את יסוד דין הגזילה הזו דחלה גם בצדקה. ואולי ניתן לבארו לפי מה שביאר רבינו זצ"ל בשיעורים (עיין רשימות שיעורים לשבועות נדרים חלק א' ענין צדקה אות א') דצדקה מהווה חלות בעלות בפני עצמה בדומה לחלות הבעלות דהקדש דחלה בנוסף לחלות דין ממון עניים של העניים עצמם. ולפי"ז י"ל דכשהעני מוציא את הצדקה או את מעות הפורים לדברים אחרים שלא כמצוותן הריהו עובר על דעת הבעלות דצדקה עצמה ומשום הכי נעשה גזלן. אלא דהגזילה בצדקה אינה חלה מחמת דין שליחות יד כי העני אינו שומר. ועוד דכמו ששומר צדקה פטור מפשיעה (רמב"ם פ"ה מהל' שאלה ופקדון הל"א) יתכן דה"ה דפטור משליחות יד וכן נקט המנ"ח. אלא נראה שיש כאן גזילה ישירה מצדקה מחמת דהעני הוציא את המעות לצורך עצמו שלא כמצותן וצדקה מקפידה על זה ועושהו גזלן. ואע"פ שהמעות נמי קנויין לעני שנתחלקו לו לצרכו, מ"מ חלות שם דצדקה על המעות נמי מהווה חלות בעלות, והעני גזל המעות מהשותף שלו - מצדקה עצמה. אמנם עדיין צ"ע בזה דהא רבינו זצ"ל ביאר בשיעור דבזה שאני מעות פורים מצדקה דעלמא המתחלק לכל צורכי העני, וא"כ איזה מעמד יש לו לבעה"ב להקפיד על שימוש במעות צדקה דעלמא אחרי שכבר נתנן לצדקה ולעני, דלכאורה אינו עוד בעלים כלל דהמעות כבר אינן שלו אלא של העני וצדקה. ונראה דמכיון דבעה"ב נדב את מעותיו לצדקה והתנה בעצם נדרו שמסר את מעותיו לצורך המסוים של העני, נעשה הצורך הזה חלק של חלות השם מצוותה של הצדקה שבמעות ולכן חלות הבעלות דצדקה נמי מקפידה לא להוציא את המעות לצורך אחר, ולכן חל דין מעביר על דעת בעה"ב הוי גזלן. ומה שביאר רבינו זצ"ל הוא רק בנודר לצדקה דעלמא בלי שהנודר נדר בנדרו דנותן לצורך מיוחד, אך כשמזכיר צורך מסוים נעשה הצורך הזה חלק ממצות וחלות שם צדקה שחל בחפצא וע"ז חל דין מעביר על דעת בעה"ב נקרא גזלן.

וכ"ז לנמק את דין הגזילה המסוים הזה וכפי שיסד רבינו זצ"ל. אך בפשטות י"ל דלפי ר"מ בעה"ב שייר קנין אצלו שאם השני יעבור על דעתו כל הקנין דבחפצא חוזר לבעה"ב והשני גזל את החפצא ממנו. וכגון בשוכר כשעובר על דעת בעה"ב דהשכירות בטלה מעיקרא ובאומן שקלקל ושינה דהבעה"ב שייר רשותו בחפצא והו"ל גזלן מאחר ששינה שלא מדעת. וכן במעות פורים וצדקה דבשינה העני שלא ברשות בטלה כל חלות שם צדקה

גמ'. מגבת פורים לפורים כו' דאדעתא דפורים הוא דיהיב ליה אדעתא דמידי אחרינא לא יהיב ליה. לכאורה דברי הגמרא מחוסרים ביאור, דמ"ש דעת הנותן מעות פורים מדעת המשכיר פרה. ונראה דמסוגיא דידן מוכח דבהל' צדקה מעות פורים הריהן חלות שם צדקה בפני עצמה ואינן רק חלות שם צדקה דעלמא. וכן איתא בתוס' (ד"ה מגבת פורים לפורים) וז"ל דדוקא בפורים אמרינן הכא דאין לשנות עכ"ל, ומבואר מדברי התוס' דבשאר הצדקות מותר לגבאי הצדקה לשנותן מצדקה לצדקה מכיון דכולן מהווין חלות שם צדקה אחת, משא"כ במעות פורים המהווה חלות שם צדקה בפני עצמה דאין לשנותה לצדקה אחרת. ונראה דמשו"ה יש דינים מיוחדים במעות פורים כדאיתא בברייתא, וז"ל ואין מדקדקין בדבר אבל לוקחין את העגלים ושוחטין ואוכלים אותן עכ"ל, דהיינו דמחלקין מעות פורים לצורך סעודת פורים יותר ממה שהעניים צריכים באמת, דמדיני מעות פורים יש דינים מיוחדים המחייבים להרבות בשמחת היום, ושאני מצדקה דעלמא המתחלקת רק כפי צורך העני.

ויעויין בשיטה בשם הריטב"א וז"ל בירושלמי בפ"ק דמגילה אמרינן אין מדקדקין במעות פורים אלא כל הפושט את ידו ליטול נותנין לו כלומר שאין מדקדקין בדבר לומר אם הוא עני וראוי ליתן לו אם לאו אלא נותנים לכל אדם שיבא ויתבע שאין יום זה מדין צדקה בלבד אלא מדין שמחה ומנות שהרי אף בעשירים כתיב ומשלוח מנות איש לרעהו. ואומרים רבותי ז"ל כי מטעם זה נהגו ליתן מעות פורים אף לגוי דכיון שאנו נוהגין ליתן לכל אדם אם לא נתן לגוי איכא איבה וקיי"ל מפרנסין עניי גוים עם עניי ישראל מפני דרכי שלום עכ"ל.

ומבואר דהריטב"א קבע שבמעות פורים בנוסף לדין צדקה חל נמי בהן חלות דין של שמחת פורים וחל נמי בהן דין משלוח מנות איש לרעהו. ומשו"ה אין מדקדקין במעות פורים לפי הירושלמי, ונותנים מעות פורים לכל מי שפושט את ידו, ואפי' אם הוי עשיר או גוי. ומלשון הריטב"א משמע דמה שהביא הריטב"א שמפרנסין עניי עכו"ם עם עניי ישראל משום איבה ודרכי שלום אינו ר"ל דחל בפורים רק התקנה דעלמא לפרנס עניי עכו"ם משום דרכי שלום, אלא ר"ל דמחלקין לעכו"ם ממעות פורים מדין שמחת הפורים המסוימת, ואיבה ודרכי שלום הם טעמים למה לחלק לעניי עכו"ם בפורים והוא כדי

למפרע והעני גזל את המעות מבעה"ב, דאינן עוד צדקה כלל, כי בעה"ב שייר בקנינו שאם העני ישנה מדעתו אינה חפצא דצדקה כלל כמו דהשכירות והפעולה בטלין כשמשנין מדעת בעה"ב. והחכמים חולקין על ר"מ וס"ל דבעה"ב לא שייר בקנינו ואף שהשוכר הפועל והעני שינו מדעת בעה"ב עצם השכירות הפעולה והצדקה אינן בטלין מעיקרא ומשו"ה ליכא חלות גזילה מבעה"ב.

להרבות בשמחת היום. ויוצא דדין חלוקת מתנת עניים פורים דין מיוחד הוא ואינו דין חלוקת צדקה בעלמא.

ולפי"ז מבואר את החילוק של הגמ' דדוקא במעות פורים הוי גזלן כששינה אותן מעיקר מצותן להתחלק דוקא לצורכי סעודת פורים ולא לדברים אחרים, והמשנה ממצותן נקרא גזלן והוא משום קפידא מוחלטת דהנותן, משא"כ בשאר המקומות שהבעלים אינם מקפידים כ"כ כששינה מדעתם, ולפיכך שינוי מדעת הבעלים דעלמא אינו גזילה.

וכן כתב הריטב"א בש"מ וז"ל דאדעתא דפורים יהיב ליה פי' דהתם כיון דמצות היום היא קפידא רבה איכא לנותנים שאינם רוצים לשנותו וכאילו נתנם בפירוש ע"מ שאם ישנו אותם עניים בדברים אחרים שלא יהו נתונים כו' עכ"ל. ולע"ד היה נראה לומר קצת אחרת מהריטב"א, דהיינו לא שהנותן הקפיד כל כך אלא ממצות הצדקה המיוחדת דמעות פורים חלה קפידה עפ"י דין שלא לשנות את המעות ממצותן לשם שמחת פורים. וכן נראה לפרש בכוונת הראב"ד המובא בשיטה וז"ל פי' העם כשנותנים המעות לידי הגבאי לא נתנו אלא לשמחת פורים לקיים מהם משתה שמחה ויו"ט ואין מעבירין על המצות עכ"ל.

ולפי"ז נראה דבזה פליג רשב"ג עם הת"ק, דרשב"ג סובר דמשהגיעו מעות פורים לידי העני פקע חלות שם הצדקה המסוים דמעות פורים ונעשה לממון בעלמא של העני שמותר לו להוציאו על שאר צרכיו. דלרשב"ג חלות שם מעות פורים חל רק במצות חלוקת המעות מלכתחילא, משא"כ אחרי שהגיע המעות לידי העני. והנה מצינו אליבא דהרמב"ם (בפ"ח ממתנ"ע הל"ב) דחלה חלות התפסת שם צדקה מחפצא לחפצא באומר סלע זו בסלע זו של צדקה. ופשיטא דכ"ז חל רק כשהסלע בידי הנודר או הגזבר דהו"ל אז חפצא של צדקה. אך משהגיע ליד העני פקע השם של צדקה מהחפצא ולא חל בו התפסה. ולרשב"ג ה"ה במעות פורים. ואילו לר"מ חלות השם של מעות פורים חל אף על המעות שבידי העני שלא כדין חפצא דצדקה בעלמא[465]. ומשו"ה אין לו להוציאן על שאר צרכיו אלא רק על סעודת פורים בלבד, ואם שינה ממצותן נקרא גזלן. ומכאן נמי מוכח דמעות פורים הויין חלות שם חפצא דמצוה בפני עצמן ואינה דומה לחפצא דצדקה דעלמא.

גמ'. דאתי למיחשדיה. עיין בפרש"י וז"ל לבעה"ב בנודר ואינו מקיים ששמעו עליו שאמר ליקח טלית לפלוני עני ולא לקח עכ"ל. וקשה מנין לאחרים לדעת מה נדר בעה"ב לצדקה, והרי עיקר מעלת הצדקה היא במתן צדקה בסתר (עיין ברמב"ם פ"י הל"ח מהל'

[465] ויוצא לפי הרמב"ם דחלה התפסה במעות פורים אף בידי העני.

מתנ"ע). ונראה דלצורכי ציבור נודרים לכתחילא צדקה בפרהסיא, וכן הוא המנהג בכל תפוצות ישראל לנדור נדרי צדקה ברבים בשבת ביו"ט ובעת צרת הציבור[466].

גמ'. ש"מ משום דשני הוא. פירוש דלשנות מחלוק לטלית אינו שינוי במצות צדקה עצמה שלא כמו במעות פורים, כי בצדקה דעלמא לא חל צמצום במצותה, דליכא חיוב על העני להוציא את המעות דוקא לצורך זה או לצורך אחר, אלא כל צורך של העני הוי ממצותה, אך כאן חל דין מסוים בהל' גזילה דמשנה מדעת הבעלים נקרא גזלן, ודין זה ס"ל לר"מ אף במקומות אחרים כמו בשוכר דמתני'. ונראה דזוהי כוונת הראב"ד המובא בשיטה מקובצת שכ' וז"ל והכא ודאי לצדקה איכוון ומ"ט אסור לשנות, ש"מ משום דגזלן הוא עכ"ל.

תוס' ד"ה מגבת.

ז"ל וא"ת דאמרי' בערכין (ו:) מעות של צדקה מותר לשנותן בכל מה שירצה כו' וי"ל דדוקא בפורים אמרי' הכא דאין לשנות כו' עכ"ל. כלומר דמעות פורים מהוות חלות שם ומצות צדקה בפני עצמן שדיניהן שונות מדיני צדקה דעלמא וכדנתבאר לעיל.

ונראה להוסיף בזה עוד ביאור, דהא דמשנינן מצדקה לצדקה בצדקה דעלמא יסוד הדין הוי משום דכל הצדקות שוות הן בדיני ממונות שחלין בהן, ורק שונות הן בקיום מצות חלוקתן, כי הבעלים בכל הצדקות הריהם כל שבט העניים שבעולם. ומשו"ה ניתן לשנותן כי אין השינוי נוגע לחלות דין ממון שבצדקה אלא רק לקיום מצות חלוקתה. משא"כ במעות פורים שהשינוי אינו רק בקיום מצותן אלא אף בדיני ממונות שבהן, דהא לריטב"א הריהן שייכות לעשירים כמו לעניים ולנכרים כמו לבנ"י, ומשו"ה אין לשנותן לצדקה אחרת דהא השינוי פוגע בדיני הממונות שבהן ולא רק את האופן של קיום מצותן. ונראה שזוהי נמי כוונת רש"י (ד"ה אדעתא) דכ' וז"ל וכיון דלאו אדעתא דהכי יהיב נמצא מעות בחזקת בעלים חוץ מן היוצאין בסעודת פורים עכ"ל. וחזינן דרש"י סובר דחלה במעות פורים חלות בעלות אחרת מבצדקה דעלמא שאף הבעלים שהתנדבו את המעות לפורים יש להם נמי זכות בעלות מיוחדת במעות פורים לעכב את העניים מלהוציאן לדברים אחרים מחוץ לסעודת פורים[467].

רש"י ד"ה הרי שלך לפניך.

[466] עיין בפרשת חקת (במדבר כ"א: ב) דבעת מלחמת ישראל עם מלך ערד כתיב "וידר ישראל נדר לה' אם נתן תתן אם העם הזה בידי והחרמתי את עריהם", והוא מקור לציבור לנדר נדרים לה' ולתת צדקה בעת צרתם. וכן איתא בתהלים (קט"ז: ט"ו) "נדרי לה' אשלם נגדה נא לכל עמו", דלנדר צדקה ברבים בעת צרה דבר נכון הוא והוי זכות להנצל ואח"כ אחרי ההצלה לשלם את הנדר בפרהסיא.

[467] ע"ע ברשימות שיעורים לשבועות ונדרים חלק א' ענין צדקה בנוגע לדין משנין מצדקה לצדקה.

וז"ל ונפסיד שנינו עכ"ל. מרש"י משמע שמשום שהמשכיר ג"כ מפסיד כמו השוכר משו"ה הריהו פטור מלהעמיד לשוכר בהמה אחרת, ואילו אם רק השוכר לבדו הפסיד אז המשכיר חייב להעמיד לו בהמה אחרת, וצ"ע בזה.

תוס' ד"ה אם.

וז"ל פירש בקונטרס כו' עכ"ל. אליבא דרש"י שמואל סובר שבביטול מקצת המלאכה ובעיכוב המלאכה המשכיר פטור וחייב רק בביטול כל המלאכה. ואילו לרב עיכוב המלאכה ג"כ מחייב המשכיר. ומשמע מרש"י דהמשכיר פטור לשמואל אפילו כשהשוכר מפסיד ממון. ואילו לרב רק כשהשוכר אינו מפסיד ממון אלא מפסיד זמן אזי המשכיר פטור, אך אם השוכר מפסיד ממון אזי המשכיר חייב. ברם צ"ע לפי רש"י אליבא דשמואל כמה ממון צריך השוכר להפסיד כדי שהמשכיר יהיה חייב להעמיד לו חמור אחר, וצ"ע בזה.

בא"ד. ונראה כפי' ר"ח כו' עכ"ל. אליבא דהר"ח כל זמן שמקצת התשמיש מתקיים המשכיר פטור. ברם כשיש עיכוב בתשמיש הר"ז כביטול כל התשמיש והמשכיר חייב. ועוד סובר דאפילו בביטול כל התשמיש אם השוכר לבדו גרם את ההפסד המשכיר פטור שאין המשכיר חייב אלא כשמזל שניהם גרם את ההפסד ולא כשהשוכר לבדו גרם אותו. וצ"ע מ"ש בנשברה רגלה שהמשכיר חייב שהרי השוכר לבדו לכאורה גרם את כל ההפסד כשהשתמש בחמור וקשה למה המשכיר חייב. וי"ל שמאחר שיש לשוכר זכות השתמשות א"א להאשימו שגרם לשבור את רגלה שלכך שכרה, והו"ל מתה מחמת מלאכה דאפי' שואל פטור, ולכן אין להאשים את השוכר שהשתמש בה ונשברה רגלה, ומשו"ה המשכיר חייב להעמיד לו חמור אחר. משא"כ באנגריא בדרך הליכתה דהיה לו לשוכר לחשש שיגזלוהו ממנו ולא להוציא את החמור החוצה בזמן שהאנגריא שם, ומאחר שהשוכר גרם במקצת את ההפסד משו"ה אין לו זכות לקבל עוד חמור מהמשכיר[468].

דף עט.

גמ'. תרעומת.

[468] אולם כוונת רבינו זצ"ל אינה כ"כ ברורה, האם ר"ל שהיתה פשיעה גמורה מצד השוכר, או"ד שהשוכר לא פשע דהו"ל גזילה קרובה לאונס, ומ"מ השוכר גרם את ההפסד מפני שהיה לו מקום לחשש שיגזלוהו ואינו אנוס גמור. ובמשך השיעור היה משמע שנטה רבינו זצ"ל לצד השני דלא היתה כאן פשיעה גמורה אלא היה אונס שאינו גמור, דמדין ש"ש היה השוכר פטור מלשלם אלא דמשום שגרם את ההפסד במקצת כי היה לו מקום לחשש שיקחו את החמור משו"ה המשכיר פטור מלהעמיד לו חמור אחר.

ונראה דתרעומת אין זו טענה בעלמא אלא חלות דין טענה בדיני ממונות, דכדי לפייסו צריך המשכיר לשלם לשוכר ממון, ויש לשוכר זכות לא למחול את התרעומת שלו כנגד המשכיר כל זמן שהמשכיר אינו משלם לו ממון כדי לפייסו, דיש חלות דין וחיוב ממון כל שהוא דחל מדין תרעומת, ואעפ"כ א"א לו לשוכר להוציא את הממון מהמשכיר בתביעה בבי"ד. והראייה לכך משיטת הראב"ד (ריש פרק השואל) דס"ל דתרעומת מהווה התחייבות ממון ומחיל דין בעליו עמו, ועיי"ש בשיעורים. ובעצם התרעומת שיש כאן עיין בפרש"י ובשיטה בשם הראב"ד והרשב"א. ופרש"י והרשב"א לכאורה צ"ע דאם המשכיר ידע והשכיר לו חמור כחוש הרי השכירות היתה רמאות ומקח טעות, וא"כ קשה למה ישלם השוכר אפי' אחצי הדרך, וצ"ע[469].

תוס' ד"ה אילו.

עיין לעיל (עח.) בפועל דעלמא שעשה את חצי מלאכתו ושמע שמת לו מת וחזר בו שחייב הבעל לשלם לפועל על חצי מלאכתו שעשה כי כל חלק וחלק של המלאכה שעשה מהוה פעולה המחייבת בתשלומין. משא"כ בשוכר חמור בשכירות כלי דלהביא את סחורתו למקום פלוני דלהגיע לאותו מקום הוי מעצם חלות שם הפעולה והשכירות. ומשו"ה הקשו בתוס' דאם מת למה חייב השוכר לשלם את השכירות של חצי הדרך, הרי חצי הדרך אינו פעולה ושכירות כלל, דהפעולה הוי כל הדרך כולו, דפחות מזה אינה פעולה ושכירות כלל.

ותירצו התוס' ב' תירוצים. לתירוץ הראשון הנאת השוכר קובעת חלות הפעולה גם בשכירת כלים, ולפיכך מצרפים חצי הדרך האחרון שהשוכר משלם עליו בעצמו עם חצי הדרך הראשון כי השוכר נהנה מחצי הדרך הראשון ונחשב שעשה פעולה עם החמור הראשון המחייבתו לשלם שכירות, דמכיון דנהנה חצי הדרך הראשון מצטרף עם חצי הדרך האחרון, כי ההנאה קובעת חלות הפעולה. ותוס' מוסיפים בתירוץ זה "אבל בטפי פורתא ימצא לשכור כו' ואין צריך לפחות המשכיר משכרו מה שזה נותן עתה יותר מעט". ונראה דר"ל דאותו מעט ממון נחשב בגדר טרחא בעלמא אבל לא איבוד ממון ממש ויש הנאה, ולכן חצי הדרך הוי חלות שם פעולה כי השוכר נהנה מחצי הדרך הראשון שמצטרף עם חצי הדרך האחרון להחשב לחלות פעולה אחת המחייבת לשלם

[469] לכאורה י"ל דהמשכיר לא ידע ולכן ליכא מקח טעות אלא דהו"ל למידע ומשו"ה איכא תרעומת. אך מ"מ קשה למה לא חל כאן דין אונאה כבהל' מקח וממכר וכדפסק הרמב"ם פי"ז מהל' מכירה דאם מכר לו חטים יפות ונמצאו רעות הלוקח יכול לחזור בו, ולמה לא יכול השוכר לחזור בו מאחר ששכר חמור חזק ונמצא כחוש. ואולי י"ל דלא פירשו להדיא דהוי חמור חזק ולכן לא חל אונאה ודין חזרה כמו שחל במכר לו חטים יפות ונמצאו רעות. ועוד יתכן לומר דהדין דיפות ונמצאו רעות הוי דין במקח וממכר דוקא אבל לא בשכירות, וצ"ע.

שכירות על חצי הדרך שעשה עם החמור הראשון. ברם אילו היתה לו הוצאה מרובה לגמור את הדרך בחמור השני, לא היה נהנה מחצי הדרך הראשון ואז לא היתה נחשבת לפעולה ושכירות כלל והיה פטור דהנאתו קובעת חלות הפעולה והשכירות.

ואליבא דהתירוץ השני המשכיר התחייב רק להביא את השוכר למקום מסחר, ומיירי דגם בחצי הדרך עכ"פ הביאו למקום מסחר שיכול השוכר להרויח בו, ובכן נשלמה פעולת החמור אף בחצי הדרך, ומשו"ה השוכר חייב לשלם על הפעולה. ולפי"ז חלות שם הפעולה היא תלויה בטיב התחייבות המשכיר. א"נ י"ל דגם תירוץ זה ס"ל כהתירוץ הראשון - דהיינו דהשוכר עכ"פ נהנה אף בחצי הדרך מדהוי מקום מסחר, והנאתו קובעת את חלות השכירות ומחייבתו לשלם. דלא רק התחייבות המשכיר אלא אף הנאת השוכר קובעת חלות השכירות.

גמ'. היכי דמי אי דא"ל חמור סתם כו' אי דא"ל חמור זו כו'. עיין בפרש"י כאן (דף עט.) ועל המשנה לעיל (דף עח.). וע"ע בש"מ בשם הרמב"ן (דף עט. בד"ה הא ובד"ה וכ"כ הרמב"ן). והנה ברש"י על המשנה מבואר דהמשנה מיירי בחמור זה. ולרש"י יש ג' אפשרויות: א) למכור את הנבילה להוסיף מעות ולהעמיד לשוכר חמור אחר, ב) לשכור לו חמור אחר בדמי הנבילה, ג) להחזיר לשוכר את כל שכרו. ויעויין ברמב"ן דפליג עליו בשנים: א) לפי הרמב"ן אין המשכיר חייב להוסיף מעות מדיליה על דמי הנבילה לקנות לו חמור אחר אלא קונה לו חמור אחר רק מדמי הנבילה בלבד. וב) לרמב"ן רק במשכיר חמור סתם יכול המשכיר להחזיר לו את שכרו אך לא כשהשכיר לו חמור זה.

ובביאור מחלוקתם האחרונה נראה דהחזרת דמי השכירות כדי לעקור את השכירות למפרע הוי דין בהלכות שכירות דעלמא וכדמצינו דיני חזרה בשכירות פועלים, כדמבואר בתחילת פרקין. ברם א"א למוכר וללוקח לחזור בהם מהקנין שעשו - חוץ מבקנין מעות במטלטלין שחוזרין בו מתקנת מי שפרע. וי"ל דבזה פליגי רש"י והרמב"ן, דלרש"י השכירות בחמור זה חלה מדיני שכירות כמו דחלה בשכירות פועלים, ולכן יכול המשכיר להחזיר לשוכר את שכרו ולחזור בו מהשכירות למפרע. משא"כ אליבא דהרמב"ן הסובר דהשכירות דחמור זה אינה חלה מדין שכירות פועלים אלא מדין קנין שעבוד אפותיקי בעלמא - דא"א לעוקרו אחרי שחל הקנין. וכן משמע ממה שכתב הרמב"ן וז"ל דהא קנייה משעת משיכה עכ"ל, ולכאורה ר"ל דהוי קנין שעבוד בעלמא ולא חיוב שכירות. משא"כ לרש"י י"ל דהוי חלות דין חיוב שכירות דיכול המשכיר לחזור בו. ויתכן דס"ל לרש"י שאין המשיכה קנין בעלמא אלא חלות דין דהתחלת מלאכה

המחילה חלות שכירות[470].

וזוהי שיטת הרמב"ן בשכירות דחמור זה, ואילו בשכירות דחמור סתם הרמב"ן סובר שיכול המשכיר להחזיר לשוכר את שכרו ולהפטר לגמרי. ולפי מה שנתבאר מבואר דהרמב"ן ס"ל דהשכירות בחמור סתם אינה חלה מחלות דין קנין אלא מחלות דין שכירות פועלים, ומשו"ה המשכיר יכול לחזור בו ולהחזיר את השכר לשוכר כדי להפטר מההתחייבות דהשכירות המוטלת עליו. ויתכן דלרמב"ן זהו דין בשכירות דחצי הדרך - דהמשכיר חמור סתם יכול לומר דחצי הדרך אינה פעולה כלל ולכן מחזיר לו את השכירות שכבר שילם, משא"כ בחמור זה דשלם בעד הקנין שעשה א"א למשכיר לבטלו ולהחזיר לו את התשלומין.

ובביאור המחלוקת הראשונה שבין רש"י והרמב"ן, דלרש"י כשמוכרים את הנבילה חייב המשכיר להוסיף כסף לקנות חמור אחר לשוכר, ולרמב"ן לא חל חיוב להוסיף כסף מדיליה, נראה דפליגי ביסוד השעבוד דחל בשכירות חמור זה. דלרמב"ן חל רק שעבוד נכסים על גופו של החמור, והוא מעין שעבוד אפותיקי, אך לא חל שעבוד על הגברא דהמשכיר, ומשו"ה קונים חמור אחר רק מגופו של החמור המת עצמו, ברם אין חיוב על הגברא של המשכיר להוסיף מדמיו על עצם דמי החמור. ואילו רש"י סובר דחל נמי שעבוד הגוף על הגברא של המשכיר להמציא לשוכר עוד חמור, ומשו"ה סובר דחל שעבוד על המשכיר להוסיף דמים מדיליה על עצם דמי החמור. ונראה דלשיטתייהו אזלי, דמכיון דלרש"י שכירות חמור זה חלה מדיני שכירות כבפועלים דעלמא משו"ה ס"ל נמי דחל שעבוד הגוף על המשכיר לספק לשוכר חמור אחר במקום החמור שמת. משא"כ לשיטת הרמב"ן אין כאן חלות דין של שכירות פועלים, אלא רק חלות דין של קנין ושעבוד נכסים דחל על החפצא דהחמור עצמו ולא על הגברא של המשכיר, ומשו"ה המשכיר פטור מלהוסיף דמים מדיליה.

אולם עיין ברש"י (דף עט. בד"ה לא מכלינן קרנא) ומדיוק בדבריו דס"ל דהמשכיר מוסיף כסף ולוקח חמור אחר עבור השוכר דוקא כשמת החמור בעודו בבית הבעלים. והרמב"ן השיג עליו, דמהי הנ"מ איפוא מת החמור. ונראה לתרץ דס"ל לרש"י דהתחייבות הגברא שחל על המשכיר להוסיף כסף מדיליה דומה לחיוב הגברא דבעל חוב לשלם חובו למלוה, ובדיני גביית החוב אמרינן דלכתחילא אין גובין את החוב אלא בפני הבע"ח. ועוד דכאן יש למשכיר זכות להחזיר את דמי השכירות לשוכר, ואילו שלא בפניו אינו

[470] ואמר רבינו זצ"ל דיתכן לומר דרש"י והרמב"ן לא פליגי כלל, כי הרמב"ן מיירי כשעשו קנין משיכה והו"ל חלות קנין דא"א לחזור בו, ומאידך יתכן דרש"י מיירי בלי קנין משיכה אלא בהתחלת מלאכה המחדשת חלות שכירות ולא חלות קנין ומשו"ה יכול לחזור בו.

יכול להחזיר לו את השכירות. ולכן רק בפני המשכיר, וכשאינו רוצה להחזיר לשוכר את דמי השכירות, גובים את חובת הגברא שחל על המשכיר להוסיף כסף מדיליה ולקנות חמור אחר לשוכר. ולפי"ז מש"כ רש"י דמיירי בבית הבעלים לאו דוקא הוא, אלא רק מצריך שהמשכיר יהיה שם בשעת גביית ב"ד. וכשמתה בחצי הדרך דאינו מוסיף כסף על דמי הנבלה מיירי כשאין המשכיר שם, וזהו שלא כפי' הרמב"ן המפרש דבמתה בחצי הדרך היה המשכיר שם דמחמר אחר חמורו.

והנה בחמור סתם דקונים חמור אחר, משמע בפשטות שבין הרמב"ן ובין רש"י ס"ל שמוסיף המשכיר כסף על דמי הנבילה, ואף קונים חמור לשוכר שלא בפני המשכיר, וצ"ע דמ"ש מחמור זה אליבא דרש"י. ונראה דבחמור סתם חל דין מעיקר דין השכירות, שבכל אופן חייב המשכיר לתת איזה חמור לשוכר, ולכן חייב המשכיר בכל אופן להוסיף כסף, וקונים חמור אחר אף שלא בפניו ובלי ב"ד ואח"כ גובים את ההפרש מהמשכיר. משא"כ בחמור זה דעיקר השכירות חלה על אותו החמור, אלא דאיכא אליבא דרש"י חובת הגברא בעלמא להוסיף ולקנות לשוכר חמור אחר - והוא חלות שעבוד בפני עצמו שאין גובין אותו אלא בפני המשכיר. ויתכן דלרש"י אין זה דין דחל רק בשכירות אלא בכל גביית חוב, דב"ד יכולים להכריח לבעל חוב להשקיע עוד כסף כדי שישלם את חובו. ולכן מכריחים למשכיר להשקיע עוד כסף ולקנות לו חמור שני כדי שהשוכר יגבה את חובו מדמי הנבלה, דמאחר שהחמור השני יהיה של המשכיר מחוייב הוא להוסיף כסף להשקיע ולקנות לו חמור כדי לשלם לשוכר את שעבודו בנבלה. ברם המשכיר דהוי בעל חוב אינו מחוייב להוציא כסף אחר ולבזבזו כדי לשלם לשוכר אלא רק חייב להשקיע ולקנות לו עוד חמור אחר. ודין גבייה זה חל רק בפני המשכיר הבעל חוב, ולא שלא בפניו. משא"כ בחמור סתם דקונים חמור אחר מחמת עצם חובת השכירות דמעיקרא, ומשו"ה קונים אותו בחצי הדרך אף שלא בפני המשכיר ובלי בית דין.

גמ'. רב סבר לא מכלינן קרנא ושמואל סבר מכלינן קרנא. בשעבוד נכסים דעלמא קיי"ל דבע"ח גובה את הנכסים המשועבדים ומכלינן קרנא דהמתחייב. אך כאן בשכירות החמור, הרי בחיי חמור היה אסור לו לשוכר לכלות קרנא. ולכן סובר רב דה"ה לאחר מיתה נמי לא מכלינן קרנא וכדין השכירות מחיים, דשכירות החמור לא הפסיקה עם מיתתה וממשיכה לאחר מיתה. וכן משמע ממש"כ בש"מ בשם הר"ן דכ' וז"ל דהכא חמור זה קאמר ובין חי ובין מת חמור מקרי שעבודי משעבד ליה עכ"ל. ור"ל דהשכירות ממשכת לאחר מיתה ובחיובי שכירות לא מכלינן קרנא. ואילו שמואל סובר דאין לדמות

לאחר מיתת החמור לבחיי החמור, כי בחייו החמור היה ראוי להשתמשות של השוכר, ומשו"ה בדין שישתמש בו ולא יכלה קרנא. משא"כ אחרי מיתת החמור דא"א לו לשוכר להשתמש בו, דאז אפשר לו לשוכר גם לכלות את הקרנא דהחמור המת כמו הדין בכל שעבוד נכסים, כי השכירות נהפכה לשעבוד נכסים דעלמא דחל על גופו דהחמור המת.

גמ'. יבש האילן. עיין בש"מ (דף עט. ד"ה יבש) שהביא מחלוקת בין הריטב"א ובין הרשב"א, דלריטב"א מירי דוקא במשכנתא דסורא ולא במשכנתא דנכייתא, ועיין בסוגית הגמרא לעיל (דף סז:) ובתוס' שם ד"ה במישלם ולקמן (דף קט:) במחלוקת אביי ורבא. אך רש"י לקמן (דף קט: ד"ה ההוא) והרשב"א סבורים דמיירי אף בנכייתא כמו בסורא. ועלינו לבאר את יסוד מחלוקתם.

ועיין בריטב"א שכתב וז"ל דבמשכנתא בנכייתא פשיטא דשניהם אסורים בו וגם אין לו למכרם וליקח לו קרקע כיון שהקרן שלו קיים וגם אינו גובה חובו עד הזמן שפסק עכ"ל. ומבואר דהריטב"א השיג על רש"י משני טעמים: א) לריטב"א שדה דנכייתא דומה לשאר שדות הלוה המשועבדים, ואם א"א לגבות מפירות דנכייתא יפרע המלוה משדה אחר. והא דהמלוה לוקח את הפירות דנכייתא ס"ל דהוי בתורת גבייה מהלוה. אך אין למלוה קנין, ומשו"ה אינו יכול למכר את העץ שיבש אלא רק לגבות מנכסים אחרים. משא"כ משכנתא דסורא דהוי כמכר שהחוב פרוע הוא מיד בשעה שקבל את המשכנתא, ולא שייך שיתבע המלוה את חובו מנכסים אחרים של הלוה. ומשו"ה בי"ד מוכרים את הקרקע דמשכנתא הקנויה למלוה וקונים לו קרקע אחר שיאכל ממנה פירות. משא"כ בנכייתא דמה שאוכל המלוה את הפירות אינו בתורת מכר אלא בתורת גביית שעבוד החוב, וא"כ אם יבש האילן עדיין יכול המלוה לגבות את חובו מנכסים אחרים של הלוה ואין לו זכות למכור את הקרקע דמשכנתא דאינה שלו ורק משועבדת לחובו. משא"כ במשכנתא דסורא דאין המלוה יכול לגבות את החוב מנכסים אחרים שהרי הוא קנה את המשכון תחת החוב בתורת מכר. ב) בנכייתא זמן הגבייה והפרעון עוד לא הגיע ולא יגיע עד כלות השנים, דכל שנה ושנה יורד החוב, אך לסכום הנשאר לא הגיעה שעת הגבייה כלל, וא"כ איך יקח המלוה את הקרן לעצמו טרם באה שעת גביית שאר החוב. ומאידך רש"י והרשב"א סבורים שיש למלוה קנין מיוחד באותו השדה הממשכן לו בנכייתא. דהרי ר' יצחק סובר שבע"ח קונה משכון (קידושין דף ח:) (עיין לעיל ברשימות שיעורים לדף מט. ד"ה בענין משכון אליבא דר' יצחק). אך ס"ל ר' יצחק הכי רק במשכון דמטלטלין הנמסר לרשות המלוה ושקונה בו קנין מדין פרעון, וכדמבואר לעיל בשיעורים. אך בקרקע דנכייתא לא חל הדין דר' יצחק משום דרק במטלטלין דיש למלוה

תפיסה בהן ס"ל דכגביין דמיין, משא"כ בקרקע. ומ"מ נראה דלרש"י והרשב"א מקצת קנין נמי חל בקרקע דנכייתא, דהיינו דהא דאוכל המלוה את פירות המשכנתא אין זה מדין גביית חוב בעלמא כדס"ל לריטב"א, אלא משום שהלוה הקנה למלוה קנין בעצם גוף המשכון לענין פירותיה, וקונה המלוה את הפירות מדין שלו ולא רק מדין גביית שעבודי חוב בעלמא. ומכיון שיש למלוה קנין בעצם המשכון לענין פירותה משו"ה ביבש האילן יש לו גם זכות בעצם הקרקע למוכרה כדי לקנות קרקע אחרת ולאכול את פירותיה. וא"א ללוה לסלקו ולהגבותו מקרקע אחרת המשועבדת לו, דהא יש למלוה קנין לפירות בקרקע דמשכנתא בנכייתא עצמה, ומשו"ה אף יכול למוכרה ולקנות קרקע אחרת בדמיה. ומאחר שמוכר קרקע שיש לו בו קנין לכן גם אינו צריך להמתין עד שיגיע זמן הפרעון דהא יש לו קנין בעצם הקרקע[471].

והנה הגמרא השווה את מיתת החמור בשכירות עם יבש האילן במשכנתא אליבא דרב הסובר דלא מכלינן קרנא. ונראה לבאר דבחמור סובר רב דיש לשוכר רק זכות השתמשות בחמור חי של המשכיר ולא מכלינן קרנא. וה"ה במשכנתא ס"ל שיש למלוה זכות וקנין פירות דוקא בקרקע של הלוה ולא מכלינן קרנא כדי לשלם למלוה את פירותיו. ואילו שמואל סובר שכשמת החמור זכות בהשתמשות נהפכת לשעבוד נכסים דעלמא ומכלינן קרנא, דה"ה ס"ל במשכנתא, דביבש האילן דא"א למלוה לקחת פירותיו מהשדה דמשכנתא דאז זכות ההשתמשות נהפכת לשעבוד נכסים וגובה את חובו מדין שעבוד נכסים דעלמא ומשו"ה מכלינן קרנא כדין גביית חוב.

בענין החזרת השדות לבעליהן ביובל

א.

מכירת שדות בזמן היובל: קנין לזמן או אפקעתא דמלכא

יל"ע בדין יובל בשדה הנמכרת בא"י החוזרת לבעליה שמכרה ביובל, האם המכירה חלה מעיקרא חלה כמכירה לעולם אלא שבשנת היובל חלה אפקעתא דמלכא העוקרת את הקנין ומחזרת את השדה לבעליה הראשונים, או"ד דעצם המכירה מעיקרא מוגבלת וחלה רק עד לזמן היובל, דהיינו דהלוקח את השדה מלכתחילא קונה אותה רק עד שנת היובל בלבד, ואינו קונה אותה בקנין לעולם אלא רק בקנין לזמן עד שנת היובל.

[471] ואמר רבינו זצ"ל שיש בזה דין הפוך, דהיינו שבמשכון דמטלטלין דחל בו דין דר' יצחק המלוה קונה את גוף המשכון שיכול לקדש בו אשה, ומ"מ אסור לו להשתמש עם המשכון ולאכול פירות. ודלענין זה המשכון הוי של הלוה. ואילו בקרקע דמשכנתא הוא הפוך דלענין השתמשות ואכילת פירות המשכנתא של המלוה ולענין גוף הדבר לקדש בו אשה המשכנתא של הלוה ולא של המלוה.

ולכאורה יש בספק זה סתירה בין הסוגיות. דלקמן (דף קט.) איתא דבקונה שדה בזמן שיובל נוהג הלוקח מחזיר רק את השדה עצמה ולא את השבח שהשביחה משום ד"דזביני מעליא הוא ויובל אפקעתא דמלכא". ומשמע מזה דמלכתחילא הקנין חל כקנין גמור לעולם אלא דבשנת היובל חלה אפקעתא דמלכא העוקרת את הקנין ומחזרת את השדה לבעליה הראשונים.

ומאידך בגיטין (דף מח.) איתא וז"ל א"ר יוסף אי לאו דאמר ר' יוחנן קנין פירות כקנין הגוף דמי לא מצא ידיו ורגליו בביהמ"ד, דא"ר אסי א"ר יוחנן האחים שחלקו לקוחות הן ומחזירות זה לזה ביובל, ואי ס"ד לאו כקנין הגוף דמי לא משכחת דמייתי ביכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון עכ"ל. ומבואר בגמרא אליבא דר' יוסף דבזמן שהיובל נוהג הקנין חל רק כקנין פירות בלבד, ולכן דן בו האם כקנין הגוף דמי להביא ביכורים מהשדה או לא. ולכאורה מוכח דחלות הקנין אינו חלות קנין לעולם דא"כ למה הוי רק קנין פירות בלבד, בדין הוא שיהיה קנין הגוף. ומוכרח דחל הקנין רק עד לזמן היובל בלבד ולא לעולם, ומשו"ה אינו חל כקנין הגוף אלא רק כקנין פירות בלבד. ומשמע מכאן דהקנין בזמן שהיובל נוהג מוגבל הוא בזמן ואינו חלות קנין לעולם, דדין יובל חל בעצם המכירה מעיקרא לצמצמה ולהגבילה לקנין פירות דחל רק עד לזמן היובל, ואין הקנין חל כקנין הגוף לעולם.

והנה לכאורה יש להביא ראייה לחקירתנו מגמרא דידן, דאיתא וז"ל והא הכא כיון דכי מטי יובל קא הדרא ארעא למרא וקא כליא קרנא עכ"ל, דמצד אחד יש לפרש דר"ל דלמעשה תוחזר השדה ליובל למוכרה ואז הלוה יפסיד את קרנו. אך מצד שני י"ל דהגמרא ר"ל דעצם הקנין של הקרקע מוגבל לזמן, ומשעה הראשונה של הקנין כבר כליא קרנא דהלוה, כי הקנין אינו חלות קנין לעולם אלא רק חלות קנין עד לזמן היובל בלבד. אך נראה דהפשט בגמרא הוא כפירוש הראשון דהיינו דבמציאות קא כליא קרנא, ולא דמייתי הגמ' ראייה מעצם חלות הקנין דהוי קנין לזמן ולא קנין לעולם, דהא הגמרא ממשיכה וז"ל הב"ע דזבין לה לס' שנה עכ"ל, וכתבו בתוס' (ד"ה במוכר שדהו לס' שנה) וז"ל כיון דלזמן ארוך כ"כ מכר לו לא חשיב כליא קרנא עכ"ל, ומבואר דתוס' פרשו הגמ' בפשטות כי במציאות לא כליא קרנא מדהוי הזמן ס' שנה דארוך כ"כ. וחזינן דכליא קרנא אינו תלוי בחלות שם הקנין ע"פ דין - אי חל כקנין לזמן או כקנין לעולם - אלא דתלוי במציאות אי כליא קרנא או לא.

ועוד יש ראייה לכך מסוף הגמרא דאמרינן "זמנין דשלמי שני משכנתא מקמי יובל, א"נ דמטו ליה זוזי ופריק לה ד' וה' שנין מקמי יובל", והרי כאן ע"פ דין כלייא קרנא כי השדה

חוזרת ביובל למוכר אלא דבמציאות הלוה ירוויח עוד כמה שנין דאכילת פירות, והא עדיף משריפת העצים מצד דין כליא קרנא, ומוכח דכליא קרנא נקבע במציאות הדברים ולא בחלות דין המכירה.

ועוד נראה כי אם היינו מפרשים דהגמ' מלכתחילא התכוונה לומר דביובל כליא קרנא משום דהקנין מוגבל עד לזמן היובל בלבד ואינו חל כקנין לעולם, היה יוצא דכשהגמ' אוקמה במוכר לס' שנה, דהקנין לס' שנה עדיף וחזק יותר מקנין דעלמא החוזר ביובל. כלומר דהיה יוצא דעצם חלות הקנין לס' שנה מהווה קנין הגוף, ואילו קנין החוזר ביובל הוי רק חלות קנין פירות. ולכאורה איפכא מסתברא דהקנין ביובל הוי קנין הגוף לעולם, דיובל הוי אפקעתא דמלכא דחל לעקור את הקנין, ואילו הקנין לס' שנה מכיון דחל מעיקרו רק לזמן הוי קנין חלש יותר דהוי רק קנין פירות ולא קנין הגוף. אלא מוכח מכ"ז דהגמרא משתעי במציאות ולא בעצם חלות דין הקנינים.

ב.

האם מועיל תנאי ביובל

עיין בשיטה מקובצת (דף ע"ט ע ד"ה הב"ע) שהביא מחלוקת בין הראשונים האם תנאי מועיל למי שמכר שדהו בא"י ע"מ שלא תחזירנה ביובל כמו דמועיל תנאי במלוה ע"מ שלא תשמטיני בשביעית (מכות דף ג:) מדהוי תנאי שבממון, כי יכול אדם להתנות תנאי על מה שכתוב בתורה בתנאי שבממון דתנאו קיים. ויש מהראשונים שהביאו ראייה ממה שגמרתנו לא הזכירה תנאי ביובל דחזינן מכך דתנאי אינו מועיל בו. ואילו ראשונים אחרים דחו את הראייה מהגמרא, עיין בשיטה מקובצת. ועלינו לבאר את יסוד מחלוקתם.

ועיין בחדושי הרמב"ן למס' מכות (דף ג: ד"ה ודאמרינן) וז"ל כתב הרב הנזכר (הרמב"ם) ז"ל דה"ה ליובל שתנאו קיים[472]. וצריך תלמוד שהרי מקרא צווח (ויקרא כ"ה: כ"ג) לא תמכר לצמיתות שלא יעשה דבר שמכירתו תהא לצמיתות, כדדרשינן לא יאכל לא יהא בו היתר אכילה. ועוד אני אומר שזה הכתוב אזהרה למוכר הוא שלא ימכור לצמיתות, וכל היכא דלמוכר אזהר רחמנא ליכא תקנתא בתנאין דלא דבר שבממון הוא כיון דמוכר נמי הוא מוזהר ולא מצי מחיל, דמי לריבית דאזהריה רחמנא ללוה ולא מצי לאתנויי ע"מ שלא יהא בו משום ריבית עכ"ל.

[472] לא נמצא דין זה בנוסחת הרמב"ם שלנו במשנה תורה. ועיין בהגהות הרה"ג משה הרשלר זצ"ל על חדושי הרמב"ן למס' מכות שם.

ומבואר דאליבא דהרמב"ם חל תנאי למכור קרקע בא"י לצמיתות בזמן שיובל נוהג. והרמב"ן פליג וסובר דתנאי אינו מועיל. טענה הראשונה של הרמב"ן היא שפשטות דהקרא מונעת את זה וכדכתיב "לא תמכר" דר"ל בשום אופן לא תמכר ואפילו בתנאי. ויעויין ברשב"א וז"ל י"ל דלכ"ע אין תנאי מועיל ביובל שאין אדם מתנה על מה שאינו שלו שכן כתוב ביובל והארץ לא תמכר לצמיתות כי לי הארץ ע"כ. והנמוקי יוסף (לעיל דף נא.) ד"ה ע"מ כ' וז"ל דלא מהני תנאה ביובל כלל וטעמא דאין לו זכות כדי להתנות עליה משום שאינה שלו שהיא קדש לה' דכתיב כי לי כל הארץ עכ"ל. ומבואר דלפי הרשב"א והנ"י הגזה"כ "והארץ לא תמכר לצמיתות כי לי כל הארץ" אינה גזיה"כ בעלמא, אלא היא גזה"כ דליכא בעלות להדיוט למכר א"י לצמיתות, מכיון דקדושת הארץ כוללת חלות בעלות שמים על ארץ ישראל הפוגמת את בעלות ההדיוט ומונעתו מלמכר את הארץ לצמיתות דלענין זה אין הארץ של ההדיוט אלא של השי"ת.

ונראה שיש להביא סמך לשיטת הרשב"א ממה דאיתא בסוגיין "מנין למוכר שדהו לשישים שנה שאינה חוזרת ביובל שנא' והארץ לא תמכר לצמיתות, מי שאין שם יובל נצמתת יש שם יובל אינה נצמתת יצתה זו שאע"פ שאין שם יובל אינה נצמתת". די"ל דאין זו רק גזיה"כ אלא הלכה דאם מוכר השדה לצמיתות אזי יובל מחזיר את השדה - כי אינו בעלים למכר השדה לצמיתות, ואילו למכר לס' שנה הוי בעלים, ומשו"ה יובל אינו מחזיר.

וטענה שניה כתב הרמב"ן דהיינו דאיסור מכירה לצמיתות אינו דבר שבממון מכיון דלמוכר נמי אזהר רחמנא והוא לא מצי מחיל. ונראה דהרמב"ן אזיל לשיטתו (עיין בחידושי הרמב"ן ב"ב דף קכו: ד"ה הרי זו) דתנאי שבממון מועיל רק מדין מחילה, דבלי"ז א"א להתנות על עצם החלות שלא יחול דין תורה, והמוכר אינו בר מחילה למכור לצמיתות, דע"ז אזהרתיה התורה שלא ימחול. והביאור בזה הוא דדין דיובל אינו זכות של המוכר אלא הוי דין בפני עצמו, ואינו בעלים עליו למוחלו[473].

אך נראה שיש לתלות את השאלה של התנאת תנאי ביובל בחקירה הנ"ל - האם דין יובל חל בעצם המכירה מעיקרא לצמצם את עיקר חלותה, ולהשוות את הקנין לחלות קנין לזמן וקנין פירות, או דיובל אינו פוגם את עצם חלות הקנין דמעיקרא, והקנין דמיעקרא חל כקנין הגוף לעולם אלא דיובל הוי חלות דין אפקעתא דמלכא דחל בשעת היובל להפקיע את הקנין מכאן ולהבא. ונראה דתנאי שבממון ע"מ שכתוב בתורה כשהוא מועיל הוא מועיל לשנות את עצם המעשה ואת החלות דמעיקרא. ולמשל כשמתנה איש

[473] עיין עוד ברשימות לעיל (דף נא.) בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה (אות ו').

עם ארוסתו שמקדשה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה דמועיל לר' יהודה כיון דהוי תנאי שבממון (עיין בגמ' דף צד.), עצם חלות הקידושין דמעיקרא השתנה מחמת התנאי, דחל חלות קידושין בלי חיובי שאר כסות ועונה. דחלק מחלות קידושין דעלמא הוי חיובי שאר כסות ועונה. והתנאי קובע חלות קידושין מחודשת דחלה בלי חיובי שאר כסות ועונה דהקידושין עצמו הוי קידושין שאינו גמור. וי"ל דה"ה בתנאי בהשמטת שביעית. דכל מלוה בעלמא מלכתחילא חל רק עד לשביעית, דהשמטת המלוה בשביעית נעשה חלק מעיקר חלות וזמן דהמלוה דמעיקרא. ובתנאי דע"מ שלא תשמיטנו בשביעית עצם חלות דהמלוה דמעיקרא השתנה, דחלה בלי חלות זמן השמטה בשביעית, דהיינו דזמן המלוה הוי לעולם ואינו רק עד סוף שנת השביעית בלבד. וביובל נמי, אם נימא דדין יובל חל בעיקר חלות המכירה דמעיקרא, דהיינו דהמכירה חלה מעיקרא רק עד לזמן היובל, אזי שפיר ניתן להתנות בה תנאי כדי לשנות את עצם חלות המכירה מחלות מכירה לזמן עד ליובל למכירה דחלה לעולם, דהוי דבר שבממון דהתנאי קיים. מאידך אם נימא דחלות דין יובל הוי אפקעתא דמלכא, דהמכירה מעיקרא חלה כקנין הגוף לעולם, ויובל הוי אפקעתא דמלכא דחל לאחר זמן בשעת היובל לעקור את הקנין ולהחזיר את השדה מכאן ולהבא, אזי י"ל דא"א להתנות תנאי ביובל. כי הדין דיובל מחזיר השדה לבעלים הראשונים אינו דין שחל בעיקר המעשה וחלות המכירה דמעיקרא, ותנאי מועיל רק לשנות את עיקר המעשה ואת עצם החלות, וזה לא שייך ביובל דאינו חל בעיקר המכירה אלא הוי אפקעתא דמלכא שחל לאחר זמן בשעת היובל להפקיע את הקנין מכאן ולהבא. ולפי"ז יוצא דלפי הרמב"ם (וכדנקט בו הרמב"ן) דס"ל דתנאי מועיל ביובל א"כ מבואר דהרמב"ם סובר דדין יובל חל בעיקר המכירה להשוותו קנין לזמן, ואילו לשיטת הרמב"ן דתנאי אינו מועיל ביובל, יובל הוי חלות דין אפקעתא דמלכא - דחל לאחר זמן בשעת היובל, ואילו עצם הקנין דמעיקרא חל כקנין הגוף ולעולם[474].

ג.

שיטת הרמב"ם בדין יובל ובדין מכירת שדה בא"י לצמיתות

הרמב"ם סובר (כדנקט בו הרמב"ן) שתנאי מועיל ביובל, ולכאורה מזה מוכח דס"ל דמכירה ביובל הוי חלות קנין לזמן, דדין יובל מצמצם את עיקר חלות הקנין דמעיקרא משעת המכירה, לחלות קנין עד זמן היובל. ומשו"ה ס"ל דאפשר להתנות תנאי בעצם המכירה ולבטל דין דיובל דלא יחול בה ודלהוי חלות קנין לעולם (וכדנתבאר לעיל באות

[474] ע"ע בשיעורים לעיל (דף נא.) בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה אות ז'.

ב'). ונראה להביא סמוכים לכך דשיטת הרמב"ם היא דמכירה ביובל חלה כקנין לזמן ולא כקנין לעולם.

א) עיין ברמב"ם (פכ"ג מהל' מכירה הל"ו) וז"ל ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם עכ"ל. וכ' הראב"ד וז"ל איני מוצא מוכר לזמן קצוב שיבנה ושיהרוס כו' אפשר מוכר שדה לששים שנה או לחמישים שנה או לארבעים שנה שיעשה בו כל חפצו כל ימי המכר מפני שהוא כמוכר בזמן היובל עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם השווה מכירת קרקע לזמן למכירת קרקע בא"י בזמן שהיובל נוהג, והראב"ד מסופק האם אפשר להשוותן. ומבואר מכאן דהרמב"ם סובר דחלות המכירה בזמן היובל חלה כחלות מכירה לזמן, דעצם המכירה מעיקרא חלה רק עד לזמן היובל. ואילו הראב"ד מסופק דדלמא שאני מכירה בזמן דיובל דעצם המכירה חלה לעולם, אלא כשמגיע שנת היובל בא יובל ומפקיע את הקנין מדין אפקעתא דמלכא, ומשו"ה ס"ל שאין לדמותו לקנין לזמן קצוב.

ב) כתב הרמב"ם (פי"א מהל' שמיטה ויובל הל"א) וז"ל א"י המתחלקת לשבטים אינה נמכרת לצמיתות שנא' והארץ לא תמכר לצמיתות, ואם מכר לצמיתות שניהם עוברין בלא תעשה ואין מעשיהן מועילין אלא תחזור השדה לבעליה ביובל עכ"ל. ודייק המל"מ דלהרמב"ם שניהם עוברים בלאו אולם אינם לוקים, וכדמשמע מהרמב"ם (פי"ט מהל' סנהדרין הל"ד) דהשמיט המוכר שדהו לצמיתות מחיובי המלקות. וצ"ע למה אינם לוקים, שהרי עשו מעשה מכירה לצמיתות ועשו מעשה קנין, וא"כ לכאורה הו"ל לאו שיש בו מעשה דלוקין עליו. וכן פסק בס' החינוך (מצוה של"ט) דלוקין אלאו דצמיתות דהו"ל לאו שיש בו מעשה, וצ"ע למה להרמב"ם אינו לוקה. ויעויין בסה"מ (מצות ל"ת רכ"ז) בלאו דמכירת א"י לצמיתות דכ' הרמב"ן בהשגותיו וז"ל ואפשר עוד שנאמר שהיא מניעה שלא יאמרו בפירוש הריני מוכרה לך לעולם אפילו לאחר היובל ואע"פ שאין זה מועיל דקי"ל כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, והיינו טעמא דלקי משום דעבר אהורמנא דרחמנא כמו שהוא מוזכר בראשון של תמורה (ד:) וכ"כ בחבורו הגדול שאם מכר לצמיתות שניהם עוברים בל"ת ואין מעשיהם מועלין, אבל אין זה מתנהג יפה בסוגיא ההיא, שלא הוזכר זה במחלוקתם של אביי ורבא עכ"ל. ונראה דהרמב"ן הסכים להרמב"ם דהמכירה לצמיתות אינה חלה, אך טוען דלוקין על שעשה מעשה מכירה ועבר אהורמנא דרחמנא, וכדאיתא בתמורה דאף אי עבד לא מהני מ"מ

לוקה על שעבר אהורמנא דרחמנא, כלומר שלוקה על שעשה מעשה העבירה ואע"פ שהמכירה לא חלה. דה"ה במכירה לצמיתות שלוקה. ושיטת הרמב"ם שאינם לוקין צ"ע. וביאר מרן הגר"מ זצ"ל די"ל דהרמב"ם ס"ל דשאני האיסורים דבמס' תמורה (ד:) דלוקה על עצם מעשה העבירה, דעל מעשה העבירה הוא דהזהיר רחמנא, דלא הזהירה התורה על החלות - דהרי לא חלה החלות - דס"ל דאי עבד לא מהני. ומאחר דעבר על הלאו בשלימות - דהלאו הוא על מעשה העבירה משו"ה לוקה עליו. משא"כ במוכר שדה בא"י לצמיתות בזמן שהיובל נוהג י"ל שהתורה לא הזהירה על עצם מעשה המכירה לצמיתות אלא על החלות של מכירה לצמיתות. ומשו"ה הרמב"ם סובר דאינו לוקה דמאחר שלא חלה חלות המכירה לא עבר על הלאו בשלימות ומשו"ה אינו לוקה. וביאר הגר"מ זצ"ל דמש"כ הרמב"ם "ואם מכר לצמיתות שניהם עוברין בלא תעשה ואין מעשיהן מועילין" ר"ל דעצם הלאו גופא מבטל את המכירה והלאו עצמו מונע חלות מכירה לצמיתות, ומשו"ה אינו לוקה דלא עבר על הלאו בשלימות. משא"כ בסוגיא דתמורה בדין כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, ס"ל לרבא דלוקין משום דהתם עצם הלאו הוא על מעשה העבירה, וזהו כוונת רבא בסוגיא דתמורה (ד:) "והאי דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא" - דהלאו היא על מעשה העבירה ולכן אע"פ דלא מהני לוקה משום דעבר על הלאו בשלימות. והרמב"ם סובר דהיכא דעצם האיסור היא החלות אזי גוף הלאו מונע החלות מלחול, אולם מ"מ מיקרי דעבר על האיסור, ואינו לוקה משום דלא עבר על הלאו בשלימות. ונמצא דהיכא דגוף הלאו סותר את המלקות שבו ועוקר את עצמו, בכה"ג סובר הרמב"ם דנשאר האיסור ומיקרי דעבר על איסור, אלא דליכא מלקות דלא עבר על הלאו בשלימות.

והגר"מ זצ"ל הביא ראייה ליסוד הזה ממה שפסק הרמב"ם לגבי האיסור של מכירת מעשר בהמה, (בפ"ו מהל' בכורות הל"ה) וז"ל מעשר בהמה אסור למוכרו כשהוא תמים שנאמר בו לא יגאל. מפי השמועה למדו שזה שנאמר לא יגאל אף איסור מכירה במשמע שאין נגאל ואינו נמכר כלל. ויראה לי שהמוכר מעשר לא עשה כלום ולא קנה לוקח. ולפיכך אינו לוקה כמוכר חרמי כהנים שלא קנה לוקח וכמוכר יפת תואר כמו שיתבאר במקומו, עכ"ל. ועיין ברמב"ם (בפ"ח מהל' מלכים הל"ו) לגבי האיסור למכור יפת תאר וז"ל ואם מכרה עובר בלא תעשה שנא' ומכר לא תמכרנה בכסף, ואם מכרה אינה מכורה ומחזיר הדמים עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק שהמוכר מעשר בהמה, חרמי כהנים, ויפת תואר עובר בלא תעשה אך אינו לוקה עליהם מפני שהקנין אינו חל. וצ"ע דאם עבר על הלאו אמאי אינו לוקה והרי עשה מעשה מכירה וא"כ לכאורה הוי לאו שיש בו מעשה

דלוקין עליו. וביאר הגר"מ זצ"ל שהדין תלוי ביסוד דין האיסורים האלה: האם עיקר איסורם הוא מעשה המכירה או חלות המכירה. דאם עיקר איסורם הוא מעשה המכירה א"כ ע"י מעשה המכירה קעבר על הלאו בשלימות והוי לאו שיש בו מעשה דלוקין עליו. משא"כ אם עיקר האיסור הוא החלות אזי י"ל דמאחר שלא חלה המכירה ולא קנה הלוקח, דגוף הלאו מבטל את חלות הקנין אינו לוקה, ומשו"ה פסק הרמב"ם במכירת מעשר בהמה ויפת תואר וחרמי כהנים דעבר על ל"ת אבל אינו לוקה עליהם. ומבואר מזה דהיכא דגוף הלאו מונע את החלות מלחול ומשו"כ לא יעבור על הלאו דאמרינן שעבר על האיסור אבל אינו לוקה דלא עבר על הלאו בשלימות[475]. ולכאורה מבואר מזה דהרמב"ם חולק על שיטת הרשב"א והנמו"י דהגזה"כ "דהארץ לא תמכר לצמיתות כי לי כל הארץ" היא גזה"כ דליכא בעלות להדיוט למכר א"י לצמיתות, דלהרשב"א הקנין אינו חל מחמת חסרון בעלות למכור א"י לצמיתות. ואילו להרמב"ם הקנין אינו חל מחמת שגוף האיסור מבטל את חלות המכירה.

ולפי"ז נראה דהרמב"ם ס"ל דדין יובל חל בעצם חלות המכירה לשנות את חלות זמן המכירה מחלות קנין לעולם להיות חלות קנין לזמן דחל רק עד ליובל ולא לעולם, ושוה לקנין לזמן בעלמא. והרמב"ם אזיל לשיטתו דס"ל דיש איסור לעשות חלות קנין לעולם, וגוף האיסור מונע ומבטל חלות הקנין. ואי אפשר לומר דמכירה עד יובל הוי מכירה לעולם אלא דבשנת היובל חלה אפקעתא דמלכא להפקיע את הקנין מכאן ולהבא דהרי נתבאר דלשיטת הרמב"ם מכירה לעולם בטלה ולא חלה כלל, ורק חלה לעבור על האיסור ד"והארץ לא תמכר לצמיתות".

ועיין ברמב"ם (פ"ג מהל' מע"ש הל"י) שכתב וז"ל מע"ש ניתן לאכילה ושתיה כו' ואסור להוציאו בשאר צרכיו כגון ליקח בו כלים ובגדים ועבדים שנא' לא נתתי ממנו למת כלומר לא הוצאתי אותו בדבר שאינו מקיים את הגוף, ואם הוציא ממנו בשאר דברים אפי' בדבר מצוה כגון שלקח ממנו ארון ותכריכין למת מצוה ה"ז אוכל כנגדו בתורת מעשר עכ"ל. ודייק ברדב"ז דלרמב"ם ליכא מלקות, והשאיר את פסק הרמב"ם בצ"ע. וביאר הגר"מ זצ"ל דאף כאן הביאור הוא דאיסור גמור חל רק כשמתחלל המע"ש לחלוטין על שאר הדברים, אך עצם האיסור מונע את חלות החילול שתתקיים - דפקעה

[475] עיין בחידושי הגר"מ הלוי פ"ג מהל' מע"ש ה"ה ובהוספה שם. והדברים עדיין צ"ב. ואולי יתכן לפרש כוונת הגר"מ דכשמכרו לצמיתות החלות קנין חלה לרגע כדי שיעברו על האיסור ד"הארץ לא תמכר לצמיתות", ומיד בב"א כשעבר על הלאו אזי האיסור מפקיע את חלות המכירה והקנין. כלומר שיש כאן תרתי דסתרי בעצם חלות המכירה - אי חלה או לא - ומשו"ה פסק הרמב"ם דאסור לעשות כן אך אינו לוקה עליו, דמאחר שלא חל הקנין הוי איסור שאינו גמור ולא עבר על הלאו בשלימות.

מחמת האיסור, ויש תרתי דסתרי בעצם האיסור שעשה, ומשו"ה עבר על איסור שאינו גמור ואינו לוקה.

אולם עיין במנחת חינוך (מצוה של"ט אות כ"ד) שתירץ דיתכן לומר דהרמב"ם ס"ל כשיטת הראשונים ד"כי לי כל הארץ" ר"ל שא"י שייכת להקב"ה וליכא בעלות להדיוט להחיל בו קנין ממון לעולם, והרמב"ם פסק כרבא דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, ובעלמא לוקה משום דעבר על מימרא דרחמנא, כלומר משום מעשה העבירה, משא"כ במכר שדה בא"י לצמיתות דלא אהני מעשיו משום דאין לו בעלות למכור א"י מלבד הטעם דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני אזי הרמב"ם ס"ל דאינו לוקה[476].

ד.

שיטת הרמב"ן ביסוד האיסור ד"והארץ לא תמכר לצמיתות"

כתיב (ויקרא כ"ה: כ"ג) "והארץ לא תמכר לצמיתות כי לי הארץ כי גרים ותושבים אתם עמדי" ובפרש"י (שם עה"ת) כתב וז"ל ליתן לאו על חזרת שדות לבעלים ביובל שלא יהא הלוקח כובשה עכ"ל. אליבא דרש"י האיסור חל על הלוקח כשאינו מחזיר את השדה לבעליו בשנת היובל, ולא שייך לעצם מעשה וחלות המכירה. ופליג עליו הרמב"ן (שם בפירושו עה"ת) וז"ל ויתכן שיהיה "לא תמכר לצמיתות" לאו במוכר, שלא ימכרנה לחלוטין לומר הריני מוכרה לך לעולמים גם אחרי היובל, ואע"פ שהיובל מפקיעה, הזהיר הכתוב למוכר או לשניהם שלא יעשו ממכרם לצמיתות, ואם אמרו כן יעברו בלאו הזה, ולא יועיל להם כי תחזור ביובל, וכן פירשו הר"ר משה. והטעם בזה כי בידוע בדעות בני אדם שאם יעשו ממכרם מתחילה כמספר שנים עד היובל יקל בעיניהם הענין, ואם יקנה לחלוטין תקשה בעיניו החזרה מאד. ויהיה כענין מאי דאמר רחמנא לא תעביד אי עבד לא מהני ולקי משום דעבר אהורמנא דמלכא עכ"ל. ומבואר דאליבא דהרמב"ן האיסור חל על המוכר או על שניהם לעשות מעשה מכירה לעולם במפורש, והאיסור הוי בעצם מעשה המכירה וכדמבואר בפירושו. ונראה דהרמב"ן סובר דהדין דיובל הוי חלות אפקעתא דמלכא, דבעצם מכירת קרקע חלה לעולם, ובא היובל אח"כ ועוקר את הקנין ומחזיר את השדה לבעלים הראשונים. ומשו"ה אין ברשות ובכח המוכר והלוקח לשנות את עצם דין היובל מדהוי אפקעתא דמלכא דחל בשנת היובל מן שמים. דהדין דיובל אינו דין שחל בעצם חלות המכירה דמעיקרא דהויא רק מכירה

[476] ולפי"ז גם לרמב"ם ליכא תנאי ביובל דמופקע מדין "כי לי כל הארץ" דלית ליה להדיוט בעלות בארץ כדי למוכרו לצמיתות בשום אופן ושלא כדנקט הרמב"ן דלרמב"ם יש תנאי (רבינו זצ"ל).

לזמן עד היובל, ולכן הרמב"ן סובר דהאיסור ד"לא תמכר" אינו שייך לחלות המכירה, דבין כה וכה החלות הויא חלות מכירה לעולם, ואין נ"מ אי אמרו זה בפירוש או לא מ"מ הויא אותה חלות מכירה לעולם, אלא דהאיסור הוא לומר בפירוש דהמכירה היא לצמיתות ולשיטת הרמב"ן האיסור ד"ולא תמכר לצמיתות" הוא איסור דחל במעשה המכירה, דיסוד האיסור הוא לומר במפורש דהויא מכירה לעולם, ואע"פ דמכירה עד יובל הויא חלות מכירה לעולם, ויובל מפקיע את המכירה לאחר זמן בשעת היובל מדין אפקעתא דמלכא.

ברם מה שהשווה הרמב"ן בפרושו עה"ת את שיטתו לשיטת הרמב"ם לכאורה איננו נכון, דלפי מש"נ (לעיל אות ג') הרמב"ם ס"ל דיובל אינו דין אפקעתא דמלכא דחל אח"כ בשנת היובל להפקיע את הקנין, אלא דיובל חל בעיקר חלות המכירה דמעיקרא כדי להשוותה חלות מכירה לזמן דחלה עד שנת היובל בלבד. והרמב"ם סובר דהאיסור ד"לא תמכר לצמיתות" הוא להחיל חלות מכירה לעולם, אלא דהאיסור מיד מפקיע את חלות המכירה מלחול לעולם וקובעתה למכירה לזמן, ומשו"ה הוי איסור שאינו גמור שאינו לוקה עליו (וכנדתבאר לעיל באות ג'). אולם לכאורה הרמב"ן סובר דיובל הוי חלות דין אפקעתא דמלכא, וס"ל דיסוד האיסור דלא תמכר לצמיתות הוא במעשה המכירה, וכדנתבאר.

אך נראה דרש"י עה"ת אכן קבל את יסודו של הרמב"ן דיובל הוי דין אפקעתא דמלכא, ושאין בכחם של המוכר והלוקח לשנות את דין יובל כלל כי אינו חל לא במעשה המכירה ולא בחלות המכירה. ומשו"ה ס"ל לרש"י דהלאו דלא תמכר אינו חל במעשה ובחלות המכירה דמעיקרא, אלא חל בקיום מצות החזרת השדה בשנת היובל, דאסור לו ללוקח לכבוש את השדה בשנת היובל ולבטל את קיום מצות היובל להחזיר את השדה שלקח לבעליו. והאחריות דחלה עליו מחייבתו לשלם אף על כל אונס בדומה לגזלן ושואל.

עיין בספר המצוות (מצות ל"ת רכ"ז) שכתב הרמב"ן בהשגותיו וז"ל ולא נתבאר לי ענין המניעה הזאת שאין אדם חייב להזכיר בשעת ממכרו ולומר עד היובל אני מוכר, אבל כל הממכרים נעשים בסתם שדי מכורה לך ביתי קנויה לך והיובל מחזיר המכר לבעליו בין בסתם בין במפורש לעולם כמו שאמרו (ב"מ קט א) יובל אפקעתא דמלכא כו' ואפשר עוד שנאמר שהיא מניעה שלא יאמרו בפירוש הריני מוכרה לך לעולם אפילו לאחר היובל ואע"פ שאין זה מועיל דקי"ל כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עבד לא מהני והיינו טעמא דלקי משום דעבר אהורמנא דרחמנא כמו שהוא מוזכר בראשון של

תמורה (ד:) וכ"כ בחבורו הגדול שאם מכר לצמיתות שניהם עוברין בל"ת ואין מעשיהם מועילין, אבל אין זה מתנהג יפה בסוגיא ההיא שלא הוזכר זה במחלוקתם של אביי ורבא עכ"ל. ונראה דהרמב"ן בספה"מ ס"ל כדפירש בפרושו עה"ת דהאיסור ד"לא תימכר" חל במעשה המכירה ולא בחלות המכירה, מכיון דא"א לשנותה כי חלות המכירה חלות לעולם היא, דיובל חל לאחר זמן בשנת היובל להפקיע את המכירה מכאן ולהבא מדין אפקעתא דמלכא, ואינו חל בעצם חלות המכירה דמעיקרא, ושלא כדביאר הגר"מ זצ"ל ברמב"ם. והרמב"ן תמה על עצמו למה אין האיסור ד"לא תמכר" מוזכר בסוגיית אי עבד לא מהני. אולם לפי"מ שביאר הגר"מ זצ"ל בשיטת הרמב"ם יש לתרץ, דבסוגיא במס' תמורה מיירי באיסורים שיסוד האיסור הוא איסורי מעשה, ולא איסורי חלות, ובכולם לוקין על מעשה האיסור. משא"כ האיסור ד"לא תמכר לצמיתות" הוי איסור לעשות חלות מכירה לעולם, וגוף הלאו מונע החלות מלחול ולפיכך אינו לוקה עליו, דלא נחשב שעבר על איסור גמור והלאו בשלימות, וכדנתבאר לעיל (באות ג') באריכות[477].

ועוד כתב הרמב"ן בסה"מ וז"ל והמובן בלאו הזה מדברי בעל ההלכות שאינו מניעה כלל אבל צוה "ובכל ארץ אחוזתם גאולה תתנו לארץ" לפי שאין הארץ הזאת נמכרת לצמיתות מפני שאינה שלכם אבל אתם גרים ותושבים בה עמו, ולכן לא כתב בעל ההלכות זה הלאו לפי שהוא אצלו שלילות לא מניעה כו' עכ"ל. ונראה דלפי בעל ההלכות אין לבנ"י חלות בעלות גמורה בא"י, כי הקב"ה לא וויתר על עיקר בעלותו בארץ וצמצם איפוא את קנין ההדיוטות. ומשו"ה אין הדיוט יכול למכר את הארץ לצמיתות, כי היא אינה קנויה להם בקנין לעולם אלא רק בקנין לזמן, שהריהם כגרים ותושבים בה. ולפי"ז מסתבר לומר דהדין דיובל קובע את עיקר חלות המכירה דמעיקרא דתחול כמכירה לזמן רק עד שנת היובל, דהמוכר והלוקח אינם יכולים למכור את הארץ לצמיתות דלגבי זה אין הארץ שלהם, ואין אדם מקנה דבר שאינו שלו. ויתכן דלפי בעל ההלכות ליכא איסור אפילו אי יאמרו שמוכרים את הארץ לצמיתות, כי כל דבריהם הויין דברים בטלים ומבוטלים, ולא חלין כלל וכלל, כי אין להדיוט כח לא לעשות מעשה מכירה לצמיתות

[477] ובזה מיושב נמי תמיהת הלח"מ פ"ו מהל' בכורות ה"ה דצ"ע מדוע פסק הרמב"ם דהמוכר מעשר בהמה ויפת תואר וחרמי כהנים אינו לוקה והרי לכאורה קיי"ל כרבא (תמורה ד ב) דאף דאי עבד לא מהני, מ"מ לוקה משום דקעבר על מימרא דרחמנא - כלומר שלוקה משום מעשה המכירה. ואין לומר דהרמב"ם פסק כאביי דאי עביד מהני ומשו"ה לוקה בעלמא וכאן דלא מהני אינו לוקה, דהרי קיי"ל בכל הש"ס דאביי ורבא הלכה כרבא. ולפי"ד הגר"מ זצ"ל י"ל דהרמב"ם פסק בסוגיא דתמורה כרבא דאי עבד לא מהני ולוקה משום דעבר אמימרא דרחמנא. אמנם כ"ז נכון היכא דיסוד האיסור הוא המעשה עבירה ומעשה המכירה, משא"כ במכירת מעשר בהמה ויפת תואר וחרמי כהנים ומכירת שדה בא"י לצמיתות יסוד האיסור הוא החלות קנין, והיכא שלא חל הקנין אף אם אינו חל מחמת גוף הלאו הרמב"ם סובר דאינו לוקה משום שלא עבר על הלאו בשלימות, וכמש"נ. ועיין בחידושי הגר"מ הלוי פ"ג מהל' מעשר שני ה"ח.

ולא לעשות חלות מכירה לצמיתות. וסברא הזו כבר הזכרנו למעלה בשם הרשב"א והנ"י דס"ל דגם תנאי אינו מועיל לשנות דין דיובל, כיון דחסרו בעלים דיכולים להתנות בו תנאי, והיא כמש"כ הרמב"ן כאן בשם בעל ההלכות. ולכאורה נראה דהרמב"ן נמי ס"ל כשיטת הראשונים שאין להתנות תנאי במכירה ביובל, וכסברת בה"ג, דבנ"י אינם בעלים להתנות תנאי בארץ ישראל כי הארץ של הקב"ה היא. אולם הרמב"ן חולק על בעל ההלכות וס"ל דהאיסור הוא לעשות מעשה מכירה למכרנה לחלוטין, ועובר על האיסור כשאומר מפורש הריני מוכרה לך לעולמים גם אחרי היובל, דהאיסור ד"ולא תמכר לצמיתות" הוא איסור דחל במעשה המכירה.

ה.

ביאור סוגיית הגמ' בדף קט. אליבא דהרמב"ם

עיין במשנה לקמן (דף קט.) "המקבל שדה מחבירו לשנים מועטות לא יזרענה פשתן ואין לו בקורת שקמה קיבלה הימנו לז' שנים שנה ראשונה יזרענה פשתן ויש לו בקורת שקמה" ובגמרא שם איתא "אמר אביי בקורת שקמה אין לו בשבח שקמה יש לו, ורבא אמר אפילו בשבח שקמה אין לו, וכו' ת"ש המקבל שדה מחבירו והגיע שביעית שמין לו, שביעית מי קא מפקעא ארעא, אלא אימא המקבל שדה מחבירו והגיע יובל שמין לו, ואכתי יובל מי קא מפקעא קבלנות לצמיתות אמר רחמנא, אלא אימא הלוקח שדה מחבירו והגיע יובל שמין לו, וכי תימא ה"נ שמין לו בירקא וסילקא סילקא וירקא ביובל הפקירא הוא, אלא לאו שבח שקמה, תרגמא אביי אליבא דרבא שאני התם דאמר קרא ויצא ממכר בית ממכר חוזר שבח אינו חוזר, ונגמר מיניה, התם זביני מעליא הוא ויובל אפקעתא דמלכא היא". ובהדיא איתא שם דיובל הוי אפקעתא דמלכא, ולכאורה היא ראייה לשיטת הרמב"ן דהמכירה הוי בעצם מכירה לעולם, וכנגד שיטת הרמב"ם דס"ל דמכירה בזמן היובל מהווה מכירה לזמן קצוב ולא מכירה לעולם. ועלינו לבאר את הגמרא אליבא דהרמב"ם.

ונראה דהנה בתחילת הגמרא שם פליגי אביי ורבא בחוכר שדה מחבירו לשנים מועטות שאין לו בקורות שקמה האם יש לו בשבח שקמה, דאביי סובר שיש לו בשבח שקמה ורבא סובר שאין לו בשבח שקמה. והקשה הגמרא על רבא מהלוקח שדה מחבירו והגיע יובל ששמין לו שבח שקמה. ותרגמא אביי אליבא דרבא דשאני התם דזביני מעליא הוא ויובל אפקעתה דמלכה. ואליבא דהרמב"ן הביאור פשוט דללוקח עד היובל חל קנין לעולם בשדה שקנה, דיובל הוי אקעתא דמלכא שמפקיע את הקנין בשנת היובל מכאן

ולהבא, ומשו"ה הלוקח קונה את השבח ודמיו מדין ארעי אשבח, כי יש לו קנין הגוף לעולם בשדה, אלא שחייב להשאיר את גוף השבח לבעל השדה ודמיו שלו.
ואליבא דהרמב"ם נראה דהביאור הוא דבמכירה עד יובל חל קנין לזמן, דהוי קנין פירות בגופו של הקרקע, ומשו"ה יש לו זכות ארעי אשבח בדמי קורות השקמה שהשביחו אצלו. משא"כ בחוכר שאני ששכר את הקרקע, ואין לו קנין פירות בשדה אלא רק זכות שעבוד לגבות את גוף הפירות מבעל השדה, ולפיכך אין לו קנין ארעי אשבח ולא זכות בדמי שבח קורות השקמה, מכיון דאין לו זכות לתבע ולקחת את גופן של קורות השקמה עצמן. ולפיכך אין לו נמי זכות גבייה בדמיהן. משא"כ בלוקח שדה שיש לו קנין ממש דארעי אשבח בפירות השדה, דאע"פ שאסור לו לקצץ את הקורות מ"מ אין זה אלא איסור קציצה צדדי בעלמא, אבל גופן של הקורות הריהן שלו, ויש לו נמי ממילא קנין בדמי שבחן ולכן המוכר חייב לשלם לו את דמיהן.
ויעויין בשיעורים לעיל (דף נו. בענין שכירות ביומיה מכירה היא) שהארכנו בטיב חלות הקנין דשכירות - האם חל קנין פירות לשוכר, או"ד דיש לו זכות לפירות בלי קנין. והגר"ח זצ"ל ביאר שלשוכר אין קנין גוף לפירות. ומ"מ יש לו קנין פירות. ולפי הגר"ח זצ"ל יוצא שלפי הרמב"ם הלוקח קרקע בזמן שיובל נוהג קונה את גוף הקרקע לפירותיה, ואילו השוכר קונה רק קנין פירות בעלמא אך אין לו קנין גוף לפירות. ומשו"ה דיניהם שונים לענין דמי השבח, דרק הלוקח קונה לו דמי השבח משום שיש לו קנין גוף לפירותיה.
ע"כ ענין החזרת השדות לבעליהן ביובל
גמ'. השוכר את הספינה וטבעה לה בחצי הדרך כו' ה"ד כו' אלא בספינה זו ויין זה אבל בספינה סתם ויין סתם חולקין. יעויין בתוס' ד"ה אלימא בד"ה אלא ובד"ה אי. ובביאור הסוגיא מובא בתוס' מחלוקת בין הריב"ן ובין הריב"ם. ונבאר את שיטותיהן:
א) עיין בתוס' ד"ה אלא וז"ל אפילו לא נתן יש לו לתת כל השכירות שהרי קנה המשכיר כל השכירות במשיכת השוכר את הספינה כיון שמזומן המשכיר לקיים תנאו או אפילו בלא משיכה כיון שמשכיר יכול לקיים תנאו ושוכר אינו יכול לקיים א"כ מזלו גרם והוי כחוזר בו ויתן לו מחצי הדרך שלא הלך כפועל בטל עכ"ל.
לפי הפירוש הראשון שבתוס' מיירי שקנה השוכר את הספינה במשיכה והו"ל שכירות בהדי קנין, ולכן השוכר חייב לשלם את דמי כל השכירות, דהקנין שעשה מחייבו לשלם את כולה. דדומה למי שקנה כלי בעלמא דאם נאנס אחרי שקנאו חייב הקונה באחריות הכלי דה"ה הכא בשכירות דספינה סתם ומשכה ועשה קנין. אך שאני שכירות

כלים מקנין דעלמא, דבשכירות כלים הקנין מחייבו רק כשיכול המשכיר לעשות את הפעולה בספינה סתם ולא בספינה זו דא"א לעשות הפעולה. ואילו לפי הפירוש השני שבתוס' מיירי בלא עשו קנין משיכה אלא רק התחיל המשכיר שהוא הפועל במלאכתו והיא שמחייבת את השוכר בדמי השכירות, דכמו דהתחלת מלאכה מחייבת בשכירות פועלים ה"ה דהתחלת המלאכה מחייבת בשכירות כלים. ולכן אם נאנסה הספינה ונתבטלה המלאכה בחצי הדרך השוכר אינו חייב לשלם למשכיר על שאר הדרך אלא רק כפועל בטל וכדין פועל דעלמא.

ובסוף דבריהם ביאורו בתוס' דשאני ספינה ממיטרא מכיון דהמשכיר הפסיד את ספינתו, ומשו"ה מקבל שכירות על שאר הדרך כפועל בטל, שלא כבמטרא שאין הפועל מקבל שכר כלל על שאר המלאכה שלא עשה מדלא הפסיד ממון כמו בספינה. ונראה דכ"ז כ' בתוס' אליבא דפירוש השני דמיירי בהתחלת מלאכה בלי קנין, דאילו אליבא דפי' הראשון שאני קנין דמחייב הקונה באונסין. ועוד נראה דהריב"ן סובר שיש שני מחייבים בפועל - התחייבות והיזק. דמצד דין התחייבות אונס פוטר את בעה"ב, ואילו כשיש הפסד והיזק לפועל חל חיוב נזק מיוחד מדיני פועלים ואונס חייב. (ועיין בשיעורים לעיל דף עו: ד"ה אין להם זה על זה אלא תרעומת דיסדנו שיש דין נזק מיוחד דחל בפועלים).

וע"ע בתוס' ד"ה אי (דף עט:) וז"ל וי"ל כיון שנתן לו שכרו נתרצה שיהא שלו לאלתר אע"ג דאינה משתלמת אלא לבסוף לדעת כן נותנו שיהא שלו לאלתר אם לא ישאר בו עכ"ל. כלומר דאם בספינה זו ויין זה שלם את כולה מראש התחייב בשכר כולה. ונראה לבאר שאנו מפרשים את מה ששילם את כולה מראש הנסיעה משום שרוצה לקנות את עצם הספינה למלאכתה, דמשו"ה שלם את כולה מראש ולפיכך כשטבעה הספינה בים בחצי הדרך מפסיד את כל דמיו דהא קנה אותה, וספינתו היא שנאנסה ולכך הפסיד את כל שכרו. משא"כ אם לא שילם את כולה דאזי אמרינן שהדמים ששילם היו בתורת תשלומי פעולה בלבד ולכן כשנאנסה בחצי הדרך הפעולה נגמרה, ומכיון ששכר ספינה זו דוקא פטור מלשלם עוד מכיון דהפעולה הפסיקה באמצע הדרך, והספינה איננה שלו. אמנם בספינה זו ויין סתם השוכר פטור ואפילו כששילם את כל השכירות מראש, דמכיון דאמר יין סתם הרי השוכר מוכן להמשיך את הפעולה והקנין אינו מחייבו מכיון דמוכן הוא להמשיך את הפעולה, דאדרבא בעל הספינה אינו מוכן להמשיך את הפעולה ונמצא שבעל הספינה חזר בו וחייב.

והנה בספינה זו ויין זה אמרי' שהתשלומין קונין. וצ"ע דלעיל אמרו בתוס' דבספינה סתם משיכה הוא הקונה בלי התשלומין. ונראה דמשיכה קונה רק כדי להמשיך את הפעולה,

ובספינה סתם שיתכן המשך פעולה עם עוד ספינה אחרת, קנין דמשיכה קונה ומחייב, משא"כ בספינה זו אי אפשר להמשיך את הפעולה. ולכן צריכים קנין לקנות ולחייב בלי המשך הפעולה, ורק תשלומין עושין קנין המחייב בלי המשך הפעולה, ולפיכך תשלומין קונין ומחייבין בספינה זו בלי ספינה אחרת. משא"כ דין קנין משיכה דקונה רק להמשיך את הפעולה ע"י ספינה אחרת[478]

ולפי תוס' יוצא שישנן ג' מדרגות בשכירות של ספינה:

א) בהתחלת מלאכה השוכר חייב לשלם רק מדין פעולה בלבד וכפועל בטל.

ב) בקנין משיכה השוכר חייב לשלם כל השכירות בעד הקנין בבעין - בספינה - ביחד עם המשך הפעולה, וחל רק בספינה סתם כי שייך המשך הפעולה עם ספינה אחרת.

ג) בתשלומין מראש חל החיוב על השוכר מדין קנין בבעין - בספינה - גם בלי המשך הפעולה ומחייב אף בספינה זו ויין זה בלי המשך הפעולה כלל[479].

והנה בספינה סתם ויין סתם איתא בגמ' דחולקין, ולתוס' ר"ל שמשלם על חצי הדרך שהספינה עשתה. ופי' הרי"ף והרמב"ן דמיירי כששניהם אינם רוצים להמשיך בדרך עם ספינה אחרת ועם יין אחר, ומכיון דכל א' היה יכול לטעון שרוצה להמשיך, משו"ה כשהספינה טבעה בים והסכימו להפסיק בחצי הדרך ישלמו עליה חצי השכר. דבאופן שלא הסכימו שניהם להפסיק אזי חצי הדרך אינו פעולה כלל דהא הספינה ויינו טבעו בים, ולא דמי לחמור שמת בחצי הדרך דהוי חפצא של פעולה לשלם עליה, וכדפירשו בתוס' ד"ה אלימא. ברם כששניהם הסכימו להפסיק הסכמתם קובעת גם חצי הדרך לחפצא של פעולה לשלם עליה. ומאידך כשאחד רוצה להמשיך בדרך והשני מסרב אזי ידו של הראשון על העליונה וידו של השני על התחתונה.

ב) והנה שיטת הריב"ם היא דבספינה סתם ויין זה אין השוכר חייב ליתן את שכר כל הדרך ואף לא לשלם למשכיר כפועל בטל, דהריב"ם חולק על תוס' לעיל ואינו סובר דמשיכת הספינה הוי קנין המחייב יותר משכירות בלי קנין ודחלה בהתחלת המלאכה. והריב"ם סובר דכשקרה אונס אזי יד הפועל דהיינו המשכיר בעל הספינה על התחתונה הגם שהפסיד ממון באבידת הספינה. ועכ"ז סובר בספינה סתם ויין זה שאם השוכר נתן את שכר של כל הדרך אינו נוטלו בחזרה אפילו על חצי הדרך שלא עשה, וז"ל דכיון שהוא מוחזק ומזומן לקיים תנאו ניחא ליה שלא יחזיר כלל עכ"ל, ודבריו מחוסרים

[478] רבינו זצ"ל ביאר דכשתוס' כתבו וז"ל נתרצה שיהא שלו לאלתר עכ"ל, ר"ל שהספינה שלו היא דהתשלומין קנו את הספינה. ברם יתכן דתוס' התכוונו לומר שהשכר דהיינו התשלומין יהא שלו לאלתר שלא כדין שכירות דעלמא המשתלמת לבסוף.

[479] רבינו זצ"ל טרח הרבה בשיעור להבין את דברי התוס' והבאנו כאן את מסקנת דבריו.

ביאור. ועוד כתב הריב"ם וז"ל ביין זה וספינה זו דמאן דתפיס לא מפקינן מיניה דהמוחזק יאמר לחבירו כיון שאינך יכול לקיים תנאך מזלך גרם המוציא מחבירו עליו הראייה עכ"ל, ודבריו צריכים ביאור.

ונראה דמש"כ "דכיון שהוא מוחזק ומזומן לקיים תנאי ניחא ליה שלא יחזיר כלל", ר"ל דמכיון דבעל הספינה מוכן לקיים את תנאו להמשיך ולעבוד לכן יש לו זכות לומר לשוכר שבמקום שיחזיר לו את עצם הכסף של חצי הדרך השני שישלם לו עם פעולה, כלומר שיתן לו עוד ספינה ויעשה פעולה נוספת לסיים את הובלת היין עד סוף חצי הדרך השני.

ועל מש"כ הריב"ם דהמוחזק יכול לטעון "מזלך גרם", נראה לבאר דהנה לעיל (דף עו:) בסוגיא דסיירא לארעיא מאורתא איתא דפשיעה קובעת את אחריות האונסין בשכירות פועלים, דאם בעה"ב פשע הריהו חייב לשלם את השכירות אף במקום אונס, ואם לא פשע הריהו פטור. ולפי"ז י"ל דבטבעה הספינה בחצי הדרך יש לנו ספק מי פשע וגרם לאונס - האם המשכיר פשע או שהשוכר פשע שהרי על שניהם היתה האחריות לבדוק את הספינה ואת היין ולדעת אם יכולה היא להפליג בנסיעה כזו או לא. ולכן המוחזק במעות זוכה מדין המוציא מחבירו עליו הראייה, דיכול לטעון מזלך גרם את האונס - דהיינו שטוען לשני "אתה היית צריך לבדוק ולדעת שהספינה רעועה ושאינה יכולה להפליג את כל הדרך עם היין ומשו"ה עליך להפסיד את ממונך, שהריני המוחזק ואני טוען שמזלך גרם כלומר שאתה הפושע שלא בדקת את הספינה ואחראי אתה על האונס".

ברם הטענה ד"מזלך גרם" חל רק אם השני אמר "זו" ולא באמר "סתם", דבאמר "זו" האונס הפסיק את השכירות, ולכן אפשר לטעון שהשכירות נגמרה מחמת פשיעה, וזה שהוא המוחזק פטור מלשלם לשני בגלל שטוען שהשני הוא שפשע וגרם שתיגמר השכירות בחצי הדרך. מאידך כשהשני אמר "סתם" ואירע האונס, מצד שאמר "סתם" השכירות לא נגמרה דאפשר לה שתימשך בספינה אחרת או ביין אחר, ומשו"ה אין להאשים אותו בפשיעה, כי מצדו השכירות עדיין נמשכת, ומשו"ה אין לטעון עליו טענת "מזלך גרם" ואינו מפסיד.

ובכך מבוארים דברי הריב"ם, דבספינה זו ויין זו אם נתן לא יטול ואם לא נתן לו יתן, דיד המוחזק על העליונה, דיכול לטעון "מזלך גרם" כלומר לטעון שהשני התובעו פשע, והוא המוחזק לא פשע, ומשו"ה יד תובע על התחתונה, ויד הנתבע שהוא המוחזק על העליונה, כי המוציא מחבירו עליו הראייה. ומבואר נמי מש"כ בספינה סתם ויין זה,

דבאופן הזה מכיון דהשוכר אמר יין זה, כשהספינה נאנסה נגמרה השכירות, ואילו מפאת הפועל בעל הספינה השכירות עדיין קיימת. ולכן אם השוכר שילם כבר למשכיר דמי שכירות של כל הדרך לא יטול כי המשכיר אומר לו "מזלך גרם, כי בגללך נגמרה השכירות, ואני מוחזק בממון, ועליך היה לבדוק את הספינה לראות אם רעועה היא או לא, ואתה פשעת ולא אני, ועליך להפסיד את כל השכר ששלמת על כל הדרך". וכל זה רק כשבעל הספינה מוחזק במעות שיכול לטעון "מזלך גרם", אך כשאינו מוחזק, והספינה טבעה, השוכר חייב לשלם למשכיר הפועל על חצי הדרך שטרח בה, ופטור מלשלם לו עבור שאר הדרך, וכדין פועל דעלמא שנאנס בחצי מלאכה.

והנה עלינו להבין למה לפי הריב"ם הוי הדין בספינה סתם ויין זה שמשלם אחצי הדרך, והרי ליכא הסברא דמצינו בחמור שמת בחציה דרך "אילו עד הכא בעית למיתי כו'" וכדקבעו בתוס' לעיל, הרי בספינה חצי הדרך לא הועיל לו כלל כיון דהספינה טבעה בים.

ונראה דמכיון דאמר ספינה סתם ומוכן להמשיך בפעולה, ולהביא היין בכל הדרך משו"ה יש לבעל הספינה זכות טענה לקבל את שכרו אחצי הדרך שעשה, ואע"פ שהספינה טבעה ולא הועילה כלל, ודלא כחצי הדרך אצל חמור שמת. דבחמור שמת בחצי הדרך משלם אחצי אפילו בשכר חמור זה, דהא השוכר נהנה מחצי הדרך שהגיע אליה עם החמור. משא"כ בטבעה ספינה בחצי הדרך שהשוכר לא נהנה כלל. ובכן בספינה זו וטבעה בחצי הדרך השוכר אינו משלם אחצי הדרך מדין פועל דהא השוכר לא נהנה כלל מהפעולה דהספינה אחרי דנאנסה וטבעה בים ומשו"ה פטור. משא"כ בספינה סתם שמאחר שהפועל עוד מוכן לעשות את כל הפעולה ואילו השוכר אינו יכול שהרי אמר יין זה משו"ה הפועל בעל הספינה יכול לתבוע ולקבל שכר על חצי הדרך, דאע"פ דהשוכר לא נהנה מזה מ"מ הפועל טרח להפליג עם ספינתו לחצי הדרך ואף הפסיד את הספינה גופא, ומשו"ה יש לו זכות טענה לומר שחצי הדרך מקרי פעולה מחמת הטרחא שטרח בה ומחמת הפסד ספינתו ומשו"ה מקבל שכר של חצי הדרך.

והנה בספינה סתם ויין סתם הריב"ם מסופק האם משלם עבור חצי הדרך או"ד דמשלם רק על רביעית הדרך. ברם בספינה סתם ויין זה נקט הריב"ם דמשלם עבור חצי הדרך. ודבריו צ"ב. ונראה דעיקר הדיון הוא היאך להסתכל על חצי הדרך שעשה. דבספינה זו דא"א להפליג עוד בספינה אחרת אזי חצי הדרך לאו כלום הוא, ולכן בספינה זו וביין סתם הריהו פטור דחצי דרך בספינה זו ויין סתם לאו כלום הוא. משא"כ בספינה סתם דאפשר להמשיך עם ספינה אחרת. ולכן יש ממשות לחצי הדרך שעשה הואיל דעדיין

אפשר להפליג עוד ולעשות דרך שלם. ולכן בעל היין שאמר יין זה ואין לו עוד יין חייב לשלם לו שכר על חצי הדרך שעשה[480].

ועכשיו, נעבור לבאר את הספק של הריב"ם, דהנה ביין סתם בעל היין יכול להביא עוד יין ולכפות לבעל הספינה להמשיך בדרך בספינה אחרת, ברם יש אף אפשרות שבעל הספינה יסרב לעשותו, ואם יסרב ולא ימשיך הרי חצי הדרך שעשה כאילו איננו, ומשו"ה לצד א' בריב"ם מספק חולקים דמי חצי הדרך, דלמא מהווה פעולה או דלמא אינה פעולה כלל, ומשלם רביעית השכירות בלבד. ויתכן שמשלם לו רק רביעית כדי לכפותו שלא יסרב ושימשיך עם השכירות עד גמרה. והוי דין כפייה שכופין זה את זה לגמור השכירות. וצ"ע בזה[481].

והנה במש"כ הריב"ם "מזלך גרם" י"ל שהיא טענת הנתבע כנגד התובע שאמר לו שהיה לו לבדוק את הספינה לפני הנסיעה ומשום שלא בדק פשע ומשו"ה מפסיד בתביעתו נגד המוחזק. אך פירוש זה קשה קצת דבגמרא איתא שהספינה טבעה בים ומהיכי תיתי דהיתה פשיעה כלל. ולכן נראה שיש לבאר את טענת "מזלך גרם" באופן אחר וכפי מש"כ לעיל. דהיינו הדין הוא שמשלם השוכר רק אם נחשוב לחצי הדרך לחלות פעולה. ובכן בספינה זו ויין זה י"ל דכל השכירות תלויה בהגעת היין עד ליעדו לנמל, ואם טבעה לא עשה בעל הספינה פעולה כלל ובעל היין פטור מלשלם. ומאידך י"ל איפכא דהיינו דהשכירות היתה להוביל את היין עד כמה שהיין אפשר לו להגיע ואם טבעה בים וליכא יין יש לבעל הספינה לומר שגמר את כל ההתחייבות שלו להוביל את היין ושישלם בעל היין על כל הדרך. ודיון זה תלוי במוחזק דאם בעל הספינה מוחזק מקבל כל השכירות. ואם בעל היין המוחזק אינו משלם שכירות כלל. וביין סתם וספינה זו השוכר אינו משלם כלל שהרי יינו לא הגיע ליעד ועדיין יש לו עוד יין להוביל, ולכן חצי הדרך שעשה לאו כלום הוא ולגמרי פטור. ואילו בספינה סתם ויין זה משלם אחצי הדרך דהא בעל הספינה מוכן להמשיך עם ספינה אחרת ולכן הוי חצי הדרך חלות פעולה לשלם עליו. ודין חצי השכירות השניה תלוי במוחזק כמו בספינה זו ויין זה.

[480] סברא זו לכאורה צ"ע, דהא הספינה טבעה בים והספינה השניה תתחיל מחדש וא"כ למה נחשב חצי הדרך של הראשונה לפעולה כלל, כך הקשו התלמידים לרבינו זצ"ל בשיעור ולא ענם. ואולי יתכן לומר סברא אחרת דמפני דבעל הספינה מוכן להמשיך עם ספינה שניה ובעל היין איננו יכול דלית ליה יין אזי בעל היין אחראי על פיסוק השכירות ומשו"ה חייב לשלם לבעל הספינה על הפעולה וטרחא שעשה בחצי הדרך דהא בעל היין הו"ל זה שחזר בו וידו על התחתונה. וכן אמר רבינו זצ"ל עצמו למעלה.

[481] לפי המהלך בהערה לעיל י"ל דמיירי דשניהם הסכימו לא להמשיך אם אנו אומרים דליכא כאן חזרה אזי משלם אחצי דרך שעשה דהא טרח ועשה ולא חזר בו. מאידך אם אנו אומרים ששניהם חזרו בהם אזי ישלם רק רביעית דהא חזרו ושניהם ידיהם על התחתונה וחייבים להפסיד ולפי' משלם רק חצי השכר דחצי הדרך דהיינו רביעית.

פסק הרמב"ם (פ"ה מהל' שכירות הל"ג).
ז"ל השוכר את הספינה וטבעה לו בחצי הדרך אם אמר לו ספינה זו אני משכיר לך ושכרה השוכר להוליך בה יין סתם אע"פ שנתן לו השכר יחזיר כל השכר שה"ז אומר לו הבא לי הספינה עצמה ששכרתי שהקפדה גדולה יש בספינה זו ואני אביא יין מ"מ ואוליך בה. אמר לו ספינה סתם אני משכיר לך ושכרה השוכר להוליך בה יין זה אע"פ שלא נתן לו מן השכר כלום חייב ליתן כל השכר שהרי אומר לו הבא לי היין עצמו ואני אביא לך ספינה מ"מ ואוליכו עכ"ל. וצ"ע למה ביין סתם וספינה זו הוסיף הרמב"ם המילים "שהקפדה גדולה יש בספינה זו".
ונראה דבעל הספינה הוי הפועל של בעל היין. וקס"ד דאין נ"מ בפעולה בין ספינה אחת או שניה, ואפילו כשטבעה הספינה הראשונה בים, יכול הפועל להביא ספינה שניה למלא מקומה של הראשונה ולגמור את הפעולה, קמ"ל דיש זכות הקפדה לבעל היין לטעון "הקפדה גדולה יש לי" לשכור דוקא את הספינה הראשונה ולא את השניה. וכל זה בנוגע לספינה. מאידך בנוגע ליין שבעל הספינה התחייב להביא יין זו ולא יין אחר, אין שום הו"א שיכול בעל היין לתת יין אחר במקום היין הראשון אחרי שהיין הראשון טבע בים, דהא כל השכירות היתה עם החפצא דהיין הראשון ולא עם יין אחר, ומשו"ה הרמב"ם אינו צריך לכתוב לגבי היין שיש בזה הקפדה גדולה, דפשטות השכירות משתייכת רק ליין הראשון בלבד ולא לשני ודו"ק.

דף עט:

גמ'. השוכר את הספינה ופרקה לה בחצי הדרך כו' אילימא דקא משכח לאגורה אמאי אית ליה תערומת כו' מאי תערומת משום שינוי דעתה א"נ לאשלא יתרה
עיין בפרש"י, בתוס' (ד"ה כוליה ובד"ה דפרקיה), וברמב"ם (פ"ה מהל' שכירות הל"ד - ה). ויש להעיר כמה הערות בסוגיין, וכדלהלן.
א) איתא בגמ' "אילימא דקא משכח לאגוריה אמאי אית ליה תערומת". ונראה דכאן נמצאת הלכה מיוחדת בדין התחייבות ושכירות פועלים וכלים דניתנת לחזרה, שלא כבהתחייבות ממון דעלמא. ובדליכא הפסד לפועלים דקא משכח לאגורה, בעה"ב חוזר בו ופטור לגמרי.
ב) לכאורה קושיית הגמרא "אמאי אית ליה תרעומת", צ"ע, דהא הפועל בעל הספינה השכיר את ספינתו לשוכר לכל הדרך, ועכשיו שהשוכר חזר בו יצטרך להשכיר את

ספינתו לאדם אחר, ואע"פ שיכול להשכירה, מ"מ למה שלא תהיה לו תרעומת על השוכר הראשון ששינה את דעתו וגרם למשכיר עגמת נפש וטרחא לשנות את הפעולה. ומכאן משמע שהגמרא נקטה דחזרת הראשון ע"פ דין אינה חזרה להתרעם עליה, כי השוכר השני נחשב כגברא בחריקאי הממלא את מקומו של השוכר הראשון, ובפעולה שעובד בעל הספינה בשביל השני, הריהו כאילו עובד עדיין בשביל הראשון, ומשו"ה ליכא כאן מקום להתרעם כלל.

ג) עיין בתוס' ד"ה כוליה. וז"ל לאו דוקא כוליה אלא כלומר כפועל בטל עכ"ל. ולכאורה יש להעיר ע"ז דהא בתוס' לעיל (דף עט.) ד"ה אלא כתבו דאם השוכר קנה את הספינה בקנין משיכה דאז אינו משלם לו כפועל בטל, אלא משלם לו כל דמי השכירות, כי קנין מחייב את השוכר יותר מהתחלת מלאכה בעלמא.

ונראה דבמקום שיש קנין חלה חלות התחייבות דכהת"כ דאינה ניתנת לחזרה. ואילו כשחלה חלות התחייבות מיוחדת דפועלים אזי ניתן לחזור בה ולשלם כפועל בטל בלבד. דכל זה נכון בהתחייבות דפעולה דחלה בשעה דהתחלת המלאכה. משא"כ בשעשה קנין משיכה דהו"ל קנין דכהת"כ, דחל בו קנין התחייבות משלם לו את כל שכרו והליכא בזה זכות חזרה כלל. אך הריב"ם חולק ע"ז ולא הבחין בין קנין משיכה לבין התחלת מלאכה דבשניהם חלה רק התחייבות דפעולה דניתנת לחזרה, וכשחוזר בה משלם לו כפועל בטל בלבד ולא את כל דמי השכירות.

ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' שכירות הל"ד) שכ' וז"ל השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך נותן לו שכר כל הדרך עכ"ל שלא כתוס'. וצ"ע לרמב"ם למה משלם את שכר דכל הדרך ולא משלם לו כפועל בטל. ויתכן דהרמב"ם סובר דדין לשלם כפועל בטל חל רק כשהפעולה בטלה מחמת אונס, אך כשבעה"ב חוזר בו משלם לפועל כל שכרו. ועיין בהל' הרמב"ם (פ"ט מהל' שכירות הל"ד ופ"ה מהל' שכירות הל"ג), וצ"ע.

ד) עיין ברמב"ם (פ"ה מהל' שכירות הל"ד) וז"ל השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך נותן לו שכר כל הדרך, ואם מצא השוכר מי שישכיר אותה עד המקום שפסק שוכר ויש לבעל הספינה עליו תרעומת עכ"ל. ומבואר ברמב"ם שהשוכר יכול להשכיר את הספינה לשוכר אחר להיות במקומו עד סוף זמן השכירות. וי"ל דלפי"ז מבואר למה הראשון משלם רק על חצי הדרך ולא יותר כי השני ממלא את מקומו של הראשון, כי השכירות הראשונה לא בטלה אלא הועברה מהראשון לידי השוכר השני הממשיך את השכירות הראשונה במקום השוכר הראשון. ונראה דהרמב"ם ס"ל כי השוכר אינו יכול

לחזור בו באמצע השכירות ולבטלה, אלא רק יכול להשכיר את הספינה לשוכר אחר כדי למלא את מקומו ולהמשיך את השכירות שלו עד סופה, דהוי השני "גברא בחרקאי".
ה) איתא בגמרא וז"ל משום רפסתא דספינתא, אי הכי טענתא מעלייתא הוא וממונא אית ליה גביה עכ"ל. ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' שכירות הל"ד) וז"ל השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך נותן לו שכר כל הדרך, ואם מצא השוכר מי שישכיר אותה עד המקום שפסק שוכר ויש לבעל הספינה עליו תרעומת וכן אם מכר הסחורות שבספינה לאיש אחר בחצי הדרך וירד ועלה הלוקח נוטל שכר חצי הדרך מן הראשון ושכר החצי מזה האחרון ויש לבעל הספינה עליו תרעומת וכו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א לפי הגמ' בזה טענת ממון יש לו עליו עכ"ל. וצ"ע למה השמיט הרמב"ם את חיוב הממון דבגמרא.
ונראה דבדינא דגמרא דקבע דהראשון חייב לשלם ממון עבור רפסתא דספינתא כתב רש"י וז"ל ריעוע הספינה שמתרועעת בהוצאת חבילות ובהכנסת חבילות עכ"ל, והנה יל"ע האם החיוב לשלם חל מדין מזיק דעלמא או דהוי חיוב מיוחד בהל' שכירות. ולכאורה נראה לומר דלא חל חיוב לשלם מדין מזיק דעלמא, דהא על מה שהשני הכניס חבילות והזיק, הראשון אינו אלא גרמא בעלמא. ועלינו לעיין באמת האם הראשון נחשב לגרמי המזיק המחויב לשלם מדרבנן או דנחשב לגרמא בעלמא דפטור. והגר"א (חו"מ סי' שי"א אות ו') כתב דלרמב"ם פטור מדהוי גרמא בעלמא ולא גרמי ודלא כתוס' והרא"ש המחייבים אותו לשלם. ולפי הרמב"ם מסקנת הגמרא היא דפטור. אך לכאורה יתכן לפרש שלא כדברי הגר"א, די"ל דגם הרמב"ם ס"ל דחייב לשלם, אולם י"ל דהרמב"ם ביאר את הגמרא דחייב לשלם מדין מזיק דגרמי דעלמא, ומשו"ה השמיט את ההלכה מהלכות שכירות שאין שם מקומה. ואילו הראב"ד סובר דחייב מדין שכירות, ולפיכך השיג על הרמב"ם דהיה לו להביא את ההלכה בהל' שכירות.
ולפי"ז נראה דיתכן נ"מ גדולה לדינא. דלהרמב"ם המחייב את השוכר מדין מזיק דגרמי, השוכר ישלם רק כפי שיעור הנזק שגרם ולא יותר. ואילו לראב"ד יתכן דהשוכר יהיה מחויב לשלם את כל דמי השכירות דכל הדרך. וסמוכים לכך נמצא בסוגיא דזה נהנה וזה לא חסר במס' ב"ק (דף כ:) דאיתא שם דאע"פ דהדר בחצר חבירו שלא ברשותו פטור מלשלם משום דזה נהנה וזה לא חסר פטור, אך כשיש שחרוריתא דאושייתא, דהוזק הדירה היזק מועט מחמת שדר שם, אזי הדייר חייב לשלם את כל דמי השכירות מכיון דהוא נהנה והשני חסר, דבחסרון מעט מתחייב לשלם בשביל כל ההנאה שקבל. וי"ל דה"ה כאן בספינה, שאם הספינה הוזקה אפילו במעט מחמת השוכר השני אזי למפרע

לא היה לו לראשון רשות להכניסו, ומשו"ה חייב הראשון לשלם את דמי השכירות דכל הדרך כולה.

ג) עיין בתוס' ד"ה דפרקיה. ופרש"י לכאורה קשה, דאם היה לשוכר רשות מתחילת הנסיעה להוסיף ולתת עוד חבילות בתוך הספינה ועשה כן, למה יש למשכיר זכות תרעומת עליו, כי התרעומת הריהי זכות ע"פ דין ואינה סתם טענה בעלמא, דמה עשה כאן השוכר דמגיע עליו תרעומת ע"פ דין[482].

ונראה דאע"פ שנתן המשכיר רשות מפורשת לשוכר להוסיף חבילות באמצע הנסיעה, אך בלבו לא חשב המשכיר שבאמת יעשה כן השוכר. והראיה לזה שהרי המשכיר לא הכין את הספינה מתחילת הנסיעה עבור חבילות נוספות, וסימן מובהק הוא שלא ציפה שככה יעשה השוכר. ואף השוכר הבין דהמשכיר חשב שלא יוסף, והשוכר לא הדגיש מספיק שאכן בדעתו להוסיף, ובגלל הדברים שבלב המשכיר שהשוכר לא יוסיף שהבינם השוכר, ואעפ"כ הוסיף, משו"ה יש למשכיר זכות תרעומת על השוכר. וזוהי כוונת הגמרא באמרה "שינוי דעתה".

ולפי"ז לכאורה נראה דלמ"ד אסמכתא קניא, מ"מ המתחייב יש לו זכות תרעומת על זה שזכה בממונו, כי ציפיות המתחייב היו שלא יתחייב אלא דמכיון שהתחייב במפורש בקנין, הדברים שלבו אין דברים וחייב. מ"מ יש לו זכות תרעומת כנגד זה שזכה בממונו כי לקח את ממונו שלא כציפיותיו ולא כפי הדברים שבלבו שחברו הבינם מלכתחילא, וכמו בספינה אליבא דפרש"י[483].

ד) הר"ח הריב"ם והרמב"ם פרשו דמיירי כשהשכיר השוכר את הספינה לאדם אחר והתרעומת היא בשינוי הדעת, דהשני הוא אדם קשה יותר מהראשון. וכתב הרמב"ם (פ"ה מהל' שכירות הל"ד - ה') וז"ל השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך נותן לו שכר כל הדרך ואם מצא השוכר מי שישכיר אותה לו עד המקום שפסק שוכר ויש לבעל הספינה עליו תרעומת. וכן אם מכר כל הסחורה שבספינה לאיש אחר בחצי הדרך וירד ועלה הלוקח נוטל שכר חצי הדרך מן הראשון ושכר החצי מזה האחרון ויש לבעל הספינה עליו תרעומת שגרם לו לסבול דעת איש אחר שעדיין לא הורגל בו וכן כל כיוצא

[482] ואמר רבינו זצ"ל שבמקום דחלה זכות תרעומת אזי הגברא שעשה את העוולה חייב לבקש מהמתרעם מחילה בערב יו"כ. משא"כ בלי זכות תרעומת, כשאדם א' סתם כועס על מישהו, דמהיכי תיתי נאמר שהוא חייב לבקש ממנו מחילה, הרי כל הכעס הזה בעצמו עוולה הוא בלי זכות תרעומת.

[483] לכאורה אין אסמכתא דומה לספינה, דבספינה השוכר שינה מציפיות המשכיר ומשו"ה יש לו תרעומת עליו, משא"כ באסמכתא שהקונה לא שינה, אלא שהמתחייב ציפה שלא יתחייב, אך דבריו שבלבו אינם דברים ואין לו במה להתרעם על הקונה, כי הוא רימה את עצמו ומזלו גורם שהתחייב. ועוד יתכן דחלות דין תרעומת הלכה מיוחדת בהל' פועלים ומדין "עבדי הם" ולא חלה בהתחייבות אחרת.

בזה. מכאן אני אומר שהמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו משכיר לאחרים אם יש בני בית כמנין בני ביתו. אבל אם היו ארבעה לא ישכור לחמשה. שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין שהרי אומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, אבל בקרקע או בספינה שהרי בעלה עמה אין אומר כן כו' ויש מי שהורה שאינו יכול להשכירו לאחר כלל ויתן שכרו עד סוף זמנו ולא יראה לי שדין זה אמת עכ"ל. ועיין בראב"ד שהשיג על הרמב"ם וכ' וז"ל יש בדורנו אומרים כן שיש בני אדם מחריבים הבית בדירתם עכ"ל.

והנה בכל שוכר דעלמא חלין שני דינים: א) חלות קנין שכירות; ב) חלות שמירת השוכר. והא ד"אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" לכאורה נוגע רק לדין השמירה ולא לדין הקנין. ברם מהרמב"ם נראה דסובר דהוא נוגע אף לקנין השוכר. ומשו"ה ס"ל לאחרים שהרמב"ם הביא את שיטתם ששוכר קרקע אינו יכול להשכיר הקרקע לאחר בשום אופן. כי הדין ד"אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" אינו נוגע רק להלכות שמירה של השוכר אלא אף לקנינו, ומשום "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" השוכר אינו בעלים להשכיר את הקרקע ששכר לאחרים, כי דיני השמירה מגבילים אף את בעלותו. דא"א גם מצד חלות הבעלות שלו להשכיר את הפקדון לאחר. ואע"פ שהרמב"ם הסכים ליסוד הזה, מ"מ חילק בין מטלטלין לבין קרקע וספינה שהבעלים נמצאים עמהם, ומשו"ה ליכא בהם טענת "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" ובכן יש לשוכריהם רשות ובעלות להשכירם לאדם אחר.

ועלינו להבין את פסק הרמב"ם הזה דאטו משכירי הספינה והקרקע נמצאים תמיד עם נכסיהם המושכרים אחרי שהשכירום לשוכריהם, הרי השוכרים הם גם שומריהם, ומהיכי תיתי דלא חל בהן טענת "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר".

ונראה לבאר עפי"מ שיסד הגר"ח זצ"ל דבכל שומרים דעלמא חלין שני דינים: א) דין חיובי שמירה; ב) דין מסירת הפקדון לרשות השומר. ולכאורה יש כמה ראיות דבנוסף לחיובי השמירה יש אף חלות של רשות שומר: א) מהדין דשומר מחוייב בבל יראה ובל ימצא בחמץ שהופקד אצלו ונמצא ברשותו בפסח (פסחים דף ה:). ואין חיוב זה חל מדין גורם לממון כממון דמי אלא מגזיה"כ דרשות השומר על הפקדון משווה חמץ לברשותו לענין ב"י וב"י. ב) מהמשנה (לעיל דף לה:) הדנה בשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר למי משלם השואל, וחזינן מכל הדיון שם דהשוכר הוי בעלים והפרה ברשותו להשאילה כדי לחייב את השואל בתשלומין לשוכר מדין בעל הפרה. ג) משיטת הירושלמי בפרק מרובה (שלא כהלכתה) הדורשת "וגונב מבית האיש ולא מבית השואל", שאין הגנב

משואל חייב כפל, ומוכח שיש חלות של רשות שואל דחלה על החפצא דהוי ברשותו ושאיננו ברשות בעליו, ומשו"ה הגניבה ממנו אינה מחייבת בכפל מאחר דיצאה החפצא מרשות הבעלים לרשות השואל, שרק גניבה מרשות הבעלים מחייבת כפל[484].

ולפי"ז נראה שמה שהרמב"ם חילק בשוכר בין קרקע לבין מטלטלין הוא משום דמטלטלין שהושכרו נכנסים לרשות השוכר, ואילו קרקע המושכרת לא נכנסת לרשות השוכר, דעדיין הויא ברשות הבעלים, ובדומה לדין דקרקע אינה נגזלת דלא נכנסה לרשות הגזלן דעדיין ברשות הבעלים היא גם אחרי הגזילה. דה"ה דקרקע אינה נתפסת ברשות השומר דעדיין ברשות המשכיר היא ואע"פ שהשוכר חייב בשמירתה, וזוהי כוונתו במש"כ שבקרקע הבעל עמה, ר"ל דהקרקע עדיין ברשות בעלה ואע"פ שהשכירה לשוכר. ושיטת הרמב"ם היא דטענת "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" ר"ל שאין לשומר שיש לו הפקדון ברשותו זכות והיתר להוציאו מרשותו ולמוסרו לרשות של שומר אחר. ומשו"ה שוכר מטלטלין אין לו רשות - בין מצד דיני שמירה ובין מצד דיני ממונות - להשכירו לשוכר אחר. משא"כ בקרקע, דאינה נמסרת לרשות השומר ושנמצאת תמיד ברשות בעליה ואפילו לאחר שהשוכר שכרה, לא חלה טענת "אין רצוני כו'", ומשו"ה יש לשוכר קרקע ההיתר ואף את הבעלות להשכירה לאדם אחר[485].

ועל זה חולק הראב"ד דסובר דטענת "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" תלויה במציאות ולא בחלות דין רשות שומר, ולכן אף בקרקע יש הטענה הזאת מכיון דיש אנשים דלא מעלי דיזיקו את הקרקע אילו היו שוכריה. ולכן אסור גם לשוכר קרקע להשכירה לאדם אחר. ברם צ"ע בראב"ד דאמאי ס"ל שחל דין "אין רצוני כו'" בקרקע, והרי הראב"ד עצמו פסק ששומר קרקע פטור אפילו בפשיעה (פ"ב משכירות הל"ג). וי"ל דס"ל דחיובי שמירה חלין גם בקרקע אלא דס"ל דפטור מלשלם אם פשע.

ומ"מ עלינו להבין למה השווה הרמב"ם ספינה לקרקע לגבי דין "אין רצוני כו'", הרי ספינה דינה כמטלטלין בכל דיני התורה, כולל דיני שמירה וגזילה (עיין בב"ק דף צז. וברמב"ם פ"ג מהל' גזילה הל"ח).

---

[484] עיין בקצה"ח סי' שמ"ט.

[485] במה דאיתא בשיעורים דבשכירות קרקע חל חיוב שמירה בלי חלות דין שהקרקע ברשות שומר, נראה להביא ראייה מהרמב"ם הסובר פשיעה כמזיק וששומר קרקע משלם אפשיעה לא על גניבה ואבידה ואונסין (פ"ב משכירות הל"ג). ועיין בשיעורים לריש פרק השואל דמובא בשם הגר"ח זצ"ל דיסוד הדין דפשיעה כמזיק בקרקע הוא משום דס"ל להרמב"ם דחלה חיוב שמירה על קרקע, אך קרקע אינה נמסרת לרשות השומר. ודברי רבינו זצ"ל הם כדברי הגר"ח זצ"ל. ולפי מה דכתוב בפנים יוצא דקנין חצר בקרקע המושכרת חל למשכיר ולא לשוכר כי הקרקע הריהי ברשות המשכיר ואכמ"ל.

ונראה דאע"פ דספינה הריהי כמטלטלין לכל דיניה (כדמבואר בגמ' ב"ק דף צז. וברמב"ם פ"ג מגזילה הל"ח), אבל בדין שכירות הספינה לפנינו בסוגיין הרמב"ם סובר דהספינה הריהי כקרקע כיון דלא נמסרה הספינה לרשות השוכר שעדיין נמצאת היא ברשות המשכיר. דהרי שוכר הספינה אינו יכול להפליגה או לא להפליגה כרצונו, כי רשותו על הספינה מוגבלת דצריך להפליגה רק כפי רצון בעליה המשכיר, ואף להטעינה סחורתו כפי רצון הבעלים. ועוד דכאן מיירי שבעל הספינה שהשכירה הוי נמי הספן שמפליג את הספינה בדרכה. ויוצא שהספינה לא נמסרה לרשות השוכר לעשות בה כרצונו, דעדיין היא ברשות הבעלים המצוה לשוכר מה לעשות עמה. ולכן אע"פ שחלה שכירות וחיובי שומר לשמור את הספינה, מ"מ לא חלה רשות שומר עליה, דהספינה אינה מסורה לשוכר ולרשותו. ומשו"ה לא חלה בספינה טענת "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" והשוכר יכול להשכירה לאדם שני, כי בכל אופן הספינה נמצאת ברשות הבעלים.

והנה הראב"ד השיג על פסק הרמב"ם בקרקע דטוען דיש אנשים שמחריבים את הבית וחל "אין רצוני כו'". וקשה דלמה א"כ מותר לשוכר להשכיר הספינה, ולמה לא נאמר גם שם שיש אנשים שמחריבים את הספינה. ויתכן דהראב"ד משיג לא בהיכי תמצי אלא ע"פ דין, דהיינו דסובר שגם קרקע נמסרת לרשות השוכר דא"א לבעליה לפקח עליה בלי השוכר ולכן חלה בה טענת "אין רצוני כו'", וכמוש"נ לעיל אליבא דהרמב"ם. והראב"ד הבחין בין ספינה ובין קרקע דהספינה לא נמסרת לשוכר כי המשכיר הוי הספן של הספינה דעדיין ברשותו. והראב"ד נמי הבחין בקרקע בין חלות דין גזילה דשם אמרי' קרקע אינה נגזלת דלא יצאה מרשות הנגזל לבין דיני פקדון דשם שפיר נמסרת קרקע לרשות השומר[486].

וע"ע ברמב"ם (פכ"ג מהל' מכירה הל"ח) שתמה עליו בכ"מ משום דפסק שאין השוכר רשאי להשכיר, ומיירי בתחילת ההלכה שם בשוכר שדה מחבירו, והוא סותר את פסקו בהלכות שכירות דבקרקע רשאי השוכר להשכיר.

ונלע"ד דהרמב"ם מדוייק שם דאיירי בשכר שדה לאריסות, ומשו"ה דוקא שם נמסרה השדה לרשותו כדי לעבדו ולהשיב מדין אריס דהוי חלות דין בפני עצמו. משא"כ בהל' שכירות דמיירי בשכירות קרקע לדור בו דהוי שוכר בעלמא ולא אריס, דמשו"ה הקרקע לא נמסרה לרשותו, ולא חלה עליה טענת "אין רצוני כו'". משא"כ באריס, דהקרקע

[486] ויתכן נ"מ דאם הקרקע נמסרת לרשות השוכר אזי יכול להשתמש בה בקנין חצר לקנות מציאה משא"כ אם אינה ברשותו דאזי מסתבר דאינה קונה לו כחצרו.

נמסרה לו ולרשותו דחלה טענת "אין רצוני כו'"[487].

הלכות הרמב"ם (פ"ה מהל' שכירות הל"א - ב).

עיין ברמב"ם (פ"ה מהל' שכירות ה"א - ה"ב) וז"ל השוכר את הבהמה וחלתה או נשתטית או נלקחה לעבודת המלך אע"פ שאין סופה לחזור אם נלקחה דרך הליכתה, הרי המשכיר אומר לשוכר הרי שלך לפניך וחייב ליתן לו שכרו משלם. במה דברים אמורים בששכרה לשאת עליה משוי שאפשר להשליכו בלא הקפדה, אבל אם שכרה לרכוב עליה או לשאת עליה כלי זכוכית וכיוצא בהן חייב להעמיד לו חמור אחר אם שכר ממנו חמור. ואם לא העמיד יחזיר השכר ויחשב עמו על שכר מה שהלך. מתה הבהמה או נשברה, בין ששכרה לשאת בין ששכרה לרכוב, אם אמר לו חמור סתם אני משכיר לך חייב להעמיד לו חמור אחר מכל מקום, ואם לא העמיד יש לשוכר למכור הבהמה וליקח בה בהמה אחרת או שוכר בדמיה אם אין בדמים ליקח עד שיגיע למקום שפסק עמו. אמר לו חמור זה אני שוכר לך אם שכרה לרכוב עליה או לכלי זכוכית ומתה בחצי הדרך אם יש בדמיה ליקח בהמה אחרת יקח, ואם אין בדמים ליקח שוכר אפילו בדמי כולה עד שיגיע למקום שפסק עמו. ואם אין בדמים לא ליקח או לשכור נותן לו שכרו של חצי הדרך ואין לו עליו אלא תרעומת. שכרה למשא הואיל ואמר לו חמור זה ומת בחצי הדרך אינו חייב להעמיד לו אחר, אלא נותן לו שכרו של חצי הדרך ומניח לו נבלתו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם (בהל"ב) פסק שבשכר בהמה סתם אין נ"מ לדינא בין ששכרה לשאת משא לבין ששכרה לרכוב עליה או לשאת כלי זכוכית, דבכל אופן אם מתה הבהמה בחצי הדרך המשכיר חייב להעמיד לשוכר בהמה אחרת, ואם לא העמיד לו יש לשוכר למכור את הנבלה וליקח או לשכור לו בהמה אחרת. ואם אין בדמי הנבלה לא ליקח ולא לשכור אין השוכר חייב לשלם כלום מהשכירות למשכיר, וכן איתא נמי בפיה"מ לרמב"ם, עיי"ש. ואילו בבהמה זו שמתה יש נ"מ לדינא בין אם שכרה לרכוב עליה או למשא כלי זכוכית לבין אם שכרה למשא. דבשכרה לרכוב עליה מוכרח ליקח או לשכור לו בהמה אחרת, ואם אין בדמיה לא ליקח ולא לשכור משלם השכירות של חצי הדרך. ומאידך בשכרה למשא אין המשכיר חייב להעמיד לשוכר בהמה אחרת והשוכר משלם שכרו של חצי הדרך ולא מוכר את הנבלה שמניח אותה למשכיר. ועיין בהשגת הראב"ד (שם ה"ב) שהשיג וז"ל א"א אין לזה שורש וענף, שאין הפרש בזה בין

[487] ואמר רבינו זצ"ל דיתכן לומר דבמקום שהשוכר יכול להשכיר אזי יש לו קנין גוף לפירות ואילו במקום שאינו יכול להשכיר יש לו רק זכות פירות והשתמשות בלי קנין הגוף. ונ"מ לענין מציאה מי קנה אותה המשכיר או השוכר. וכן משמע מהרמב"ם (פכ"ג מהל' מכירה הל"ח) שאם אינו יכול להשכיר אין לו קנין גוף לפירות.

רכיבה לשאר משא, ולשון ההלכות הטעתו שראה שם לרכוב ולאו מדוקא נקט לה עכ"ל. ושיטת הרמב"ם צ"ב.

ונראה לבאר דבשכר בהמה סתם עיקר השכירות היתה שהמשכיר התחייב להביא את השוכר ואת משאו עד למקום חפצו בסוף הדרך, דמשו"ה השכיר לו בהמה סתם, לומר דאם הראשונה מתה המשכיר יעמיד לשוכר בהמה אחרת כדי להביאו עד סוף הדרך. ולכן כשמתה הבהמה הראשונה אם המשכיר אינו מעמיד לשוכר עוד בהמה אחרת ואין בנבלה כדי דמים ליקח ולשכור לו בהמה אחרת, השוכר פטור מלשלם לגמרי, והשוכר אינו משלם אפילו על חצי הדרך שכבר עשה עם הבהמה הראשונה, משום דמכיון שמתה הבהמה והמשכיר מסרב להעמיד לו עוד בהמה אחרת כפי תנאו אזי י"ל דכל השכירות מלכתחילא היתה מקח טעות, דלא הסכים השוכר מלכתחילא שיגיע רק עד חצי הדרך ותו לא, ומשו"ה אין השוכר חייב לשלם כלל. משא"כ כששכר בהמה זו י"ל דהמשכיר לא התחייב להביאו עד סוף הדרך, ומשו"ה בכל אופן שהשכירה, כשמתה בחצי הדרך חייב השוכר לשלם על חציו, ואין כאן מקח טעות.

ונראה שהביאור במה שפסק הרמב"ם דיש לחלק בבהמה זו בין שכרה לרכיבה לבין שכרה למשא, דברכיבה מוכר את הנבלה משא"כ במשא, הוא שבשכרה לרכיבה חל שעבוד על גופו של החמור לגמור את הדרך, ומשו"ה יכול השוכר למכור את הנבלה כדי ליקח או לשכור בהמה אחרת, דיש לו שעבוד ממון על גוף הבהמה שמתה. משא"כ בשכרה למשא לא קבל השוכר שעבוד ממון על גוף הבהמה, דקבל רק זכות שכירות בשעתה להשתמש בה. וכשמתה בחצי הדרך נגמרה השכירות שלו, ולכן משלם השכירות של חצי הדרך והנבלה חוזרת למשכיר.

ולפי"ז נראה דבשכר בהמה סתם למשא ומתה בחצי הדרך, דהרמב"ם פסק דמוכרים את הנבלה בעד השוכר, אין זה משום שחל שעבוד על גוף הבהמה לגמור את הדרך, דהא בשכר למשא אין שעבוד חל על הבהמה, אלא שמוכרה כדי לקיים את תנאי השכירות דמעיקרא - דהמשכיר התחייב להביא את השוכר עד למקום חפצו בסוף הדרך, והמכירה היא חלק מעצם ההתחייבות של המשכיר מעיקרא, ולא שמוכר מחמת חלות שעבוד על גוף הבהמה, ושאני מדין המכירה כשמתה בהמה זו לרכיבה, דשם מוכרה משום דחל שעבוד על גופה, משא"כ בבהמה סתם למשא.

והנה (בהל"א) פסק הרמב"ם דבחלתה או נשתטית או דלקחה אנגריא לפניו, אם שכרה למשא המשכיר אומר לשוכר הרי שלך לפניך והשוכר נותן לו שכרו משלם, משא"כ בשכרה לרכיבה או לשאת עליה כלי זכוכית השוכר משלם רק שכר חצי הדרך ותו לא.

ויש לדקדק דבדינים אלה לא הבחין הרמב"ם בין השוכר בהמה סתם לבין השוכר בהמה זו, וצ"ע מ"ש כאן (בהל"א) ממה שפסק (בהל"ב) לגבי דין מתה הבהמה.

ונראה לבאר ד(בהל"א) מיירי שהבהמה נמצאת בעולם והיא ראויה לשכירות כל שהיא, משא"כ ב(הל"ב) מיירי שמתה הבהמה ואינה ראויה לשכירות כלל. ולכן פסק הרמב"ם ב(הל"ב) דאם שכר בהמה סתם ומתה, והמשכיר מסרב לתת בהמה אחרת לשוכר ואין בדמי הנבלה כדי ליקח או לשכור בהמה אחרת, השוכר פטור מלשלם לגמרי, דהוי מקח טעות והשכירות בטלה למפרע. משא"כ (בהל"א) דמיירי דנשתטית הבהמה אזי עדיין הבהמה הויא ראויה קצת להשתמשות ולא הוי מקח טעות למפרע אלא רק אונס ואיתרע מזלו, אזי המשכיר אומר לשוכר "הרי שלך לפניך" והשוכר חייב לשלם כל השכר כששכרה למשא, או לשלם שכר חצי הדרך בשכרה לרכיבה. ועוד נראה דיש לשוכר מקצת קנין כל שהוא בבהמה ששכרה, ולכן באונס שעדיין שייך קצת השתמשות אחריות האונס חלה על השוכר, דהמשכיר אומר לו "הרי שלך לפניך" וכמוש"כ הרמב"ם. ולפי"ז יל"ע בנלקח לעבודת המלך אע"פ שאין סופה לחזור דאם נלקחה דרך הליכה אחריות האונס על השוכר, האם טעם הוא משום דסוכ"ס השוכר יקבל את הבהמה בחזרה, ומשו"ה עדיין הבהמה ראויה למקצת השתמשות, או"ד הטעם הוא משום דהבהמה בעולם ומכיון דיש לשוכר קנין בה וראויה להשתמשות אם יחזירוה לו, האחריות עליו מדין בעלים, ויש למשכיר טענת "הרי שלך לפניך". משא"כ במתה דאזי אין הבהמה ראויה לתשמיש כלל, ומכיון דאינה ראויה לתשמיש כלל, אף עצם קנין השכירות נמי בטל, דיש לשוכר קנין כל שהוא בבהמה רק כל זמן שהבהמה ראויה להשתמשות, ולא במתה. ומכיון שמתה ואין לו קנין שכירות אינו אחראי עוד על אונסה, דאחריות האונס חל מדין בעלים, ומשו"ה האחריות דמיתה אינה חלה על השוכר אלא על המשכיר.

ולפיכך (בהל"א) בנשתטית שראויה להשתמשות דמשא וקנויה לשוכר אחריות דאונסה חלה על השוכר, ובשכרה למשא השוכר חייב לשלם את כל שכרה מכיון דראויה עדיין להשתמשות דמשא והריהי קנויה לו ובעליה הוא לאונסין. ומאידך לענין רכיבה ולשאת כלי זכוכית הבהמה אינה ראויה עוד להשתמשות ולכן קנין השוכר בטל, ולפיכך אחריות האונס אינה חלה על השוכר ואינו חייב לשלם את כל שכרה. ומ"מ חייב לשלם חצי שכרה. אולם צ"ע בשכר בהמה סתם והבעלים מסרבים לתת בהמה אחרת למה אינו חל דין מקח טעות כמו דחל במתה ויפטר השוכר מלשלם כלל.

ונראה דכשמתה הבהמה יש שינוי בעיקר השכירות, דהבהמה המתה הוי כדבר אחר כלפי הבהמה החיה שהיתה, ונעשה כמו חומץ כלפי יין, ולכן השכירות למפרע הוי טעות ובטלה השכירות למפרע. משא"כ בנשתטית, שהבהמה עוד קיימת דלא הויא טעות למפרע, והשכירות עדיין קיימת, ולכן השוכר חייב לשלם על חצי הדרך שכבר עשתה בשכירותו, אלא שפטור מלשלם על שאר הדרך כי אחריות האונס חלה על הבעלים ולא עליו משום שבטל קנינו.

אך לכאורה צ"ע מדוע בשכר בהמה זו לרכיבה ונשתטית למה אינו יכול למוכרה כדי לקנות ולשכור לו בהמה אחרת לגמור את הרכיבה כמו שעושה בבהמה שמתה.

ונראה דהשעבוד שחל על גוף הבהמה מצטמצם רק לאופן שמתה, דהנבלה בין כה וכה תמכר, ולכן שוויות דמי מכירתה משועבדת לשכירות של השוכר כדי שיגמור את דרכו. משא"כ בנשתטית שאין הבהמה עומדת לימכר, דהבעלים יחזיקו בה למשא אם לא לרכיבה, ומכיון שאינה עומדת לימכר אינה משועבדת לשוכר לגמור את דרכו וחוזרת היא לבעליה, והשוכר משלם שכירות חצי הדרך, ועדיין צ"ע בזה.

גמ'. ת"ר השוכר את החמור לרכוב עליה שוכר מניח עליה כסותו ולגנותו ומזונותיו של אותה הדרך וכו'.

א.

יל"ע בדיני הברייתא דאסור לשוכר להניח יותר מדי דברים על החמור על איזה איסור יעבור אם אכן יניח יותר מדי דברים על החמור.

ובפשטות י"ל דהאיסור הוא איסור גזילה. אך נראה שאין זה כ"כ פשוט. שהרי מדובר בהשתמשות השוכר עם החמור שלא ברשות, אך מ"מ חסר כאן מעשה גזילה בגופו של החפץ וכדמצינו ב"ויגזול את החנית מיד המצרי" (שמואל ב' כ"ג: כ"א), דהוי המקור למעשה גזילה דעלמא כשיש לקיחת חפצא מרשות הבעלים לרשות הגזלן בכוונה לגוזלו לעולם. ברם כאן בשוכר הריהו שואל שלא מדעת, דמשתמש בבהמת חבירו בלי רשות. והנה בשואל שלא מדעת פליגי (לעיל דף מג:) אם שואל הוי או אם גזלן הוי. ומ"ד דשואל הוי סובר דגזילה חלה רק בהוצאת החפצא מבית הבעלים לרשות הגזלן בכוונה להחזיק בו ואילו שואל שלא מדעת לא התכוון השואל להחזיק בחפצא כשלו לעולם אלא לקחו להשתמש בו רק לפי שעה כדי להחזירו אח"כ לרשות בעליו, ומשו"ה אינו גזלן אלא רק שואל בלבד. ומ"ד גזלן הוי סובר דגזילת תשמישין ג"כ מהווה חלות גזילה. דסובר דע"י דלקח את החפצא מבית בעליו כדי להשתמש בו אזי לקיחת החפצא מהווה מעשה גזילה גם בגופו דהחפצא שהרי הוציאו מבית בעליו עבור להשתמש בו בלי

רשות הבעלים ויש חלות מעשה גזילה בחפצא. אך לכאורה סברא זו ליתא כאן לגבי שוכר שהשתמש עם החמור שלא ברשות המשכיר שהרי גופו של החמור כבר נמצא ברשות השוכר בהיתר שכירות, ובהשתמשותו אינו מוציאו יותר מרשות בעליו, אלא רק משתמש בו בלי רשות הבעלים שלא כתנאי השכירות, ואע"פ שהוא אסור, אך ליכא כאן חלות שם איסור גזילה דלכאורה איסור גזילה חל רק בגזילת חפצא מרשות בעליו. ולפי"ז צ"ע על איזה איסור עובר השוכר.

ועיין ברמב"ם (פ"א מהל' גזילה הל"ד) שכ' וז"ל אי זהו עושק זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו, כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או שכירות והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה, ועל זה נאמר לא תעשוק את רעך עכ"ל. ויתכן דהשוכר שהשתמש עם החמור שלא ברשות המשכיר עובר על איסור עושק אליבא דהרמב"ם שלשיטתו איסור עושק חל אף בלי לקיחת חפצא והוציאתו מרשות הבעלים, אלא רק בהחזקת ממון שאינו שלו שאינו מחזירו לבעליו, וי"ל שאיסור זה חל בשוכר שהשתמש בממון חבירו בלי רשות הבעלים.

וכל זה בנוגע לשוכר. אך במשכיר חמר שהשתמש בחמורו שלא כתנאי השכירות אי אפשר לומר דגזל את החפצא דהחמור מהשוכר, שהרי גופו של החמור הריהו של המשכיר, שהשוכר קנה רק את זכות ההשתמשות בחמור, דפשיטא דגוף החמור ששכרו עדיין של הבעלים, וא"כ א"א לומר דבהשתמשות שלא ברשות גזל המשכיר את גוף החמור מהשוכר, כי גוף החמור של המשכיר הוא ולא של השוכר. אמנם אם ננקוט ששואל שלא מדעת הוי גזלן מחמת עצם גזילת ההשתמשות י"ל דהחמר שהוא המשכיר גזל את התשמישין מהשוכר דקנה אותן בשכירות והחמר גזל אותן ממנו, ולכן הוי גזלן. מאידך אם ננקוט דלמ"ד שואל שלא מדעת גזלן הוא משום דע"י גזילת התשמישין גזל את גופא דהחפצא אזי המשכיר שהשתמש בחמור שלו שלא ברשות ושלא כתנאי השכירות אינו גזלן, וי"ל דעבר על איסור עושק וכדמבואר.

ב.

כתב הרמב"ם (פ"ד מהל' שכירות הל"ח) וז"ל וכל אלו הדברים בשוכר סתם ובמקום שאין מנהג ידוע אבל במקום שיש מנהג הכל לפי המנהג עכ"ל. יל"ע האם מנהג המדינה קובע דיני השכירות בפני עצמו, או דמחמת המנהגים יש אומדנא דמוכח דהמשכיר והשוכר מסתמא שכרו כפי מנהג המדינה.

ולכאורה תהיה נ"מ בזה לגבי משכיר ושוכר שאינם יודעים את מנהג המדינה, דאם המנהג הוי קובע בפני עצמו אזי י"ל שגם שכירות שלהם נכללת במנהג, אך אם המנהג מגלה את דעתם דמסתמא הסכימו והתנו כפי המנהג, אזי י"ל דבמשכיר ושוכר שאינם יודעים ממנהג המדינה אין המנהג מתייחס אליהם ורק דיני הגמרא בלבד חלים בשכירותם דמסתמא התנו כפי הדינים שבגמרא. ועיין ברמב"ם (פט"ו מהל' מכירה הל"ה) וז"ל כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזיר בו מקח זה מחזירין וכל שהסכימו עליו שאינו מום הרי זה אינו מחזיר בו אלא אם פירש שכל הנושא ונותן סתם על מנהג המדינה הוא סומך עכ"ל. ומפורש ברמב"ם שהמוכר ולוקח מסתמא סמכו בדעתם על מנהג המדינה ואינו חלות דין קובע בפני עצמו. אך יתכן שבהל' שכירות המנהג חל כקובע בפני עצמו ואינו דין בעלמא בסמיכת דעתם של המשכיר והשוכר, ויל"ע בזה.

דף פ.

גמ'. היכא דלא שני לן מאן משלם.

יעויין בגמרא ברש"י ובתוס' ד"ה ואי. ובגמ' דנה היכא דלא שני בה מאן משלם, ופליגי בזה האמוראים, וההלכה כמ"ד דמאן דנקט מנא משלם. וצ"ע, מהו הביאור במחלוקתם, דאטו פליגי במציאות, דמהיכי תיתי שנדע מי הוא שבאמת פשע לבדו בשעת החרישה. ונראה דבסוף הסוגיא איתא דבדוכתא דמחזקא גונדרי תרוייהו משלמין. וכ' רש"י (ד"ה תרוייהו) ז"ל שהיה להם להזהר מאד ובדבר מועט שעיוות אף המנהיג הוא נשבר והוי דבר המוטל בספק עכ"ל. ותמהו עליו בתוס' (ד"ה ואי) דהא לא קיי"ל כסומכוס אלא כרבנן, ופרשו בתוס' דשניהם פשעו, ומשו"ה שניהם משלמים.

ונראה לבאר דלרש"י אין הספק כאן מי הוא שפשע לבדו, דא"כ באמת היה הדין תלוי במחלוקת בין סומכוס והרבנן, אלא דפשיטא לן דתרוייהו פשעו, והספק הוי איזו פשיעה גרמה את ההפסד. דההפסד נגרם מפשיעת שניהם אך אנן לא יודעים למי מהם לבדו להתייחס את ההפסד. ומאחר דא"א לנו לדעת כלל למי לבדו להתייחס את כל ההפסד, לכן ע"פ דין אנו מייחסים את ההפסד לשניהם ביחד, וכל א' חייב לשלם את חצי ההפסד, מכיון דבין שניהם פשעו ובכך נגרם ההפסד לחפצא, והחיוב חל על שניהם ביחד. ונראה דלפי רש"י אין כאן דין רוצה מזה גובה כולו או רוצה מזה גובה כולו, כי כל א' הוי שותף עם חבירו להתחייב ביחד על כל ההפסד, ולכן כל א' משלם חצי ההפסד מדין ודאי. ואין זה שייך לדינא דסומכוס, דשם משלם כל אחד חצי הממון בתורת ספק ולא בתורת ודאי.

דדינא דסומכות מיירי כשיש ספק האם חייב לשלם כלל. משא"כ כאן דביחד שניהם בודאי חייבים והספק הוא בנוגע לכל א' וא' לבדו, דהספק בדבר הוי האם אפשר לייחס את ההפסד לאחד מהם לבדו או דא"א לעשות כן, וזהו הספק אליבא דרש"י. ונראה דבכך מבוארת את המחלוקת שבתחילת הסוגיא, דכ"ע מודי דשניהם פשעו, אלא דפליגי למי להתייחס את ההפסד, ולהלכה מייחסים אותו למאן דנקיט מנא. ונראה שהוא משום דס"ל דפשיעתו היתה גדולה יותר מפשיעת מאן דנקיט פרשא, ומכיון דפשיעתו גדולה יותר מייחסים אליו לבדו את כל ההפסד, והשני פטור[488].

אך תוס' (ד"ה ואי) חולקים על רש"י, וס"ל דמאחר ששניהם פשעו שניהם חייבים בכל החיוב כל א' וא' לבדו, ואין צורך להתייחס לכל אחד ואחד לבדו את כל ההפסד כדי לחייבו. דלתוס' עיקר המחייב דשומר הוי החסרון בקיום השמירה כשפשע, והרי שניהם פשעו וחייבים כל א' וא' לבדו לשלם את כולו מחמת פשיעתו. ולכן לתוס' הדין הוא דרוצה מזה גובה כולו או רוצה מזה גובה כולו. ואילו לרש"י עיקר המחייב דשומר הוי ההפסד שגרם ושמתייחס אליו לבדו, ולא רק החסרון בקיום השמירה, וכאן ההפסד מתייחס לשניהם ביחד ולא לכל א' וא' לבדו. ברם צ"ע אליבא דהתוס' מהו ביאור המחלוקת שבתחילת הסוגיא האם מאן דנקט פרשא משלם או מאן דנקט מנא משלם. ואולי י"ל אליבא דתוס' דכשיש א' שפשע פשיעה גדולה והשני פשע פשיעה קטנה חל דין קדימה בגבייה להקדים ולגבות מזה שפשע פשיעה גדולה. אבל אם אינו משלם אזי גובים מהשני שפשע פשיעה קטנה, ופליגי מי שפשע פשיעה ועתה גדולה, וצ"ע בזה.

ועיין בקצות החושן (חו"מ סי' שפ"ג אות א') שהשווה את שיטת רש"י כאן עם פסק הרמב"ם (בפ"ו מהל' חובל ומזיק הל"ד) וז"ל חמשה שהניחו חמש חבילות על הבהמה ולא מתה ובא זה האחרון והניח חבילתו עליה ומתה, אם היתה מהלכת באותן החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה האחרון חייב. ואם מתחילה לא היתה מהלכת האחרון פטור, ואם אין ידוע כולן משלמין בשוה עכ"ל. דלכאורה קשה דאם אינו ידוע מי הזיק, א"כ למה כולן משלמין בשוה ולא אמרי' שהמע"ה ושיהיו כולן פטורין.

וצ"ל דבחבילות כולם עשו את מעשה ההיזק ביחד וגרמו ביחד את ההיזק, ומאחר דא"א לייחס את הנזק לא' מהם לבדו לא לראשונים שהניחו חבילות ולא לאחרון, אנו מייחסים את הנזק לכולם ואמרינן שכולם ביחד הזיקו, ושכל א' וא' חייב לשלם את חלקו בנזק. אך לא אמרינן דכל א' וא' חייב על כל הנזק לבדו אלא דחייב על חלקו בנזק ביחד עם

[488] ואמר רבינו זצ"ל דכ"ז סובר רש"י בשני שומרים ופועלים שפשעו וגרמו הפסד. משא"כ בשנים שגנבו או שלוו דכל א' וא' חייב לבדו והדין הוי דרוצה מזה גובה רוצה מזה גובה. ואף בשנים ששאלו הוי הדין רוצה מזה גובה או מזה גובה דחייב שואל על אונסין ולא מחמת שפשע וגרם הפסד. משא"כ בשני שומרים שפשעו כדמבואר.

האחרים שג"כ השתתפו בנזק כמוהו. וכמו שרש"י מפרש בשני פועלים שומרים שפשעו דמספק מייחסים את ההפסד לשניהם ביחד, ה"ה הרמב"ם סובר בשנים שהזיקו דמספק מייחסים את הנזק לשניהם ביחד, ושניהם חייבים לשלם כל אחד ואחד חצי הנזק.

אמנם נראה דיתכן לומר אליבא דתוס' דאע"פ שהתוס' חולקים על רש"י בסוגיין, מ"מ שפיר יתכן דס"ל כשיטת הרמב"ם. דיש לחלק בין שומר לבין מזיק, די"ל דעיקר המחייב בשומר הוא חסרון קיום שמירה שכל שומר ושומר חייב לקיימה לבדו. ולכן ס"ל לתוס' דשני השומרים הפועלים שפשעו חייבים כל א' וא' לבדו על כל הפקדון, והדין הוא דרוצה מזה גובה את כל החיוב או רוצה מזה גובה את כל החיוב. משא"כ במזיק, דעיקר המחייב אינו מעשה המזיק אלא הנזק והפסד הממון, ובחבילות הפסד הממון מתייחס לשני המזיקים ביחד, ומשו"ה משלמים ביניהם, ואין אחד מהם לבדו חייב ולא אמרינן רוצה מזה גובה את כל החיוב ורוצה מזה גובה את כל החיוב, אלא כל א' וא' מהמזיקים חייב בחצי הנזק וביחד משלמים את כל הנזק.

ברם כבר הבאנו כמה פעמים בשיעורים דשיטת הרמב"ם היא לחלק בין פשיעה לשאר חיובי השומר, ודס"ל ששומר שפשע חייב מטעם מזיק, ולא מחמת חסרון בקיום השמירה. ולכן מסתבר לומר שהרמב"ם יקבל את שיטת רש"י בשומרים שפשעו ביחד דחייבים ביחד מדין מזיק ודינם איפוא שוה לדין שני מזיקים שהזיקו ביחד בחבילות[489].

תוס' ד"ה היכא.

וז"ל וא"ת היכא דשני נמי אמאי לא משלם א' מן הפועלים שפשע בשבירת הקנקן ותיבעי נמי מאן משלם, וי"ל דהיכא דשני לא משלם דמיירי שהמשכיר את הפרה הוא שוכר את הפועלים לילך עם פרתו ולעשות מלאכת השוכר ולהכי לא משלם דא"ל למשכיר אנו לא התננו עמך אלא לחרוש בבקעה ולא קבלנו שמירת הקנקן בהר אלא בבקעה ואם היינו חורשים בבקעה לא היינו שוברים, ומ"מ שכירות שלנו לא נפסיד כי דעתך היה שנעשה כמו שירצה בעל השדה כי היית סבור שלא יחרוש אלא בבקעה עכ"ל. תירוצם של התוס' לכאורה מרפסין איגרא וצע"ג, דאם הפועלים מקבלים שכר מהמשכיר להיות פועליו ללכת ולעבד גם בהר, למה אינם נמי חייבים להיות השומרים שלו בהר.

ונראה מזה דשאני חיובי פעולה משמירה, דבשמירה החיובים תלויים בהתחייבות מפורשת שהתנו המפקיד והנפקד מדעתם. ולכן בעובדא ששינה השוכר מבקעה להר מכיון דליכא התחייבות מפורשת לשמור שם, לכן הפועל אינו נחשב לשומר בהר, מכיון

[489] אך עיין בשיעורים לריש פ' השואל שנתבאר בשם הגר"ח זצ"ל דהרמב"ם אינו ר"ל דשומר שפשע חייב מדין מזיק דעלמא אלא דחייב מדין שומר שביטל את חובת שמירתו, ודלא כדברי רבינו זצ"ל כאן.

דליכא התחייבות וקבלת שמירה מפורשת מדעתו. משא"כ בחיובי פעולה, דמספיק שיתחייב בהסכם כללי לעבוד כפועל ואע"פ שאינו במפורש, ואחרי שהבעה"ב השכיר את הפועל באופן כללי בלי תנאים מפורשים, יש לפועל הזכות לפרש את דעתו של בעה"ב כפי שהבין הפועל אותו, ובכן בעובדא דידן יש לפועל את הזכות לומר שהבין בלי שיגיד לו בעה"ב במפורש שרצונו שיעבד עם השוכר אף בהר. ולפיכך הדינים מתחלקים, שבהר הריהם פועלים אך אינם שומרים. והוא חידוש בהלכות שומרים ופועלים[490].

אולם עדיין צ"ע דנהי שאינם שומרים בהר, מ"מ למה אינם חייבים לשלם על היזקם מדין אדם המזיק. ובתירוץ לקושיה זו קיימת מחלוקת בראשונים. דעיין בתוס' (ב"ק דף כז: ד"ה ושמואל אמר) דתירצו שפועלים אינם חייבים מדין אדם המזיק כי הזיקו באונס כעין גניבה, ואדם המזיק חייב רק על אונס כעין אבידה. ואילו מדין שומרי שכר הריהם חייבים אף על אונס כעין גניבה. ודבריהם צ"ע, דמשמע דס"ל דאדם המזיק חייב מדין שמירת גופו ולא מחמת מעשה הנזק שעשה, וא"כ קשה מהכ"ת שעל גופו אינו חייב לשמור כשיעור שומר שכר בפקדון דעלמא המחוייב לשמור גם כנגד גניבה, ואילו אדם המזיק פטור מלשמור גופו כנגד אונס כעין גניבה, וצע"ק.

ברם הרמב"ן (בקונטרס הגרמי) תירץ דפועלים פטורים מדין אדם המזיק מכיון דקבלו את החפצא עם רשות הבעלים כדי לעבוד איתו בפעולתם, ולכן פטורים מדין אדם המזיק שהרי הזיקו ברשות, ומזיק חייב רק כשאינו ברשות, וחיובם משו"ה חל רק מדין שומרים. וע"ע בשיעורים לקמן (דף פב:) בענין אדם המזיק.

והנה יל"ע באיזה תירוץ נקט הרמב"ם. ונראה שהרמב"ם ס"ל כתירוצו של הרמב"ן ודלא כהתוס', ולכאורה יש להביא ראייה לזה ממה שפסק הרמב"ם (בפ"ו מהל' חובל ומזיק הל"א) שהמזיק ממון חבירו חייב לשלם נזק בין כשהזיק בשוגג ובין כשהזיק באונס, ומשמע דמחייב מזיק אף באונס כעין גניבה, ופוטרו רק באונס גמור (שם הל"ד) כשהוא "מכה בידי שמים". ועוד יש לדייק דהרמב"ם הביא את כל ההלכות דסוגיין בהלכות שכירות (פ"ד) ולא בהלכות חובל ומזיק. ומשמע דס"ל דליכא חלות חיוב אדם המזיק בפועלים אלא רק חלות חיוב שומרים בלבד.

[490] לכאורה עדיין צ"ע היאך יתכן שבהר הריהם פועלים של בעל החמור אך לא שומריו, הרי פועליו צ"ל שומריו. ויתכן לומר דשאני הכא שהשוכר הוא עיקר השומר של החמור ששכרו ושהפועלים טפלים אליו. ובכן בהר במקום שהשכור שינה ושחייב מדין שומר לשלם. הפועלים פטורים מדיני שומר, שהרי השוכר שינה והוא עיקר השומר של החמור.

ועוד יש להביא ראייה לזה מדברי הרמב"ם (פ"ד מהל' שכירות הל"א) וז"ל שכרה לחרוש בבקעה וחרש בהר ונשבר הקנקן השוכר חייב ודניו של שוכר עם האומנים עכ"ל. וצ"ע דלמה פסק שבעה"ב אינו גובה ישיר מהאומנים שהזיקו, אלא רק משתלם מהשוכר, והשוכר גובה מהאומנים. אך אם ננקוט שאין האומנים חייבים מדין אדם המזיק יש לומר דהאומנים חייבים לשלם רק מדין שומרים, והשוכר חייב לשלם לבעלים מדין שומר שלהם ששינה ופשע, והאומנים חייבים לשלם לשוכר מדין שומר שמסר לשומר, שדין האומן דהוי השומר השני הוא עם השומר הראשון השוכר, והראשון השוכר דינו עם הבעלים, ודו"ק.

גמ'. המוכר פרה לחבירו ואמר לו פרה זו נגחנית היא נשכנית היא בעטנית היא וכו' והיה בה מום אחד וסנפו בין המומים הרי זה מקח טעות. יעויין בפרש"י בתוס' (ד"ה היו) ובשיטות ר' יהונתן והראב"ד בשיטה מקובצת ובפירושיהם בסוגיא דדנה בדיני מום ומקח טעות ובאיזה אופנים אמרינן שהלוקח מוטעה וחוזר בו ובאיזה אופנים אמרינן דסביר וקבל את המומין ואינו חוזר בו.

א.

יעויין ברמב"ם (בפט"ו מהל' מכירה הל"ו - י"א). ויש לעיין בדבריו שהוא כתב (שם הל"ו) וז"ל כל הלוקח סתם אינו לוקח אלא הדבר השלם מכל מום. ואם פירש המוכר ואמר על מנת שאין אתה חוזר עלי במום הרי זה חוזר עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח. או עד שיאמר לו כל מום שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו, שהמוחל צריך לידע הדבר שימחול לו בו ויפרש אותו כמו המפרש בהונייה עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק שמחילת מומין צ"ל מחילה מפורשת ואילו מחילה סתם בלי פירוט מפורש אינה מועלת והוי מקח טעות.

ונראה דהרמב"ם נאמן בכך לשיטתו בנוגע לשני דינים אחרים. דבדיני אונאה נמי פסק הרמב"ם שרק מחילה מופרשת מועלת בתנאי ע"מ שאין לך עלי אונאה. עיין (בפי"ג מהל' מכירה הל"ג - ד') וז"ל האומר לחבירו ע"מ שאין לך עלי אונאה יש לו עליו הונייה. בד"א בסתם שאין יודע כמה הונייה יש בו כדי שימחול כו' אבל במפרש אין לו הונייה שכל תנאי שבממון קיים. כיצד מוכר שאמר ללוקח חפץ זה שאני נותן במאתים יודע אני שאינו שוה אלא מנה על מנת שאין לך הונייה אני מוכר לך אין לו עליו הונייה. וכן לוקח שאמר למוכר חפץ זה שאני לוקח ממך במנה יודע אני ששוה מאתים ע"מ שאין לך עלי הונייה אני לוקח ממך אין לו עליו הונייה עכ"ל. וכמו"כ פסק אצלנו בהלכותיו (בפט"ו מהל' מכירה הל' י"א) וז"ל מכאן אני אומר שהמוכר חפץ לחבירו במאה דינרין

ואמר לו חפץ זה אינו שוה אלא זוז אחד על מנת שאין לך עלי אונאה הרי זה יש לו עליו אונאה שהרי אומר כיון שראיתי שאמר שאינו שוה אלא זוז ידעתי שאינו מתכוין אלא להשביח דעתי עד שיפרש כדי ההונייה שיש במקחו בודאי או קרוב לה בכדי שהדעת טועה, שהרי ידע בודאי הדבר שמחל בו, וכזה ראוי לדון עכ"ל.

וכן פסק נמי לגבי דין התחייבות ממון (בפי"א מהל' מכירה הלט"ז) וז"ל חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסות חמש שנים אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד, שזו כמו מתנה ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה, וכן הורו רבותי עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק שאין אדם מתחייב בדבר שאין בו קצבה בדומה למה שפסק שאין אדם מוחל דבר שאין בו קצבה - במומין ובאונאה.

והנה ראשונים אחרים חולקים על הרמב"ם, דעיין בראב"ד (שם בפי"א הלט"ז) שחולק לענין התחייבות. ועיין בטור (חו"מ סי' רל"ב אות ז') דפליג על הרמב"ם בתרתי וז"ל כתב הרמב"ם כו' ע"מ שאין אתה חוזר עלי במום כו' שהמוחל צריך לידע הדבר שמוחל ויפרש אותו ע"כ, וזה נוטה לצד דבריו שכתב שאין אדם מקנה לחבירו דבר שאין לו קצבה. ואני כתבתי למעלה שלדעת א"א הרא"ש ז"ל יכול להקנותו והוא הדין שיכול למחול עכ"ל. והנה הטור חולק על הרמב"ם בהתחייבות ממון ובמחילת מומין וס"ל דשניהם חלין אף בדברים שאין בהם קצבה. אך בנוגע לאונאה הסכים הטור (חו"מ סי' רכ"ז אותיות כ"א - כ"ב) עם הרמב"ם דצריך קצבה כדי שתחול מחילה. וצ"ע למה חילק הטור בין אונאה לבין התחייבות ממון ומחילת מומין.

וי"ל דהתחייבות ממון ומחילת מומין חלין בדעת מקנה בעלמא, וס"ל לטור דדעת מקנה חלה מדעת בעלים ויש לבעלים בעלות כדי להתחייב ולמחול אף בדבר שאין לו קצבה. משא"כ במחילת אונאה, דכדי למוחלה חייבים להתנות תנאי ע"מ שכתוב בתורה, דבלי"ז אין בעלות למחול כנגד רצון התורה, ולכן חייבים להתנות התנאי בפירוש על אונאה, דבלי פירוש מפורט חסרה בדעתם להתנות תנאי כנגד התורה.

אך הרמב"ם השווה את כל שלשת הדינים. דעיין בלשונו (בפט"ו מהל' מכירה) דנראה שאף במחילת מום מצריך חלות דין תנאי ע"מ שכתוב בתורה, שהרי כתב (שם בהל"ו) וז"ל ואם פירש המוכר ואמר על מנת שאין אתה חוזר עלי במום הרי זה חוזר עד שיפרש המום כו' עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם השווה מחילת מום למחילת אונאה דשתיהן חלין רק מדין תנאי ולא מחמת דעת מחילה בעלמא, ומכיון דצריכים חלות דין של תנאי צריכים נמי דעת מפורשת, דבלי"ז חסרה דעת להתנות נגד התורה. ולשיטתו השווה נמי הרמב"ם אונאה ומומין בדין להשביח דעתי (שם הלי"א).

ועיין ברמב"ם (פי"ז מהל' מכירה הל"א - ב) וז"ל מכר לו חטים יפות ונמצאו רעות הלוקח יכול לחזור בו ולא המוכר. רעות ונמצאו יפות המוכר יכול לחזור בו ולא הלוקח כו' אבל המוכר יין ונמצא חומץ וכו' כל אחד מהן יכול לחזור בו שאין זה המין שאמר המוכר שימכור לו עכ"ל. ונראה שהרמב"ם סובר שביין ונמצא חומץ אין המכירה חלה כלל שאין זה המין שאמר שימכור לו והוי טעות מעיקרא דאין בזה חלות מכירה כלל ולכן שניהם חוזרים בהם. משא"כ ביפות ונמצאו רעות דחלה המכירה אלא שיש למוטעה זכות לחזור בו מהמקח כמו המתאנה ביותר משתות שיכול לחזור בו ולבטל את המקח. וכן נמי פסק במומין (פט"ו ממכירה הל"ג) שרק הלוקח יכול לחזור בו, כי הקנין חל אלא שיש לו זכות חזרה כמו מתאנה. וכמו"כ פסק שאם מוטעה במום והשתמש בבהמה אחרי שראה את המום דמחל את זכותו ואינו חוזר. ועוד פסק (שם הל"ב) בנוגע לטעות במדה במנין דיכול לחזור בו, ומ"מ המוכר יכול להחזיר את הטעות אפילו לאחר כמה שנים ובכך בטלה זכות חזרתו והמקח קיים. ומכל זה יוצא דדין טעות במומין אינו חלות דין ביטול מקח מעיקרא באופן שאין המקח חל כלל, אלא שהמקח חל ויש למוטעה זכות לחזור בו ולבטלו. ונמצא דהחזרה במומין חלה מדין אונאה שהמתאנה יכול לחזור בו מהמקח. ולכן אם רוצים שהמקח יחול גם כשיש מומין צריכים להתנות תנאי ע"מ שכתוב בתורה. כי דין מום במקח חל מדין אונאה, וכמו שבהתנאת תנאי באונאת ממון צריכים אונאה מפורשת כדי שהתנאי יחול ה"ה במומים צריכים פירוט המומין במפורש כדי שהתנאי יחול, וכדי שהלוקח יפסיד את זכותו לחזור בו ולבטל את המקח מן התורה. ולפי זה א"צ לומר כמו הטור שהרמב"ם לשיטתו בהתחייבות, די"ל דבמום ובאונאה חל דין מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ולכאורה יש להביא ראייה לזה מהראב"ד דחולק על הרמב"ם בהתחייבות ממון אולם לא השיג עליו במחילת אונאה ומומין. ונראה דהראב"ד סובר דהתחייבות ממון חלה מדין דעת מקנה בעלמא ומשו"ה יש בעלות להתחייב גם בדבר שאינו קצוב. משא"כ באונאה ובמומין, דמחילתם אינה חלה מדעת בעלים בלבד, אלא מדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה, וכדי להתנות תנאי כזה צריכים דוקא דעת אלימתא ומפורשת.

ב.

עיין בפי' ר' יהונתן בשיטה מקובצת שכתב וז"ל המוכר פרה לחברו ואמר לו פרה זו נשכנית היא נגחנית היא רבצנית היא ולא היו בה מכל אלו המומין כלום והיה בה מום אחר בודאי וסנפו והזכירו עמהן עם אלו המומין שלא היו בה כלל, אבל לא הכירו שהיה בה זה המום בשעה שמכרה לו ואח"כ היה ניכר הרי זה מקח טעות, ואע"פ שהזכיר

לו זה המום לפי שסבור זה הלוקח כי היכי דהני ליתנהו בה ה"נ האי מומא לית בה ולפיכך הוה זבין לה כו', בעי רב אחא וכו' היו בה כל המומין האלו שהזכיר לו בשעת מכירה שאמת היה שנשכנית ונגחנית ורבצנית היא אך זה הלוקח לא הכירם מי אמרינן הואיל ולא הכירם מקח טעות הוא דמשום דלא הכירם כסבור היה הלוקח שלא יהיו בה אלו המומין או"ד אמרינן הואיל ולא הכירם הרי לא הטעהו שהרי לא הזכיר לו אלא אותם המומין שהיו בה אינו מקח טעות דסביר וקביל עכ"ל. ופירושו צע"ג דמה הנ"מ אם המוכר דבר אמת והיו בו כל המומין, והרי בכל אופן הלוקח לא הכיר את המומין וסבור היה שהמוכר משקר לו בנוגע למומין ודכולהו ליתנהו, ואם נמצא בו מום א' למה אין כאן מקח טעות כמו בבדק ולא מצא בו מומין דבאמת ליתנהו דיש ללוקח טענת מקח טעות מכיון שסבר דליכא בו מומין כלל והיה בו מום אחד דה"ה צ"ל הדין כאן.

ונראה שאף ר' יהונתן מפרש את הסוגיא מדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה, וס"ל שאין כאן מחילה בעלמא אלא חלות דין תנאי שחל לשנות את עצם חלות המכירה שתחול בלי זכות חזרה מחמת מומין, וכמו בתנאי ע"מ שאין לך עלי אונאה דחל מדין תנאי שבממון להפקיע דיני אונאה מהמכירה, דה"ה התנאי שבמומין משנה את עצם חלות המכירה.

ולכן יש נ"מ לדינא בין אם המוכר משקר או לא. כי אם המוכר משקר אזי התנאי שלו אינו חל, דהא היה בו שקר והלוקח יכול לטעון דלא התחייב בתנאי שיש בו שקר. משא"כ כשהמוכר אמר אמת אלא שהלוקח לא הכיר אמיתם של המומים וחשב בטעות שאין מומין ושהמוכר משקר, מ"מ קבל הלוקח את התנאי והתנאי היה אמת כי היו בו כל המומין, לכן לית ליה ללוקח טענה לבטל את התנאי ולעוקרו והתנאי קיים, ועל כן אין ללוקח זכות חזרה לבטל את המקח.

ולפי"ז נראה דיתכן דאף זה הוא יסוד פרש"י שפירש דהיו בו כל המומין באופן שהלוקח לא בדק כלל, דהתנאי חל מדליכא בו שקר. ואילו כשבדק ולא היו בו כל המומין - באופן דברייתא - שהמוכר שקר אזי התנאי לא חל, ויש מקח טעות בגלל המום שהיה בו.

אולם נראה דבזה פליג רש"י עם ר' יהונתן. דלר' יהונתן התנאי בטל בכל אופן שהמוכר שקר, ואפילו כשהשקר אינו ידוע ללוקח. ואילו לרש"י רק כשהלוקח בדק וגילה שהמוכר שקר אזי התנאי בטל, ואילו בשקר שאינו ידוע ללוקח התנאי קיים.

אך יתכן לפרש את פרש"י בלי דין תנאי כלל אלא רק מצד אומדנא דמוכח בעלמא, דהיינו כשהשקר ידוע ללוקח אזי איכא אומדנא דמוכח דחשב הלוקח שלא היו בו עוד מום אחד, וכשמתגלה שהיה בו מום הר"ז מקח טעות. ואילו כשהיו בו כל המומין, האומדנא הוי דהלוקח קבל על עצמו את כל המומים מכיון שלא ידע שיש שקר ולכן המקח אינו

טעות, ולא צריכים אנו לפרש את פרש"י מדין תנאי. משא"כ בשיטת ר' יהונתן דא"א להולמה ולפרשה מדין אומדנא דמוכח, וצריך לפרש את שיטתו מדין תנאי שבממון שחל רק כשהתנאי אמת ושלא חל כשיש בו שקר.
ולפי"ז נראה לבאר דבמום זה ומום אחר דחל התנאי ואין כאן מקח טעות, משום דמום א' ניכר והמום השני אינו ניכר, דאזי חלין כאן שני תנאים שונים - א' על המום האחד שניכר וא' על המום השני שבסתר, ומשו"ה התנאים חלין ואין כאן מקח טעות, ולא אמרי' שיש תנאי א' כמו שיש כשמונה הרבה מומין ביחד ומתנה עליהם, דתנאי אחד הוא שיש בו שקר ואינו תנאי, משא"כ בשני תנאים נפרדים.

דף פ:

משנה. כל האומנין שומרי שכר הן.
עיין ברש"י (ד"ה כל) וז"ל קבלנין המקבלין עליהן לעשות המלאכה בבתיהם עכ"ל. ומשמע שאם האומן עובד בבית הבעלים אינו שומר שכר להתחייב בגניבה ואבידה. ויש להעיר דבשלמא לפי הפירוש בגמ' דהאומן הוי ש"ש בההיא הנאה דתפיש ליה אאגריה, אזי י"ל דבבית הבעלים לא הוי ש"ש כי בבית בעלים אינו תופסו למשכון אאגריה. אך צ"ע לפי הלישנה בתרא דהוי ש"ש כמו שוכר, ולכאורה הטעם הוי משום דנהנה ממה דקא שביק כולי עלמא ואגיר ליה לדידיה כמו בשוכר דנהנה משום דמוגיר ליה לדידיה, וא"כ קשה למה אינו נמי ש"ש גם כשעובד בבית הבעלים. ועוד צ"ע, דפשטות לשון רש"י משמע דבבית הבעלים אינו שומר כלל, ואפילו דין ש"ח אין לו, וקשה למה אינו אפילו שומר חנם. ויעויין ברמב"ם (פ"י מהל' שכירות הל"ג) שכ' וז"ל כל האומנין שומרי שכן הן עכ"ל, והרמב"ם אינו מחלק כרש"י בין כשעובד בביתו או בבית הבעלים, וצריך ביאור ביסוד מחלוקתם.
ונראה לבאר עפי"מ דאיתא בגמ' ב"ק (דף קו:) שאין חיוב טוען טענת גנב חל בקטן שהפקיד פקדון אצל שומר דכתיב כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור, איש פרט לקטן מלמד שאין נתינת קטן כלום. ובביאור דין הגמרא שאין נתינת קטן כלום פליגי הרמב"ם והראב"ד. דכתב הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות (הל"ז) וז"ל קטן שהפקיד ביד גדול או השאילו הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן. הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת הקטן כדי שנאמר אין נשבעין על טענת קטן שכל השומרין שבועתן שבועת שמא היא עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א ורבותי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפילו היסת שאין נתינת קטן כלום ואם פקדון אין כאן שבועה אין

כאן ואפילו כאבידה אינו דאבידה אתיא מכח בן דעת. ותמה על עצמך דכולה פרשתא עיקר בשבועת השומרים ועלה קאמר איש פרט לקטן. ועוד על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין עכ"ל.

ומבואר דאליבא דהראב"ד דשמירה אינה חלה כלל בנכסי קטן, דס"ל דמגזיה"כ איש פרט לקטן - שאין נתינת קטן כלום, נלמד שאין שמירה חלה כלל בנכסי קטן. מאידך הרמב"ם הביא את ההלכה הממעטת קטן דוקא לענין פטור טוען טענת גנב בפקדון של קטן שכתב בפ"ד מהל' גניבה (הל"ט) וז"ל הטוען טענת גנב בפקדון של קטן אע"פ שנתן לו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול ונשבע ואח"כ באו עדים הרי זה פטור מן הכפל שנאמר כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום וצריך שתהיה נתינה ותביעה שוין בגדול עכ"ל.

ומבואר דהרמב"ם ס"ל דהגזיה"כ איש פרט לקטן - שאין נתינת קטן כלום, חל דוקא בנוגע לפטור דטוען טענת גנב, ואילו שאר דיני שמירה חלין בנכסי קטן כמו בגדול.

ונראה שיש לבאר את שיטת הרמב"ם ע"פ המבואר בירושלמי (פ"ד ממס' מע"ש הל"ג) שממה שאין נתינת קטן כלום למדים לכתה"כ שאין לקטן כח הקנאה וז"ל הירושלמי: הכל מודים שאין מתנתו מתנה דכתיב כי יתן איש, מתנת איש מתנה ואין מתנת קטן מתנה עכ"ל. ולפי"ז י"ל שכדי שתחול שמירה לענין טט"ג זקוקין לדעת מקנה של המפקיד. והרי יש חלות שם הקנאה בהפקדת פקדון דעלמא, וכדחזינן ממה שתיקנו משיכה בשומרין (ב"ק דף עט.) וקטן אינו בר הקנאה, ולפיכך אינו יכול להקנות את הפקדון שלו לרשות השומר, ודין טט"ג חל דוקא בפקדון שהפקיד המפקיד אותו בדרך הקנאה לשומר, אך לא בשומר של קטן. משא"כ שאר דיני שמירה אינם תלויים בהקנאת המפקיד וחלין אף בקטן, כי הם חלין מחמת קבלת השמירה מצד השומר ולא מחמת הקנאת המפקיד[491].

ולפי"ז יוצא שיש שני דינים בשומרים: א) דין של קבלת אחריות וחיובים מצד השומר; ב) דין מסירת הפקדון לרשות השומר מדעת המפקיד. והרמב"ם סובר דדין טט"ג תלוי במסירת וכניסת הפקדון לרשות השומר, ולכן הדין דטט"ג אינו חל בקטן שהפקיד. אך שאר דיני שומר אינם תלויים בכניסת הפקדון לרשות השומר, ומשו"ה הן חלין אף בקטן המפקיד. מאידך הראב"ד סובר דליכא חלות שמירה כלל במפקיד קטן, משום דס"ל

[491] עיין בשיעורים לריש השואל שנתבאר בשם הגר"ח זצ"ל דלרמב"ם חיוב שמירה חל אקרקע אך ליכא מסירה לרשות השומר, ולכן שומר קרקע חייב אפשיעה ופטור על שאר חיובי שומר. ולפי"ז קשה למה בקטן חייב השומר על הכל ולא רק אפשיעה ומ"ש מקרקע, דהרי בקטן נמי חסרה מסירה מדעת לרשות השומר. ויש לחלק דבקטן עכ"פ יש היכי תמצי של מסירת החפצא דהפקדון דהוי מטלטלין לרשות השומר. משא"כ בקרקע דליכא מסירה כלל דמדלא ניידי אינה יוצאת כלל מרשות המפקיד לרשות הנפקד. (רבינו זצ"ל).

דקטן אינו יכול למסור את הפקדון לרשות השומר, דלית ליה דעת, ולפיכך כל דיני שומר אינם חלין במפקיד קטן, דשמירה חלה רק בפקדון שנכנס לרשות השומר ולא כשנשאר הפקדון ברשות בעליו.

ולכאורה יש עוד ראיות אחרות דיש הלכה דהפקדון נמסר לרשות השומר - וחלות דין שמירה אינה רק חלות דין חיוב אחריות על הפקדון. א) מדין שומר שמסר לשומר דלחד תנא (לעיל לה ב) השומר השני משלם לשומר הראשון ואפילו במקום שהראשון פטור מלשלם לבעלים, כי הראשון הוי הבעלים כלפי השני. ולכאורה הטעם בזה הוא משום דהפקדון ברשות השומר הראשון שנמסר לרשותו מהבעלים. ב) קיי"ל (פסחים ה ב) דחמץ של נכרי דהוי בבית שומר ישראל בפסח דהשומר עובר על בל יראה ובל ימצא מכיון דהחמץ הוי ברשותו, דעפ"י דין נחשב הוא לבעל החמץ כי חל לו מקצת קנין בחמץ דקבל מבעליו הגוי שמסר את החמץ לרשות השומר, ומשו"ה חל דין בעלים לשומר ישראל בנוגע לבל יראה ובל ימצא.[492]

ולפי"ז י"ל דרש"י דידן ס"ל כהראב"ד, דשמירה לכל דיניה חלה רק כשהפקדון נמסר לרשות השומר, ולכן דוקא אם האומן לקח את החפצא לרשותו הו"ל שומר, אך לא אם החפצא עדיין בבית בעליו והאומן עובד שם - דלא נמסר הפקדון לרשות השומר, ולכן הריהו פטור לגמרי. וי"ל דרש"י אזיל לשיטתו (בב"ק קו ב) דשומר פקדון דקטן אינו שומר כלל וכדעת הראב"ד. ולפי"ז י"ל דהרמב"ם פליג עליו בנוגע לאומן, וסובר דאומן הוי שומר אף בבית הבעלים והרמב"ם אזיל לשיטתו בקטן דסובר דהוי שומר חוץ מלענין טט"ג, דה"ה באומן העובד בבית הבעלים דהוי שומר (חוץ מלגבי טט"ג).

אולם לכאורה צ"ע בזה, דלעיל בשיעורים (דף עט: ד"ה השוכר את הספינה ופרקה לה בחצי הדרך) ביארנו דכשבעל הספינה נוסע בספינתו עם השוכר אזי חלה חלות דין שמירת השוכר, אך אין הספינה נמסרת לרשות השוכר מאחר שבעל הספינה עדיין איתו - ונ"מ לשיטת הרמב"ם באין השוכר רשאי להשכיר. ועוד קשה מהדין בנתן לאומנין לתקן וקלקלו דחייבים (ב"ק צח ב) ומוכח דאומן העובד בבית הבעלים הוי שומר וחייב כשפשע במלאכתו, וצ"ע היאך מתיישב כל זה עם מה שנתבאר בשיטת רש"י שאין שמירה חלה בבית הבעלים מכיון דלא נמסר הפקדון לרשות השומר.

[492] נראה שיש לדמות חלות דין רשות שומר לחלות דין רשות גזלן, דבגזילה אמרי' שגם הנגזל וגם הגזלן שניהם אינם יכולים להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו (ב"ק סט א) דהחפצא הגזול ברשות הגזלן הוי דיצא מרשות בעליו. וה"ה בשומר דהפקדון נמסר לו לרשותו מהבעלים. אך נראה דשאני רשות השומר שהפקדון נמי הוי שם ברשות הבעלים אפילו אחרי שמסרו הפקדון השומר, ומשו"ה הבעלים עדיין יכולים להקדיש את הפקדון שברשות השומר שלא כדין נגזל.

ונראה לומר דבאמת יש חלות מסירה במקצת לרשות האומן לשמור אף בבית הבעלים, דהיינו בנוגע למלאכתו ושלא יקלקל במלאכתו. שהרי לא שייך שבעה"ב ישמור וימנע האומן מלקלקל, דמה איכפת לן שהבעלים נמצאים איתו בספינה או שהטבח שוחט בבית הבעלים, הרי לענין מלאכתו הפקדון נמסר לידי האומן וברשותו הוא לתקן או לקלקל, ולכן י"ל דלענין עצם המלאכה הפקדון נמסר לרשות האומן לשמירה. אולם י"ל דלענין דברים אחרים, כגון לענין גניבה לא נמסר החפצא לרשות האומן, שהרי הבעלים עם החפצא שלהם בביתם שלא מסרו אותו לאומן לשומרו ברשותם, ולכן לענין גניבה לא חלה רשות ושמירת האומן, שאינו שומר כלל לענין גניבה ואבידה ולדברים אחרים הנוגעים לטובת החפצא חוץ ממה שנוגע למלאכתו. ובזה מדוייק לישנא דרש"י דכתב (בד"ה ש"ש) וז"ל להתחייב בגניבה ואבידה עכ"ל, דמשמע דלענין שלא לקלקל במלאכתן הריהן ש"ש גם בבית הבעלים ולא רק בבתיהם כמו בגניבה ואבידה, דהחפצא נמסר לרשות האומן לענין המלאכה בלבד וחל דין שמירה על החפצא גם אליבא דשיטת רש"י. ונראה דה"ה בספינה לענין השכרתה לטעון משא נמסרת היא לשוכר ולרשותו, ולכן יכול להשכירה לשוכר אחר, ואילו לענין גניבה ואבידה הריהי ברשות הבעלים המשכיר.

ולפי מה שנתבאר לכאורה נראה דאליבא דהראב"ד דס"ל דליכא חלות שמירה כלל בקטן שהפקיד את נכסיו לשומר, א"כ י"ל דחמץ של נכרי קטן שהפקיד את חמצו לישראל לשמור אותו אינו מחייב את הישראל בבל יראה ובבל ימצא. ועוד נראה דאומן דבעלים קטנים שקלקל ופשע במלאכתו הריהו פטור, מכיון דאינו שומר של הקטן כלל. ברם יש לדון בזה, די"ל דחיוב שומר של חמץ חל מפני דין גורם לממון בעלמא ולא משום חלות דין שמירה[493], ולפי"ז י"ל דאף במפקיד קטן השומר חייב, דהא הישראל התחייב בהתחייבות ממון בעלמא לשמור את חמצו של הנכרי הקטן, ואע"פ דלא חלה חלות דין שמירה ע"פ דין. ובאומן שקלקל במלאכתו יתכן לומר דחייב לשלם מדין מזיק ולא מדין שומר, ומשו"ה חייב אף בבעלים קטן[494].

[493] ועיין ברמב"ם (פ"ד מהל' חמץ ומצה הל"ד) המחייב ישראל המחזיק חמץ בביתו עבור עכו"ם אנס בלי קבלת שמירה בבל יראה ובל ימצא.

[494] לכאורה זה תלוי האיך האומן קלקל והזיק - דאם הזיק בידים הריהו מזיק בעלמא, אך אם הזיק בגרמא אינו חייב מדין מזיק אלא מדין שומר. ואליבא דרש"י והראב"ד דס"ל שאין שמירה חלה לקטן כלל אזי האומן שלו שקלקל יהיה פטור כשהזיק בגרמא.

גמ'. שוכר כיצד משלם. יש לעיין בביאור המחלוקת שבין ר"מ ור"י האם שוכר כש"ש או כש"ח. ועוד יש לעיין בביאור השוואת הגמרא בין דין שוכר לבין דין אומן. ונראה שיש שני דרכים לבאר את הענין בפרש"י.

א) כתב רש"י (ד"ה ר' יהודה אומר כש"ש) וז"ל הואיל ולהנאתו הוא אצלו אע"פ שנותן שכר פעולתו ש"ש הוא דאי לא יהיב שכר הוי שואל וחייב באונסין, השתא דיהיב ליה אגרא לא הוי שואל והוי ש"ש עכ"ל. ומבואר דרש"י מפרש דלר"י שוכר חייב כש"ש משום דדומה לשואל, אלא דשואל הוי כל ההנאה שלו, דנהנה מתשמיש החפצא בלי לשלם. ואילו שוכר משלם עבור ההנאה שלו. ומ"מ הריהו נהנה ומשתמש בחפצא, ולכן דומה לשואל, דלשניהם זכות וקנין תשמיש בחפצא והו"ל מקצת בעלים, ובתורת בעלי החפצא חייבים באחריותו. אלא ששואל חייב על הכל, ואילו שוכר ששילם בעד הקנין שלו יורד דרגא משואל, וע"כ הקנין מחייבו רק על גניבה ואבידה אך לא על אונסין שבעל הפקדון חייב באונסין. ור"מ פליג על ר"י דס"ל דכיון דהשוכר שילם משו"ה קנין השוכר אינו מחייבו כלל, והו"ל רק ש"ח.

אך לפי פירוש זה צ"ע מהו הדמיון בין אומן לשוכר, דהרי אין לאומן קנין והנאת תשמיש מהחפצא. ולפי האיבעית אימא ההשוואה בין אומן ושוכר עדיין קיימת למסקנא, והיא צריכא ביאור.

ובביאור ההשוואה עיין בשיטה מקובצת בשם הראב"ד (ד"ה לימא מתניתין דלא כר"מ דאמר שומר שכר) וז"ל ואומן כשכיר דמי שהוא עושה מלאכה בגוף החפץ כשוכר עכ"ל, ונראה לבאר דר"ל דכי היכי ששוכר הוי מקצת בעל החפצא משום שמשתמש בו ונהנה ממנו כבעלים, דה"ה אומן נמי הוי מקצת בעל החפצא - שהרי בידיו לשנות את החפצא כפי צורך פעולתו, והו"ל בזה כבעל החפצא שיכול לשנותו כרצונו, ומשו"ה אומן חייב כשואל, אלא דשואל חייב באונסין משום שכל ההנאה שלו, משא"כ אומן שאין לו כל ההנאה וזכות תשמיש אינו חייב באונסין. אמנם עכ"פ אומן הוי מקצת בעל החפצא, ומשו"ה חייב באחריות החפצא כש"ש, דדומה לשואל דחייב באונסין מדין בעלים. ולפי"ז יוצא שאף שוכר ואומן הויין בעלים כשואל אלא דבעלותם היא בדרגא נמוכה משואל דכל ההנאה שלו, משא"כ בשוכר ואומן דאין להם כל ההנאה כשואל, ומשו"ה חייבים כש"ש בגניבה ואבידה ולא באונסים, כי חייבים הם בתורת בעלים.

ב) אך לפי הלישנא קמא בגמרא אומן הוי ש"ש מחמת שיש לו הנאה, ולמסקנא ההנאה היא דתפיש ליה אאגריה. והגמרא הביאה מלפני כן הנאות שונות שגם אומן וגם שוכר נהנין מהן דמשו"ה לר' יהודה תרווייהו ש"ש. וכתב רש"י (ד"ה ר"מ אומר כש"ח) וז"ל

דקא יהיב אגר מלאכתו ואינו נוטל שכר על שמירתו ואומן דמי לשוכר שלהנאת שכר אומנתו היה אצלו אבל לא שכר שמירה הוא נוטל אלא שכר פעולה עכ"ל. ויש לדייק דברש"י מודגש שההנאות שהאומן והשוכר מקבלין אינן שכר השמירה ישירה, ולפי' ס"ל לר"מ דלא הויין ש"ש. ולפי"ז יוצא דלר"י הריהם ש"ש משום דמקבלין בעקיפין הנאות ששוות שו"פ מחמת השמירה, ואלו ההנאות עושין אותם לשומרי שכר. ויוצא לפי"ז ביאור אחר במחלוקת שבין ר"מ ור"י דפליגי בשומר שנהנה מהשמירה, אך אין ההנאה תשלומי השמירה באופן ישיר אלא הנאה צדדית, האם הוי ש"ח או ש"ש. ולמסקנת הלישנא קמא, ר"מ מודה באומן דההנאה שהוא קבל דתפיש ליה אאגריה נחשבת לדמי שמירה ישירים, דמשו"ה הו"ל אומן ש"ש. משא"כ בשוכר דההנאות שהוא נהנה מהן בעקיפין ובאין לו מן הצד ואינן דמי שמירה ישירים, ומשו"ה שוכר הוי ש"ח משא"כ אומן הוי ש"ש.

ונראה לפרש בדרך זו גם את הלישנא בתרא. דהנה כל אומן מקבל הנאה צדדית מזה דהבעלים נתנו לו את העבודה ומשתכר ומרוויח מדמי פעולתו, אלא שאין בזה דמים ישירים לשלמו כפועל בעד שמירתו. וכן כל שוכר נהנה מזה שהמשכיר משכיר לו את החפצא. אך השוכר שילם עבור התשמישין, וההנאה היא הנאה צדדית, ולא הוי תשלומי שמירתו באופן ישיר כפועל. ולכן ר"מ ור"י פליגי בין בשוכר ובין באומן - האם הנאה צדדית מחייבתם כש"ש או לא.

והנה לעיל (דף כט.) פליגי אמוראים בדין שומר אבידה, דלרבה הוי ש"ח ולרב יוסף הוי ש"ש, דלרב יוסף נהנה מפרוטה שאינו נותן לעני בשעה שמתעסק באבידה. וצ"ע שהרי ההנאה דפרוטה דרב יוסף הוי הנאה צדדית דלא באה ההנאה באופן ישיר מהבעלים לשומר בתורת תשלומי השמירה, וא"כ צ"ע למה אין המחלוקת שבין האמוראים רבה ורב יוסף תלויה במחלוקת של התנאים ר' מאיר ור' יהודה בשוכר.

ונראה לחלק דשומר אבידה נעשה שומר מן השמים, שלא קיבל את השמירה על עצמו במסירה מבעל האבידה, ומשו"ה ס"ל לרב יוסף שאפילו הנאה צדדית הבאה משמים משווה אותו לש"ש. משא"כ בשוכר שקבל את שמירת הפקדון במסירה ישירה מהבעלים, ומשו"ה רק תשלומי שמירה ישירים מהבעלים משווין אותו לש"ש ולא הנאה צדדית, כי ש"ש דעלמא הוי פועל דבעל הפקדון ורק דמים ישירים נקראים שכר פעולה להשוותו לש"ש. משא"כ שומר אבידה דאינו פועל דבעל האבידה[495].

[495] ומאידך יתכן דרבה ס"ל כר"י בשוכר, דהא דסובר רבה דשומר אבידה הוי ש"ח הוא מפני שסובר שאינו נהנה כלל כי פרוטה דרב יוסף לא שכיח (נדרים דף לג:) משא"כ בשוכר דהנאתו שכיחא ומשו"ה הוי ש"ש.

ועיין בגמרא להלן (דף פ:) וז"ל אמר רפרם בר פפא אמר רב חסדא לא שנו אלא שהחזירה בתוך ימי שאילתה אבל לאחר ימי שאילתה פטור. מתיב רב נחמן בר פפא וכולן שאמרו טול את שלך והבא מעות שומר חנם הא גמרתיו שומר שכר עכ"ל. והגמרא לכאורה תמוה, דבשלמא בשואל שחייב משום שכל ההנאה שלו והוי בעלים, אזי בכלתה ימי השאילה דאסור להשתמש בשאילתו בעלותו פקעה ופטור מאונסין, אך קשה מהו הדמיון בין דין שואל לבין אומן דהוי שומר שכר, דלכאורה אין לו דין בעלים, אלא רק דין שומר בעלמא, ויתכן דעדיין הוי ש"ש גם אחרי שגמר את מלאכתו דהא קיבל שכר לשמור ואפשר שגם אחרי שיכלו ימי מלאכתו עדיין חייב לשמור מפני השכר שקבל.

ועיין בשיטה מקובצת בשם הראב"ד (ד"ה הא דאקשינן הא גמרתיו ש"ש) דעמד על זה וז"ל קשיא דמדמי ליה לשואל אחר ימי שאילתו והא לא דמי דהא מ"מ אאגריה תפיס ליה אפילו אחר גמרו אבל שואל עוד אינו רשאי להשתמש בה, כו'. אי נמי אנן אמסקנא סמכינן דרבי מאיר תני לה והיינו טעמא לאומן ושוכר דהוו ש"ש משום דאומן קא רוח מלאכתו באותו הכלי ושוכר נמי שהוא עושה בה צורכו וה"מ בימי מלאכה אבל לאחר המלאכה לא וא"כ גמרתיו אמאי הוי ש"ש אלא אין הפרש בזה בין ימי שאילתה לאחר ימי שאילתה עכ"ל. ויש לדייק בלשון הראב"ד שהשווה שואל לשוכר ואומן. ונראה דהראב"ד סובר דשואל ושוכר ואומן חייבים באחריות החפצא ושומרים אותו מדין בעלים, ולכן לאחר שכלו ימי בעלותם הם שווים בדיניהם, ושואל לאחר שכלו ימי שאילתו דומה לאומן לאחר שכלו ימי מלאכתו. ונראה דדברי הראב"ד הן לשיטתו למש"כ לעיל (דף פ: ד"ה לימא מתני' וכו') "ואומן כשוכר דמי שהוא עושה מלאכה בגוף החפץ כשוכר" ובאירנו דר"ל דאומן חייב מדין בעלים כשוכר, דכי היכי דשוכר הוי מקצת בעל החפצא משום שמשתמש בחפצא ונהנה ממנו כבעלים, דה"ה אומן נמי הוי מקצת בעל החפצא - שהרי בידיו לשנות את החפצא כפי צורך פעולתו, והו"ל בזה כבעל החפצא שיכול לשנותו כרצונו. ומשום כך אומן חייב באחריות מדין בעלים. והוא חידוש גדול אך לכאורה הוא כפתור ופרח בביאור שתי הסוגיות שלפנינו[496].

ומסתבר לומר דרש"י ס"ל כהראב"ד, שהרי בשוכר ביאר דחייב בתורת בעלים ודומה לשואל, וא"כ מסתבר דההשוואה לאומן ג"כ הויא מדין בעלים (וכפירוש הראב"ד). ברם

[496] ונראה שיש להביא ראייה דאומן הוי מקצת בעלים מהגמרא בב"ק (דף צה.) דהשווה את דין שינוי קונה בגזלן לדין שינוי קונה באומן והוא לכאורה תמוה. אך לפי הראב"ד י"ל דכמו דגזלן הוי מקצת בעל החפצא הגזול דהוי ברשותו וקונה אותו לגמרי בשינוי, ה"ה אומן דהוי מקצת בעל החפצא דהוי ברשותו וקונה אותו בשינוי. ולכאורה עוד יש להביא ראייה לכך מדברי הרמב"ן (לקמן דף פב:) שכתב וז"ל שאין באומן הטועה במלאכה משום מזיק עכ"ל. וי"ל שהטעם בזה הוא משום דאומן הוי חלות שם בעלים על החפצא שבמלאכתו, ומשו"ה אם טעה במלאכה אינו חייב משום מזיק.

לכאורה לישנא דרש"י (בד"ה ר' מאיר) לא משמע הכי, דכתב וז"ל דקא יהב אגר מלאכתו ואינו נוטל שכר על שמירתו ואומן דמי לשוכר שלהנאת שכר אומנתו היה אצלו אבל לא שכר שמירה הוא נוטל אלא שכר פעולה עכ"ל, והנה רש"י לא השווה אומן לשוכר מפני חלות דין בעלים אלא השווה אומן ושוכר בזה שאינם מקבלים שכר ישיר על שמירתם, ומשמע דלר"י שניהם מקבלים שכר והנאה צדדית בעקיפין על שמירתם, ולכאורה היא סתירה למש"כ רש"י בראשונה דשוכר הוי בעלים כשואל, וצ"ע.

גמ'. אפילו תימא רבי מאיר בההיא הנאה וכו'. עיין בפרש"י (ד"ה ר' מאיר) דכ' וז"ל ואינו נטל שכר על שמירתו ואומן דמי לשוכר שלהנאת שכר אומנתו היה אצלו אבל לא שכר שמירה הוא נוטל אלא שכר פעולה עכ"ל. כלומר דלר"מ אינו ש"ש דלא מקבל הנאה ותשלומים ישירים בעד השמירה, אלא רק הנאה צדדית. דלר' יהודה הנאה צדדית נמי מחייבתו כש"ש ולא לר"מ דסובר דהוי ש"ש רק כשמקבל תשלומי שמירה ישירים. וא"כ כל הגמרא תמוהה, דהא כל ההנאות הנזכרות בסוגיין הן באות מן הצד ובעקיפין בלי כוונה לשלם ישיר את דמי תשלומי שמירה, וא"כ למה יהיה אומן ש"ש אליבא דר"מ. ונראה דאין דין תשלומי שמירה אליבא דר"מ תלוי בדין מצוות צריכות כוונה, דגם בלי כוונה יתכן שיחול מאליו חלות תשלומי שכירה. והגמרא דנה בזה דיתכן דכל ההנאות הצדדיות האלה שיש לאומן נחשבות ע"פ דין כדמי ותשלומי שמירה ישירים מכיון דנוספות הן על דמי הפעולה שהאומן מקבל על פעולתו, וא"כ ההנאות אינן הולכות לאיבוד אלא נחשבין כדמי ותשלומי השמירה ישירים ע"פ דין, ואף בלי כוונה כלל הו"ל שומר שכר.

תוס' ד"ה דקא תפיס ליה.

וז"ל וי"ל דהתם לא איתהני כו' עכ"ל. ר"ל דבמלוה תפיסת המשכון אינה אלא מניעת הפסד, ואילו באומן תפיסת המשכון מאפשר לו ריווח, ושכר ש"ש צ"ל ריווח ולא רק מניעת הפסד[497].

בא"ד. וי"ל דאומן ודאי הוי ש"ש כו' עכ"ל. ר"ל דתפיסת החפצא בידי השוכר הוי חלק מהשכירות דעליה שילם. ושאני באומן שהיה יכול לעבוד בבית הבעלים בלי תפיסת החפצא, ובזה שנתן לו הבעלים את החפצא לתפוס אותו בביתו מהנהו בדבר נוסף לאומנתו ועבודתו ומהווה תשלומין להשוותו שומר שכר.

[497] לכאורה עדיין חסר קצת ביאור. ונראה דבהלוואה דעלמא הלוה נהנה ואילו המלוה אינו נהנה מההלוואה, ובכן המשכון אינו בא למלוה אלא למנוע הפסד. ואילו בפעולה שניהם נהנים, בעה"ב וגם הפועל ולכן המשכון בא לאפשר לפועל להרוויח.

גמ'. תנן התם אמר לו שואל שלח ושלחה ומתה חייב. עיין לקמן בשיטה (דף צח:) דהראב"ד דן באריכות האם השואל מתחייב ע"י שלוחו של המשאיל משום שנעשה ההוא לשלוחו של השואל, או דהוי דין זכין לאדם שלא בפניו שהשואל רצה בזכייה הזו ואע"פ שיש בה נמי חובה דמתחייב בה ושלוחו של המשאיל זוכה לשואל וחל מדין זכייה. וע"ע שם שהר"ן פי' דמתחייב מדין ערב וכדמצינו במס' קידושין (דף ו: - ז א) לענין כסף. וצריך להבין יסוד פלוגתתם, וי"ל בזה[498].

דף פא.

תוס' ד"ה הא.

וז"ל וי"ל דלא מהני תפיס ליה אאגריה אלא דוקא בעוד שמשתכר באומנותו דתרתי בעינן שמשתכר ותפיס ליה אאגריה עכ"ל. ובביאור דבריהם נראה דר"ל דבתפיס ליה בשעת האומנות הריהו מרוויח, והרווחת ממון מהווה התשלומין לשמירה. ואילו לאחר

[498] רבינו זצ"ל לא ביאר את יסוד מחלוקתם בשיעור. ואחי הרה"ג ר' ברוך שלום רייכמן שליט"א אמר דיתכן לומר דפליגי הר"ן והראב"ד האם קנין כסף חל לחייב שואל, דהא קנין ערב חל מדין קנין כסף. ונראה דהשאלה הזאת תלויה ביסוד חלות דין קנין כסף, (עיין בשיעורים לפרק הזהב שהארכנו כמה פעמים בביאור יסוד דין קנין כסף) דאם קנין כסף חל מדין פרעון כהסמ"ע, אזי י"ל דקנין כסף אינו חל לחייב שואל, דהא חיובי שואל חלין מחמת דכל ההנאה שלו, כלומר בקניית החפצא לתשמישיו, ולא שייך שיתחייב מדין כסף פרעון. משא"כ אם קנין כסף מהווה מעשה קנין דחל בלי פרעון וכהט"ז, אזי י"ל דחל נמי לחייב שואל באחריות החפצא דשאל.
ועיין בשיעורים לקמן (דף צח:) על המשנה דביארנו אליבא דהר"ן דנהי דקנין ערב חל לחייב את השואל באחריות, מ"מ לא נכנס החפצא לרשותו כ"ז דלא הגיע לידו ולתוך רשותו. ובכן י"ל עוד דלפי' לא קבל הראב"ד את שיטת הר"ן דביאר דחל כאן קנין ערב משום דסובר דבלי כניסת החפצא לרשות השואל אף האחריות דשואל נמי לא חלה. דעיקר המחייב דשואל הוי הקנין שקנה לו להשתמש בשאלה, וקנין ערב אינו מועיל לכך אלא רק לחדש חלות אחריות בלבד בלי זכויות תשמישין, ומשו"ה השואל לא התחייב לשיטת הראב"ד אף באחריות דשואל. ומשו"ה פי' הראב"ד דחלה כאן שליחות או זכייה, דבכך נכנסה חפצא דהשאילה לרשותו של השואל.
והנה יש לחקר בדין ערב - האם כשהמלוה נותן את הכסף ללוה והערב מתחייב באחריות ההלוואה - האם ע"פ דין נחשב כאילו הגיע הכסף ישיר לידי הערב ובכך חל אצלו קנין כסף, או"ד דהכסף לא נחשב כאילו הגיע לידי הערב אלא שהערב נהנה מזה שהמלוה עשה כרצונו והלווה את הכסף ללוה, וההנאה מהווה את כסף הקנין המחייבו. ונ"מ באמר אחד לשני זרוק כסף לים ואתחייב אני לך האם חל קנין ערב, כי א"א לומר בזה דהכסף נחשב כמעשה קנין של הערב, דהא ליכא כאן מעשה קנין כלל כמו שיש בכסף מלוה שהלוה עשה מעשה קנין והוי כאילו הערב עשה את הקנין. משא"כ בזרוק כספך לים דליכא מעשה קנין כלל, ולפיכך הערב לא מתחייב. ומאידך אם ערב מתחייב מחמת ההנאה גם כאן יש לו הנאה מזה דפלוני עשה כרצונו וזרק את כספו לים כפי שציווהו. ועיין ברא"ש לקידושין (פ"ק אות י"ג) דהניח דין זה בצ"ע, והרמב"ן שם סובר דמועיל גם בזה קנין ערב.
ונראה דשיטת הר"ן מבוארת אם ננקט דקנין ערב חל משום ההנאה, אך עצם החפצא של הכסף לא הגיע לידיו ולא נקנה לערב. ומשו"ה מועיל קנין ערב לחייב את שואל בהתחייבות של אחריות השאילה בלבד אך לא שיקנה קנין בגופו של החפצא דהשאלה, שעדיין לא קנהו ולא נכנס לרשותו, ושואל נעשה בעלים רק כשנכנס החפצא דהשאלה לרשותו. ולפי הראב"ד בלי קנין וכניסת החפצא לרשות השואל אף חיוב האחריות דשואל לא חל. ומאידך אם ננקט דקנין ערב חל משום דנחשב כאילו עשה הערב קנין בגופו דהחפצא דכסף שקנה אותו הלוה, אזי י"ל דקנין שליח שעשה בחפצא דהשאלה הוי כאלו השואל עצמו עשה את עצם מעשה הקנין בחפצא ובכך הכניס את השאלה גופא לרשותו ומתחייב בכל דיני שואל דחלין מחמת קנין השואל בחפצא. ויש לעיין בזה, דעדיין י"ל דמעשה הקנין שנעשה בחפצא מצטרף לשואל אך לא עצם חלות הקנין בגופו דהחפצא ומכיון דלא קנהו בגופו לא נעשה שואל, דסוכ"ס לא נכנס לרשותו, וצ"ע.

שנגמרה האומנות התפיסה אינה אלא מניעת הפסד כמו מלוה התופס משכון שאין תפיסתו נחשבת לשכר שמירה. ותוס' אזיל לשיטתו למש"כ לעיל בד"ה דקא.
ברם עיין ברש"י (ד"ה אבל) שכתב וז"ל דכל כמה דלא גלי דעתיה ולית לן למימר דתפיס ליה אאגריה כלתה שמירת שכר פעולה מדגמריה ואודעיה עכ"ל. ומשמע דפליג אתוס' ודבריו מחוסרים ביאור.
ויתכן דר"ל דבשעת האומנות הא דתפיס ליה אאגריה מהווה זכות ממון בעצם החפצא המשווהו לש"ש. משא"כ כשהאומנות נגמרה דאז פקעה זכות הממון בעצם החפצא לתופסו אאגריה, אלא דבהיכי תמצי בעלמא החפצא הוא בתפיסתו, ורק זכות ממון בלבד נחשבת לתשלומי שומר שכר, ולא תפיסה בהיכי תימצי בעלמא. ולפי"ז צ"ע למה כשאמר האומן הבא מעות וטול את שלך הריהו ש"ש, דהרי נגמרה האומנות, וזה קשה לכל הפירושים - בין לרש"י ובין לתוס'.
ונל"ב עפי"מ שכתב ברמב"ם (פ"י מהל' שכירות הל"ג) וז"ל אבל אם אמר האומן הבא מעות וטול שלך עדיין הוא נושא שכר כשהיה עכ"ל. הרמב"ם ביאר דבאומרו הבא מעות וטול את שלך אינו נעשה ש"ש מחדש מחמת התפיסה דעכשיו, אלא שעדיין הוי ש"ש כמו שהיה מעיקרא בשעת האומנות כשתפס ליה אאגריה. ונראה שזוהי זכות האומן להחזיק בזכות התפיסה שהיתה לו בחפצא מעיקרא גם לאחר שנגמרה האומנות, דהתפיסה נחשבת אז כתשלומי שמירה והריהו ש"ש כדמעיקרא. ונראה דרש"י ותוס' מסכימים בזה עם הרמב"ם.
ונראה דכל זה בנוגע לזכות תפיסת החפצא אאגריה דיכול להחזיק בה גם לאחר שנגמרה מלאכת האומנות. אך בנוגע למקצת הקנין שיש לו בחפצא (אליבא דשיטת הראב"ד) פשיטא שקנין זה נגמר וכלתה בגמר מלאכתו, כמו שקנין השואל להשתמש בחפצא להנאתו כלתה בסוף ימי שאלתו.
גמ' הואיל ונהנה מהנה. לכאורה צ"ע למה שואל אחרי דנגמרו ימי שאלתו עדיין הוי ש"ש משום שנהנה, ואילו אומן אחרי דגמר מלאכתו הוי רק ש"ח, ולא אמרי' הואיל ונהנה מהנה. ונראה שאין זו קושיה כי שואל נהנה ממתנת חנם וזוהי מחייבתו לשמור שמירה מעולה כש"ש אפילו אחרי דנגמרו ימי שאלתו. משא"כ באומן דנהנה מזה דקבל את שכרו בעד מלאכתו ובעד שמירתו וכשגמר את מלאכתו דעליה קבל את שכרו נגמרת גם חובת שמירה כש"ש והוי עכשיו רק ש"ח.
גמ'. הלוקח כלים מבית האומן.

א.

עיין בתוס' בב"ב (דף פז: ד"ה הלוקח) דמביא מחלוקת בראשונים האם חייב בהליכתו באונסין מדין שואל או מדין לוקח. ורש"י בסוגיין (בד"ה ונאנסו) פירש דחייב מדין לוקח. וצ"ע על פרש"י דהא לקח את הכלי בתנאי שישגרו לבית חמיו, ואם נאנס בהליכתו לא קיים את התנאי, ולפיכך כל המכירה בטלה מעיקרא, וא"כ צ"ע למה חייב באונסין כלוקח.

ונראה לתרץ על פי מה שמבואר בהלכות תנאים, דחלין שני אופני תנאי: א) תנאי בלשון "אם"; ב) תנאי ד"ע"מ". ונראה דבתנאי בלשון "אם" החלות חלה לאחר זמן בשעת קיום התנאי. ולמשל במגרש את אשתו בתנאי "אם תתני לי ר' זוז" ונתנה לו ר' זוז הריהי מגורשת בשעת מתן המעות וקיום התנאי לאחר זמן, ומשו"ה צריכא שהגט יהיה קיים בשעת מתן מעות וקיום התנאי דהיא שעת חלות הגירושין (עיין ברמב"ם פ"ט מהל' גירושין הל"ב והל"ז). ואילו אם התנה תנאי ד"ע"מ" החלות חלה מיד אלא שהחלות הוי תלוי בתנאי דלאחר הזמן - דהיינו שאם נתקיים התנאי לאחר זמן אזי החלות חלה למפרע. ולפיכך אם גירשה ב"ע"מ שתתני לי ר' זוז" ונתנתם לו לאחר זמן הריהי מגורשת למפרע משעת נתינת הגט, ואין הגט צריכא להיות קיים בשעת קיום התנאי (עיין ברמב"ם פ"ח מהל' גירושין הל"א).

ולפי"ז מסתבר לומר דרש"י סובר שהתנו את התנאי דהמכירה בתנאי ד"ע"מ", ואם הכלי נאנס בהליכתו אזי א"א לקיים את התנאי או לבטלו, ולכן המעשה וחלות המכירה חלין אף בלי קיום התנאי, דעיקר הדין בתנאי ד"ע"מ" הוא שהמעשה והחלות חלין מיד בתורת ודאי, אלא שאם יהיה ביטול התנאי לבסוף אזי בטול התנאי מבטל את המעשה ואת החלות למפרע. ובמקום דא"א לבטל את התנאי המעשה וחלות קיימים, ומשו"ה חלה המכירה וחייב הלוקח באונסין, והוא חידוש עצום.

ועיין ברמב"ם (פ"ח מהל' גירושין הל"א) שכ' וז"ל שאם אמר לה הרי את מגורשת מעכשיו או מהיום על תנאי כך וכך, או שאמר לה הרי את מגורשת ע"מ כך וכך כשיתקיים התנאי תהיה מגורשת משעת נתינת הגט לידה כו' ויש לה להנשא לכתחלה אע"פ שעדיין לא נתקיים התנאי, ואין חוששין שמא לא יתקיים הואיל והיה התנאי במעכשיו או בעל מנת עכ"ל. ועיין שם במגיד משנה שהביא מראשונים שחולקים על פסק זה דברמב"ם. ברם מהרמב"ם מוכח דקסבר דבגירשה בתנאי ד"ע"מ" הריהי מגורשת בוודאות מיד, אלא שביטול התנאי לאחר זמן מבטל את הגט למפרע, ומשו"ה לכתחילא מותר לה להנשא מיד עם נתינת הגט כל זמן שלא נתבטל התנאי. ואינה צריכא

לחכות עד קיום התנאי כדי להנשא כי כבר היא מגורשת בוודאות אף בלי קיום התנאי משעת נתינת הגט, כל זמן דלא נתבטל התנאי.

וע"ע ברמב"ם (פ"ח מהל' גירושין הלכ"ב) דפסק וז"ל אמר לה הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ולא קבע זמן ומת קודם שתתן אינה יכולה ליתן ליורשיו שלא התנה עליה אלא שתתן לו, ולא בטל הגט שהרי לא קבע זמן, לפיכך אע"פ שאבד הגט או נקרע קודם שימות הרי זו לא תנשא לזר עד שתחלוץ עכ"ל. והנה במקרה זה א"א שיהיה קיום התנאי או בטול התנאי, והרמב"ם פסק שצריכא חליצה. ולא פסק שהגט בטל משום שא"א לקיים את התנאי, ומוכח מכאן דהרמב"ם סובר שיש חלות גירושין בתנאי ד"ע"מ" אף בלי קיום התנאי. ועיי"ש בכסף משנה שכתב בשם הטור וז"ל ואם לא נתנה לו בחייו שוב לא תוכל לקיים התנאי אפילו אם תתן ליורשיו דע"מ שתתן לי משמע לי ולא ליורשי וכיון דלא תוכל לקיים התנאי בטלו הגירושין וחולצת או מתיבמת, והרמב"ם כתב וחולצת ולא מתיבמת ולא נהירא עכ"ל. ונראה דאליבא דהטור אף תנאי ד"ע"מ" זקוק לקיום התנאי כדי שהמעשה והחלות יחולו, ולכן במקרה דידן דא"א בקיום התנאי ממילא חל בטול התנאי והמעשה וחלות לגמרי בטלין למפרע. ואילו הרמב"ם סובר דאע"פ דליכא קיום התנאי מ"מ ליכא גם בטול התנאי, ומשו"ה המעשה וחלות קיימין. ומשמע מלשונו שהחיוב לחלוץ חומרא בעלמא הוא ודין דלכתחילא בעי חליצה קודם שתנשא, אך מעיקרא דדינה הריהי מגורשת בוודאות, וא"כ מבואר דהרמב"ם סובר כשיטת רש"י בסוגיין, וע"ע שם במגיד משנה ובכסף משנה.

ב.

ועוד נראה דיש נפ"מ בין רש"י לתוס', דאליבא דרש"י דחייב בתורת לוקח א"כ י"ל דאם נאנס בהליכה חייב אף כשבעליו עמו, ואילו אליבא דתוס' בב"ב המחייבו בתורת שואל י"ל שאם בעליו עמו הריהו פטור.

אך עלינו לבאר אליבא דרש"י, דאם הוא חייב בתורת לוקח, מהו הקשר בין דין זה לדין דאמימר. ונראה דלרש"י הוי לוקח רק בהליכה, אך בחזרה, שנתבטל התנאי שלא קיבלו את הסבלנות, המכירה בטלה למפרע, ולמפרע הו"ל שואל שהרי נהנה מהליכתו, ומ"מ בחזרה הו"ל ש"ש, והרי זה ממש דינא דאמימר בדין שואל שגמרו ימי שאלתו דאז הו"ל ש"ש.

ועיין ברשב"ם בב"ב דלכאורה יש סתירה בדבריו, שהרי כתב (דף פז: בד"ה חייב) ז"ל דסמכא דעתיה לקנותה אחרי שפסק דמיו ואפילו אם חוזר בו ואומר אינו חושש בכלי זה לקנותו ונאנס בידו קודם שהחזירו לבעליו חייב דמדאגביה ע"מ לבדקו ולקנותו אחרי

כן הוא דאיחייב ליה באחריותו כו' עכ"ל. ומכאן משמע דחייב מדין אחריות דשואל. ומאידך להלן (דף פח. וה"מ) כ' וז"ל הרי הוא בנטילה זו כמו לוקח גמור, א"נ כמו שואל שכל הנאה שלו בו עכ"ל. וכאן הרשב"ם מסופק האם חייב מדין לוקח או מדין שואל, וצ"ע.

ואולי יתכן ליישב את דברי הרשב"ם דס"ל דהוי מקצת שואל ומקצת לוקח. די"ל דבשואל דעלמא ליכא קנין בגוף הדבר אלא שמחמת הנאת התשמיש שיש לו בחפצא הריהו חייב באחריות מדין שואל. אך כאן, יש לגברא זכות ואפשרות לקנות את גוף החפצא בדמים, ומשו"ה קונה הוא מקצת קנין בגוף החפצא - דהיינו זכות קנייה בחפצא לקנותו בדמים קצובים אם הוא רוצה. וזכות קנין זו שיש לו בו מהווה מקצת קנין של הגוף, והוי נמי שואל על הגוף לענין הזכות שיש לו בו לקנותו מאחר שנהנה מאותו זכות קנין. ומתחייב משו"ה באחריות החפצא כמקצת שואל ומקצת לוקח. ולפי"ז יל"ע האם הוא פטור מלשלם כשבעליו עמו כשואל או שחייב כלוקח.

וע"ע בר"ן בנדרים (דף לא. ד"ה אמר שמואל) שכתב וז"ל סמכא דעתיה דלוקח שאם רצה ללקחן הרשות בידו וכיון שכן חייב באונסין דבמקח כל הנאה ללוקח היא ולא למוכר והו"ל כשמואל עכ"ל, ולפי גירסא זו כנראה הרי הוא חייב כלוקח. אך עיין בגליון הש"ס שהביא גרסא אחרת "והו"ל כשואל", ולפי"ז חייב כשואל[499]. ברם יתכן לפי הגירסא "כשמואל" שהר"ן סובר כרשב"ם דהו"ל גם לוקח וגם שואל, ודו"ק בלשונו.

ועיין ברמב"ם (פ"ד מהל' מכירה הלי"ד) וז"ל הנוטל כלים מן האומן ע"מ לבקרן אם יהיו דמיו קצובין ונאנס בידו חייב בדמיו, הואיל ודמיו קצובין מעת שהגביהו נעשה ברשותו, והוא שיגביהנו כדי לקנות את כולו ויהיה אותו חפץ הנמכר חביב על הלוקח עכ"ל. כאן הרמב"ם פסק דחייב מדין לוקח ומירי בלקח בתנאי ד"ע"מ" ומירי דוקא בדמים קצובין ובזבינא חריפתא. ומאידך בפ"ב מהל' שלוחין (הל"ח) פסק וז"ל הלוקח כלים מבית האומן לשגרן לבית חמיו ואמר לו אם מקבלין אותן ממני אני אתן לך את דמיהם ואם לאו אתן שכר מועט ונאנסו בהליכה הרי זה חייב לשלם ואם נאנסו בחזרה פטור כו' עכ"ל. כאן מחייב הרמב"ם מדין שואל ואינו מצריך שדמיו יהיו קצובין וזבינא חריפתא. (וע"ע בשיטה מקובצת בשם הריטב"א ד"ה תניא כוותיה דאמימר וכו').

רש"י ד"ה השאילני ואשאיל לך.

[499] יל"ע לפי הגירסא דחייב בתורת לוקח, מה ר"ל הגמרא בנדרים דלענין איסורי נדרי הנאה "קסבר הנאת לוקח היא", וקשה דבשלמא אי חייב כשואל אזי כל ההנאה שלו, אך מה הביאור אי הוי לוקח. וצ"ל שהגמ' ר"ל מכיון שקנה את החפצא כלוקח ההנאה הויא שלו מחמת הקנין שקנה והוא אסור בהנאה.

ז"ל אין זה שואל להתחייב באונסין שאין כל הנאה שלו שאף הוא משאילו עכ"ל. צע"ק למה לא כ' רש"י דהוי שוכר. ונראה דאין כאן שכירות דהא לא התחייב השואל לשלם תשלומי ממון בעד התשמישין שקבל השואל את התשמישים בתורת שואל בלי תשלומין. אלא שהשואל התחייב בשעת השאלה להשאיל חפצא דידיה למשאיל. ומאחר דליכא חלות תשלומין ופרעון בעד התשמישין שקבל ליכא כאן חלות דין שכירות אלא רק חלות דין שאלה בלבד אך בלי כל ההנאה שלו וכדכתב רש"י שמפני כך פטור מאונסין וחייב בגניבה ואבידה מכיון דאין כל ההנאה שלו.

ובזה לכאורה מתורץ עוד קושיא, דהא לעיל (דף פ:) מובא בגמרא דר"מ ור"י פליגי בדין שוכר האם כש"ח או כש"ש הוי, וכאן בהשאילני ואשאיל לך ש"ש הוא. וי"ל דליכא כאן חלות שכירות אלא חלות שאלה אך בלי כל ההנאה שלו, ולפיכך לכ"ע הוי ש"ש ולא ש"ח.

ומכאן ראייה לשיטת רש"י והראב"ד הנ"ל (דף פ:) דיש מקרים שהנאה חלקית - בלי כל ההנאה שלו - מחייבת כש"ש, עיי"ש בשיעורים.

גמ'. פשיעה בבעלים. עיין בשיעורים לקמן לתחילת פרק השואל (דף צד.) דהארכנו בדין פשיעה בבעלים וביסוד הדין דבעליו עמו.

בענין בבעלים מחמת שאלה

א.

יסוד שיטת רש"י ששאלה אינה בעליו עמו

עיין ברש"י (דף פא. ד"ה שמירה בבעלים היא) שכתב וז"ל אשמור לי ואשמור לך קאי ששניהם זה במלאכתו של זה, אבל השאילני כליך ואני אשאיל לך כלי, שמור לי ואשאילך, או השאילני ואשמור לך, אין כאן בעלים של חפץ במלאכתו של שומר עכ"ל. ומבואר דלפי שיטת רש"י שאלה אינה חלות דין בעלים עמו במלאכתו.

והנה אף בציור של השאילני ואשאילך קובע רש"י דליכא חלות בבעלים, דלא אמרי' שכל אחד מהשואלים הריהו שומר בעד השואל השני המשאילו וששניהם הויים בבעלים. ולכאורה משמע מזה דשואל חייב באחריות לא רק מדין שמירה, אלא גם מדין קנין שלו, כלומר שקנין השאלה שקנה בשאלתו מחייבו באחריות. שרק שומר דעלמא המחוייב באחריות הפקדון מדין שמירה בלבד הוי בבעלים עם המפקיד, כי השומר עובד בשביל המפקיד כפועל, ומשו"ה הו"ל בבעלים עמו. משא"כ שואל המחוייב באחריות השאלה בתורת קנין בשלו, לפיכך אינו בבעלים עם המשאיל.

ונראה לומר דשואל דומה בכך לגנב, דהא בציור של גנב דהוי נמי שומר פקדון של הנגנב פשיטא דלא אמרי' דהגנב הוי בבעלים עם הנגנב מחמת חיוב האחריות שחל עליו, דהא חיוב האחריות דהגניבה חל על הגנב מחמת קנין הגניבה שקנה בגניבתו, ולא חל עליו מחמת שעובד עבור המפקיד הנגנב. וה"ה בשואל המחוייב באחריות מדין קנין בשלו, דלא הוי פועל של המשאיל ולפיכך השאלה אינה מחילה ביניהם חלות דין בבעלים.

ב.

יסוד חיוב שואל שמירה או קנין

והנה יש לדון ביסוד החיוב דשואל - האם הוא חל מחמת חלות דין שמירה או מחמת חלות קנין, ועיין בסוגיית הגמרא בב"ק (דף יא.) שדנה האם שמין לשואל או לא, דקיי"ל דאין שמין לגנב הואיל וקונה את הגניבה בשינוי, ופליגי שם האם שואל קונה בשינוי ואין שמין לו, או דאינו קונה בשינוי ושמין לו את הנבילה ומחזירתה למשאיל. ועיי"ש בתוס' (ד"ה אין שמין) שביארו וז"ל וה"ט דמ"ד אף לשואל כיון דחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן עכ"ל. כלומר דלמ"ד אין שמין קנין השאלה מחייב את השבת החפץ השאול לבעליו, ולמ"ד שינוי קונה השינוי מפקיע את קיום השבת החפצא וממילא השואל קונה את החפץ שנשתנה[500].

אמנם ע"פ שיטת התוס' יוצא שלמ"ד שמין לשואל אין השואל חייב משום קנין שאלה שבחפצא אלא מטעם אחריות - בדומה לשומרים אחרים כי אין לשואל קנינים בחפצא ולפיכך אינו קונה בשינוי. ואין השואל דומה לגנב וגזלן שיש להם קנינים בחפצא. ואילו שואל אין לו קנין בגוף החפצא אלא רק זכות השתמשות וקנין פירות בעלמא[501]. אך עיין בגמ' כתובות (לד:) דיש מחלוקת האם שואל חייב משעת משיכה או משעת אונסין, ומסתבר לומר שחלוקין גם שם בזה - שאם שואל חייב מדין קנין אזי י"ל דשעת המשיכה מחייבת. מאידך אם השואל חייב מדין אחריות כמו שומרים אחרים א"כ י"ל דחייב הוא משעת אונסין כמו שאר שומרים. ולפלא שהתוס' לא תלו את שתי השאלות זו בזו, וצ"ע[502].

ועיין בתוס' שבועות (דף מב: ד"ה ואין בהן וכו') שקבעו ששואל קרקע פטור מאונסין לפי שאין דיני שמירה חלים בקרקע. והנה אם נאמר ששואל חייב מדין קנין קשה שהרי

[500] עיין בתוס' ב"ק (דף נו: ד"ה פשיטא) ועוד עיין בתוס' במס' יבמות (דף סו: ד"ה אבל) בשם הר"י שכהן שואל מאכיל את הפרה ששאלה בתרומה. ולכאורה יש מכך ראייה שקנין שואל כקנין הגוף דמי. ואילו הרמב"ם (פ"ט מתרומות הל"ח) פי' הסוגיא שם באופן אחר.

[501] עיין בחידושי הריטב"א לקידושין (דף מז:) ד"ה הא דרב הונא. וע"ע ברשימות לב"ק עמ' תק"ס.

[502] עיין ברשימות שיעורים שבועות ונדרים חלק שני עמ' ר"א - ר"ב.

אף קרקע שאולה לכאורה קנויה לשואל ולמה כ' התוס' שפטור. וביאר הגר"מ זצ"ל דאפילו אם נימא דשואל בעלמא חייב מדין קנין מ"מ גם החיוב הזה תלוי בחלות דין שומרים, והואיל וליכא חלות דין שמירה בקרקע אף חיוב השואל מדין קנין אינו חל. ולכאורה יש להביא סמוכין לכך מדין בעליו עמו, דגם השואל פטור כשבעליו עמו. וחזינן דכשחסרה חלות שמירה ליכא נמי חלות דין קנין, ולכן השואל בבעלים פטור, וה"ה בקרקע. והגר"מ זצ"ל אמר דעפי"ז יש ליישב נמי קושיא אחרת. הרי מצינו (בב"מ דף מג:) מ"ד שהשואל שלא מדעת הוי שואל, למרות שלא קיבל עליו אחריות דשומר. ולכאורה מוכח דשואל חייב מדין קנין שאינו כלול בפרשת השומרים. וא"כ קשה למה לא יחול דין שאלה בקרקע מדין קנין. והשיב הגר"מ זצ"ל שבנוסף לדין ששואל קונה חל גם דין ששואל הוי שומר. ובכן כשם שהטילה התורה שמירה על המוצא אבידה בלי שיקבל על עצמו אחריות כן הטילה התורה דין שמירה על השואל שלא מדעת וחייב מדין שמירה. מאידך בקרקע לא חלה דין שמירה כלל, ולפיכך אין בקרקע דין שואל - לא מדין שומר ולא מדין קנין[503].

אלא דצ"ע במש"כ דהא קיי"ל דשמין לשואל (ב"ק דף יא.), ולכאורה יוצא מזה דשואל חייב בתורת שמירה דהו"ל פועל דעלמא של המשאיל, וקשה א"כ אליבא דרש"י למה לא חל בשואל דין בבעלים. וי"ל לרש"י דשואל משלם בתורת קנין בשלו, אלא דמ"מ אפשר לו לשלם עם הנבלה, משא"כ בגנב ובגזלן דאסור להם לשלם לבעלים עם הנבלה שמתה מדכתיב "חיים שנים ישלם", משא"כ בשואל דליתא בו גזיה"כ הזו ומשו"ה יכול הוא לשלם אף עם הנבלה ועם שברי הכלים, שלא כגנב וגזלן.

והנה בגמ' בכתובות (לד:) פליגי האם שואל משלם משעת משיכה או משעת אונסין. ובראשונים דנו להלכה האם שואל משלם משעת משיכה או משעת אונסין[504]. ולכאורה אם שואל משלם משעת משיכה אזי י"ל דהוא חייב בתורת קנין. ומאידך אם משלם משעת אונסין הריהו חייב בתורת שמירה. וקשה לרש"י דס"ל דעיקר חיוב השואל הוא לשלם בתורת קנין, דא"כ היאך שייך לומר דמשלם משעת אונסין.

ונראה לבאר עפי"מ שהבאנו בשם הגר"מ זצ"ל דשואל חייב לשלם משני דינים - גם מדין שומר וגם מדין קנין. ולכן י"ל דחייב לשלם משעת אונסין מדין חיוב שומר, אלא דחייב

[503] ואמר רבינו זצ"ל דבשואל שלא מדעת למ"ד דהוי שואל נמי ליכא מסירת השאלה מהבעלים לשואל, ולכן מסתבר דלא יחול אצלו דין בעליו עמו כמו דאינו חל בשומר אבידה לפי"ד הגר"מ זצ"ל. ויל"ע האם חל אצלו הפטור דמתה מחמת מלאכה. דיל"ע האם פטור זה חל מחמת המסירה מהבעלים דליתא בשואל שלא מדעת או דחל מחמת הקנין שחל אף בשואל שלא מדעת.

[504] עיין בשיטה לעיל (דף מג. ד"ה איתבר ממילא) מש"כ בשם הרמב"ן והריטב"א.

אז לשלם גם בתורת קנין, דהיינו מאחר שחל עליו חיוב שומר בשעת אונסין חל עליו נמי חיוב לשלם בתורת קנין. ולכן דוקא החלק שנאבד, דחייב עליו בתורת שמירה, הוי שלו וקונהו. אבל מה שקיים, דהיינו הנבילה, לא נעשה לשלו. ולכן שמין לשואל ומשלם רק את הפחת, אך לא את הנבילה, כי קנה רק את מה שנאבד ולא את הנבילה.

ולפי"ז נל"ב מש"כ רש"י דשאלה אינה בבעלים, דמכיון דחל על השואל חיוב לשלם בתורת קנין אין החיוב לשלם בתורת שומר משווהו לבבעלים, כי החיוב לשלם בתורת קנין מונע חלות בבעלים דאין השואל דומה לפועל בעלמא, דהרי השאלה קנויה לו בקנין כשלו דע"ז הוא משלם.

ומאידך הדין הוא דאם המשאיל הוי בבעלים עם השואל אזי השואל פטור מלשלם. ולכאורה צ"ע, דאם השואל משלם בעד הקנין שקנה בשאלתו היאך יחול דין בבעלים לפוטרו מחיובו. ונראה לתרץ על פי דברי הגר"מ זצ"ל דמקודם חל חיוב השואל בתורת שומר, ואח"כ חל החיוב בתורת קנין. ולכן אם המשאיל הוי בבעלים עם השואל דחל פטור בתורת שומר, אזי לא חל עליו את החיוב בתורת קנין. דרק שואל המתחייב בתורת שומר מתחייב נמי בתורת קנין. ואילו שואל דהבעלים עמו שהוא פטור מלשלם בתורת שומר פטור נמי מלשלם בתורת קנין. דחיוב הקנין אינו חל אלא אם התחייב מקודם בתורת שומר. והראיה לזה משואל קרקע שפטור מלשלם. וצ"ע למה אינו משלם בתורת קנין, אלא צ"ל דמכיון דאין שמירה חלה בקרקע ולא חל חיוב השואל בתורת שומר, גם לא חל עליו החיוב לשלם בתורת קנין.

ג.

דין בבעלים בהשאילני ואשאיל לך

אמנם עוד צ"ע דהא בהשאילני ואשאילך איתא בגמרא דנעשו שומרי שכר זה לזה, ואינם חייבים באונסים כשואלים, וא"כ לכאורה ליכא בזה חלות דין חיוב לשלם בתורת קנין כלל אלא לשלם בתורת שומר, ולמה א"כ ליכא כאן חלות דין בבעלים כמו דחל בשמור לי ואשמור לך.

ברם עיין שם ברש"י (ד"ה השאילני ואשאיל לך) שכתב וז"ל אין זה שואל להתחייב באונסין שאין כל הנאה שלו שאף הוא משאילו עכ"ל. ולפי"ז י"ל דלא פקע חלות דין וחיוב קנין ממנו אלא מכיון דאין כל ההנאה שלו מוגבל חיוב השואל לגניבה ואבידה דלא חל החיוב לאונסים, וחל דין קנין השאילה לענין לשלם רק על גניבה ואבידה, דאזי משלם אף בתורת קנין, ומשו"ה אינו דומה לפועל בעלמא, ולא חל בו חלות דין בבעלים.

א"נ י"ל דאה"נ דלא חל כאן דין קנין מדהויין ש"ש ולא שואלים, אלא דעכ"ז לא חל עליהם דין בבעלים, דשניהם אינם שומרים של החפצא לשומרו רק בעד חבירו, אלא מכיון דמשתמשים כל א' בחפצא להנאתן לפיכך לא שייך לקרותם משועבדים לעבוד עבור הבעלים ושיחול בם דין בבעלים כי השואלים שומרים כל א' מהם את החפצא בעד עצמו ותשמישו, וא"כ שמירתו לא מצטרפת לבעל הבהמה בלבדו להקרא פועלו והשומר שלו לענין שיחול חלות דין בעלים עמו.

ד.

בשיטת הרמב"ם ששאלה מהווה בבעלים שלא כרש"י

כתב הרמב"ם (פ"י מהל' שכירות הל"ב) ז"ל כל האומר לחבירו שמור לי ואשמור לך הרי זה שמירה בבעלים. אמר לו שמור לי היום ואשמור לך למחר, השאילני היום ואני אשאילך למחר, שמור לי היום ואשאילך למחר, השאילני היום ואשמור לך למחר כולן נעשו שומרי שכר זה לזה עכ"ל. ומדוייק ברמב"ם דחולק על רש"י וסובר דהשאילני ואני אשאילך היום הוי בבעלים כמו בשמור לי ואשמור לך. ועלינו לבאר במה פליגי.

ונראה שניתן לבאר את מחלוקתם בכמה אנפי: א) י"ל דמכיון דנעשו שומרי שכר זה לזה הו"ל ממש כשמור לי ואשמור לך דהויים בבעלים. והרמב"ם לא ס"ל כמו שביארנו לעיל בשיטת רש"י דאע"פ דשניהם ש"ש אין ביניהם חלות דין בבעלים. ב) א"נ י"ל דהרמב"ם סובר דשואל אינו חייב לשלם בתורת קנין אלא רק בתורת שמירה בלבד, ומשו"ה כל שואל הוי הפועל של המשאיל וחל ביניהם דין בבעלים.

אולם עוד נראה לומר דרש"י והרמב"ם איירי בשני אופנים שונים, דרש"י מיירי כשכבר נעשו שואלים, וסובר דליכא בכך חלות דין בעלים, כי שואל דעלמא אינו הפועל של המשאיל לשמור את פקדונו, אלא הוא עצמו הוי הבעלים של השאלה, ומשלם בתורת קנין ולא בתורת שמירה. ומשו"ה ליכא בזה חלות דין בבעלים. וי"ל דהרמב"ם נמי היה מסכים בציור זה לשיטת רש"י. אלא שהרמב"ם מיירי בציור אחר, דהיינו שהתחייבו להשאיל זה לזה, והתחייבות להשאיל שפיר הוי בבעלים.

ונראה דאף הרמב"ם מודה דהתחייבות ממון בעלמא אינה מחילה דין בבעלים, דאין להתחייבות ממון דמיון כלל לפועל ולחיובי מלאכה דפועל. ברם כשמתחייב אחד להשאיל חפץ לשני הרי התחייב על חפצא כדי להקנותו לשני, והתחייבות על הקנאת חפצא דומה לשעבוד הפועל לעבוד ומחילה חלות דין בבעלים. והוא משום דהמתחייב על חפצא להשאילו צריך להשתדל דהחפצא דשאלה יגיע לידי השואל, ודומה איפוא לפועל העובד בשביל בעליו, ומשו"ה חל דין בבעלים.

ועיין בשעורים לקמן לריש פ' השואל שנתבאר דלשיטת הרמב"ם עיקר דין בבעלים חל בצירוף בין דעת ההתחייבות של המשאיל לעבוד ובין דעת השואל להתחייב על השאלה. ולכן שפיר ס"ל שמצטרפת דעת השואל להתחייב על חפצא בעין עם הדעת להתחייב להשאיל. משא"כ אם ליכא דין צירוף אזי מסתבר דלהתחייב להשאיל חפצא אינו בבעלים דאינה דומה להתחייבות דפועל, ודו"ק.

ויעויין ברמב"ם (פכ"ב מהל' מסירה הלט"ו - י"ז ובהל' ערכין פ"ו הל' ל"א - ל"ג) דיש לדייק ממנו דהרמב"ם סובר דליכא התחייבות על חפצא בהדיוט אלא רק בהקדש בלבד. וכך נקט באמת הגר"ח זצ"ל. אך נראה דאין זה מוכרח, דלכאורה רק מוכח מדבריו דסובר דלהדיוט א"א להתחייב על חפצא דעוד לא בא לעולם, משא"כ בהקדש. ואילו על חפצא דכבר ישנו בעולם ושברשותו י"ל דהבעלים יכולים להתחייב בהתחייבות כדי להקנותו לשני, והתחייבות זו להקנות חפצא חל גם בהדיוט. וזהו יסוד ההתחייבות דאני אשאילך דברמב"ם דחלה חלות התחייבות להקנות את החפצא דשאילה לשואל השני, והתחייבות להקנות חפצא משווה בבעלים.

ע"כ ענין בבעלים מחמת שאלה

דף פא:

גמ'. אמר אביי מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן.

עיין ברמב"ם (פ"ד מהל' שכירות הל"ג) ז"ל מעשה באחד שהשכיר חמור לחבירו ואמר לו לא תלך בו בדרך נהר פקוד שהמים מצויין שם אלא בדרך נרש שאין בה מים הלך בדרך נהר פקוד ומת החמור ולא היו שם עדים שמעידים באי זה דרך הלך אלא הוא מעצמו אמר בנהר פקוד הלכתי ולא היו שם מים ומחמת עצמו מת ואמרו חכמים הואיל ויש עדים שהמים בנהר פקוד מצויין חייב לשלם שהרי שינה על דעת הבעלים ואין אומרים מה לי לשקר במקום עדים עכ"ל. ומבואר ברמב"ם שלא העידו העדים שהיו שם מים, אלא העידו שהמים מצויין שם, כלומר שקבעו רובא דליתא קמן ואומדנא דמסתמא היו שם מים בשעה שהלך שם. ואביי קבע דלא אמרינן מיגו כנגד רובא דליתא קמן כי האומדנא מכריע כנגד המיגו.

ולכאורה צ"ע דהא קיי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב כדי להוציא ממון מידי המוחזק, ולמה כאן מועיל הרוב להוציא ממון מהשוכר. ונראה דמשו"ה דייק הרמב"ם בלשונו והוסיף "שהרי שינה על דעת הבעלים", כלומר דשאני כאן דמחמת ששינה מדעת

הבעלים הולכים בתר הרוב לחייבו ממון ואע"פ שבדרך כלל לא מחייבים ממון עפ"י רוב. וי"ל דזהו דין מיוחד דחל בדיני שוכרים.
ועוד י"ל דדין הוא דחל בחיובי השומרים דהא נשבעים שומרים אף על טענת ספק ואע"פ ששאר הנשבעים זקוקים לטענת ודאי כדי לחייבם לישבע. דהיינו דכמו שמצינו שהתורה החמירה על שומר לישבע על טענת ספק ושאם אינו נשבע משלם, ה"ה דהחמירה התורה לחייבו לשלם עפ"י דין רוב, ואע"פ שבשאר המקרים לא מחייבים את המוחזק לשלם ממון עפ"י רוב.

בענין שעת המחייב של שומר

א.

בביאור מחלוקת רבי ורבנן
עיין בסוגיא וז"ל איבעיא להו הנח סתמא מאי כו', לימא כתנאי אם הכניס ברשות בעל חצר חייב רבי אומר בכולם אינו חייב עד שיקבל עליו בעל הבית לשמור, ממאי דלמא עד כאן לא קאמרי רבנן התם אלא בחצר דבת נטורי היא וכי קאמר ליה עייל עייל דאינטר לך קאמר ליה, אבל הכא שוקא לאו בר נטורי הוא אנח ותיב נטר לך קאמר ליה, אי נמי עד כאן לא קאמר רבי התם אלא בחצירו דלעיולי רשותא קא בעי למשקל מיניה וכי יהיב ליה רשותא לעיולי תיב ונטר לך קאמר ליה אבל הכא הנח ואנא מנטרנא קאמר ליה, דאי ס"ד הנח ותיב נטר קאמר ליה אי לאותבה רשותא בעי למישקל מיניה עכ"ל.
ומבואר דמלכתחילא הגמרא השווה את הדין בהנח סתמא לגבי חלות שמירת פקדון עם המחלוקת שבין רבי והרבנן בכניסת שור הניזק לרשות המזיק בדאמר ליה עייל סתמא.
ויפלא דלכאורה הרבנן ורבי פליגי בדבר אחר, דהיינו דלרבנן דין דשור המזיק חל אף ברשות המזיק אלא שאם הניזק נכנס שלא ברשות המזיק פטור, ואילו בנכנס ברשות בעלמא שור המזיק חייב. ומאידך רבי סובר דליכא חלות שם ודין שור המזיק ברשות המזיק, ומשו"ה שור המזיק פטור שם ואפילו כשנכנס שור הניזק לשם ברשות. וקשה דא"כ אין קשר לדין הנח סתמא בדין שומר דעלמא וצ"ע בהשוואת הגמרא.
ובהכרח צ"ל דלא פליגי הרבנן ורבי בזה, כי לכ"ע רשות המזיק מופקע מכל חלות שם ודין של שור המזיק, אלא בדא"ל עייל קבל בעל המזיק על עצמו להיות שומר על הגוף דשור הניזק. ולכן כשהשור הניזק הוזק בעל שור המזיק חייב לשלם מדין שומר של שור הניזק שלא שמרו כראוי מנזקין. ולפי"ז י"ל דהשוואת הגמרא היא דכמו שיש לדון בהנח סתמא האם דבור זה מהווה קבלת שמירה או לא, ה"ה דיש לדון בעייל סתמא האם חלה

שמירה או לא, דבזה פליגי רבי והרבנן אי שמירה חלה על גופא דהשור הניזק או דלא חלה וה"ה דפליגי בהנח סתמא בקבלת שמירה בעלמא בשוק.
ונראה לבאר את הספק בהנח סתמא דהספק הוי האם שמירה חלה בסילוק הבעלים או במסירה לשומר, דבהנח סתמא הבעלים מסתלקים אך ליכא מסירה לשומר, דרק בהנח לפני יש מסירה לשומר.
ובזה מבואר את הבחנת הגמרא דבציור דשור הניזק אף בעייל סתמא השור נכנס במציאות לרשות השומר, וא"כ י"ל שאף בעייל סתמא יש חלות מסירה לשומר המחייבתו. משא"כ בהנח סתמא בשוק.

ב.

דין משיכה בשומרים

עיין במס' ב"ק (דף עט.) וז"ל כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים, עכ"ל. וצ"ב בהשוואת הגמרא בין תקנת משיכה בלקוחות ובין תקנת משיכה בשומרים.
ונראה דר"ל שבלקוחות תקנו שאין מעות קונות אלא משיכה דהיינו שמעשה קנין כסף דעלמא אינו מועיל אלא בעינן שיכניס הקונה את הדבר הנקנה לרשותו ע"י משיכה. דה"ה בשומר תיקנו שאין השומר חייב עד שיכניס את הפקדון לרשותו ע"י משיכה.
והנה נחלקו הראשונים בביאור הגמ'. יש ראשונים הסוברים ששומר חייב באחריות רק ע"י קנין משיכה (עיין ברש"י שם ד"ה תיקנו)[505]. מאידך מהרמב"ם משמע שבהנחת הפקדון לפני השומר חייב באחריות בלי משיכה שהרי כתב בפ"ב מהל' שכירות (הל"ח) וז"ל כדרך שתקנו חכמים משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרין. האומר לחבירו שמור לי זה ואמר לו הנח לפני הרי זה ש"ח עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם השווה את דין "הנח לפני" לדין משיכה. ונראה שהרמב"ם סובר שאין תקנת משיכה בשומרים דין של חלות קנין שא"כ היאך יועיל "הנח לפני" בלי מעשה קנין. אלא המחייב של שומר הוא שהפקדון מסור לו לשומרו. ולפיכך מתחייב השומר ב"הנח לפני" שבכך הפקדון מסור לרשותו לשמור, וכמו"כ משיכה מכניסה את הפקדון לרשות השומר ומחייבתו. ויוצא לפי"ז דלפי הרמב"ם תקנת משיכה בשומרים אינה תקנת קנין אלא שכל מסירת פקדון לרשות שומר מחייבת אותו בשמירה, ולכן ס"ל דהשומר חייב בין במשיכה ובין ב"הנח לפני". ונראה דלרש"י קנין משיכה מעכב בחיוב השומר דס"ל דיש לשומר מקצת קנין בגוף הפקדון, והקנין הזה של השומר מחייב אותו. והראייה שיש לשומר קנין כל שהוא

[505] ממש"כ בשיעורים משמע דרש"י סובר שאחרי שתקנו משיכה בשומרים אזי "הנח לפני" אינו מחייבו כל זמן שלא משך וז"ל (שם) שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך עכ"ל, וצע"ק מסתם משנה שלפנינו.

בפקדון יוצאת מהדין ששומר חמץ בפסח עובר על בל יראה ובל ימצא (פסחים דף ה:), ומשמע שיש לשומר קנין המחייבו באיסור חמץ[506].

ולפי"ז ביאר הגר"מ זצ"ל שניתן לחלק בין שומר לבין בעל קרבן. שהרי איתא בפסחים (שם) ששומר חמץ בפסח עובר על בל יראה ובל ימצא אפילו למ"ד גורם לממון לאו כממון דמי. ואילו בנוגע לקרבן איתא בירושלמי (פרק שני דפסחים הל"ב) שדין בל יראה ובל ימצא תלוי בדין גורם לממון. וקשה מ"ש בעל קרבן משומר. וי"ל דאחריות השומר חלה מטעם הקנין שיש לו בגוף הפקדון, ולכן חייב לכ"ע. מאידך אחריות דבעל הקרבן חלה מחמת נדרו ולא מחמת שיש לו קנין בקרבן ולפיכך דין ב"י וב"י בקרבן תלוי בדין גורם לממון[507].

והנה שיטת הרא"ש (פ"ח אות ט"ו) היא שאחריות השומר חלה בהנח לפני אלא שיכול לחזור בו עד שימשוך. דכתב וז"ל דמשעה שמשך לא מצי למיהדר ביה. אבל להתחייב באונסים אפילו קודם משיכה נמי כו' וסברא גדולה לחלק בין חזרה לחיוב אונסין, דלענין חזרה ברשות הבעלים קיימא כ"ז שלא עסק בה השומר דבר הקונה כו' אבל לענין חיוב אונסין מיד שסלק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה עכ"ל. ונראה דהרא"ש סובר שיש ב' דינים בשומר: א) חיוב אחריות שחל על השומר בקבלת התחייבות על עצמו בלי קנין ובעלות בחפצא; ב) חלות קנין ובעלות דחל בחפצא ע"י משיכת השומר וכשחל קנין השומר בחפצא של הפקדון אינו יכול לחזור בו.

והנה כתבו התוס' לקמן (דף צט. ד"ה כך) וז"ל ש"ח בלא משיכה חייב בפשיעה כו' דהנח לפני ש"ח וה"ה ש"ש בגניבה ואבידה, ואי אשואל קאי מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה כו' אלא לענין חזרה קאמר דשוכר ושואל מיד שמשכו הבהמה אין בעלים יכולים עוד לחזור עכ"ל. ומבואר דשיטת התוס' היא ש"ח וש"ש מתחייבים באחריות משעת קבלת השמירה על עצמם, ואילו שואל מתחייב באונסים רק במשיכה. ובפשטות י"ל דס"ל דשואל שאני משומרים דעלמא כי השואל חייב באונסים מחמת קנין השאלה

[506] בביאור טיב הקנין דשומר נראה לדמותו לקנין הגזלן בדבר הגזול דמחמת קנינו הנגזל אינו יכול להקדישו משום דאינו ברשותו. דה"ה בשומר דקונה את הפקדון להיות ברשותו ואע"פ שאינו שלו. ועיין בנתיבות המשפט (חו"מ סי' נ"ח אות ד').

[507] צ"ע על הירושלמי מסוגית ב"ק (דף עו.) הקובעת שבקרבן מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן, ומשמע שיש קנין בעלים בקרבן וכדהוכיח הגר"ח זצ"ל, וכפי שהובא הרבה פעמים בשיעורים, וא"כ למה לא יעבור בב"י וב"י מחמת קנין זה, וצ"ע. וי"ל דקנין הקרבן הוי קנין בשלו אבל מ"מ אין הקרבן ברשותו. ואילו שומר קונה את הפקדון להיות ברשותו אע"פ שאינו שלו וכדי לעבר על ב"י וב"י החמץ צ"ל ברשותו ואכמ"ל.

שיש לו בחפצא ולא מחמת התחייבות בעלמא ולפיכך צריך לעשות קנין משיכה כדי להתחייב באונסין[508].

ועיין בנמוקי יוסף לקמן (דף נז. בדפי הרי"ף) שהביא כמה שיטות אחרות:

א) וז"ל ואיכא מ"ד דכי מהניא משיכה בשומרים דוקא בשואל ובשוכר שכיון שהם משתמשין בגופו של כלי הו"ל כמכירה ליומיה ודין הוא שתקנה להם משיכתם כיון שהם זוכים בגופו של דבר, אבל ש"ש וש"ח שאין להם זכיה כלל בגופו של כלי ל"ל דתקנה להם משיכה כו' עכ"ל. הנ"י מיירי לענין חזרה, ושיטה זאת סוברת שרק בשוכר ושואל יש חלות קנין ולפי' אחרי קנין משיכה אין להם זכות חזרה, אבל בש"ח וש"ש אין חלות קנין ולפיכך תמיד יכולים לחזור בהם.

ב) ועוד כתב וז"ל שהשוו חכמים מדותיהם בשוכר דכי היכי דמהני ליה לשוכר משיכתו שאין המשכיר יכול לחזור בו ה"נ מהני משיכתו למשכיר שאין שוכר יכול לחזור בו אבל בשואל לא הוה מסתברא הכי דנהי דמשמשך אין משאיל יכול לחזור בו שואל מיהא יכול לחזור בו דעיקר שאלה לצורכו הוא וכדאמרי' דכל הנאה שלו. אבל הרא"ה ז"ל כתב שאף בשואל השוו מדותיהן ואינו יכול לחזור בו כו' עכ"ל. לפי הרא"ה חיוב השואל באונסים הוי זכות שקיבל המשאיל מהשואל בשעת השאלה תחת זכות הקנין שהקנה לשואל להשתמש בחפצא. לפיכך אין השואל יכול לחזור בו כי חיוב האונסים הוי זכות של המשאיל שקנה בעצם השאלה ודומה לזכות המשכיר בדמי השכירות. מאידך לפי הדיעה הראשונה אין למשאיל קנין לאונסים בעצם השאלה אלא שכ"ז שמשתמש השואל בשאלה וכל ההנאה שלו חייב באחריות אונסים. ולכן אם השואל חוזר בו מהשתמשותו הריהו פטור מאונסים.[509]

ג.

בדין שמירת נזקין דשומרים

בגמרא ב"ק (דף מה.) איתא וז"ל ארבעה נכנסו תחת הבעלים ואלו הן ש"ח והשואל נושא שכר והשוכר, הרגו תמין נהרגין ופטורין מן הכופר, מועדין נהרגין ומשלמין את הכופר עכ"ל. וי"ל מתי נכנס השומר תחת הבעלים לענין שמירת נזקין - האם הוא בו בזמן שמתחייב בשמירת גוף השור שהופקד אצלו או בשעה אחרת. ונראה ששאלה זו תלויה בשאלה אחרת, האם שומר פקדון חייב בשמירת נזקין בגלל שהתחייב לבעליו לשמור את שורו מלהזיק או דחל עליו החיוב דשמירת נזקין מבלי שיתחייב לשמור

[508] עיין בשיעורים לעיל (דף פא.) ד"ה בענין בבעלים מחמת שאלה אות ב'.

[509] וע"ע ברשימות שיעורים לב"ק דף עט. ד"ה כדרך שתיקנו משיכה (עמ' תפ"ח - ת"צ).

את השור מלהזיק, אלא דממילא נעשה לבעל המזיק המחוייב בשמירת המזיק שהופקד אצלו. דלכאורה אם השומר חייב מחמת התחייבות שקבל על עצמו מסתבר דמתחייב בב"א עם התחייבותו לשמור את גוף הפקדון, אך אם החיוב חל ממילא בלי התחייבותו אזי יתכן דחל בשעה אחרת.

ונראה דהשאלה האם חיוב שמירת הנזקין חל מחמת התחייבות השומר או דחל ממילא תלויה במחלוקת הראשונים. דיעויין במס' ב"ק (דף י.) וז"ל מסר שורו לחמשה בני אדם ופשע בו אחד מהן והזיק חייב. היכי דמי אלימא דבלאו איהו לא הוה מינטר פשיטא דאיהו קעביד, אלא דבלאו איהו נמי מינטר מאי קעביד עכ"ל. ועיי"ש בתוס' (דף י:) ד"ה מאי קעבד וז"ל בכולה שמעתין צ"ל מאי קעביד טפי מאחריני וישלם כל אחד חלקו עכ"ל. ואילו רש"י סובר שפטור לגמרי וז"ל מאי קעביד ואינו חייב כלום עכ"ל. והוא באופן שגם בלעדיו היה נשמר שכן נסתלק משמירתו ומסר את שמירתו לד' השומרים האחרים. וכן כתב הרא"ש וז"ל ופטור לגמרי וכגון שאחרים לא סלקו עצמם משמירת השור כשפשע האחד ולא רצה לשמור יותר וכיון שנשארו בשמירת השור ויכולין לשומרו בלא האחד הן חייבין והוא פטור שהרי מסר לכולן שורו לכל מי שיכול לשומרו ונתרצו לשומרו אפילו בלא חברם, אבל אם אמרו לו אם אינך רוצה לשמור גם אנו מסלקים עצמנו משמירתו כולן חייבין וכו' עכ"ל. ומסתבר שהרא"ש לא התכוין שהאחרים קבלו על עצמם במפורש לשמור את הבהמה עבור האחד שהסתלק דא"כ פשיטא שהוא פטור והם חייבים ולמה יחלקו עליו התוס'. אך מדובר כאן כשאחד מהם הסתלק והאחרים לא אמרו כלום ועכ"ז הוא פטור והם חייבים, כי השומר יכול להסתלק מהשמירה ולהשאיר את אחריות השמירה בידי האחרים. אמנם עלינו לברר מנין לשומר הזכות הזאת להסתלק משמירתו בלי שהאחרים יתחייבו במפורש לשמור בשבילו, אטו בחמשה שומרי פקדון דעלמא יכול אחד מהם להסתלק ולחייב את האחרים לשלם את חלקו בלי התחייבות מפורשת מצידם. ובכן למה חייבים ארבעה השומרים הנשארים לשמור מנזקין בעבור הא' שהסתלק בלי התחייבות מפורשת מצידם לשמור בשבילו.

ונראה דהנה התוס' בב"ק (דף נו: ד"ה פשיטא וכו') דנים ביסוד החיוב של גזלן בשמירת נזקין וז"ל דסברא הוא דגזלן נכנס תחת הבעלים דכיון שהוציא מרשות בעלים שהיו חייבין בשמירתה ואין הבעלים יכולים לשומרה לפי שנגזלה מהם יש על הגזלן לשומרה דלענין נזקין אקרו בעלים כל מי שבידו לשומרה וכו' עכ"ל. ונראה שהסבר התוס' בחיוב הגזלן שייך גם לחיוב שומר בשמירת נזקין. השומר חייב בשמירת נזקין לא מחמת התחייבות מפורשת מצידו לשלם בעד הנזקין אלא משום שנטל על עצמו

לשמור את גוף הבהמה שנמצאת ברשותו כפקדון ובידו לשומרה מנזקין וממילא חייב בשמירתה מדין בעלים "דלענין נזקין אקרו בעלים כל מי שבידו לשומרה", ואם הזיקה חייב לשלם מדין בעלים. ועפי"ז מוסברת שיטת רש"י והרא"ש כי מאחר שהשומר הא' הסתלק באופן שהבהמה איננה עוד ברשותו והיא נמצאת אפוא תחת ידיהם וברשותם של ד' השומרים שנשארו לבדם, אזי ממילא הד' שומרים האחרים לבדם חייבים כבעלי המזיק בחיוב שמירה מלאה לשומרה. ואע"פ שלא התחייבו בהתחייבות מפורשת לשלם במקום השומר שהסתלק הרי הם הבעלים החייבים על נזקי בהמתם. ונראה שבכך חלוק דין שמירת נזקין מדין שמירת גופו. כי שומר חייב בשמירת נזקין מדין בעלים לפי שהבהמה נמצאת ברשותו ותחת ידו. מאידך, חובת שמירת גופו של הפקדון, חלה רק ע"י התחייבות מפורשת מצד השומר לשלם. ובאופן שה' שומרים התחייבו בשמירת גופו של הפקדון וא' הסתלק אין האחרים חייבים לשלם בעדו בלי שיתחייבו בכך בפירוש, ואם לא התחייבו לשלם והפקדון נאבד כולן חייבין לשלם ואף הראשון שהסתלק משמירה.

ויוצא שחלוקים התוס' עם רש"י והרא"ש ביסוד גדר החיוב של השומר בשמירת נזקין. אליבא דתוס' חיוב השמירה חל מחמת התחייבות מפורשת של השומר לשלם, ואין אחד מהם יכול להסתלק בלי התחייבות מפורשת מצד השומרים האחרים לשלם תחתיו. אולם רש"י והרא"ש ס"ל שחובת שמירת הנזקין חלה על השומר מדין בעלים מאחר שבידו לשמור את הבהמה שנמצאת ברשותו, ואם הסתלק שומר אחד אזי השומרים האחרים חייבים לשמור השור במקומו כבעלים ואף בלי התחייבות מפורשת לשלם.

ופעם נפגש הגר"ח זצ"ל עם הגאון ר' מאיר שמחה זצ"ל ודנו בענין שמירת נזקין בשומר אבידה שהוא נעשה שומר אבידה בלי התחייבות מפורשת, אלא משום שהתורה הטילה עליו את חובת שמירתה. ולפי מש"נ מבואר ששאלת שומר אבידה בנוגע לשמירת נזקין תלוי' במחלוקת בין רש"י ותוס'. דאליבא דרש"י חלה חובת שמירת הנזקין מדין בעלים על כל מי שבידו לשומרה. והואיל והאבידה ברשות המוצאה ובידו לשומרה מסתבר שהוא חייב בשמירת נזקיה כבעלים. ואילו לתוס' דוקא התחייבות מפורשת לשלם מחייבת בשמירת נזקין כשם שהיא מחייבת שומר בשמירת גופו של פקדון דעלמא. ובכן שומר אבידה פטור משמירת נזקין שהרי לא התחייב במפורש בשמירת נזקיה.

והנה ש"ח חייב לשמור פקדון הנמסר אליו לשמירת גופו בשמירה פחותה. מאידך שור תם מחייב בעליו בשמירה מעולה. ולפי דברינו מסתבר לומר שלדעת רש"י והרא"ש ש"ח שקיבל על עצמו שמירת גופו של בהמה תמה המופקדת אצלו למרות שחייב לשמור

את גופה בשמירה פחותה, עכ"ז יהיה חייב לשמור אותה מנזקין בשמירה מעולה, כי חיוב שמירת נזקיה אינו נובע מהתחייבות מפורשת מצד השומר אך חל כחיוב בעלים עקב שהבהמה ברשותו ובידו לשומרה. ברם עיין ברמב"ם (בפ"ד מהל' נזקי ממון הל"ד) שקבע שש"ח ששמר בהמה תמה בשמירה פחותה פטור השומר מנזקיה. ולפי"ז פסקו מתנגד לשיטת רש"י והרא"ש. ואף לא קבל את שיטתם במסר שורו לחמשה ופסק דאין א' מהם יכול להסתלק וכל חמשתם חייב לשלם (שם פ"ד הל"ז). ואמר הגר"מ הלוי זצ"ל דאליבא דהרמב"ם חיוב שמירת נזקין חלה מחמת התחייבות השומר בשעת קבלת התחייבותו על עצמו לשמור את גוף השור. ואילו לרש"י אינו תלוי בהתחייבות השומר אלא דהוי חיוב שחל ממילא מן השמים. וא"כ יתכן אליבא דרש"י דמתחייב שומר בשמירת נזקין לא בשעת התחייבותו לשמור את גוף הפקדון אלא בשעה אחרת. ואמר הגר"מ זצ"ל דנ"מ בהנח סתמא, די"ל דעדיין לא התחייב בשמירת גופו מדלא אמר הנח לפני וחסרה מסירה אליו, ומ"מ יש בזה הסתלקות הבעלים דהניחו את בהמתם והסתלקו ובאותה שעה בידי השומר לשומרו וממילא הריהו חייב בשמירת הנזקין ואע"פ שעדיין פטור משמירת גופו, והוא חידוש.

ולכאורה י"ל גם להיפך דבהנח לפני קבל השומר על עצמו והתחייב בשמירת גוף הפקדון, ומ"מ עדיין פטור משמירת הנזקין כל זמן שלא משך את הבהמה שרק עם המשיכה כשקנה קנין בגוף השור ממילא נעשה השומר לבעליו לענין נזקין דאז הוי ברשותו עם קנין ממון ובכן ממילא מתחייב בשמירת נזקי השור בתורת בעלים.

ד.

דיון התוס' בב"ק בשמירת נזקין בגזילה

והנה בדין שמירת נזקין בשומר עיין בדברי התוס' בב"ק (נו ב ד"ה פשיטא). וז"ל דליכא למימר דכי היכי דמסרה לשומר חנם והשואל נכנסו תחת בעלים ה"ה גזלן דדלמא שומר הוא דמחייב אבל גזלן לא דמצינו דברים שהשומר חייב והגזלן פטור שהרי בכחשה בהמה הכחשה דהדרא ובפירות שהרקיבו מקצת כו' דגזלן אמר לו הרי שלך לפניך כו' אפילו בפשיעה דלא קבל עליו שמירה אבל שומר כו' יתחייב בכחשה דהדרא כו' כיון דקבל עליו שמירה כו' שאין השומר קונה בשינוי כו' עכ"ל. ונראה שדיונם של התוס' אם לדמות גזלן לשומר תלוי בחקירה ביסוד החיוב דשומר בשמירת נזקין: האם החיוב נובע מהתחייבותו של השומר לשמור, דאזי לא יתכן לדמות גזלן לשומר, כי לגזלן אין דעת המתחייב לשמור. גזלן חייב רק בהשבה ואם אינו משיב את הדבר הגזול חייב לשלם. בהתאם לכך אם הרקיבו מקצת הפירות אפילו בפשיעה הגזלן הריהו פטור שכן

החפץ הגזול עדיין בר השבה הוא[510]. ואילו שומר שפשע והרקיבו מקצת הפירות חייב לשלם מדין אחריות עבור כל ההפסד שנגרם ע"י פשיעתו. ובכן אם נניח ששומר חייב בנזקין עקב ההתחייבות שלו לשמור אין לדמות אותו לגזלן. מאידך אם ננקוט שמאחר שהמזיק ברשותו נעשה השומר לבעל המזיק אזי יש לדמות אליו את הגזלן ולומר שאף גזלן הוא בעל המזיק בגלל שהמזיק נמצא ברשותו.

בא"ד. ואפי' שואל דקי"ל דאף לשואל שמין עכ"ל. יעויין בשיעורים לסוגיית שמין לשואל (עיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק דף יא.) שנתבאר שאם אין שמין לשואל חיובו חל מטעם קנין השאלה שיש לו, ודומה לגזלן המחוייב משום קניני גזילה. מאידך אם שמין לשואל אינו מחוייב מחמת קנין השאלה אלא משום קבלת אחריות והתחייבות כשאר השומרים.

בא"ד. ואין לומר דמתחייב לפי שאינן יכולין לקיים בה מצות השבה דמשתלם מגופו דבשן ורגל איירי מתני' כו' עכ"ל. לכאורה צ"ע אם הגזלן אינו בעל מזיק מ"ש בקרן תם דמשתלם מגופו משן ורגל שהגזלן פטור.

ונראה שאף בה"א תפסו התוס' שהגזלן אע"פ שאינו בעל המזיק חלה בו חובת שמירה בגלל האיסורים של נזקין[511]. ולפיכך מצויה נ"מ בין תם לשן ורגל. שן ורגל מחייבת את בעל המזיק לשלם עם חיוב ממון והואיל וגזלן אינו בעל המזיק בדיני ממונות אינו חייב לשלם. מאידך תם משתלם מגופו ואין צורך שיחול בתם דין בעל מזיק בדיני ממונות וחיוב ממון על בעליו אלא דרוש שתהיה הנגיחה במקום שחל חיוב שמירה דעלמא ואפילו מחמת איסורים, ומאחר שהגזלן חייב בשמירה דעלמא חל דין יוחלט השור שישתלם ח"נ מגופו. ונראה שהתוס' אזלי לשיטתם (ב"ק דף לג. בד"ה הקדישו ובד"ה איכא ביניהו) שהשור הוחלט לניזק ממילא בשעת הנגיחה לפני ההעמדה בדין אף בלי חובת בעלים לשלם, שהרי חובת הבעלים תלויה לכאורה בשעת העמדה בדין[512]. וגם בנידון דידן חל דין יוחלט השור אע"פ שהגזלן אינו בעלים ואין לו ממון לשלם מדין בעלים[513].

[510] עיין בקצות החושן (שנ"ד: ב') ובנתיבות (שם: סק"ג) ובקצות ונתיבות (רצ"א: א').

[511] לכאורה רבינו זצ"ל ר"ל שחייב לשמור בגלל האיסורים של "ולא תעמוד על דם רעך" "ולא תשים דמים בביתך" וכדומה להם, אך חובת שמירה ע"פ הפסוק של "ולא ישמרנו בעליו" לא חלה.

[512] כי שעת העמדה בדין היא השעה שבי"ד מטיל את חיוב הקנס על הבעלים. עיין בשיעורים לב"ק בענין קנס (דף טו:).

[513] עיין בחידושי רע"א ואף בקצוה"ח (ת"א: א') ובאור שמח (פ"ב מגניבה הל"א) וע"ע בשיעורים לב"ק (דף לו.) בבעל המאור אות ב).

בא"ד. וז"ל דסברא הוא דגזלן נכנס תחת הבעלים דכיון שהוציא מרשות בעלים שהיו חייבין בשמירתה ואין הבעלים יכולים לשומרה לפי שנגזלה מהם יש על הגזלן לשומרה דלענין נזקין אקרו בעלים כל מי שבידו לשומרה עכ"ל. ר"ל השם בעל המזיק אינו תלוי בשלו בדיני ממונות אלא בכך שהמזיק ברשותו, ומשום כך גם הגזלן נחשב לבעל המזיק.

והנה הגר"ח זצ"ל והגאון ר' מאיר שמחה בעל אור שמח זצ"ל דנו בנוגע לשומר אבידה האם חייב בשמירת נזקין או לא. והגאון ר' מאיר שמחה זצ"ל נקט דשומר אבידה חייב בשמירת נזקין הואיל והאבידה ברשותו. דכשם שגזלן ושומרים אחרים חייבים בשמירת הנזקין כמבואר בתוס' שלפנינו "אקרי בעלים כל מי שבידו לשומרה", ה"ה שומר אבידה כל זמן שהיא אבידה אין הבעלים הראשונים יכולים לשומרה. משום כך שומר אבידה שבידו לשומרה נכנס תחת הבעלים וחייב בשמירת הנזקין[514].

אך הגר"ח זצ"ל השיב לו שלדעתו אין לדמות דינו של שומר אבידה לגזלן. דשאני גזלן ושומרים דעלמא דהוציאו את המזיק מרשות הבעלים ולפיכך לא יכלו הבעלים לשמור את המזיק. ומשום כך נכנסו הם תחת הבעלים וממלאים את מקומם, כי בידיהם בלבד לשמור את המזיק. מאידך, בעל האבידה לא היה יכול לשמור את המזיק מאז שנאבדה והמוצא את האבידה לא הוציאה מתחת יד שמירת הבעלים. ולפיכך לא נכנס מוצא האבידה תחת הבעלים לשמירת הנזקין. וכן מורה לשון התוס' וז"ל דכיון שהוציא מרשות הבעלים שהיו חייבין בשמירה ואין הבעלים יכולים לשומרה כו' יש על הגזלן לשומרה עכ"ל. ואילו שומר אבידה לא הוציא את האבידה מרשות הבעלים ולכן פטור משמירת נזקין.

בא"ד. ולא דמי לתפסו ניזק לר"ע דאפי' ש"ח אינו על חלק חבירו דשותף אין מתכוין להחזיק רק בשלו ואינו בא להוציא חלק חבירו מרשותו כמו גזלן עכ"ל. ר"ל שתפיסת הניזק היתה בהיתר, ולכן אינו חייב על חלק הבעלים. אמנם גזלן שתפס באיסור חייב על חלק הבעלים, וכן שומר דעלמא שהרי הבעלים מסרו את המזיק לרשות השומר ועל דעת העברת הרשות מהבעלים לשומר בא המזיק לרשותו ולכן השומר נכנס תחת הבעלים. כ"ז ע"פ הסברת הגר"ח זצ"ל הנ"ל בכוונת דברי התוס'.

בא"ד. ועוד כיון דגזלן קמה ליה ברשותיה גם לענין אונסין יש לחשב בעלים יותר משותף והכי משמע לישנא דקמה ברשותייהו לכל מילי מה שהוא ברשותו לכל מילי

[514] עיין באור שמח לפ"ד מהל' נזקי ממון (הל"ד) וע"ע באור שמח לפ"א מהל' טוען ונטען (הל"ח). סיפור השיחה שהתנהלה הגר"ח זצ"ל עם בעל אור שמח זצ"ל שמע רבינו זצ"ל מאביו הגר"מ זצ"ל שהיה עד ראייה ושמיעה לשיחה זו.

יש לו להועיל כאן עכ"ל. ר"ל שהמחייב דגזלן הוא קנין הגזילה שיש לו בחפצא הקובע את הדבר הגזול לממונו לעינן נזקין. והרי לגזלן יש קנין בנוגע להלכות שונות כגון לענין חיוב אונסין, דיני שינוי קונה, קנין יאוש ושינוי רשות, ופטור הגזלן מלשלם ממון עבור תשמישין. ולפי"ז שואל שלא מדעת למ"ד שהוא גזלן או הגונב ע"מ לאבד פטורים משמירת נזקין כי למרות שחייבים בחיובי אחריות והשבה של גזלן עכ"ז אין להם קניני גזילה[515], וקנין הגזילה הוא העושה את הגזלן לבעל המזיק.

ולכאורה תהיה נ"מ בין שתי הדיעות בתוס' לענין חיוב השומר בשמירת נזקין. די"ל דלפי הדעה הראשונה שבתוס' הואיל והמזיק ברשותו חייב השומר בתורת בעלים וחיובו דומה לחיוב הגזלן בנזקין. אך לדעה השניה שבתוס' רק הגזלן חייב בתורת בעלים שכן יש לו קנין גזילה במזיק. ואילו השומר שאין לו קנין ממון בחפצא דמזיק אינו חייב מדין בעלים. חיוב השומר נובע מן ההתחייבות שלו לשלם עבור הנזקין. ומאחר שעיקר ההתחייבות של השומר הוא למפקיד לשלם לו עבור דמי הנזק, נחשב המפקיד לבעל המזיק וחייב הוא לניזק. אכן השומר אינו בעל המזיק שהרי אין לו קנין במזיק ואין לו חיוב כבעל מזיק לשלם לניזק.

ויתכן שתהיה נ"מ בשור תם שנמסר לשמירה אצל שומר חנם. והנה ש"ח דעלמא חייב בשמירה פחותה ואילו שור תם מחייב את בעליו לשומרו בשמירה מעולה כדי שלא יזיק. ובכן אם השומר חייב בנזקין עקב התחייבותו למפקיד אף כאן התחייב לשמור את השור תם בשמירה פחותה בלבד ולא בשמירה מעולה. אך אם השומר נעשה לבעל המזיק חייבתו התורה בכל חיובי השמירה של נזקין. ולפיכך אם יש לו שור תם ברשותו חייב הש"ח לשומרו בשמירה מעולה ע"פ דינו מן התורה כבעל המזיק. אמנם הרמב"ם כתב בפ"ד מהל' נ"מ (הל"ד) וז"ל המוסר בהמתו לש"ח או לנושא שכר או לשוכר או לשואל נכנסו תחת הבעלים ואם הזיקה חייב השומר כו' שמרוה שמירה פחותה אם ש"ח הוא פטור ואם ש"ש או שוכר או שואל הוא חייבין עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דש"ח ששמר שור תם בשמירה פחותה פטור. ונראה דההסבר בזה הוא שלרמב"ם אין השומר נחשב לבעל מזיק דעלמא, אלא חייב בגלל ההתחייבות שקיבל על עצמו. אולם לפי הראשונים[516] החלוקים על הרמב"ם ש"ח ששמר תם בשמירה פחותה בלבד חייב. ונראה דס"ל שמעיקרא דדינא שומר נחשב לבעל מזיק, ולפיכך אף ש"ח חייב לשמור תם בשמירה מעולה כדין בעל מזיק דעלמא.

[515] כדמבואר בשיעורים לב"ק לריש פ' מרובה.

[516] עיין ב"ק (דף מה) בתוס' ר"פ בפסקי רי"ד ובמאירי. ע"ע באור שמח על פסק הרמב"ם הנ"ל.

והנה מבואר בגמרא ב"ק (דף מה.) וז"ל ארבעה נכנסו תחת הבעלים ואלו הן ש"ח והשואל נושא שכר והשוכר, הרגו תמין נהרגין ופטורין מן הכופר, מועדין נהרגין ומשלמין את הכופר עכ"ל. ויש לדון, בשלמא אם השומר נחשב לבעל המזיק חייב לשלם גם כופר, אך אם השומר אינו עיקר בעל המזיק אלא שהתחייב מדין קבלת אחריות לשלם למפקיד עבור הנזק מדוע משלם השומר כופר ליורשי המת. וצ"ל שבנוגע למיתה וכופר הכל מודים שהשומר נחשב לבעלים כי בידו לשמור את השור ההורג שברשותו ומעיקרא דדינא מוטל עליו לשומרו שלא ימית. לעומת זאת לענין נזקין יתכן שאין השומר נחשב לעיקר בעל המזיק והוא חייב מדין אחריות בלבד ע"פ ההתחייבות שלו למפקיד. החילוק הזה מתבאר לאור היסוד שעיקר המחייב דנזקין הוא העובדא שממונו הזיק, וכשיש בעלים שהמזיק הוא ממונם אין השומר חייב מדין בעלים אלא מדין התחייבות בלבד. אולם לענין מיתה עיקר המחייב הוא אי - השמירה והפשיעה, וכשהשור המית נחשב כאילו זה שפשע בו בעצמו המית ולפיכך חייב מיתה בידי שמים ובכופר[517]. משום כך כשהשור שברשות השומר הרג אשר היה בידו לשומרו ולא שמרו נחשב כאילו השומר בעצמו הרג וחייב מיתה בידי שמים ובכופר[518].

ע"כ ענין שעת המחייב של שומר

גמ'. לימא מתני' דלא כר' אליעזר. עיין בפרש"י (ד"ה ישבע) שכ' וז"ל דאין אדם נוטל משכונו לגוביינא אלא להיות בטוח במעותיו שלא יוכל לכפור ולעולם ש"ח הוא עליו עכ"ל. ועוד כתב (בד"ה אבל) ז"ל דהא משכון ודאי לגוביינא שקל לגבות הימנה כו' הלכך לאו לזכרון דברים נקטיה עכ"ל. ויוצא דלרש"י יש שני דינים במשכון: א) משכון דהוי לזכרון דברים ולבטיחות. ב) משכון דהוי לגוביינא ולפרעון. ולהלן בסוגיא אמרו דיתכן דר"א ור"ע פליגי בדשמואל דאמר האי מאן דאוזפיה אלפא זוזי לחבריה ואנח ליה קתא דמגלא עילוייהו אבד קתא דמגלא אבדו אלפא זוזי. וכ' ע"ז רש"י (דף פב. בד"ה בדלא) וז"ל דלר"א ליה ליה שמואל דאמר אבוד אלפא זוזי וסבר דקביל לגוביינא, הא ליה ליה לר"א, דכיון דלא שוי לזכרון דברים בעלמא הוא דנקיט ליה ושומר חנם הוא, ור"ע אית ליה דשמואל ואמר סבר וקביל בתורת משכון וכל כמה דלא מיהדרי ליה לא לגבי עכ"ל. רש"י ביאר דאליבא דשמואל משכון חל מדין פרעון, וכל זמן שהמשכון בידי המלוה אע"פ שהמשכון אינו שוה כשיעור ההלוואה מ"מ הריהי נחשבת לפרועה

[517] עיין באבן עזרא וברמב"ן בפרשת הכופר שבחומש.
[518] עיין ברש"י ב"ק (דף מה.) ד"ה כלתה ומדוייק הוא כדברי רבינו זצ"ל.

ואין חיוב על הלוה לשלם. ורק אחרי שמחזיר המלוה את המשכון ללוה אזי חל חיוב תשלומין על הלוה לשלם את ההלוואה.

ועיין עוד ברש"י למס' שבועות (דף מג: ד"ה אבד אלפא זוזי) שכתב וז"ל דסבר וקביל אבל כל זמן שהן קיימין על כרחו גובה חובו אם מלוה סתם הוא סתם מלוה שלשים יום ואם פירש לו זמן כשיגיע זמנו יפרע ולא מצי למימר סברת וקבלית דאי לשם משכון קבליה לשם פרעון לא קבליה וכיון דקבליה לשם משכון כל כמה דלא מהדר ליה משכוניה לא גבי ולא מצי פטר נפשיה בדמי שווין עכ"ל. ונראה דהוקשה לרש"י הקושיא דאם שמואל ס"ל דמשכון הוי חלות דין של פרעון אזי למה יכול המלוה להחזיר את המשכון כשמגיע זמן הפרעון ולגבות את החוב מנכסים אחרים. ותירץ דמשכון הוי חלות פרעון דחל מדין משכון, דהיינו כל זמן שלא הגיע עיקר זמן פרעון החוב, אך משהגיע זמן פרעון החוב זכותו של המלוה להחזיר את המשכון ללוה ולהפקיע את חלות דין הפרעון ולהפרע כעיקר דין החוב משאר נכסיו.

ברם יעויין לקמן (דף פב.) בתוס' ד"ה נימא דהרבה לדון בשיטת רש"י, והקשה דמ"ש לר"א אליבא דרש"י בין משכון דשוי שעור זוזי דאם אבד את המשכון אבד את כל מעותיו לבין משכון דלא שוי דאינו אלא ש"ח עליו ואינו מפסיד אפילו כנגד שווי המשכון. ומשו"ה דחו התוס' את פרש"י וסברי דהחילוק אליבא דר"א אינו אלא בין משכון בשעת הלואתו דאינו חלות פרעון אלא חלות בטיחות בעלמא, לבין משכון שלא בשעת הלואתו דחל מדין גובייא ופרעון. וע"ע בתוס' (דף פא: ד"ה דברי) דג"כ כתב כנ"ל.

ובביאור שיטת רש"י נראה דחלוק דין הפרעון דמשכון מדין הפרעון דחל כשמשלם הלוה זוזי למלוה. דכשמשלם הלוה מקצת זוזי פשיטא דחל במקצת הזוזי מקצת פרעון החוב. דעצם החוב מתחלק, דפקע שעבודו מחצי החוב ששלם, ושאר החוב ושעבודו עדיין מוטלים על הלוה. משא"כ בחלות דין הפרעון דחל במשכון דאינו חלות קיום פרעון בעלמא כדחל כשמשלם זוזי, אלא דהוי חלות דין מסוים מעצם דין משכון - דחל במשכון חלות דין פרעון. ברם חלות דין הפרעון דמשכון חל רק במשכון שחל על כל החוב, ובאופן שהמשכון נתפס בידי המלוה על כל החוב כולו ולא כשתופס את המשכון רק על מקצת החוב בלבד. אמנם אליבא דשמואל במשכון ששווה מקצת החוב חל חלות דין משכון על כל החוב, ולכן חל דין פרעון מדין משכון על כל החוב. אך ר"א חולק בזה על שמואל וסובר דרק במשכון השווה ככל שווי החוב חל חלות דין משכון על כל החוב וחלות פרעון על כל החוב, אך לא במשכון ששווה רק כמקצת החוב בלבד שאינו בגדר משכון דפרעון אלא בגדר משכון דבטיחות בעלמא, ובכן לא חל בו חלות דין פרעון כלל

ואפילו אמקצת החוב. ונראה דר"א ושמואל תרווייהו ס"ל דמשכון על כל החוב מהווה פרעון על כולו, אלא דפליגי האם משכון על מקצת החוב מהווה משכון על כל החוב (שמואל), או שאינו משכון על החוב כולו (ר"א). אך בזה שניהם מסכימין דמדין פרעון דמשכון א"א להיות פרעון על מקצת החוב בלבד. אלא דלשמואל משכון כל שהוא חל על כל החוב, וחל מחמתו חלות פרעון על כל החוב. משא"כ לר"א דאינו משכון על כל החוב אלא על מקצתו, וחלות דין פרעון דמשכון אינו חל כלל, דפרעון דמשכון חל רק על כל החוב כולו ואלא"ה אינו חל כלל. ועוד י"ל דס"ל לר"א דמשכון אמקצת החוב לא בא לידי המלוה לשם פרעון אלא לזכרון דברים ובטיחות בעלמא וכדמבואר ברש"י לקמן (פא ב ד"ה ישבע) ומשו"ה לא חל אפילו מקצת פרעון, וככה פי' בתוס' את שיטת רש"י, עיין בלשונם.

ועלינו לעיין אליבא דרש"י כשהמשכון נאנס מי מפסיד - המלוה או הלוה. והוא ספק בכוונת ר"ע שכשאמר "יכול לומר לו כלום הלויתני אלא על המשכון אבד המשכון אבד מעותיך" האם מיירי שנאבד באונס או רק כשנאבד מחמת חסרון שמירה. ובתוס' (דף פב. ד"ה נימא) נקטו דנאבד דוקא מחמת חסרון שמירה ולא מחמת אונס. דבאונס, הלוה חייב ואילו המלוה פטור. אך לפי שיטת רש"י שדין אבד המשכון אבד מעותיו הוא משום חלות דין פרעון שבמשכון, לכאורה היה מהראוי שיאבד את החוב אף כשאבד את המשכון באונס, ואילו מפשטות הסוגיא משמע שרק בגניבה ואבידה סובר שמואל שאבד החוב ולא באונס.

אמנם נראה שבאמת רש"י אינו לומד כפשטות הסוגיא, אלא מפרש דר"ע מחייב את המלוה אף בנאבד באונס. דכ"כ רש"י בפירוש לקמן (דף פב. בד"ה שקונה משכון) אליבא דר' יצחק וז"ל לכל מילי להתחייב באונסין עכ"ל. והגמרא רצתה לאוקמי את ר"ע כר' יצחק, ויוצא אליבא דרש"י דכוונת ר"ע באבד הוא שהמשכון נאבד באונס. וא"כ ה"ה י"ל אליבא דהאוקימתא דר"ע ס"ל כשמואל דנאבד המשכון היינו באונס, ושזוהי שיטת שמואל שגם באונס מפסיד המלוה. ונראה שהביאור בזה הוא שדין משכון אליבא דשמואל חל מדין פרעון, היא הלכה מסוימת בהלכות החוב ומשכון, דכל זמן שהמלוה אינו מחזיר את המשכון החוב הוא פרוע, ולכן אם אינו מחזירו אפילו מחמת אונס החוב פרוע הוא והמלוה מפסיד. וכן נמי משמע מלשונו של רש"י לקמן (דף פב.) בד"ה בדלא שוי וז"ל ור"ע אית ליה דשמואל ואמר סבר וקביל בתורת משכון וכל כמה דלא מיהדר ליה לא לגבי עכ"ל, ומשמע דאפילו בנאבד באונס משום שהמלוה אינו מחזירו אינו גובה את החוב.

אך יתכן להתעקש ולדחוק שרש"י מחייב את המלוה באונסי המשכון רק אליבא דר' יצחק ולא אליבא דשמואל, וצ"ע א"כ למה אם נאבד המשכון באונס המלוה פטור מאחר דלרש"י המשכון חל מדין פרעון.

אמנם לפי מה שביאר רש"י כי חלות הפרעון תלויה באי ההשבה, דבהשבת המשכון פקע דין הפרעון וחזר דינו להיות כנכסים המשועבדים דעלמא[519], י"ל דה"ה בנאבד המשכון באונס דבכה"ג פקעה מהמשכון חלות דין הפרעון וחזר דינו להיות כנכסים משועבדים דעלמא, שהרי נאנס המלוה באי השבת המשכון, ורק אי ההשבה באשמת המלוה קובעת חלות דין הפרעון.

א"נ יש לומר כי בנוגע לאונסין חשוב כאילו המשכון לא היה ברשות המלוה כלל אלא ברשות הלוה. ודמיון לדברינו: הרי ידועה החקירה בחיוב השומרים - האם משלמים עבור מעשה הפשיעה או"ד השומרים חייבים בהשבה (כמו גזלן) ומאחר שלא השיבו את הפקדון חייבים לשלם. (ולכאורה השאלה אם שומרים משלמים משעת משיכה וקבלת הפקדון או משעת פשיעה תלויה בחקירה הזאת. אם חייבים מדין השבה משלמים משעת משיכה כמו גזלן המשלם משעת גזילה. ואם השומרים משלמים משעת פשיעה אזי מעשה הפשיעה הוא מחייב. ועיין בקצוה"ח סי' רצ"א אות א'). ואם נוקטים ששומרים חייבים בהשבה אז עלינו לבאר מדוע פטורים מלשלם באונס. וצ"ל שבנוגע לאונסין לא נכנס הפקדון לרשותם ונחשב כאילו נשאר הפקדון בבית המפקיד, ולפיכך בזה לא התחייב השומר בהשבה. וי"ל דה"ה במשכון אליבא דשמואל דאם נאנס המשכון הו"ל כאילו לא הועבר מלכתחילה למלוה אלא למפרע היא ברשות הלוה, ואין בזה חלות שם פרעון.

ברם בפשטות שיטת רש"י היא דהמלוה חייב באונסין, ולפי"ז יש לומר דהמשנה דאמרה דמלוה על המשכון ש"ש שלא כר"ע היא, דאי לר"ע הרי הוא מחייב את המלוה באונסין ולא רק בגניבה ואבידה. וצ"ל דהמשנה כר' יוסף דס"ל דהוי ש"ש מחמת מצות ההלוואה ופליגא אשמואל ועל ר' יצחק[520]. ומה שהגמרא דחתה דהמשנה שלא כר"א אינה ר"ל דהמשנה דוקא כר"ע אלא דיתכן דהוי כר"ע די"ל דר"ע מחייב רק בגו"א ולא באונס, אך באמת שיטת ר"ע היא לחייב אף באונס ושלא כהמשנה.

רש"י ד"ה ישבע.

[519] יש לעיין האם דין הפרעון פקע משעת השבת המשכון מכאן ולהבא או"ד שפקע למפרע ונ"מ בקידש אשה לפני ההשבה.

[520] עיין בש"ך (חו"מ סימן ע"ב אות ט') דנקט כרש"י בדר"י וקבע דהמשנה דלא כר' יצחק.

וז"ל דאין אדם נוטל משכונו לגוביינא אלא להיות בטוח במעותיו שלא יוכל לכפור עכ"ל. ונראה שיש לפרש את כוונת רש"י במש"כ "שלא יוכל לכפור" בשני אופנים: א) דר"ל דבהיכי תמצי הלוה לא יכפור דיפחד דא"כ המלוה לא יחזיר לו את משכונו. ב) דמיירי במשכון מדברים שאינם עשויין להשאיל ולהשכיר ואזי עפ"י דין לא יכול הלוה לכפור, שכמו שכשיש שטר ביד המלוה יש לו טענת "שטרך בידי מאי בעי" דאז הלוה אינו יכול לכפור בהלוואה, ה"ה כשיש למלוה משכון בידו וטוען "משכונך בידי מאי בעי" שאין הלוה יכול לכפור בהלוואה ואע"ג דהוי מלוה בעל פה. ומלשונו דרש"י משמע נמי כפירוש השני.

ויש להביא ראייה דפרש"י כפירוש השני ממש"כ (בד"ה הלוהו) דכשיש שטר חוב לא צריך המשכון לבטיחות אלא לגוביינא דהא בטוח במעותיו מחמת השטר. והראייה דלרש"י משכון מועיל לבטיחות כמו שטר חוב דהלוה אינו יכול לכפור בחוב כל זמן שיש למלוה משכון דא"ל "משכונך בידי מאי בעי", והוא חידוש.

דף פב.

תוס' ד"ה לא דכ"ע.

כבר ביארנו שלדעת רש"י הדין דשמואל הוי הלכה מיוחדת בהלכות מלוה ומשכון דמשכון חל מדין פרעון. ברם חלות הפרעון היא רק כל זמן שהמלוה לא החזיר את המשכון, אבל משהחזירו פקע ממנו דין הפרעון והמלוה גובה משאר הנכסים. ורש"י סובר שדינו של שמואל חל בדלא פירש - בלי התחייבות מיוחדת - אלא חל מעיקר דין מלוה ומשכון. וחלות דין הפרעון תלויה באי ההשבה, ובהשבה פקע דין הפרעון.

ר"ח ור"ת, לעומת זאת, סוברים שהדין של שמואל הוא דוקא כשפירש - כלומר כשהמלוה מתחייב בהתחייבות מיוחדת. ולפי ר"א החולק על שמואל דינו של שמואל לא חל מדהוה אסמכתא דלא קניא, ואילו לר"ע הנוקט כשמואל אינו אסמכתא וקניא.

ועיין במס' שבועות (דף מד:) שלשיטת שמואל שביעית אינה משמטת כל החוב גם כשיש עליו משכון כל שהוא. ואליבא דרש"י הגמרא מבוארת שהרי סובר דאליבא דשמואל החוב פרוע, ובכן לא חל בו איסור "לא יגוש" דשביעית. ברם אליבא דתוס' צ"ע למה לא יחול דין שמיטה בכל החוב.

ונראה דאליבא דתוס' יתכן לומר שלשה ביאורים בדינא דשמואל: א) שהמלוה התנה למחול את כל החוב אם המשכון יאבד. ב) המלוה התנה להתחייב באחריות שמירת המשכון יותר מכדי שוויו, ובאבד המשכון הלוה פטור מלשלם שהרי המלוה התחייב

לשלם לו עבור אבידת המשכון והפוכי מטרתא ל"ל[521]. ג) שהתנאי חל כהתחייבות מצד הלוה, שאם יאבד המשכון לא התחייב מעיקרא לשלם עבור החוב. ונראה דקושייתנו על התוס' משביעית היא רק לפי שני הביאורים הראשונים. ברם לפי הביאור השלישי י"ל שהלוואה שאפשר שלא תבא לידי פרעון כלל (אם המשכון אבד), אינה כהלוואה בעלמא שניתנת לנגישה ולתביעה ואינה נכללת באיסור ד"לא יגוש".

והנה התוס' בשבועות (דף מד. ד"ה שומר אבידה וכו') כתבו בסוף דבריהם שקבלת האחריות על חמץ המחייבת בבל יראה ובל ימצא היא דוקא אחריות דאונסים וז"ל דאל"ה ישראל שהלוה לעכו"ם על חמצו יאסר בהנאה בלא דר' יצחק ורבנן נמי אמאי פליגי שהרי חייב באחריות גניבה ואבידה מדשמואל דקיימא לן כוותיה כיון דקיי"ל כרבה אלא ודאי כיון דלא מיחייב באונסים לא מקרי חמצו. מיהו מדר' יצחק אע"ג דלא מיחייב באונסים כדפרי' לעיל אסור בהנאה כיון דקני ליה והוי שלו אבל שומר לא מיחייב לבער אם לא מקבל עליו אחריות אונסים עכ"ל. התוס' הוכיחו דדוקא קבלת אחריות דאונסין מחייבת את השומר בב"י וב"י מהא דבגמ' פסחים (לא:) אינו מבואר שיש איסור ב"י וב"י אליבא דשמואל כי אם אליבא דר' יצחק. ולכאורה ראייתם מתקבלת דוקא לפי הביאור השני הנ"ל בשמואל, שחיוב האחריות דשומר של המלוה עבור המשכון מחייבתו. וא"כ קשה למה לא יעבר על ב"י וב"י כשמואל אלא דע"כ מוכח דפטור מב"י וב"י כי רק חיוב אחריות דאונסין מחייב בב"י וב"י. מאידך אליבא דהביאור הראשון והשלישי הנ"ל אין הדין דשמואל חל מדין אחריות עבור המשכון אלא כתנאי מצד המלוה למחול (הביאור הראשון), או כתנאי מצד הלוה לשלם את החוב (הביאור השני) ואין ראייתם ראיה.

ועיין ברמב"ן לסוגיין שמבאר כי שמואל ס"ל נמי כר' יצחק, וחיוב האחריות הוא מדין דר' יצחק או לפי ר' יוסף, ולא ס"ל דהו"ל מדין פרעון אלא דהוי דין בשווי המשכון שלא נמדד לפי שער השוק אלא כמו שקיבלו המלוה ואם קבל המלוה קתא דמגלא לאלף זוז חל שם משכון על כל האלף זוז.

אמנם נראה שדין ב"י וב"י תלוי בהגדרת הגזיה"כ ששומר שקיבל אחריות על חמצו של נכרי חייב בב"י וב"י (פסחים דף ה:) - האם חיובו תלוי בחלות של אחריות, או"ד בגורם לממון בעלמא. והנה הרמב"ם פסק בפ"ד מהל' חו"מ (הל"ד) שישראל שהחזיק חמץ בפסח בשביל עכו"ם אנס עובר בב"י וב"י. ולכאורה תמוה, שהרי לא קיבל עליו אחריות.

[521] וכמו"כ איתא בריטב"א מובא בשיטה מקובצת לב"מ דף פ"ב דלשמואל אינו אסמכתא כי חל מדין קבלת אחריות דשומר.

ובע"כ שלדעת הרמב"ם מאחר שהחמץ גורם לממון חייב בב"י וב"י. ואילו הראב"ד בהשגתו שם כתב וז"ל והתשלומין שהם מן האונס אינן כדין האחריות עכ"ל. ועולה שלהראב"ד דוקא חלות אחריות מחייבת בב"י וב"י ולא גורם לממון בעלמא. ולפי"ז, אליבא דכל שלשת הביאורים בדשמואל הרי החמץ גורם לממון, אלא שהביאור השני בלבד מבאר את הדין דשמואל מטעם אחריות. ובהתאם לכך, אם התוס' מחייבים בב"י וב"י מטעם גורם לממון (כדעת הרמב"ם) ליכא הבדל בין הביאורים השונים בדשמואל, אבל אם סוברים שחיוב השומר בב"י וב"י חל מטעם אחריות ניתן להבחין ביניהם וכדנבאר לעיל.

והנה בתוס' שלפנינו כ' דר' אליעזר לית ליה דשמואל דסובר דהוי אסמכתא דלא קניא, ור"ע סבר דלא מקרי אסמכתא משום דהכא המלוה מחל את כל החוב. ובפשטות התוס' ס"ל דפליגי ר"א ור"ע האם מחילה נתפס בדין אסמכתא דלא קניא, או"ד דדין אסמכתא לא קניא חל בהתחייבות בלבד ולא במחילה דקניא בכל אופן. והוא לכאורה כמהלך הראשון הנ"ל שהצענו כדי לבאר הדין דשמואל אליבא דתוס'[522].

ברם יעויין ברמב"ם (פי"א מהל' מכירה הל"ד) דהרמב"ם פסק דאין דין אסמכתא חל במחילה ואכן קניא, ואילו הראב"ד השיג עליו וס"ל דגם במחילה אין אסמכתא קניא. ונראה לבאר את הבחנת הרמב"ם לחלק בין אסמכתא במחילה דקניא לבין בהתחייבות דלא קניא בתרי אנפי. יתכן דבהתחייבות צריכים חלות קנין כדי להוציא ממון ואילו במחילה הממון כבר נמצא אצל המוחזק והקנין חל שיחזיק עוד בממונו אך לא חל כדי להוציאו ממנו. וכח המוחזק בממונו מועיל לומר דאסמכתא קניא ליה, אך אין אסמכתא קניא כנגד המוחזק בממון כדי להוציא את ממונו ממנו. ועוד י"ל דהדעת למחול אינה צריכא להיות כ"כ חזקה כמו הדעת להתחייב ולהקנות.

אך עדיין קשה מהגמ' בשבועות המשווה דין דשמואל לדין השמטת החוב בשביעית ואילו אליבא דתוס' דינו חל מדין מחילת החוב, וצ"ע היאך זה שייך להשמטת החוב בשביעית. ולכן נ"ל דאפילו לתוס' אין כאן חלות דין מחילה בעלמא, אלא דעפ"י דעתו למחול חל חלות שם ודין משכון הקובע חלות פרעון בכל החוב, ובדומה לרש"י דביאר דין דשמואל מדין פרעון, אלא דלרש"י דינו חל בסתם בלי דעת מפורשת, ואילו לתוס'

[522] עיין בראשונים שמביאים סברות שונות למה אין כאן אסמכתא חוץ מסברת מחילה, וכגון דדין אסמכתא חל רק כשהמתחייב מרוויח ומשו"ה מגזם בהתחייבותו כמו באם אוביר ולא אעביד דמרוויח דמקבל האריסות (לקמן דף קד.) וכמו הלוה בהלוהו על שדהו (לעיל סו א) דמקבל את ההלואה. משא"כ כאן דהמלוה אינו מרוויח אלא רק מפסיד. ועוד דאסמכתא חלה כשהוא בידו של המתחייב לקיים תנאו, משא"כ כאן אצל המלוה דהתחייב באונסין. (רבינו זצ"ל)

הדין תלוי בדעתו המפורשת. וכן מצינו בענין מתנה ע"מ שכתוב בתורה דראשונים מבארים את דין מחילה, אך לא ר"ל מחילה ממש דהא חל תנאי אלא ר"ל דכח המחילה משווה ליה לבעלים להתנות, וה"ה היכא כח המחילה משווה ליה לבעלים לקבוע חפצא דמשכון עם חלות פרעון על כל החוב. אמנם אף לתוס' הדין הוא דהמשכון מתהפך להיות חלות פרעון. ולכן לתוס' נמי ניחא הגמ' בשבועות דהגמ' השווה את דין הפרעון במשכון דשמואל עם דין השמטת חוב בשביעית, דהמשכון ששוה מקצת החוב מפקיע השמטת החוב מכולו, והוא מפני דחל חלות פרעון בכל החוב.

ולפי"ז נראה דלא צריכים לדון במחלוקת שבין הרמב"ם והראב"ד בביאור המחלוקת שבין ר"א ור"ע. דהרמב"ם והראב"ד פליגי באסמכתא אי קניא במחילה דעלמא. ואילו במחלוקת שבין ר"א ור"ע ליכא חלות מחילה דעלמא, אלא שיש קביעות דין המשכון שאינו לבטיחות אלא דהוי משכון של פרעון. ויתכן א"כ דאע"פ דבמחילה דעלמא אסמכתא לא קניא אך במשכון אכן קניא, דאין כאן הפקעת ממון כבמחילת חוב ממש אלא רק קביעת דין המשכון - לפרעון.

ויעויין בסוף לישנא דתוס' (דף פב.) ד"ה נימא וז"ל והא דקתני מתני' ש"ש לאו דוקא דהא האי לישנא לא שייך אמעות יתרים על המשכון אלא כלומר כדין ש"ש דמפסיד הכל בגניבה ואבידה ולא באונסין א"נ מתני' איירי בדשוי דסתם משכון שוה כנגד כל החוב ולכך קרי ליה ש"ש עכ"ל. וצ"ע דלפי דברינו דחיוב דשמואל אף לתוס' חל מדין פרעון אזי בכל אופן לישנא דש"ש לאו דוקא הוא כי המלוה מפסיד לא בתורת שומר אלא בתורת פרעון. ועוד קשה דאם לפי תוס' המלוה מפסיד בתורת פרעון אזי למה פטור באונסין, הרי שואל שיש לו קנין חייב באונסין, ומ"ש מלוה על המשכון משואל.

ונראה לתרץ את הקושיא השניה דשאני שואל שכל הנאה שלו ומשו"ה חייב באונסין. משא"כ מלוה דאע"פ דהוי הבעלים דהמשכון שקנאו בתורת פרעון מ"מ אין כל הנאה שלו שהרי אסור לו להשתמש בו וצריך להחזירו ללוה כשמשלם לו את דמי ההלוואה. ומאחר שקנין המלוה במשכון הוי קנין קלוש משו"ה המלוה חייב רק על גניבת ואבידת המשכון ולא על אונסין. והמלוה דומה בכך לשוכר ואומן דג"כ קנו את הפקדון וחייבים רק אגניבה ואבידה מכיון דקנינם בפקדון הוי קנין קלוש ומצומצם. (ועיין בשיעורים לעיל (דף פ:) ד"ה שוכר כיצד ובמה שנתבאר שם בשיטות רש"י והראב"ד, ונראה דדין המלוה התופס משכון דומה לדיני שוכר ואומן).

ולפי"ז נמצא שיש שני בעלי המשכון גם המלוה וגם הלוה. ומאחר שאף הלוה הוי בעלים משו"ה חל על המלוה דין שומר המחויב לשמור את המשכון ולהשיבו ללוה כשישלם לו. ועל חלות דין השמירה הזה דנים התוס' בלישנא דמתניתין[523].

ולפי"ז נראה להוסיף עוד נופך בביאור דין דשמואל דמשכון ששוה רק מקצת החוב חל כנגד כולו, די"ל דמאחר דהמלוה הוי הבעלים של המשכון שקונהו מדין פרעון משו"ה בידו לקבע את שוויותו לגבי עצמו ולומר לדידי שוה לי המשכון כנגד שוויות כל החוב[524]. ומכיון שקבע בתורת בעלים את שוויות של המשכון לעצמו שהיא כנגד כל החוב משו"ה אם אבד המשכון אבד את כל החוב, דכלפי עצמו קבע את שיעור השוויות של המשכון כשוויות של כל החוב. ולפי"ז לא צ"ל אליבא דתוס' דלשמואל חל חלות דין פרעון די"ל דחל חלות קנין כמו אליבא דר' יצחק. משא"כ לרש"י דחל חלות שם פרעון.

בענין שיטת הרמב"ן באסמכתא

עיין ברמב"ן על הרי"ף למס' נדרים (דף ט: מדפי הרי"ף) שהקשה מהא דמצינו דיני תנאים דחלין בדיני ממונות והקנין לא בטל מטעם אסמכתא, וצ"ע מהו הגדר להבחין בין קנין בתנאי דקניא, ובאסמכתא לא קניא. ותירץ הרמב"ן וז"ל דלא אמור רבנן אסמכתא אלא במילתא דתלי לה ההוא דמתני בגופיה ובדעתיה כגון הא דאיתמר הכא אי לא אתינא מכאן ועד ל' יום וכו' דכיון דמקנה הוא דאתניה אנפשיה אסמכתא היא דאית ליה בדעתיה לקיומי ההוא תנאה וכו', אבל תנאי בני גד ובני ראובן מקנה הוא דאתני עליה דקונה וא"ל אי עבדת מילת פלן ופלן תיקני הדא ארעא או האי מטלטלין ולאו מילתא דאסמכתא דהא לאו בדידיה דמקנה היא מילתא ולאו בדעתא דיליה תליא דליסמוך בה דעתיה בכלום בעולם אלא גמר ויהיב הוא על תנאה וכו' עכ"ל.

ונראה דיתכן לבאר את דברי הרמב"ן בב' אופנים: א) י"ל דהרמב"ן מבחין בהיכי תימצי ובאומדן דעת המתחייב, דכשתולה קיום התנאי בדעתו ובמעשיו בטוח הוא בעצמו שלא יקיים את התנאי ולא יתחייב, וממילא חסר בדעת המתחייב שלו, דאינו מתחייב בדעת גמורה ודבריו הם גוזמא בעלמא. משא"כ כשמתנה בדעת ובמעשה של אחרים דאז התחייב בדעת גמורה מכיון דאינו בטוח כ"כ שחבירו לא יקיים את התנאי, ושלא

[523] יל"ע מאחר שגם הלוה וגם המלוה הם בעלי המשכון לאיזה דינים נחשב הלוה כבעליו ולאיזה דינים הוי המלוה הבעלים. והנה לענין תשמיש הלוה הוי הבעלים ולא המלוה. מאידך, לענין האחריות דגניבה ואבידה המלוה הוא הבעלים. ואילו לאונסין הלוה הבעלים. ולכאורה לענין קדושי אשה ובל יראה ובל ימצא המלוה הוי הבעלים דלא גרע דין משכון אליבא דשמואל מדין המשכון אליבא דר' יצחק. וצ"ע בין אליבא דשמואל ובין אליבא דר' יצחק האם הלוה הוי ג"כ הבעלים לקדש אשה ולעבר על בל יראה ובל ימצא.

[524] עיין במס' קידושין (דף ח.).

יתחייב. ומשו"ה על הצד שחבירו יקיים את התנאי הריהו מתחייב בדעת גמורה. ועיין בתוס' בסנה' דף כד: ד"ה כל.

ב) א"נ י"ל דהרמב"ן ר"ל דהגזה"כ דתנאי ב"ג וב"ר מחדש חלות דין דעת המתחייב גמורה לחלות הקנין אלא שמותנית בקיום וביטול התנאי. ואילו כשהמקנה התנה התחייבות בלשון משפטי התנאים ומתחייב בגוזמא אמרינן דהוי אסמכתא דלית ליה דעת להתחייב ולא קניא. וחלות דיני תנאי חלין דוקא כשהמתחייב מתנה את קיום וביטול התנאי על חבירו הקונה ומחייבו לקיים או לבטל את התנאי כבנו גד ובני ראובן, כשכלל ישראל התנה עליהם בתנאי כפול לבא למלחמה כחלוצי צבא דבידיהם היה לקיים או לבטל את התנאי ובכך לקבל נחלתם או לא לקבלה.

בא"ד. ואפילו תולה נמי בדעת אחר כגון דאמר אי לא אתי איש פלוני מכאן ועד ל' יום שדי נתונה לך שדי מכורה לך לאו אסמכתא היא דהא לא סמיך אדעתיה וכו' עכ"ל. ומדבריו כאן משמע כביאור הראשון דשיטת הרמב"ן מיוסדת באומדנא דמוכח בהשערת דעת המתחייב, ובתולה באחרים יש אומדן דמוכח שיש דעת להתחייב. ברם יתכן לפרש את דבריו גם לפי הביאור הב', די"ל דס"ל דחלין דיני תנאים גם בתולה קיום ובטול התנאי באדם שלישי ולא רק במעשה של הקונה. ולפי"ז אף באמר אם ירד גשמים תקנה שדי חל דין תנאי, דהא ירידת גשמים אינה תלויה בדעתו. ורק כשמתנה ותולה בדעתו ובמעשיו ליכא חלות תנאי והו"ל אסמכתא.

בא"ד. ודמיא הא מילתא לתולה בדעת יונתו דאתמר התם דלאו אסמכתא היא לכולי עלמא, אלא משום דבנקשא תליא מילתא ומימר אמר אנא ידענא נקשא טפי, הא לאו הכי תנאה הוי ולא אסמכתא עכ"ל. ולכאורה מדברי הרמב"ן כאן משמע דבמתנה אם ירד גשמים הוי תנאי שהרי התנה על היונים בלי נקשא. וחידוש הוא דיש חלות קיום ובטול התנאי אף כשאיננו בידי אדם כלל. אמנם כשתולה בעצמו ליכא חלות קיום ובטול התנאי.

בא"ד. ואי קשיא לך וכו' ערב משתעבד פלוגתא דר' יהודה, לר' יהודה דאמר אסמכתא לא קניא לא משתעבד, ואיצטריך גמ' (ב"ב קעב ב) למימר דשאני התם דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, הא לאו הכי אסמכתא הוי, והא תולה בדעת אחר הוא אי לא פרע לך לוה עד מישלם זמנך אנא יהיבנא לך. ולטעמיך ערב דלאחר מתן מעות דלית ביה הנאה דמהימנותא לכלום לא לישתעבד בקנין דהא קנין באסמכתא לא ניקני, אלא ערב לאו אסמכתא ולא הוי אסמכתא דמי לאסמכתא דאנן סהדי דאי לאו דסמיך באומדנא דנפשיה דודאי פרע ליה משום דלא עבד איניש דלישוי נפשיה לוה

רשע ולא ישלם לא הוה איהו משעבד נפשיה כלל, א"נ מימר אמר כפינא ליה בבי דינא ופרענא לך מדיליה ואי לא פרענא לך מדיליה משלמנא מדילי, ואסמכתא זוטרתי היא דסמיך בנפשיה וכי איכא הנאה דהימנותא או קנין משתעבדי דלא אסמכתא גמורה היא כיון שתולה אף בדעת אחר עכ"ל. ודבריו צ"ב דמהי כוונתו באסמכתא זוטרתי ואסמכתא גמורה.

ונראה דאסמכתא גמורה הויא רק כשמתחייב בספק בתנאי דאם, ותולה ההתחייבות בדעתו ובמעשיו, דמפני דסמך על עצמו בלי חלות משפטי התנאים הו"ל אסמכתא ולא קניא. משא"כ בערב דאינו מתחייב מספק דהיינו דאם הלוה לא ישלם אזי יתחייב כמו המשחק בקוביא ומפריחי יונים, אלא דין ערב הוי דמתחייב הערב בודאי בכל אנפי ומיד משעת ההלוואה והקנין בין אם ישלם הלוה לבסוף ובין אם לא ישלם הלוה לבסוף. אלא דמדין ערבות הוא דאין גובין מהערב תחילה, דחל דין קדימה בגביית החוב לגבות את החוב מהלוה קודם. ודומה לדין דאין גובין מנכסים משעובדים במקום שיש נכסים בני חורין, דהנכסים המשועבדים השתעבדו בתורת ודאי, אלא דחל דין קדימה בגביית החוב שגובין מנכסים בני חורין קודם לנכסים משועבדים, וי"ל דה"ה לגבי ערב. ולפיכך אין כאן אסמכתא גמורה דהא ליכא בערב ספק התחייבות כדבאסמכתא גמורה דעלמא. והויא רק אסמכתא זוטרתי כלומר דאע"פ דהתחייב הערב בוודאות בלי ספק מ"מ יש אומדנא דמוכח דהתחייבותו היא גוזמא בעלמא בלי דעת קנין להתחייב, דערבותו הוי פטפוטי דברים בעלמא דהא סמך על הלוה ועל הב"ד דבודאי ישלם הלוה לבסוף את החוב, והוא לא ישלם. וכל דברי הערב היו רק כדי לפייס את המלוה ולא בדעת להתחייב בחיוב ממון. והרמב"ן קובע דיש נפ"מ לענין להתחייב מחמת ההיא הנאה דמהימנא ליה בקנין, דבאסמכתא גמורה מחמת ספק התחייבות לא יועילו כבשאר אסמכתות הגמורות. משא"כ באסמכתא דערב דאינו אסמכתא גמורה דאין כאן ספק התחייבות, אלא התחייבות גמורה בודאי ביחד עם ספק האם יצטרך לשלם לבסוף, או לא. ומשום כך הוי אסמכתא זוטרתי, ובאסמכתא זוטרתי כזו אמרינן סברת בההיא הנאה לחייבו, ואף מועיל קנין בלבדו בלי ב"ד חשוב כבשאר אסמכתות הגמורות.

ונראה דאליבא דהרמב"ן ישנן ב' דיני אסמכתא: א) דין אסמכתא זוטרתי דחל בדליכא דעת קנין גמורה להתחייב. ובאסמכתא כזו מועיל אף קנין סודר לבדו, והוא דין אסמכתא דחל בערב לאחר מתן מעות, דע"ז מועיל קנין סודר לבדו לחייבו, וע"ז מועיל נמי ההיא הנאה לחייבו בשעת הלואה. ב) דין אסמכתא גמורה דחל בספק התחייבות, דהיינו כשמתחייב מספק בלי חלות דין תנאים. דבמקום דמתחייב בספק ותולה ההתחייבות

בתנאי גמור אזי חלין משפטי התנאים דבני גד ובני ראובן הקובעים דההתחייבות זו חלה ותלויה היא בקיום ובטול התנאי. מאידך כשמתחייב בספק בלי דיני תנאים כגון כשמתחייב מספק ותולה בדעת עצמו אזי ההתחייבות אינה חלה כלל, דליכא חלות התחייבות בספק ע"פ דין, ורק קנין במקום דחל תנאי גמור עפ"י משפטי התנאים חלה חלות קנין מספק כפי הלכות התנאים, וכגון דתולה בדעת אחרים.

ונפקא מינא לגבי קנין סודר לבדו בלי ב"ד חשוב (עיין בנדרים דף כז:), דבאסמכתא זוטרתי, כשיש חסרון בדעת המקנה של המתחייב, מועיל קנין סודר להוכיח שגמר את דעתו בדעת גמורה. ומשום הכי ערב לאחר מתן מעות מתחייב בסודר בלי ב"ד חשוב. ומאידך כשיש אסמכתא גמורה כלומר ספק התחייבות בלי משפטי התנאים, לא מועיל קנין סודר בלי ב"ד חשוב, מדהוי עיקר ההתחייבות ספק, דליכא התחייבות דחלה מספק בלי משפטי התנאים. דנראה דמעיקר חלות דין דהתחייבות צ"ל התחייבות וודאית בלי ספק, דספק התחייבות אינה התחייבות כלל, אלא רק ע"י חלות דין משפטי התנאים, כשתולה ההתחייבות בתנאי גמור, חלה ההתחייבות גם מספק. והיינו כשמתנה בדעת אחרים ולא בדעת עצמו, דבדעת עצמו ליכא חלות תנאי אלא רק ספק התחייבות בעלמא, וספק התחייבות לא חלה כלל. וסברת "בההיא הנאה" מועילה רק בנוגע לגמירת דעת באסמכתא זוטרתי ואינה מועילה בנוגע להתחייבות מספק, דא"א לחול אפילו כשיש דעת גמורה בלי חלות משפטי התנאים.

בא"ד. וכי מעיינינן וכו' אשכחן לכולהו דאינון מילי דבטול מעשה אם לא באתי וכו' אבל בקום ועשה מסתברא דלאו אסמכתא כגון דאמר אי עבידנא הכי והכי שדעי נתונה לך מכורה לך אשגח אתנסויה וערב ההיא מילתא דאתני בה כגון דבדעתא דנפשיה עביד ש"מ גמר ואקני עכ"ל. הרמב"ן קובע דתנאי דקיומו הוא בשב ואל תעשה הוי אסמכתא, ואילו אם הקיום הוי בקום ועשה אינה אסמכתא. ובביאור דבריו נראה דמכיון דעושה מעשה בקום ועשה לבסוף המעשה שעושה לבסוף משלים את החסרון שבדעתו דמעיקרא דהיה בספק ובאסמכתא. ואילו אם לבסוף היה רק שב וא"ת ולא עשה מעשה בקום ועשה לא השלים את דעתו, ונשאר בדעתו דמעיקרא בספק והוי אסמכתא. ונראה דהשלמת הדעת לבסוף בקום ועשה אינו גילוי מילתא למפרע דהיתה לו דעת מעיקרא אלא דשעת קיום התנאי הויא שעת קביעת דעת הקנין להשלימה כדי שהקנין יחול, והוא חידוש.

בא"ד. וכל דאמור רבנן באסמכתא ליתא אלא בדיני ממונות אבל בגיטין וקידושין ליכא דינא דאסמכתא וכו' עכ"ל. ונראה לבאר דבריו בב' אופנים: א) עיין ברמב"ם (פ"ג מהל'

זכייה ה"ח) שכתב וז"ל ורבותי הורו שאין צריך לכפול התנאי ולהקדים הן ללאו אלא בגיטין ובקידושין בלבד ואין לדבר זה ראייה עכ"ל. וכתב שם הראב"ד וז"ל אע"פ שאין ראייה לדבר זכר לדבר וטעם גדול יש בדבר ואיך יתכן דזה מוכר קרקע או נותנו ואומר איני נותנו או מוכרו אא"כ יעשה לי כך וכך ונוציא אותו מידו ולא עשה בו מה שהתנה עליו, אבל גיטין וקידושין אומדן דעתא הוא מכיון שנתן דעתו לגרש או לקדש אינו אלא כמפליג בדברים, וקירוב הדעת וריחוק הדעת אין תנאי מועיל בו לרחק ולקרב אא"כ חזקו בכפילו ובכל הענינים שנתפרשו בו כי כולם חזוק התנאי הם ובין תבין וכו' עכ"ל. ובביאור שיטת הראב"ד נראה דס"ל דבדיני ממונות כשתולה המקנה את חלות הקנין באיזה דבר נעשה אותו דבר לחלק מעיקר דעת המקנה והמתחייב. ולכן הקנין לא חל בלי אותו דבר, דבדליכא אותו דבר נחשב עצם דעת המקנה דמעיקרא לדעת קנין בטעות דממילא בטלה. משא"כ בגיטין וקידושין דאע"פ שתלאם באיזה שהוא דבר מ"מ אותו דבר לא נעשה לחלק מעצם הדעת לגיטין ולקידושין, דאף בדליכא אותו דבר חלה דעת האיש לגרש ולקדש דליכא בזה טעות כלל. אך כשתולה האיש את הגט או את הקידושין באותו דבר בתנאי כפול שהתנהו כפי משפטי התנאים אז הגט או הקידושין חלין בתנאי, דקיום התנאי מקיים את הדעת ואת החלות, ובטול התנאי מבטל את הדעת ואת החלות. ברם ליכא בזה שום חלות דין ושם טעות בדעת של האיש לגרש ולקדש, אלא שעצם החלות מותנה בתנאי - בקיומו ובביטולו.

ולפי"ז י"ל דבדיני ממונות דלא חלו בו משפטי התנאים אלא רק דיני דעת בעלמא, אזי כשיש אסמכתא מוכח דליכא דעת להקנות והקנין בטל מחמת חסרון דעת. משא"כ בגיטין וקידושין דליכא ספק וחסרון בעצם הדעת לגרש ולקדש ואפילו כשתולה בדבר אחר דחלה התלייה רק עפ"י משפטי התנאים ומשו"ה דין אסמכתא לא חל בם, כי משפטי התנאים קובעים שבקיום התנאי הגיטין והקידושין חלין ובבטול התנאי אזי חלותם מתבטלת. אמנם לכאורה ביאור זה אינו הולם את שיטת הרמב"ן, דהרמב"ן ס"ל כהראב"ד דדיני ממונות א"צ למשפטי התנאים. ב) ועוד י"ל דהרמב"ן סובר דבכדי שיחול דין אסמכתא לא קניא צריכא להיות אסמכתא ברשות, דהא במקום שמזיק או מבייש לא אמרינן אסמכתא לא קניא דלית ליה רשות להזיק או לבייש חבירו. (ועיין בתוס' לעיל דף סו. ד"ה ומניומי) וה"ה בגיטין וקידושין דלית ליה רשות להגזים ולומר דברים בעלמא בלי התחייבות באמת דהא מדובר באיסור חמור דאשת איש.[525]

[525] עוד י"ל דבדיני ממונות חלה דעת המתחייב ובדעת המתחייב אמרינן אסמכתא לא קניא, משא"כ בגיטין וקידושין דליתא בהם חלות דעת המתחייב. ועוד נראה דבד"מ יש חלות בעלות דממון, ובדעת בעלים אמרינן אסמכתא. משא"כ בגיטין וקידושין דליכא בהם חלות בעלות. ועוד י"ל דבד"מ צריכים דעת לחלות הקנין ודעת כזו

ע"כ ענין שיטת הרמב"ן באסמכתא

בענין משכון אליבא דר' יצחק

א.

החילוק שבין משכון בשעת הלואה לבין שלא בשעת הלואה

גמ'. שמשכנו שלא בשעת הלואה וכו'.

יש מחלוקת בראשונים האם לקבל את חילוק הגמ' דידן לחלק בין שעת הלואה לבין שלא בשעת הלואה אליבא דר' יצחק, דבסוגיות אחרות לא מצינו חילוק זה. אך בביאור חילוק הגמרא בין משכנו בשעת הלואה לבין משכנו שלא בשעת הלואה נראה לבאר עפ"י דברי הר"ן בריש פרק שבועת הדיינין (על הרי"ף דפוס ווילנא דף י"ח.) וז"ל כי אמרי' בב"ח דקונה משכון ה"מ או בשמשכנו בשעת הלואתו משום דקני ליה מעותיו וכו' ואי נמי שמשכנו שלא בשעת הלואתו קני ליה משום דבגוביאנא דבי דינא אתו לידיה וגזה"כ הוא דקני ליה כדר' יצחק דהרי הוא כאלו הגביהו לו ב"ד וכו' אבל כשנתן לוה למלוה משכון שלא בשעת הלואתו כיון שמלוה אינו קונה במה קנאו למשכון. שמא תאמר אע"פ שהמלוה אינו קונה לה קנאו במשיכה לשעבודו שכשם שאילו הקנהו לוה למלוה לגמרי נקנה במשיכה כך כשהקנהו לו בתורת משכון משיכה קונה לו זו היא שלמד הרב רבי יוסף ז"ל מההיא דקדושין שאין המטלטלין נקנין במשיכה למשכון בעלמא כיון שאין כח במעות הראשונים לקנות וכו' עכ"ל. הר"ן קובע דלדעת הר"י מגא"ש קיימים שני דיני משכון: א) משכון בשעת הלואה הנקנה ע"י כסף ההלואה; ב) משכון שלא בשעת הלואה הנקנה ע"פ גביית ב"ד. אמנם קנין משיכה בעלמא אינו קונה משכון. ולפי"ז נראה לבאר הגמרא בסוגיין: משכון בשעת ההלואה חל ע"פ קנין מעות של החוב מעיקרא, ומשו"ה דין המשכון הריהו כדין שאר הנכסים המשועבדים המשתעבדים בשעת הלואה. ובדומה לשאר הנכסים המשועבדים שאין למלוה בהם חלות קנין הגוף כי אם זכויות שעבוד ה"ה במשכון. ואילו משכון שלא בשעת הלואה נקנה ע"פ גביית בי"ד ומועלת להקנות למלוה קנינים בגופו של המשכון. וי"ל שהוא משום דהוי חלות פרעון ולפיכך חל בו קנין הגוף למלוה. דקנין דנעשה עפ"י גביית ב"ד מהווה פרעון ולכן עדיף מקנין כסף דהלואה עצמה ומחיל קנין בגופו של המשכון ולא רק חלות שעבוד.

חסרה באסמכתא. משא"כ בגיטין וקידושין דלא צריכים דעת לחלות אלא רק למעשה הגט והקידושין, ובאסמכתא היה לו דעת על המעשה רק חסרה לו דעת לחלות, ומשו"ה אסמכתא מועלת בגיטין וקידושין ולא בדיני ממונות.

ויעויין בתוס' (דף פא:) ד"ה דברי הכל שהביאו את פסק דר' יהודאי גאון דבמלוה בעל פה חל דין דר' יצחק ולמלוה חל קנין כשמשכנו בין בשעת ההלואה ובין שלא בשעת ההלואה. ואילו במלוה בשטר בע"ח קונה משכון רק כשמשכנו שלא בשעת הלואה. ופסקו מחוסר ביאור[526].

ונראה לבארו עפ"י מש"כ הר"ן בשם הר"י מגא"ש, דס"ל לר' יהודאי גאון דכשיש שטר חוב אזי מעות המלוה אינן קנין ההלוואה, דהקונה הוא רק השטר חוב לבדו. והרי שטר קנין קונה רק בקרקע ולא במטלטלין, משא"כ קנין מעות שקונה בין בקרקע ובין במטלטלין. ולכן במלוה בשטר חסר קנין בשעת ההלואה לקנות את המטלטלין דמשכון, ואילו במלוה בע"פ הקנין הוי קנין מעות דחל בשעת ההלואה הקונה את המטלטלין דמשכון עבור המלוה.

ונראה לומר דשיטתו מיוסדת במחלוקת הראשונים דפליגי האם שטר מלוה חל כשטר ראייה או כשטר קנין. ונ"מ בדין שטר בעדי מסירה האם מועיל להשוות את המלוה למלוה בשטר. והיא שתי דעות ברש"י גיטין (דף ג:) ד"ה וגובה, ועיי"ש גם בתוס' ד"ה וגובה. והנה שטר בעדי מסירה בלבדו הוי רק שטר קנין ולא שטר ראייה. ומאידך שטר עם עדי חתימה הריהו גם שטר קנין וגם שטר ראייה. ופליגי בזה - דאם מלוה בשטר זקוק לשטר ראייה אזי שטר בעדי מסירה לא כרתי להשוות המלוה למלוה בשטר, ורק עדי חתימה כרתי בשטרי מלוה. ונראה שאם שטר מלוה צ"ל דוקא שטר ראייה עם ע"ח, השעבוד חל מחמת קנין מעות ההלוואה, כי השטר בא לראייה בעלמא ולא להחיל את הקנין. ומאידך אם גם שטר בע"מ חל להשוותה למלוה בשטר, אזי קנין השעבוד חל מחמת קנין השטר ולא מחמת מעות ההלואה. ור' יהודאי גאון סובר ששטר מלוה הוי שטר קנין. וכשיש שטר מלוה שקונה אזי מעות ההלואה אינן קונות כלל. ואילו במלוה ע"פ דליכא בו שטר אזי מעות ההלואה קונות את השעבוד. ברם במקום שיש שטר רק השטר קונה ולא המעות.

ולפי"ז נראה לבאר שיטת ר' יהודאי גאון דס"ל דמעות ההלואה קונות משכון דר' יצחק וזה חל במלוה בע"פ בשעת הלואת המעות. מאידך במלוה בשטר רק השטר לבדו קונה ולא מעות ההלואה. ומעות ההלואה יכולין לקנות משכון דהוי מטלטלין. משא"כ שטר דלא שייך לקנות משכון כי שטר קנין אינו קונה מטלטלין דלא חל שטר כלל בקניית מטלטלין. ומשו"ה פסק דבמלוה בשטר "אשטר קא סמיך", דהיינו רק השטר קונה ולא המעות ושטר אינו קונה משכון. משא"כ במלוה בעל פה דמעות ההלואה קונות את

[526] עיין בהגהות מהר"ב רנשבורג על התוס'.

המשכון בקנין מעות בשעת ההלואה, ולכן דינא דר' יצחק חל במלוה ע"פ אף בשעת ההלואה ודינו אינו חל בשעת ההלואה במלוה בשטר. ואילו שלא בשעת ההלואה דין דר' יצחק חל, כי המשכון נקנה שלא בשעת ההלואה ע"י גביית ב"ד, וחלה בכל ההלואות בין במלוה בע"פ ובין במלוה בשטר.

מאידך תוס' שלפנינו אינם מבארים את שיטת ר' יהודאי גאון כנ"ל. אלא מבארים דסובר דדין דר' יצחק חל רק שלא בשעת הלואה עפ"י חלות דין גביית ב"ד. ואילו בשעת ההלואה לא חל קנין דר' יצחק. ונראה דהתוס' שלפנינו ס"ל דבשעת ההלואה חסר קנין לקנות את המשכון, דאנן פסקינן מעות אינן קונות במטלטלין (לעיל דף מז:) או מדאורייתא או מדרבנן, ושטר נמי אינו קונה במטלטלין. וקניני ההלואה חלין רק להחיל שעבודים אך לא קנינים. והוא דין מסוים בהלואות דחלין שעבודים, אך קנינים דעלמא לא חלין.

אמנם התוס' מבארים את הדין דר' יהודאי גאון באופן אחר, דחלה אחריות על המשכון בשעת ההלואה מההלכה דשמואל דבע"ח מחויב באחריות המשכון, ושדין זה חל רק במלוה בע"פ ולא במלוה בשטר. ואף שיטתם מחוסרת ביאור.

ונראה לבאר דס"ל דהדין דשמואל חל מדין פרעון, דהמשכון מהווה פרעון, ומשו"ה המשכון מחייב את המלוה באחריות כל החוב, דכל זמן שאינו מחזיר את המשכון החוב פרוע. וסבורים דכל זה נכון במלוה בע"פ דכל זמן דהמשכון נמצא בידי המלוה החוב פרוע. משא"כ במלוה בשטר - שהשטר עומד לגבייה ומכריז שהחוב אינו פרוע, ומשו"ה א"א להחיל בחוב זה חלות דין פרעון ע"י המשכון. ומשו"ה דינא דמשכון אליבא דשמואל איני חל במלוה בשטר.

וכל זה אליבא דר' יהודאי גאון, אמנם ראשונים אחרים חלוקים עליו. דשיטת הרי"ף הרמב"ם והרמב"ן הוא דהדין דר' יצחק חל בין בשעת הלואה ובין שלא בשעת הלואה - שלא כסוגיין המחלק - אלא כשאר הסוגיות שבש"ס שאינן מחלקין בין שעת הלואה לבין שלא שעת הלואה. ונראה דסבורים דקנין מעות דבשעת ההלואה חל בכל ההלואות - בין במלוה בע"פ ובין במלוה בשטר - להחיל קנין בחפצא דהמשכון. וסבורים דחלות דין קנין משכון דר' יצחק חל מחמת מעות ההלואה ואינו תלוי בדין מעות קונות או אינן קונות בכהת"כ, כי קנין מעות דההלואה חלות דין מסוים הוא דחל בהלואה, דמעות דההלואה אכן קונות משכון בשעת ההלואה בכל ההלואות.

ושיטה שלישית היא שיטת התוס' בסוגיין ובשאר המקומות דדין דר' יצחק חל רק שלא בשעת הלואה דחל מדין גביית ב"ד. ברם בשעת ההלואה דין דר' יצחק אינו חל, ונראה

שהוא משום דחסר מעשה קנין לקנות את המשכון, כי שטר לא שייך לקנות מטלטלין, ואף מעות דההלואה אינן קונות שלא ניתנות בתורת כסף קנין אלא בתורת מלוה, ומשו"ה אינו קונות. והא דחלין שעבודים הוא מדיני הלואה ולא מדיני קנין דכהת"כ.

תוס' ד"ה וה"א.

שיטת התוס'

תוס' לפנינו ובקידושין (דף ח: ד"ה משכון וכו') מצמצמים את ההבדל בדר' יצחק בין שעת הלואה לבין שלא בשעת הלואה וז"ל (שם בקידושין) מצינו למימר כיון דבעל חוב קונה משכון שלא בשעת הלואה קנין גמור עד שיפדה בשעת הלואה נמי אלים שיעבודיה לחשב ממון לקדש בו האשה ולקנות בו עבדים וקרקעות וכן צריך לפרש בפ' השולח בההיא דאמר המלוה על המשכון אינו משמט וכו' אלא ה"פ התם כיון דקני ליה שלא בשעת הלואתו לגמרי סברא הוא דיקנה הוא בשעת הלואתו שלא ישמט דחשיב של אחיך בידך וכו' וכיון דקני ליה כרבי יצחק שלא בשעת הלואתו בשעת הלואתו קני ליה נמי לענין דקרינן ליה שלך אי אתה רואה עכ"ל. ולכאורה דבריהם תמוהים ובמיוחד לפי ההסבר של הר"ן, שהרי שני דינים שונים קיימים במשכון: משכון שלא בשעת הלואה החל מדין קנין ופרעון מחמת גביית ב"ד ועוד משכון בשעת הלואה החל מהמת קנין מעות דההלואה המחיל שעבודי חוב בעלמא - ובכן צ"ע בדברי התוס' שכתבו דמאחר שיש קנין במשכון שלא בשעת הלואה לכל דבר דה"ה בשעת הלואה שיש קנין למקצת הדברים.

ונראה לבאר דהנה קיי"ל מטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, "שהמטלטלין אינם תחת שעבוד בע"ח מה"ת" (רמב"ם פי"א הל' מלוה הל"ז), והוא משום דלאו בני אחריות הן, כי רק נכסים דלא ניידי דהיינו קרקע ערבאין ואחראין הן[527], כלומר מוכנים הם לגביית המלוה, ונותנים לו בטיחות לגבות את החוב. משא"כ מטלטלין בידי הלוה דיכול להעלימם ולא ערבאין ואחראין הן בעד החוב ומשו"ה אינם משתעבדים. משא"כ משכון דהוי מטלטלין בידי המלוה המבטיחים לו את החוב, ומדהוויין ערבאין ואחראין משו"ה בני שעבוד הן, ובכן גובין מהמשכון לשלם את החוב ואפילו מיתמי הלוה. וכעין חילוק זה מצינו אף בהלכה אחרת ברמב"ם. שהרי הרמב"ם פסק (פ"כ מהל' מלוה ולוה הל"א - ד) שדין שבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה חל רק בגביית קרקע אך לא בגביית מטלטלין. ובפשטות סברתו הוא משום דעל קרקע חלין שעבודים, ומשו"ה חלה זכות קדימה לבע"ח מוקדם ולשעבודיו בקרקעות הלוה מכיון דבני שעבוד הן. משא"כ

[527] וכמו"כ כ' הראב"ד בהשגותיו על הרי"ף לריש פ' הנזקין וז"ל מפני שהלקוחות כמו ערבים הם עכ"ל.

במטלטלין דלאו בני שעבוד הן דמשו"ה לא חלה עליהן זכות קדימה לבע"ח מוקדם ולכן אצל מטלטלין בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה.

אמנם מאידך כתב הרמב"ם (פ"ג מהל' ערכין הלי"א) וז"ל האומר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי והיו בידו עשר סלעים ונתן תשע לשניה וסלע לראשונה יצא ידי שתיהן, שהערכין לאו כחובות הן, שאע"פ שכל מה שבידו משועבד לראשונה, הקדש מאוחר שגבה גבה עכ"ל. וצ"ע דל"ל לומר דבהקדש מאוחר מה שגבה גבה, הרי מיירי במטלטלין דהא שלם סלעים, ובמטלטלין אפילו בהדיוט בע"ח מאוחר מה שגבה גבה מדאינם בני שעבוד.

ונראה דשאני בהקדש דאף מטלטלין תחת שעבוד הקדש מדאורייתא דאמרי' בהן כל מקום דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, ולכן אף מטלטלין נחשבין בני ערבות ואחריות להשתעבד להקדש, משא"כ בהדיוט דמטלטלין לאו בני אחריות ושעבוד הן, חוץ ממטלטלין שהן משכון בידי המלוה דהויין בני אחריות וערבות, דבני שעבוד הן.

ובזה נמי מבואר את ההבדל בין מלוה בשטר דחל שעבוד נכסים אקרקע, לבין מלוה בע"פ דלא חל שעבוד נכסים, והוא משום דצריך המלוה שטר כדי ליצור לו בטיחות ואחריות אנכסים המשועבדים - דכשיש שטר הלוה אינו יכול להכחישו. ואילו במלוה בע"פ יש ללוה כח הכחשה, ואזי הנכסים אינם ערבאין ואינם מבטיחים את גביית המלוה, ולכן לאו בני אחריות נינהו, ולא חל שעבוד אפילו אקרקע. ואין חילוק בין אם זה מדין דאורייתא או מדרבנן דמ"מ עיקר יסוד החילוק בין מלוה בשטר לבין מלוה בע"פ בדין שעבוד נכסים הוא משום חלות האחריות על הנכסים במלוה בשטר, וחסרון אחריות וערבות בנכסים במלוה בע"פ.

ברם עכ"ז עדיין קשה, היאך השווה תוס' משכון בשעת הלואה דחל מדין חלות שעבוד למשכון שלא בהלוואת דהוי חלות גבייה וקנין אליבא דר' יצחק. ונראה שתוס' סוברים שאף במשכון בשעת הלואה מתחילה גביית החוב במידת כל שהיא, ועקב כך חלים קניינים למלוה בנוגע למקצת דברים. כי במשכון שלא בשעת הלואה ב"ד גובים את המשכון עם כל הכח של גביית ב"ד, ולכן המלוה קונה את המשכון שלא בשעת הלואה בקנין גמור. אולם גם תפיסת המלוה במשכון בשעת הלואה אינה חלה בתורת נכסים המשועבדים דעלמא אלא שגביית החוב כבר מתחילה עם תפיסת המשכון של המלוה, ולפיכך אף במשכון בשעת הלואה חלין מקצת קניינים למלוה לדברים מסוימים - כגון לענין קידושי אשה ולענין השמטת כספים. אמנם שיטתם עדיין מחוסרת ביאור, דמ"ש קנין זה מזה.

ונראה לבאר דבריהם עפ"י דברי המאירי (שם ד"ה כבר ביארנו וכו') שכתב וז"ל אלא שגדולי המפרשים פירשו זו שבגיטין שאני משכון דזימנין דקני ליה לגמרי כדר' יצחק ומאחר שכן אף בשעת הלואה יש שם קנייה כל שהיא לגבות ממנה את חובו ושלא להשמט עכ"ל. ומבואר מדבריו דר' יצחק חידש שיש קנין במשכן שלא בשעת הלואה, ואע"פ שאינו שלו לגמרי ואינו יכול להשתמש בו עכ"ז קונה אותו בקנין גבייה. ובדומה לכך חל נמי קנין אף קלוש יותר במשכון בשעת הלואה שהוא הוי שעת התחלת הגבייה. ונראה דר"ל כי בשעת הלואה קונה את המשכון במקצת כדי לגבות ממנו בשעה שהלוה לא ישלם, דכשהלוה לא ישלם אח"כ ויגבה עפ"י ב"ד מהמשכון אז יהפך המשכון להיות משכון שלא בשעת הלואה הנקנה לו בקנין חזק. ובכן בשעת הלואה קנה את המשכון בקנין כ"ש כדי לגבות ממנו בב"ד לאחר זמן, ואינו שעבוד בעלמא אלא חלות קנין בגופו של המשכון. ויתכן לפי"ז דלתוס' חלות דין משכון חל רק מפאת דין דר' יצחק דסוברים דלא חל שעבוד אמטלטלין מדליכא קנין בהלואה להחיל עליהן חלות שעבוד - דלא שטר ולא כסף קונים בהן. ומשו"ה ס"ל דמשכון חל רק מחלות דין גבייה בלבד וכשיטת ר' יצחק.

והנה התוס' שלפנינו בב"מ ביארו כמה דינים דחלין במשכון בשעת הלואה משום דכבר התחילה הגבייה ולפי' יש למלוה קנין כ"ש בחפצא. א) ששמיטה אינה משמטת חוב שיש עליו משכון מכיון דכבר התחילה הגבייה. ב) ועוד ביארו התוס' דאם ישראל משכנו לחמצו אצל נכרי שהישראל פטור מב"י וב"י וז"ל ואע"ג דהוי דישראל וקרינן ליה שלך מ"מ מדאפקיה קרא מלא ימצא לא מחייב אלא כשמצוי אצלו וכיון דאלים שעבודיה דנכרי לא חשיב מצוי כו' עכ"ל. ולכאורה הביאור בזה הוא דהמחייב דב"י וב"י הוא שהחמץ מצוי אצל הישראל והוי ברשותו, ומכיון דהגבייה התחילה בתפיסת הנכרי אין החמץ מצוי ברשותו אצל הישראל, ואע"פ דהוי שלו הריהו פטור מב"י וב"י.

והנה עיין בשו"ע (חו"מ ס"ו סעיף ל') שפסק שהמוכר שטר חוב לחבירו והיה לו עליו משכון ומסר את המשכון ללוקח אין המוכר יכול למחול את החוב. ומאידך מי שמכר שטר חוב בעלמא לחבירו וחזר ומחלו מחול. ונראה להסביר את ההבדל בין שני המקרים ע"פ המבואר בראשונים[528] שהדין שהמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול הוא משום שהמוכר מכר רק את שעבוד הנכסים. ומ"מ נשאר המוכר עם שעבוד הגוף, וכשמחל את שעבוד הגוף ממילא שעבוד הנכסים בטל כי שעבוד הנכסים תלוי הוא בשעבוד הגוף. ואילו שעבוד המשכון אינו תלוי בשעבוד הגוף, ולכן אם מסר ללוקח את המשכון,

[528] עיין ברא"ש כתובות פ"ט סי' י' בשם הר"ת.

אפילו מחל המוכר את שעבוד הגוף שעבוד המשכון עדיין קיים. ולכאורה הביאור בזה הוא כדנתבאר לעיל שבמשכון הגבייה כבר התחילה משעת מסירת המשכון, וחלות דין המשכון וקנינו חל בלי תלייה בשעבוד הגוף מאחר שהמשכון קנוי למלוה בקנין לגבות ממנו.

ג.

המחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד בבע"ח קונה משכון האם חייב באונס

כתב הרמב"ם בפ"י מהל' שכירות (הל"א) וז"ל המלוה את חבירו על המשכון בין שהלוהו מעות בין שהלוהו פירות בין שמשכנו בשעת הלואתו בין שמשכנו אחר שהלוהו הרי זה שומר שכר וכו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל אין אנו מודים לו ולרבותיו בזה שאם משכנו אחר הלואתו קונה אותו אף לאונסין כרבי יצחק עכ"ל. והנה הרמב"ם פסק כר' יצחק בפ"ט מהל' שמיטה ויובל (הלי"ד) וז"ל המלוה על המשכון אינו משמיט והוא שיהיה החוב כנגד המשכון וכו' עכ"ל. וכן בנוגע לקידושי אשה (פ"ה מהל' אישות הלכ"ג) פסק כר' יצחק וז"ל היה בידו משכון על חוב שיש לו אצל אחרים וקידש בו אשה אע"פ שאינו שלו הרי זו מקודשת. לפי שבעל חוב יש לו מקצת קנין בגופו של משכון עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק כר' יצחק בשמיטה ובקידושי אשה, ומסתימת לשונו משמע שפסק כמותו בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה כדפסק בהל' שכירות לענין אחריות. אולם יש לעיין בשיטת הראב"ד דבהל' שכירות צמצם הראב"ד את הדין ר' יצחק למשכון שלא בשעת הלואה (לחייבו באונסין), ואילו בקידושין ובשמיטה אינו משיג על הרמב"ם ומשמע דס"ל כוותיה אפילו במשכון שבשעת הלואה, וצ"ע.

וי"ל דהראב"ד סובר שדין האונסין תלוי בקנינים גמורים החלין דוקא ע"י גביית בי"ד שלא בשעת הלואה. ואילו בנוגע לקידושי אשה ושמיטה סגי במקצת קנין בגופו של המשכון (כלשונו של הרמב"ם) שחלה אף בשעת הלואה. ויתכן שדעת הראב"ד היא כהתוס' בקידושין ושבסוגיין דס"ל דיש התחלת גביית החוב במשכון בשעת הלואה, ולפיכך חלין מקצת קנינים.

ד.

דין קידשה קידושין במשכון

עיין בגמ' קידושין (דף ח:) קידשה במשכון מקודשת וכו' במשכון דאחרים וכדר' יצחק וכו', ופרש"י (ח ב ד"ה במשכון דאחרים) וז"ל שהיה בידו וקדשה בחוב שיש לו עליו הלכך מקודשת שהמשכון עצמו קנוי לה עכ"ל. וק"ק למה כתב "וקדשה בחוב שיש לו עליו" והרי לכאורה עיקר הקידושין הוא במשכון ולא בהחוב.

ונראה דרש"י סובר שא"א להקנות את המשכון בלי החוב שכן המשכון משועבד דוקא לשם פרעון החוב ורק בעל החוב יכול לקנות את המשכון ולא אדם אחר. ולכן אם האיש רוצה לקדש את האשה במשכון חייב להקנות לה את החוב עם המשכון לפי שאינה יכולה לקנות את המשכון אא"כ יש לה זכות של בעל חוב. ומסתבר לומר דרש"י מיירי במשכון בשעת הלואה שהוא משועבד לפרעון החוב, ולכן קניית המשכון תלויה בקניית החוב. ואילו משכון שלא בשעת הלואה שהוא קנוי למלוה בתורת גבייה וקנין י"ל שניתן להקנותו בלי החוב, וצ"ע בזה.

ויוצא אליבא דרש"י שהקנאת משכון דאחרים לאשה מקנה לה את החוב בלי מעשה קנין אחר, כגון מעמד שלשתן או כתיבת ומסירת השטרות שעושים בהקנאת חובות דעלמא, והוא חידוש בהלכות הקנאת החובות. ועוד יוצא לרש"י דמקדשה גם עם החוב ביחד עם המשכון דעצם החוב נמי הוי חלק מכסף הקידושין כמו המשכון.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ה מהל' אישות (הלכ"ג) וז"ל היה בידו משכון על חוב שיש לו אצל אחרים וקידש בו אשה אע"פ שאינו שלו הרי זו מקודשת לפי שבעל חוב יש לו מקצת קנין בגופו של משכון עכ"ל. הרמב"ם חולק על רש"י כי לדעת רש"י מקדשה בחוב (וכן מבואר במאירי לסוגיין וע"ע בריטב"א בקידושין דף ח:) ואילו אליבא דהרמב"ם מקדשה במקצת קנין שיש לו בגופו של המשכון.

ונראה דהרמב"ם אינו מקבל את שיטת רש"י משום דס"ל דא"א להקנות חוב בהקנאת המשכון. דרק יכול להקנות את המשכון בלי הקנאת החוב ובכך מקדשה. ברם יל"ע מהי מקבלת בקניית המשכון בלי החוב דהא לכאורה אינה מקבלת מידי - דהא אסור ליהנות מהמשכון וגם אינה גובה ממנו את החוב, וצ"ע א"כ במה מקדשה.

ונראה דבשעת גביית החוב, הלוה יסרב לשלם למלוה החוב בלי שהמלוה יחזיר לו את המשכון שנתנו. ואזי המלוה יצטרך לבקש את המשכון מהאשה, והיא לא תתן לו את המשכון וגם לא תחזירנו ללוה אם לא שתקבל מדמי תשלומי החוב, ובהכרח שהמלוה יצטרך לתת לה מדמי תשלומי החוב כדי שיוכל להחזיר את המשכון ללוה כדין. וזוהי עיקר הנאת האשה שמקבלת מהמשכון ואע"פ שלא קנתה את החוב עצמו בקניית המשכון.

ויוצא דלרש"י עם קניית המשכון האשה קונה את החוב עצמו והיא נעשה לבעלת החוב לגבות ישיר מהמשכון את כל דמי החוב. ואילו לפי הרמב"ם האיש המלוה עדיין הוי בעל החוב אלא שבהקנאת המשכון לאשה בהכרח יצטרך לתת לה לבסוף מדמי החוב

כדי שתסכים להחזיר את המשכון ללוה ומקדשה בהנאה זו. אמנם האיש המלוה עדיין הוי בעל החוב לבדו ולא האשה.

ולכאורה תהיה נ"מ בין רש"י והרמב"ם לענין מחילת החוב. די"ל דלרש"י האשה יכולה למחול את החוב שהרי קנתה אותו בקניית המשכון. ואילו להרמב"ם האשה אינה בעלת החוב, גם אחרי שקנתה את המשכון, ולכן איננה יכולה למחול אותו. אך יתכן לומר שאף לשיטת הרמב"ם האשה יכולה למחול את החוב, שהרי בארנו בענין מכירת שטר חוב (עיין בשיעורים לעיל דף נו.) דיתכן לקנות את זכות גביית החוב בלי לקנות את עיקר החוב. ובכן י"ל דלרמב"ם נמי כשהאשה קונה את המשכון קונה היא אף את זכות גביית החוב בלי קניית עיקר החוב עצמו, שלא כדנ"ל. וא"כ יתכן דיכולה למחול, דהא יש לה את זכות הגבייה, ויל"ע בזה.

אולם נראה דכ"ז הוא אליבא הרמב"ם וסייעתו, דס"ל דאין לחלק במשכון דר"י בין שלא בשעת הלואה לבין בשעת הלואה (שלא כסוגיין שאכן מחלקת). אך יעויין בתוס' בסוגיין (דף פב: ד"ה אימור) ובתוס' בגיטין (דף לז. ד"ה שאני) שמחלקים דהדין דר' יצחק יהני אף בשעת הלואה, אך רק לענין שמיטה וב"י וב"י, אבל לא לקדושין, וז"ל צ"ל דדוקא במשכנו שלא בשעת הלואתו מקודשת עכ"ל. ושיטתם היא שלא כהרמב"ם וגם שלא כהתוס' בקדושין (דף ח: ד"ה משכון) דס"ל דאף בקידשה במשכון דקבל בשעת הלואה מקודשת. ונראה דלתוס' בגיטין מעשה הגבייה דחל במשכון בשעת הלואה מהווה חלות שם תפיסה בחפצא דמשכון, דהוי עכשיו תפוס ברשותו, ונ"מ לענין שמיטה ב"י וב"י. ומ"מ ליכא למלוה בעלות בחפצא דמשכון להקנותו לאדם אחר, ומשו"ה אינו יכול לקדש בו אשה. משא"כ להרמב"ם ולתוס' בקדושין דס"ל דקונה את המשכון בשעת הלואה בקנין הגוף ושיכול להקנותו לאדם אחר, ולכן ס"ל דיכול אף לקדש בו אשה.

אלא דבזה פליגי הרמב"ם וחכמי ספרד עם בעלי התוס' שבסוגיין ובקדושין, דהרמב"ם סובר דהדין דר"י חל בכל משכון בין בשעת הלואה ובין שלא בשעת הלואה, ומשמיט את ההבדל שמבואר בסוגיין דסובר דלא כהלכתה היא. ואילו בעלי התוס' ס"ל לדינא דיש הבדל בין בשעת הלואה לבין שלא כשעת הלואה, אך התוס' ס"ל דקנין גמור דר"י חל רק שלא בשעת ההלואה ואילו בשעת הלואה חל מקצת קנין ולא קנין גמור.

ברם צ"ע אליבא דתוס' בקדושין דס"ל דגם במשכון בשעת הלואה יכול הבע"ח לקדש אשה - דא"כ מהי הנ"מ לדינא בין משכון בשעת הלואה לבין משכון שלא בשעת הלואה. ויתכן דס"ל דנ"מ לענין מצות החזרת המשכון ביום או בלילה, דשלא בשעת הלואה הרי זו מצוה בפני עצמה בלי איסור גזילה, דהא בע"ח קונה משכון ומשו"ה אין באי - החזרתו

איסור גזל. משא"כ בשעת הלואה דקנין הבע"ח קלוש, ובכן אם אינו מחזיר את המשכון ביום או בלילה עובר אף על איסור גזילה.

ברם עוד צ"ע דבסוגיין איתא דדין משכון לפי ר' יצחק מחייב את הבע"ח כשומר שכר רק שלא בשעת הלואה, ואילו בשעת הלואה הו"ל ש"ח. ולכאורה קשה דהרי לפי התוס' יכול הבע"ח לקדש אשה גם במשכון בשעת הלואה, וא"כ למה אינו ש"ש מחמת שנהנה שיכול לקדש בו אשה. וי"ל דהתוס' ס"ל דהנאה זו אינה משוותו לש"ש דהויא הנאה צדדית וגם לא שכיחא. והא דהוי ש"ש הוא מעין דין שוכר אליבא דרש"י, ואומן להראב"ד דחייבים כש"ש מעין חיוב של שואל באונסים, מדין בעלים. אולם מאחר שאין כל ההנאה שלהם לפיכך הם פטורים מאונסין (עיין לעיל בשעורים דף פ: ד"ה שוכר כיצד משלם). וי"ל דה"ה במשכון דהקנין שיש לו בו מחייבו מדין ש"ש אך לא כשואל דהא אסור להשתמש בו. ברם יש לו חלות שם בעלות המספיק לאשוויי לש"ש. וכ"ז במשכון שלא בשעת ההלואה. ואלו במשכון שבשעת הלואה יש לו רק מקצת קנין בגופו של המשכון, ולפיכך איננו אפילו ש"ש אלא רק ש"ח בלבד, וצ"ע בזה[529].

והנה כ' הר"י מגא"ש (דף מד. בשבועות) וז"ל וא"ת דכיון דלא מקנא גופה ממש קאמר, ההוא דאמרינן התם בפרק האשה נקנית (דף ח:) קדשה במשכון מקודשת דאוקימנא במשכון דאחרים כדר' יצחק במאי קא מיקדשה ליה. הא אמרינן דאע"ג דלא מקנא ממש קא קני ליה לגופיה, מכל מקום הא קני ביה זכותא בעלמא משום דהא קא משתעבד ליה, והו ליה כמאן דקני גופיה להיא זכותא, ולאו למיהוי הגוף קנוי קנין גמור, כדאמרינן התם קנה דקל לפירותיו שהוא קנין הגוף הדקל לפירותיו, ולא שיהא הגוף קנוי מעיקרו קנין ממש, הילכך כיון שקנה גוף המשכון להיא זכותא שהוא השעבוד כי מקדש ביה איתתא מיקדשה ליה עכ"ל. ומבואר דשיטת הר"י מגא"ש היא כהרמב"ם שמקדשה בגוף המשכון, ומדמהו לדקל לפירותיו כלומר גוף המשכון קנוי לענין גבייה.

ה.

שיעור האחריות במשכון אליבא דר' יצחק

יש מחלוקת בראשונים אליבא דר' יצחק הסובר שבעל חוב קונה משכון אם חייב באחריות דאונסין או רק בגניבה ואבידה בלבד. עיין בתוס' קידושין (דף ח: ד"ה מנין וכו') שחלוקים בכך רש"י ותוס'. וכבר הזכרנו למעלה שגם הרמב"ם והראב"ד חלוקים

[529] לכאורה ר"ל דבשעת הלואה הקנין אינו אלא קנין לשם גבייה ולא לדברים אחרים ומשו"ה הו"ל רק ש"ח. ואילו שלא בשעת הלואה קונה את המשכון אף לדברים אחרים ולכן הו"ל ש"ש. אך צ"ע מהם הדברים דקונה להם את המשכון שלא בשעת הלואה. ואולי דקונהו לענין קנין חצר, דהוי המשכון ברשותו ושלו הוא להשתמש בו לקנין חצר, משא"כ במשכון בשעת הלואה דאינו חצרו.

בשאלה זו. ועלינו להבין שיטת הפוטרים מאונסין שהרי אם המשכון קנוי לו למה לא יתחייב באונסין בדומה לשואל.

ונראה שיש להסביר את הנ"מ בין בעל חוב ומשכון לבין שואל בנוגע לאונסין בשתי דרכים: א) י"ל דשאני משכון, כי יש זכות ללוה לפדותו מידי המלוה בכל עת שירצה ולשלם את החוב, ובכן קנין המלוה מצומצם ואינו קנין גמור המחייבו באונסין. ב) א"נ לשואל יש רשות השתמשות ואילו בעל חוב אסור להשתמש במשכון, ועקב כך קנין בעל חוב קלוש מקנין השואל ולכן הבע"ח פטור מאונסין. ומסתבר ששני החילוקים האלה תלויים זה בזה, זאת אומרת דמכיון שברשות הלוה לפדות את המשכון בכל עת שירצה לכן אין למלוה זכות השתמשות במשכון.

ועיין בבעה"מ ובמלחמות ה' (בשבועות דף מג:) שגם הם חלוקים בדין בעל חוב במשכון. אליבא דהרמב"ן בע"ח חייב בגניבה ואבידה כמו ש"ש דעלמא, ולבעה"מ בע"ח חייב באונסין כי המשכון הוא שלו שכן קנה אותו לגביית חובו. ויוצא שלדעת הרמב"ן החיוב בגניבה ואבידה הוא מדין שומר שכר, והשכר הוי שיכול לקדש בו אשה או הפרוטה דרב יוסף. ברם תוס' אינם פוסקים כרב יוסף אלא כרבה, ומשו"ה פוסקים כשמואל דאבד קתא אבד כל מעותיו דס"ל דר"ע כשמואל. ומ"מ מחייבים רק בגניבה ואבידה ולא באונסין, ומטעם התחייבות מיוחדת דהמלוה. ועיין עוד בשעורים להלן בתוס' ד"ה לא. ולפי המבואר במס' כתובות (דף לד) ע"פ הרבה ראשונים ששומר משלם משעת פשיעה ולא משעת משיכה עולה שהוא הדין בבעל חוב במשכון. מאידך אליבא דבעה"מ בע"ח חייב באונסין מדין בעלים ומשום הקנין שעשה בשעת קבלת המשכון נתחייב מאותה שעת משיכת המשכון באונסין.

ועיי"ש ברמב"ן במלחמות ד' שמבאר את פלוגתתו עם הבעה"מ בחיוב אונסין, וז"ל דאע"ג דקני ליה כדר' יצחק אין כל הנאה שלו ואדרבא יש ממנו הנאה גדולה לחבירו שהוא מחזירו אצלו, ועוד שאינו משתמש בו, ומעותיו של זה בטלות אצלו, ולא מצינו שואל שיהא אסור בשאלתו וכו' כיון שאין כל הנאה שלו אינו נעשה עליו אלא שומר שכר עכ"ל. לשיטת הרמב"ן בעלות לענין גבייה ולענין הקנאה שיש למלוה במשכון אינה מספיקה לחייבו באונסין, ורק בעלות של השתמשות כמו שיש לשואל דעלמא קובעת חיוב אונסין. מאידך רש"י והבעה"מ והראב"ד ס"ל שבעלות לגבייה ולהקנאה מחייבת באונסין בלי בעלות של השתמשות[530].

[530] ואין להקשות אליבם למה שוכר אינו חייב באונסין, די"ל דקנין שוכר אינו אלא קנין פירות בלי קנין הגוף, ואילו מלוה קונה קנין בגוף המשכון. ועוד שהשוכר אינו קונה אותו להקנות דשוכר אסור להשכיר ואילו המלוה יכול להקנותו וקנינו עדיף בכך משוכר. ואע"פ שהשוכר משתמש בחפצא מ"מ ע"ז שלם שכירות.

ועיין ברמב"ן במלחמות שם שהביא ראייה לשיטתו מאומן, וז"ל והם אמרו אומן קונה בשבח כלי ומקדשין את האשה ואינו אלא שומר שכר דתנן כל האומנין שומרי שכר הן עכ"ל. ועיין ב"ק (דף צח:) למ"ד אומן קונה בשבח כלי אם נתן לחרש עצים לעשות שידה ועשה מהן שידה ושיברו האומן פטור. וצ"ע שאם אומן פטור מלשלם על היזק שעשה בידים לשבח שהשביח כי השבח הריהו שלו ק"ו שפטור מלשלם על אבידת השבח מדין ש"ש. ובע"כ שהרמב"ן לא קאי על אבידת השבח שהרי האומן קנאו ופטור, אלא קאי על גופן של העצים כי האומן קונה רק את השבח. ומשמע שהרמב"ן סובר שאם אומן קונה בשבח כלי קונה נמי קנין בגופו של הכלי ולא רק בשבח. ועיין בקצות החושן (חו"מ ש"ו: ב') שדן בשיטת הרמב"ן באריכות. ולכאורה לפי הרמב"ן אומן קונה קנין גם בגופו של הכלי ולא רק בשבחו והוי ש"ש גם על גוף הכלי ואע"פ שיש לו בו קנין. ולפי"ז מבואר הדמיון דהרמב"ן למשכון, דהיינו דקנין בלי זכות השתמשות אינו מחייב באונסין. שקנין אומן בגוף הכלי הוי קנין שאינו גמור בלי זכות השתמשות ומשו"ה פטור מאונסין והוי רק ש"ש. ולכאורה מסברא סתבר לומר כשיטת הרמב"ן דהיאך שייך לומר דקנה את השבח בלי לקנות הכלי, דהא השבח מונח בצורת הכלי ומשתייך לגופו של הכלי. ובהכרח שחל לאומן קנין בגופו של הכלי עם הקנין שיש לו בשבחו. וחייב כש"ש על שמירת גוף הכלי ואילו על השבח אינו שומר כלל דהא השבח הוי לגמרי של האומן.

ו.

בדין בן שירש משכון אליבא דר' יצחק

והנה לדעת אותם הראשונים (רש"י ראב"ד ובעה"מ) דס"ל שמלוה שלקח משכון שלא בשעת הלואה חייב באונסין אליבא דר' יצחק יל"ע מה יהיה הדין כשמת המלוה והניח בן קטן והמשכון נאבד ע"י אונס, האם הקטן חייב או פטור. ולכאורה זה יהיה תלוי ביסוד חיוב אונסין - האם הוא חל מדין קנין, דאזי י"ל דהואיל והקטן קנה את המשכון בירושה הריהו חייב. או"ד דחיוב אונסין חל מדין אחריות דשומר בדומה לשואל, ומאחר שקטן אינו בר שמירה הריהו פטור. והנה בפשטות דברי בעה"מ משמע דס"ל שהמחייב במשכון הוא הקנין הפשוט דהרי הוא שלו, ולפי"ז הדין יהא שקטן שירש משכון חייב באונסין. אך מהרמב"ן שהשיג עליו והעלה שאינו דומה מלוה לשואל, נראה שהוא הבין בבעה"מ שהמחייב הוא מדין שומר בדומה לשואל וא"כ י"ל דקטן שירש משכון הריהו פטור. ועוד נ"מ תהיה לענין דין בעליו עמו - דאם המחייב הוא מדין קנין אזי י"ל דבעליו עמו אינו מפקיע את החיוב, והריהו חייב. ואילו אם המחייב הוא מדין שואל ופרשת השומרין אזי אם בעליו עמו הריהו פטור.

דף פב:

ו.

בענין איסור בל יראה ובל ימצא בחמץ משכון

תוס' ד"ה אימור.

בנוגע לב"י וב"י קיימת מחלוקת גדולה בראשונים (עי' רא"ש פ"ק דפסחים אות ד') באיזה אופן שומר של חמץ חייב בב"י וב"י. לשיטה אחת כל השומרים וגם ש"ח חייב. שיטה שניה מחייבת דוקא ש"ש ולא ש"ח. ושיטה שלישית מחייבת רק השואל (תוס' דידן אליבא דרש"י).

ונראה דהשיטה הראשונה מחייבת את כל הד' שומרים משום דכולם חייבים באחריות דשומרים. ואילו השיטה השניה ס"ל כשיטת הרמב"ם דשומר הפושע חייב מטעם מזיק, משא"כ ש"ש חייב בגו"א מטעם אחריות, ורק אחריות מחייבת שומר בב"י וב"י ולא חיוב מזיק, ומשו"ה ש"ח פטור[531]. ואילו השיטה השלישית מחייבת שומר בתורת בעלים, ורק שואל שיש לו קנין השתמשות וחיוב אונסין הוי בעלים וחייב.

ועיין בסוף דברי התוס' שלפנינו דמחלקים בין דין בעל המשכון דחמץ אליבא דשמואל לבין דינו אליבא דר' יצחק, וז"ל וי"ל דמשום חיוב דשומר שכר לא מקרי חמצו אי לאו משום דאמר הכתוב דקני ליה והוי שלו כדר' יצחק עכ"ל. כלומר דהמחייב בב"י וב"י בשומר הוי הקנין בשלו שחל בשואל המחוייב באונסין ובבעל המשכון אליבא דר"י. דאע"פ דבעל המשכון מחוייב רק כש"ש אך חייב בתורת בעלים, שמפני שאין כל ההנאה שלו ואין לו זכות השתמשות בחפצא משו"ה פטור מאונסין וחייב כמו ש"ש בגו"א. ומ"מ הו"ל בעלים דקנה את המשכון להיות שלו. משא"כ אליבא דשמואל דאינו קונה קנין בגופא דהמשכון, אלא משום דתפיס ליה מדין פרעון שאם נאבד המשכון הלוה פטור מלשלם, ברם חיוב דבעל המשכון חל בתורת שומר שכר המחויב על גניבה ואבידה והו"ל כאומר לדידי שוה לי קתא דמגלא אלפא זוזי, ומכיון דאין לו קנין בחפצא דמשכון אינו עובר בב"י וב"י, דחיוב שמירה דחל מדין ש"ש לא מחייב בב"י וב"י.

ברם נראה שיש אף דרך אחרת להבחין בין שיטת שמואל שאינה מחייבת בב"י וב"י לבין שיטת ר' יצחק המחייבת. דעיין במס' פסחים (דף ה:) בנוגע לשומר חמץ של נכרי שמחויב השומר בב"י וב"י וז"ל הגמרא: הניחא למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי (עיין ברש"י ד"ה למ"ד וז"ל רבי שמעון קאמר ליה בב"ק קדשים שחייב באחריותן חייב עכ"ל), אלא למ"ד לאו כממון דמי מאי איכא למימר. שאני הכא דאמר לא ימצא, עכ"ל. ויוצא

[531] ועוד י"ל דש"ש הוי פועל ודין פועל משווה ליה בעלים לענין ב"י וב"י.

דלכ"ע אפי' למ"ד "דבר הגורם לממון לאו כממון דמי" - שומר חייב בב"י וב"י. ברם הירושלמי למס' פסחים (פרק שני הל"ב) מקשה וז"ל אית תניי תני לא יראה לך, לך אין את רואה, אבל רואה את לגבוה. אית תניי תני אפי' לגבוה וכו' א"ר בון בר חייה קומי רב זעירא תיפתר בקדשים שהוא חייב באחריותן כר"ש עכ"ל. וקשה לפי הירושלמי מ"ש קדשים שחייב באחריותן שעובר עליהן בב"י וב"י דוקא לר"ש הסובר "דבר הגורם לממון כממון דמי" ואילו בשומר חמץ של נכרי לכ"ע עובר בב"י וב"י - אפילו אליבא דרבנן הסוברים "דבר הגורם לממון לאו כממון דמי".

וביאר מרן הגר"מ הלוי זצ"ל שההבדל בין דינו של שומר לדינו של בעל הקרבן הוא מחמת ההבדל שבחלות דין האחריות המוטלת עליהם, בשומר חל דין אחריות ממש עבור החפצא של הפקדון, כלומר, הפקדון נמסר לרשות השומר והוא אחראי עליו ולכן ההפסד שלו. עיקר חיוב השמירה שלו הוא בעד אחריותו להשיב את הפקדון בעין לבעליו או לשלם להם בעבורו. בקרבן, לעומת זה, אין החפצא ברשות בעליו וחייבים הבעלים לשלם ולהביא קרבן שני כשהקרבן הראשון נפסל או הלך לאיבוד מחמת נדרו ומחמת חיוב כפרתו. ברם אין גוף החפצא של הקרבן הראשון ברשותו ובאחריותו[532], ואינו דומה לשומר פקדון שהחפצא נמסר לרשותו ע"פ קנין שמירה, והפקדון עצמו וגופו באחריותו ובביתו דמשום כך הריהו חייב לשלם עבורו.

ולפיכך רק לפקדון מתייחסת גזיה"כ לא ימצא המחייבת שומר בב"י וב"י משום שאחריות הפקדון מוטלת עליו והפקדון נמסר לבית השומר לרשותו ולאחריותו. מאידך עצם הקרבן אינו ברשות הבעלים ולא נמסר לאחריותו. אם הקרבן נאבד הוא משלם עבור קרבן שני מטעם אחר - בגלל נדרו או עקב חיוב הכפרה המוטל עליו. ולכן הקרבן הראשון הוא דבר הגורם לממון בעלמא, ודוקא לפי ר"ש הסובר "דבר הגורם לממון כממון דמי" חל דין בעלים כדי לחייבם בב"י וב"י.

ונראה שבדרך זו נמי אפשר לבאר את ההבדל שבין ר' יצחק לבין שמואל. דאליבא דר' יצחק י"ל דהחפצא של המשכון דחמץ נמסר לרשות המלוה שהוא אחראי עליו דהו"ל שומר שכר המחוייב באחריות הפקדון דהמשכון של חמץ, ומשו"ה חייב בב"י וב"י ככל שומר שכר דעלמא השומר חמץ ברשותו בפסח. משא"כ אליבא דשמואל דאינו מחייב המלוה בתורת אחריות של שומר דהא שמואל סובר דאבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי. והדין שמפסיד אלפא זוזי אינו חל מדין שמירה ואחריות עבור החפצא דהחמץ דשוה

[532] יש לתמוה על פירוש הגר"מ הלוי דהא בגמרא ב"ק (דף עו.) איתא בנוגע לקרבן "מעיקרא דראובן והשתא תורה דראובן" ומזה קבע הגר"ח זצ"ל דקרבן הוי ממון הבעלים. והיאך יתכן שפקדון הוי יותר ברשות השומר מקנין בעל הקרבן וצע"ג.

פחות מאלפא זוזי, אלא שמואל מחייב מחלות דין מסוים דפרעון ואינו מחייבו מדין שומר, ולפיכך י"ל שאין הפקדון של חמץ נמסר לרשותו. ואה"נ דאליבא דשמואל החמץ הוי גורם לממון ואליבא דר"ש דס"ל גורם לממון כממון דמי יעבור על ב"י וב"י. אבל לדידן דס"ל גורם לממון לאו כממון דמי הריהו פטור מדאינו חייב בתורת שומר ואין החפצא של חמץ מצוי אצלו ברשותו כבשומר או כר' יצחק ומשו"ה פטור.

ז.

ביאורי מחלוקות הרמב"ם והראב"ד באיסורי משכון

עיין בפסק הרמב"ם (בפ"ג מהל' מלוה הל"ד) וז"ל המלוה את חבירו אחד עני ואחד עשיר לא ימשכנו אלא בב"ד ואפילו שליח ב"ד שבא למשכן לא יכנס לביתו וימשכננו אלא עומד בחוץ והלוה נכנס לביתו ומוציא לו המשכון שנאמר בחוץ תעמוד וכו' עבר ב"ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף המשכון מידו בזרוע אינו לוקה שהרי ניתק לעשה שנא' השב תשיב לו וכו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל שבוש הוא זה אלא מפני שנתחייב באחריותו כדכתיבנא לעיל עכ"ל. אמנם הרב המגיד מבאר למה לא העלה הרמב"ם כהראב"ד שהוא לאו הניתק לתשלומין ואין אדם לוקה ומשלם, וז"ל שהלאו הוא בשעת נטילת המשכון ובאותה שעה לא היה מתכוין לגוזלו אלא ליטלו במשכון בחובו וכשנאבד נפקע חובו בכדי שוויו שהרי לכך נוטלו עכ"ל, ומבואר דהמגיד משנה תירץ שהלאו והחיוב הממון לא באו כאחד, שכן חיוב המלקות חל בשעת לקיחת המשכון ואילו חיוב התשלומין חל בשעת גניבה ואבידה. ונראה שכך הוא הדין אם נאמר שהחיוב דבעל החוב במשכון הוא מדין אחריות דשומר. מאידך אם בעל החוב מתחייב מחמת הקנין שעשה בשעת לקיחת המשכון אזי חל החיוב משעת הלקיחה והאיסור חל יחד עם חיוב התשלומין. ולפי"ז יוצא דהרמב"ם והראב"ד אזלי לשיטתם, דהרמב"ם פסק שב"ח חייב באחריות המשכון כש"ש וס"ל דיסוד חיובו הוא מדין אחריות דשומר, וא"כ שפיר ס"ל שלא באו שני החיובים - המלקות והממון - כאחד ואינו לאו הניתן לתשלומין. ואילו הראב"ד נאמן לשיטתו דס"ל שבע"ח חייב באונסין וחיוב התשלומין חלין בשעת לקיחת המשכון כמו איסור הלקיחה והרי הוא לאו הניתן לתשלומין ואינו לוקה ומשלם (בשם הגר"ח זצ"ל).

והנה הרמב"ם והראב"ד פליגי נמי בפ"ג מהל' מלוה ולוה (הל"א - ב) בממשכן בשעת ההלואה אם עובר המלוה על הלאוין דולא תחבול בגד אלמנה ודלא יחבול רחים ורכב. וז"ל הרמב"ם אלמנה בין שהיא עניה בין שהיא עשירה אין ממשכנין אותה לא בשעת הלואה ולא שלא בשעת הלואה ולא על פי ב"ד שנאמר ולא תחבול בגד אלמנה וכו' וכן

המלוה את חבירו בין שהלוהו על המשכון בין שמשכנו אחר הלואה בידו או על פי ב"ד לא יחבול כלים שעושין בהן אוכל נפש וכו' שנאמר כי נפש הוא חובל וכו' עכ"ל. והשיג הראב"ד (על הל"א) וז"ל בשעת הלואה אין זה חובל עכ"ל, וכדומה (בהל"ב) כ' וז"ל לא נהיר עכ"ל. אליבא דראב"ד אין איסורי לחבול אלמנה או רחים ורכב חלין בשעת הלואה. ויתכן שהראב"ד לשיטתו בפ"י מהל' שכירות (הל"א) שבמשכנו שלא בשעת הלואה "קונה אותו אף לאונסין כרבי יצחק", ואילו בשעת הלואה אינו קונה אותו והו"ל ש"ש בלבד. משא"כ לדעת הרמב"ם (שם) דינו של ר' יצחק חל בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה, ובשני האופנים הריהו ש"ש. ולפי"ז מבואר דאליבא דראב"ד חלות שם "משכון" חל דוקא שלא בשעת הלואה דאזי שקונה אותו לאונסין וכדר"י. אולם בשעת הלואה שאינו קונה אותו אינו נחשב לחובל ואינו נתפס בחלות שם משכון שאינו אלא זכרון דברים ובטיחות בעלמא. ונראה להוסיף כי שלא בשעת הלואה ב"ד ממשכנין בע"כ של הלוה מדין גבייה כדנ"ל, ולפיכך שפיר נתפס בחלות דין ושם משכון ונקרא חובל דהיינו בעל כרחו של הלוה. מאידך בשעת הלואה הלוה נותן את החפץ למלוה מדעת, ובכן אינו נקרא חובל ואינו נתפס בשם ודין משכון. חלות הגבייה בע"כ היא הנותנת למלוה קניינים דר"י בחפצא של המשכון. בשעת הלואה, לעומת זאת, מאחר שאין חלות גבייה בע"כ של הלוה אין הקנינים דר"י חלים ולא נקרא חובל.

ועיין לקמן בב"מ (קי"ד ב) וברמב"ם (פ"ג מהל' מלוה הל"ה) שמצות החזרת המשכון לבעליו ביום ובלילה (מצות לא תשכב בעבוטו וכו') חלה דוקא במשכון שלא בשעת הלואה ולא במשכון בשעת הלואה, ודין זה לכ"ע בין לרמב"ם ובין לראב"ד. ויתכן לבאר הלכה זו כדנ"ל: משכון בשעת הלואה חל מעיקרא דדינו להיות מטלטלן המשועבדים (כמו אפותיקי), ובכן אם יחזור המשכון לבעליו יפקעו השעבודים - ועל זה לא חייבתו התורה. מאידך משכון שלא בשעת הלואה דינו חל מעיקרא כדבר הקנוי ע"י חלות גבייה ואף אם יחזירנו לבעליו ללילה או ליום לא יפקעו קנייני הגבייה של המלוה, ולכן שפיר חייבתו התורה להחזירו.[533]

גמ'. מר סבר מצוה קא עביד וכו'. הגמרא משוה דין שמירת המשכון לדין שומר אבידה שאם מצוה קא עביד דינו כשומר שכר. והנה טעם דרב יוסף דשומר אבידה הו"ל ש"ש בההיא הנאה דלא בעיא למיתב ליה ריפתא לעניא (ב"ק דף נו:).

[533] וע"ע ברשימות שיעורים עמ"ס שבועות דף מד. בענין משכון אליבא דר' יצחק אות ה' (עמ' רי"ח - רי"ט).

ובמס' נדרים (דף לג:) חלוקים ר' אמי ור' אסי אם אסור להחזיר אבידה בשנכסי בעל האבידה אסורין על המחזיר משום דקא מהני ליה פרוטה דרב יוסף או"ד מותר ומשום פרוטה דרב יוסף לא שכיח.

לשם ביאור מחלוקתם עלינו להניח שמוצא אבידה הו"ל שומר לא משום קבלת אחריות כמו שומרים דעלמא אלא משום דרחמנא שעבדיה בעל כורחיה (עיין בגמ' ב"ק דף נו:). ולכאורה המחלוקת בדין שומר אבידה תלוי' בהגדרת כוונת התורה כשהטילה על המוצא דין שומר - האם התכוונה התורה לחייבו בשמירה מעולה מדין ש"ש, או לחייבו בשמירה פחותה מדין ש"ח. והנה פרוטה דרב יוסף אינה דומה לשכר שמשלמים לש"ש דעלמא, שהרי לא בעל האבידה משלם לו פרוטה זו, אלא שממילא ומדין עוסק במצוה פטור מן המצוה נהנה המחזיר מן השמים בפרוטה דרב יוסף. ונראה דסברת רב יוסף היא כי מאחר שהנאת פרוטה הזאת קיימת מן השמים התורה אף הטילה על המחזיר דין שומר שכר, כמו שהשמירה חלה עליו בע"כ מן השמים כן השכר מגיע אליו מן השמים, ושכר פרוטה דרב יוסף הבא מן השמים קובע את השמירה לשמירה מעולה של ש"ש. אמנם יתכן שכ"ז בנוגע לחלות דין השומר, ואילו בנוגע לאיסור נדר מאחר שהפרוטה אינה משתלמת מבעל האבידה ישיר אך באה ממילא מן השמים ובדרך עקיפין לידי המחזיר אין איסור נדר חל על המחזיר להשיב את האבידה אפילו מודר הוא מבעל האבידה. ובזה פליגי ר' אמי ור' אסי האם ההנאה הזאת שבאה בעקיפין נאסרת למודר הנאה.

ולפי"ז יש לבאר דברי התוס' בב"ק (דף נו: ד"ה בההיא וכו') וז"ל דגם רבה מודה לרב יוסף דעוסק במצוה פטור מן המצוה אלא דס"ל דלא נעשה שומר שכר בכך ומ"מ הוא נהנה לכך אסור למודר אבל לא הוה שומר שכר עכ"ל. ונראה דר"ל שאף אם נאסור את הפרוטה דרב יוסף כהנאה המגיעה בעקיפין מנכסי בעל האבידה למחזיר ואסור לו ליהנות ממנה כמודר, בכל זאת אליבא דרבה אין הפרוטה דרב יוסף הופכתו לש"ש. דמאחר דהשמירה לא נוצרה מחמת קבלת האחריות מדעת השומר אלא שהתורה שעבדתו אין הנאת הפרוטה דרב יוסף קובעתו לש"ש, לפי שאין הנאת השכר באה במישרין מבעל האבידה אלא באה לו בעקיפין מן השמים, וסובר רבה שבהתאם לכך הטילה התורה על המחזיר שמירה פחותה של ש"ח ולא החמורה דש"ש.

ויתכן לומר דה"ה במשכון, אין חלות הדין של שמירת משכון חלות דין שמירה דעלמא שחלה עם קבלת אחריות דהמלוה ללוה, אלא התורה שעבדה למלוה לשמור את המשכון כמו ששעבדה שומר אבידה בשמירת האבידה. ובדומה למה שנאמר באבידה

שהתורה הטילה דין ש"ש על המחזיר משום פרוטה דרב יוסף, ה"ה במשכון הטילה התורה על המלוה דין ש"ש משום פרוטה דר"י.

והנה התוס' מבארים שהפרוטה דרב יוסף מתהווה בשעת ניעור ושטיחת האבידה לצורכה שבשעות אלו עוסק במצוה. וקשה דהניחא אבידה שמקיים בה מצות והשבותו לו (דברים כב, ב) שדרשו חז"ל ראה היאך תשיבנו לו (עיין ברמב"ם פי"ג מהל' גזלה ואבדה הל' י"א), אבל במשכון איזו מצוה מקיים המלוה בשעת ניעור ושטיחת המשכון. ועו"ק מ"ש שומר משכון משאר שומרים דעלמא שהרי ש"ח השוטח את הפקדון אינו נחשב לעוסק במצוה ואינו הופך להיות ש"ש מפרוטה דר"י אך נשאר ש"ח ובמה שונה שומר משכון משומר פקדון דעלמא.

ולפי זה נראה דשמירת משכון אינה חלות דין שמירה דעלמא כבשאר השומרים, אלא חלות דין שמירה מיוחדת ושהמלוה אכן מקיים בה מצות הלוואה ומשכון בעת שמירתו ובשעה שמטפל בו. וכן עולה נמי ממש"כ בעל נמוקי יוסף לסוגיין (דף נא. בריי"ף ב"מ דפוס ווילנא) בשם הראב"ד וז"ל וק' היכי מדמי הלואה שנעשית מצותה משעה שהלוה לשומר אבידה שעושה מצוה כל זמן השמירה. ופריק וז"ל דה"נ הוי ש"ש כל שעתא מפני שממתין לו ואינו מוכר המשכון ליפרע ממנו וכו' עכ"ל. ר"ל שמקיים מצוה כל זמן שהמשכון ברשותו ואינו מוכרו, דכשם שבאבדה קיימת מצוה תמידית בשמירתה כמו כן בנוגע לקבלת המשכון ולשמירתו יש מצוה תמידית שחל בה דין עוסק במצוה פטור מן המצוה. ומסתבר לפי"ז לומר שלגמרי הושווה משכון לאבידה, שאף במשכון חל דין השמירה מן השמים כאחד מדיני ההלוואה בדומה לחלות חיוב שמירה באבידה. ועוד יש להוכיח דשמירת המשכון חלה מן השמים ולא מדעת המתחייב של המלוה והלוה, שהרי חלה דין שמירה אף במשכון שלא בשעת הלואה, וחלות משכון שלא בשעת הלואה היא בעל כורחו של הלוה. וא"כ הרי חסרה מסירת המפקיד של הפקדון לשמירה מדעת ואף דעת המלוה להתחייב בשמירתו ג"כ איננה, ובכן ע"כ שחלות שמירה מיוחדת חלה מן השמים ע"פ פרשת מלוה במשכון בדומה לשמירת אבידה.

ובשט"מ לסוגיין (דף פ"ב ד"ה דכו"ע) הביא בשם הריטב"א וז"ל וא"ת מאי איריא מלוה על המשכון אפי' שומר פקדון יהא ש"ש מן הסתם דהא מחויב לנערו ומשתכר בפרוטה דר"י. וי"ל דגבי שומר כיון דמיד בעלים בא לו וכל עיקר לא נחת אלא לשמירה דעלמא וקבלו סתם אנן סהדי דלא נחת אלא להיות ש"ח וכו' אבל באבידה שבאה לו שלא לדעת הבעלים ולא באה לו משום שמירה אלא משום מצוה, וכן במלוה על המשכון שלא באה לו אלא משום מצוה אני אומר דדעתו להיות ש"ש בפרוטה דר"י וכו' עכ"ל. ודבריו צ"ב.

אמנם מכל מקום מלשון הריטב"א משמע כמו שנתבאר לעיל, שההפקדה באבידה ובמשכון שוה והיא באה מן השמים ומן התורה ולא ישיר מדעת הבעלים, ובהפקדה כזו בלבד חל דין פרוטה דר"י לעשותו ש"ש. ומשמע נמי דס"ל דבמשכון נמי השמירה חלה מאליה מן השמים בלי דעת מפקיד ונפקד, ובלי חלות דין של מסירת הבעלים לשומר. והנה יש לחקור האם חל דין בעליו עמו בשומר אבידה ובשומר משכון. והגר"מ זצ"ל אמר דהואיל והשמירה בשומר אבידה ומשכון אינה חלה מחמת מסירת המפקיד, אלא דחלה מאליה מן השמים א"כ י"ל דהפטור של בעליו עמו לא חל, כי הפטור דבעליו עמו חל רק במסירת המפקיד, ועיין בב"ק (נו:). ועיין בסוף דברי התוס' (דף פא: ד"ה והא) הדנים במי שקיבל משכון מעכו"ם אם עובר בב"י וב"י אליבא דר' יצחק. וקשה לכאורה שהרי אין שמירה לעכו"ם. ומוכח שלדעתם (אליבא דצד א') אין הדין דר' יצחק משום חלות שמירה דעלמא אלא הוי חלות חיוב מיוחד[534]. ומסתבר לומר לשיטתם דהפטור דבעליו עמו לא חל במשכון דר' יצחק.

ולפי זה מסתלקת קושית העולם שהקשו שמאחר שכל ש"ח דעלמא עושה חסד עם בעל הפקדון למה אינו הופך להיות ש"ש משום פרוטה דר"י. עקב הנחה הנ"ל ניתן לומר: א) רק באבידה ומשכון שלא היתה קבלת שמירה, וחלות שמירה היא חיוב מיוחד מן השמים קיימת מצות צדקה בשמירה עצמה - שכך היא מצותן של אבידה ומשכון לשומרם ולקיים בהם מצות צדקה וחסד. ולפיכך הפכתם התורה להיות שומרי שכר. לא כן בשמירה דעלמא כי למרות שש"ח דעלמא גומל חסד הרי קיבל את הפקדון לשמירתו מדעת המתחייב שלו, והמצוה אינה דין בעצם חלות השמירה כי אם דבר צדדי, ונשאר שומר חנם[535]; ב) י"ל שבאבידה ופקדון הואיל והתורה היא המפקידה לו מן השמים גם הפרוטה דר"י שבאה אליו מן השמים נחשבת לשכר השמירה ונעשה השומר ש"ש. ואילו בש"ח דעלמא אפילו במקום שנהנה מפרוטה דר"י אינו הופך להיות ש"ש כי הפרוטה דר"י לא הגיעה אליו מן המפקיד שלו אלא מן השמים וכדי שיעשה ש"ש בדין הוא ששכרו יגיע אליו ישיר מן המפקיד, ולכן נשאר ש"ח.

ברם במס' ב"ק (קו:) מלכתחילה הגמרא השווה שומר אבידה לשומר של קטן שכשם שיש חיוב טט"ג בשומר אבידה כן יש בשומר של קטן כי בשניהם חסרה מסירת מפקיד בן דעת. ורב אשי חילק שאין להשוות קטן לאבידה כי אבידה "אתיא מכח בן דעת". ומשמע שבעל האבידה נחשב למפקיד המוסר את האבידה שלו לשמירה, וצ"ע[536].[537]

[534] דחלה מדין קנין ע"י גביית ב"ד או דחלה שמירה משמים כבשומר אבידה.
[535] לכאורה ביאור זה הוא כוונת הריטב"א הנ"ל, עיי"ש בלשונו.
[536] וע"ע בס' רשימות שיעורים מס' שבועות ח"ב בענין משכון אליבא דר' יצחק (עמ' רט"ו - רכ"ג).

ע"כ ענין משכון אליבא דר' יצחק

רש"י ד"ה ישבע.

ז"ל ישבע שלא פשע ויפטר ובגמרא מפרש אמאי פטור ש"ש בשבועה הא בלאו פשיעה נמי חייב שאין זה אונס אלא כגניבה ואבידה שהן קרובין לאונס ופשיעה עכ"ל. ומבואר מרש"י דגניבה ואבידה הן ממוצעים בין פשיעה לאונס. וכן משמע נמי מדברי הרמב"ם (פ"א מהל' שכירות הל"ב) וז"ל השואל משלם הכל בין שאבד דבר השאול או נגנב או שאירע אונס גדול מזה כו' נושא שכר או השוכר שניהם דין אחד להן אם נגנב או אבד הדבר השכור או שנטל שכר על שמירתו הרי אלו משלמים, ואם ארעו אונס גדול מזה כגון שהיתה בהמה ומתה או נשברה או נשבית או נטרפה הרי אלו נשבעין שנאנסה ופטורין כו' נושא שכר והשוכר משלמין את האבידה ואת הגניבה ונשבעין על האונסין הגדולים כגון שבורה ושבויה ומתה וטריפה או שאבד הדבר בספינה שטבעה בים או נלקח בלסטים מזומן וכל כיוצא באלו משאר אונסין הגדולים עכ"ל. אליבא דהרמב"ם גניבה ואבידה מוגדר כ"אונס" אך אינם "אונסים גדולים" - כלומר הריהם פחותים מפשיעה ממש, אך הויין פשיעה יותר מאונס גדול - דהיינו יותר מאונס גמור דכל התורה כולה דרחמנא פטריה. דאילו גניבה ואבידה אינם בגדר אונס דכהת"כ, אולם הריהם כאונס בהלכות שמירה לגבי ש"ח שפטור עליהם, ואילו ש"ש חייב עליהם.

ועל שיטת רש"י והרמב"ם דנים בתוס' (לעיל דף מב. ד"ה אמר) שיש להם צד לומר דש"ש חייב בגניבה ואבידה ואפילו באונס גמור, וכן הביא בהגהות מיימוניות (פ"א מהל' שכירת אות ג') בשם הר"י וז"ל כיון דחייב הכתוב ש"ש בגניבה וסתם גניבה קרובה לאונס היא כדאמרי ברישׁ פרק השואל סברא היא דבכל ענין שהיה הגניבה חייב מגזה"כ ואפילו באונס שחפר מאה אמה וישב שם לשמור אך שקפצה עליו שינה או רוח שגעון אע"ג דבלסטים מזויין דהיינו שבויה דקרא פטר בה הכתוב אע"פ שאין אונס גדול מזה עכ"ל.

גמ'. התינח במקום מדרון, שלא במקום מדרון מי מצי משתבע דלא פשע. צ"ע, דלכאורה איפכא מסתברא, דבמקום מדרון צריך להזהר יותר ואם נתקל הריהו פושע, ואילו שלא במקום מדרון לא צריך להתבונן ולהזהר כ"כ ואם נתקל אינו פושע. ועוד

[537] אמנם עיין בשיטה מקובצת שם שהביא בשם הראב"ד פי' מחודש למלים "אתיא מכח בן דעת" שמתיישב שפיר עם היסוד שהונח לעיל, וז"ל דשאני הכא משום דלא אתיא לידיה מכח בן דעת שהוא עצמו לא היה יודע לשמור ממונו איך יתחייב אדם בפקדונו משום שמירה אבל אבדה הרי באה לידו מכח בן דעת כלומר ממונו של בן דעת שיודע לשמור ממונו הלכך כל אדם חייב בשמירתו כשיבא לידו ע"כ. הרי שלפי הראב"ד אין בעל האבדה נחשב כמפקיד אלא שהוטל על שומר האבדה חיוב שמירה משום שהוא צריך לשמור החפץ כמו בעל האבדה, ומיושבת הקושיא שבפנים.

צ"ע דבסוגית נתקל פושע במס' ב"ק (דף כט.) לא הבחינו בין במקום מדרון ובין שלא במקום מדרון ולמה בסוגין הבחינו ביניהם.
ונראה דר"מ סובר שבכל אופן אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים ולפיכך נתקל לאו פושע הוא. ואילו ר"א סובר דדרכן של בני אדם להתבונן בדרכים ואם נתקל הריהו פושע. ושאני הכא בסוגיין בשכיר שהשכירו בעה"ב להעביר חבית ממקום למקום, דכשבעה"ב השכירו במקום מדרון עלול שם להתקל יותר, ואזי הבעה"ב לקח על עצמו את הסיכון והאפשרות שהשכיר יתקל, ובהשכירו ולא התנה עליו שישלם אם נתקל סימן הוא שנתן לו רשות להעביר את חביתו ואם יתקל האחריות של בעה"ב שהשכירו לכך. משא"כ בשלא במקום מדרון, שאין הסיכון כ"כ גדול שיתקל, ולכן ליכא רשות מבעה"ב שכשיתקל יפטר והשכיר איפוא חייב לשלם מאחר שפשע ונתקל.

בענין אדם המזיק

א.

אדם מועד לעולם

בדין אדם מועד לעולם (ב"ק כו א) יש שלש שיטות בראשונים: א) שיטת התוס' (דף פב: ד"ה וסבר) שאדם המזיק חייב באונס כעין אבידה ופטור באונס כעין גניבה ובאונס גמור; ב) שיטת הנ"י (ב"ק דף כו.) שאדם המזיק פטור באונס גמור ובשאר האופנים חייב; ג) שיטת הרמב"ן (בחידושיו לסוגיין ב"מ דף פב:) שאדם המזיק חייב באונס גמור.
ובביאור המחלוקת נראה דיש לחקור האם המחייב של אדם המזיק הוא ביטול חובת השמירה המוטלת עליו כעין חובת השמירה המוטלת על בעליהם של ממון המזיק, או שהמחייב באדם המזיק הוא מעשה הנזק שעשה. ונראה דלתוס' המחייב הוא ביטול חובת השמירה ולכן ס"ל דפטור באונס כעין גניבה, כי באופן הזה אין להאשימו בביטול חובת שמירה.
ויל"ע בביאור שיטת התוס' דס"ל דיש לחלק בחובת השמירה של אדם המזיק לשמור את גופו מלהזיק בין פשיעה כעין גניבה לבין פשיעה כעין אבידה, דהרי ש"ש דעלמא חייב בשמירת הפקדון ומשלם בין בכעין אבידה ובין בכעין גניבה ומ"ש שמירת גופו דאדם המזיק משמירת פקדון בשומר שכר, דבשמירת גופו דאדם המזיק ס"ל להתוס' דחייב באונס כעין אבידה ופטור באונס כעין גניבה, משא"כ בש"ש חייב בין בכעין אבידה ובין בכעין גניבה.

[538] עיין לעיל בשיעורים (דף נו. ד"ה בענין פטורי שומרים אות ד' ולקמן בשיעורים לדף צד.

ונראה לבאר עפ"י דברי הגר"ח זצ"ל[538] שביאר דישנן שני מחייבים שונים בשומר פקדון: א) ביטול השמירה בקום ועשה, ב) חיוב השבה המוטלת על השומר להשיב את הפקדון לבעלים. ולפי"ז נראה דס"ל לתוס' דבש"ש דעלמא חלין שני הדינים, דהיינו דין ביטול חובת השמירה בקום ועשה בגוונא דפשיעה כעין אבידה. דאם השומר פשע פשיעה כעין אבידה אזי השומר ביטל את חובת השמירה המוטלת עליו בקום ועשה וחייב לשלם ע"ז, בדומה למזיק בידים דעלמא. ואילו באונס כעין גניבה ש"ש חייב מחמת חסרון השבת הבעין, והוי חיוב דחל עליו בשב ואל תעשה.

וי"ל דלכן יש נפ"מ אף לענין אדם המזיק דעלמא שאינו שומר פקדון אלא שחייב בשמירת גופו מלהזיק. דאילו פשע בכעין אבידה אזי י"ל שהוא ביטל את חובת השמירה המוטלת עליו בקום ועשה, ומשו"ה הריהו חייב לשלם. משא"כ כשהזיק באונס כעין גניבה דלא ביטל את חובת שמירת גופו ואף איננו חייב באחריות החפצא מכיון דאינו שומר פקדון, ומשו"ה כשהזיק באונס כעין גניבה הריהו פטור מלשלם, דהו"ל שב ואל תעשה ואינו חייב מדין אדם המזיק.

והנה בדין שמירת הנזקין יש חילוק בין שור תם דבעי שמירה מעולה לבין שאר מזיקין דבעו שמירה פחותה (עיין בסוגיית הגמ' ב"ק דף מה: וברמב"ם פ"ז מהל' נזקי ממון ה"א). דשור תם בעי שמירה כשיעור שמירת ש"ש ושאר המזיקים כשיעור שמירת ש"ח. אולם לפימש"נ יל"ע אליבא דהתוס' האם תם צריך רק שמירה בכעין אבידה ולא בכעין גניבה או לא, וצ"ע.

מאידך הרמב"ן סובר שהמחייב הוא מעשה הנזק ולכן אדם המזיק אפילו באונס גמור חייב מאחר שעשה מעשה נזק. ונראה דשיטת הנ"י מתבארת בא' משתי דרכים: א) י"ל שסובר שהמחייב באדם המזיק הוא ביטול חובת השמירה אך לנ"י יש שיעור אחר מתוס' ואף באונס כעין גניבה יש ביטול חובת השמירה המחייב אדם המזיק. אולם באונס גמור במקום שאין ביטול לחובת השמירה אדם המזיק פטור. ב) א"נ י"ל דהנ"י ס"ל דהמחייב באדם המזיק הוא מעשה הנזק, אך באונס גמור פקעה חלות מעשה המזיק וכדכתיב "ולנערה לא תעשה דבר". ומלשון הנ"י משמע כפירוש השני דהנמו"י מביא את הפסוק "ולנערה לא תעשה דבר" בנוגע לאדם המזיק כדי לפוטרו באנוס גמור. מאידך לרמב"ן מעשה מזיק באונס נחשב למעשה מזיק, ולכן הרמב"ן מחייב את המזיק באונס לשלם. והרמב"ן סובר שהפסוק "ולנערה לא תעשה דבר" חל רק לפטור מעונשין אך לא חל במזיק שחיובו הוא חיוב ממון בעלמא ולא עונש.

ב.

דיונם של התוס' והרמב"ן

עיין בתוס' (דף פב:) ד"ה וסבר דס"ל דאדם המזיק חייב כשלא שמר את עצמו כעין אבידה ופטור כשלא שמר את עצמו כעין גניבה. וכבר ביארנו דיסוד שיטתם הוי שהמחייב של אדם המזיק הוי אי שמירת גופו שלא להזיק ולא את עצם מעשה המזיק שעשה. אך עלינו לבאר למה הבחינו באדם המזיק בין חסרון שמירה בכעין אבידה דחייב לבין חסרון שמירה בכעין גניבה דפטור.

ונראה לבאר את שיטתם עפי"מ שמובא כמה פעמים בשיעורים בשם מרן הגר"ח זצ"ל דישנם שני מחייבים בשומר: א) מחייב דביטול חובת השמירה שעליו; ב) מחייב דהשבת החפצא והאחריות לשלם בלי ההשבה. ועפי"ז ביאר הגר"ח זצ"ל את שיטת הרמב"ם (פ"ב מהל' שכירות הל"ג) שפסק ששומר הפושע מזיק הוא וחייב אף על קרקע, משא"כ על גניבה אבידה ואונס שומר קרקע פטור מלשלם עליהם. וביאר הגר"ח זצ"ל דבפשע השומר ביטל את חובת השמירה שעליו וחובת השמירה חלה אף על קרקע ומשו"ה חייב השומר לשלם. ואילו בגניבה אבידה ואונסים השומר לא ביטל את חובת השמירה שעליו ומשלם מדין אחריות על הפקדון ומחמת חסרון ההשבה, וחובת ההשבה והאחריות לא חלין על קרקע.

ובדרך זו נראה שניתן לבאר נמי את שיטת התוס' שאינם מחלקים כהרמב"ם בין פשיעה לבין החיובים האחרים דשומר אלא בין כעין אבידה לבין כעין גניבה. דהתוס' ס"ל דש"ש חייב בכעין אבידה משום שביטל את חובת השמירה שעליו והו"ל ביטול חובת השמירה בקום ועשה וחייב כמו מזיק. משא"כ בכעין גניבה דש"ש חייב מדין אחריות וחסרון השבה בלבד ולא מדין פושע ומזיק. ולכן תוס' מחלקים נמי לענין החיוב דאדם המזיק, ומחייבים אותו דוקא בכעין אבידה. והביאור בזה הוא דבכעין אבידה הו"ל כאילו הזיק האדם בקום ועשה מדביטל את חובת השמירה המוטלת עליו, וכמו בשומר פקדון שביטול השמירה חשוב כמזיק בקום ועשה בידים ה"ה באדם המזיק עצמו ביטול שמירת גופו בכעין אבידה הו"ל כאילו הזיק בידיו בקום ועשה וחייב. משא"כ בכעין גניבה דבשומר דעלמא ליכא ביטול שמירה אלא שחייב מדין השבה ואחריות שלא שייך לומר כן אצל אדם המזיק, ומשו"ה אדם המזיק בכעין גניבה פטור דא"א להחשיבו כמזיק בקום ועשה, שאינו אלא שב ואל תעשה שפטור באדם המזיק ואע"פ שבשומר חייב.

והנה התוס' מביאים ראייה מהירושלמי (ב"ק פ"ב) בענין שנים שהלכו לישון והזיקו זה את זה שמבואר בירושלמי שאותו שישן תחילה והזיק לשני הבא אצלו לישון פטור.

ומוכח שמזיק באונס פטור. והרמב"ן השיב ע"ז שהניזק גרם שיוזק ולכן המזיק פטור, וז"ל דהתם משום דשני פשע בעצמו עכ"ל, ודומה למשסה כלב בעצמו שבעל הכלב פטור (ב"ק כד ב) וכמו"כ הביאו התוס' ראייה לשיטתם מבעל חבית ראשון ובעל קורה אחרון שאם עמד בעל חבית ונשברה חבית בקורה שפטור. והרמב"ן דוחה גם ראיה זאת, שכן הניזק פשע ובעצמו גרם לנזק ולפיכך המזיק פטור. אותה מחלוקת מצויה גם בנוגע לדין אין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים (ב"ק כז ב) שלתוס' פטור מפני שהוא אונס כעין גניבה, ולרמב"ן פטור משום שהניזק גרם את הנזק לעצמו.

התוס' הביאו עוד ראיות - אחת מסוגיין מדין מעביר חבית ממקום למקום ושברה שפטור, ומטבח אומן שקלקל שפטור (לקמן צט ב). אשר לאלה השיב הרמב"ן וז"ל שאין באומן הטועה במלאכתו משום מזיק עכ"ל. ומסתבר שכוונתו שזכות האומן לעסוק במלאכתו מפקיעה את השם מזיק ממעשיו. וניתן להוסיף שהמחייב דמזיק לרמב"ן תלוי במעשה העבירה - כי המזיק עשה עוול לניזק. וסובר שעבירה באונס שמה עבירה[539], אלא שאנוס פטור מעונשי גופו ולא מתשלומי ממון דמזיק. ברם כשעסק אומן במלאכתו והזיק ליכא עבירה ועוול כי התעסק ברשות והתכוון לטובת הניזק, וכשאין עבירה מזיק פטור מתשלומי נזק. ולפי"ז יתכן שאם קטן יזיק יהיה פטור מלשלם אפילו כשיגדל כי אין במעשיו חלות מעשה איסור[540].

ונראה דלרמב"ן מעשה אונס נחשב למעשה גברא ולמעשה עבירה אלא שיש חלות פטור בנוגע לעונשי הגוף. לעומת זאת יתכן שלנ"י אונס גמור פטור מחיוב מזיק כי לדעתו מעשה אונס אינו מעשה גברא כלל, ולכן אנוס פטור מחיובי מזיק. אמנם שיטת הרמב"ן קשה שהרי קיי"ל (ריש מס' כתובות דף ג.) שיש טענת אונס בגיטין, ובגמ' נדרים (דף כז.) מבואר דקיום התנאי באונס אינו קיום תנאי בדיני ממונות ובגיטין מדכתיב ולנערה לא תעשה דבר, ומוכח שמעשה אונס אינו מעשה גברא כלל וכפי שביארנו בנ"י, וצ"ע בזה[541]. אך דברי הרמב"ן אינם סותרים את הגמרא (ב"ק דף כח:) הפוטרת מזיק באונס

[539] והנה בוודאי הארוך אנו מתוודים על חטא שחטאנו לפניך באונס וברצון. מוכח שמעשה אונס מעשה עבירה הוא.

[540] אך הגר"ח זצ"ל היה אומר שלקטן יש מעשה עבירה, והראייה ממ"ד דקטן אוכל נבילות ב"ד מצווין להפרישו. וע"ע במש"כ ברשימות שיעורים לב"ק (דף ב' - ו') ברש"י בב"ק (צח: ד"ה ואכפייה) ובהגה"ת אשר"י (ב"ק פ"ח אות ט').

[541] אולי י"ל דשם מיירי בקיום תנאי דאם לא באתי עד ל' יום דהוי קיום תנאי בשב ואל תעשה. ואונס מפקיע מעשה גברא בשב ואל תעשה. משא"כ כשהזיק בקום ועשה שאף באונס הוי מעשה גברא. א"נ שהוא דין מיוחד בתנאים דבעינן מעשה גברא ברצון ולא באונס. ומה שהגמ' הביאה את הפסוק ולנערה לא תעשה דבר הוא רק דמיון והשוואה בעלמא לדיני עונשין דאונס רחמנא פטריה דה"ה דמעשה אונס אינו קיום התנאי, אך אין להסיק מזה שום ענין בנוגע לדינים אחרים.

מולנערה לא תעשה דבר כי שם מיירי בנוגע לממון המזיק ולעשיית בור המזיק שהמחייב הוא ביטול חובת השמירה ובאונס ליכא מחייב זה כלל[542].

והתוס' הביאו עוד ראייה אחרת מהגמ' בב"ק (קיב.) בשהניח להם אביהם פרה שאולה שמשתמשין בה כל ימי שאלתה ואם מתה אין חייבין באונסיה, אבל כסבורים של אביהם היא וטבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול, ולא משלמין בשביל מה שהזיקו דאנוסין הן. ומוכרח שמזיק באונס פטור. ועלינו לבאר את ההלכה שיורשי שואל פטורין מנזק אליבא דהרמב"ן.

ונראה דבמס' סנה' (דף עב.) בנוגע לבא במחתרת רב אמר שאם נטל כלים ויצא פטור משום דקלבד"מ. וז"ל הגמרא אמר רבה מסתברא מילתא דרב בששיבר דליתנהו אבל נטל לא, והאלקים אמר רב אפילו נטל, דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותיה קיימי ה"נ ברשותיה קיימי, ולא היא, כי אוקימנא רחמנא ברשותיה לענין אונסין, אבל לענין מקנא ברשותיה דמרייהו קיימי, מידי דהוה אשואל עכ"ל. ועיין שם בבעה"מ שפסק כרבה, ואפילו שיבר את הכלים לאחר שיצא מהמחתרת פטור מלשלם נזק. וכתב הבעה"מ וז"ל דשאני דין רודף מדין גזלן דרודף מכי אתו לידיה קננהו בדמי מההיא שעתא, דידיה קא תבר ופטור מלשלם, ואע"ג דכי איתנהו הדרי בעינייהו חומרא הוא דרמו רבנן עליה דליהדר ממונא למריה כיון דאיתיה בעיניה כו' עכ"ל. והשיב עליו הרמב"ן במלחמות ד' וז"ל מאי איכא בין נטל ולא שבר לשבר לאחר זמן כיון שלא קנאו משעה ראשונה ועל אותה שעה אתה פוטרו אם שבר לאחר זמן אמאי פטור, הרי על שבירה זו אתה מחייבו כו' ועכשיו הוא שובר כליו של חבירו אמאי פטור, ומה שאמר בעל המאור ז"ל דבדמיה קננהו וכי איתנהו דהדרי חומרא דרבנן הוא דברי הבאי הם שהרי מפורש בגמ' דכי אוקמינהו רחמנא ברשותיה ה"מ לענין אונסין, אלמא מדינא דאורייתא הדרי כו' עכ"ל. הבעה"מ מחדש שמאחר שהבא במחתרת פטור מדיני אחריות של גזילה פטור אף ממזיק. ולכאורה דברי בעה"מ מרפסין איגרי כי למה יפטר הגזלן שהזיק מלשלם עבור הנזק.

ונראה שהבעה"מ סובר שהבא במחתרת דהזיק מכיון דפטור מדין אחריות דגזילה פטור נמי מתשלומי נזק, דגזלן דהזיק את החפצא הגזול משלם רק מדין אחריות דגזלן, ובמקום שאינו חייב מדין האחריות דגזילה אינו חייב משום מזיק. וי"ל דסברתו היא כי לגזלן יש קנינים בחפצא ולכן אם הזיק אינו חייב לשלם מדין מזיק, בדומה למי שהזיק את שלו

[542] ועוד י"ל דעשיית הבור מחייבת את בעל הבור בשמירת הבור מחמת העבירה שעשה בעשיות הבור ברה"ר. ועל העבירה הזו חל פסוק ולנערה לא תעשה דבר להפקיע את חלות שם העבירה ולפוטרו מאחריות הבור שעשה באונס. ומ"מ אנוס הוי מעשה לחייב אדם המזיק באונס.

שאינו נחשב למזיק ופטור, דכל חיוב גזלן בנזק הוא מדין גזילה. ונראה דסמוכין לשיטת בעה"מ נמצא בדין דגמרא (ב"ק דף צז.) שגזלן אינו משלם עבור השתמשות בגזילו, כי קניני הגזילה שיש לו בדבר הגזול פוטרים אותו מלשלם וי"ל דה"ה לגבי תשלומי מזיק. ואילו הרמב"ן מחלק בין חיובי ההשתמשות ותשלומי מה שנהנית וס"ל דקניני הגזילה פוטרים את הגזלן מלשלם עבור ההשתמשות ומה שנהנית, לבין חיוב מזיק דס"ל שגזלן משלם נזק מדין מזיק.

והנה יש לחקור בדין השואל המשלם עבור אונסין - האם משלם מדין אחריות דשומר או מחמת הקנין שיש לו בדבר השאול[543]. ולכאורה הכרעת חקירה זו תלויה בסוגיא (ב"ק דף יא.) הדנה אם שמין לשואל. ועיי"ש שאין שמין לגנב ולגזלן. וכתבו התוס' (שם ד"ה אין וכו') וז"ל והיינו טעמא דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים וכו' וה"ט דמ"ד אף לשואל, כיון דחייב באונסין, נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן עכ"ל. ומבואר דאליבא דתוס', למ"ד אין שמין לשואל השואל משלם בגלל קנינו בחפצא כמו גנב וגזלן, ואילו למ"ד שמין לשואל משלם השואל מדין אחריות דשומר ולא מחמת קנין.

והנה יורשי השואל משתמשין בדבר השאול כל ימי שאלתה. וחזינן מזה שיש להם זכותי שאלה. ואם ננקוט שלשואל יש קנין בחפצא י"ל שה"ה שליורשי השואל יש קניני שאלה[544]. ובכן ניתן לומר אליבא דהרמב"ן שמשום כך אין יורשי השואל משלמים מדין מזיק שכן קניני השאלה שלהם פוטרים אותם מחיוב מזיק. אמנם עדיין קשה שהרי קיי"ל שמין לשואל. ויתכן שזה רק בנוגע לדין שינוי שבכך אין שואל כמו גזלן הקונה בשינוי, אך מ"מ יש קניני שאלה לשואל הפוטרים אותו ממזיק.

ברם אליבא דהרמב"ן עדיין קשה למה קניני השואל פוטרים אותו מנזק ואילו קנין גזילה אינו פוטר את הגזלן הבא במחתרת מנזק שלא כבעה"מ. ויתכן שהרמב"ן סובר שאין לבא במחתרת קנין גזילה כי מאחר שחל דין קלבד"מ ופטור מלשלם ונמצא שאינו חייב

[543] נ"מ אם משלם משעת משיכה או משעת אונסין, עיין ברשימות שיעורים לשבועות ונדרים חלק שני דף ר"א וברשימות ב"ק (דף יא. לתוס' ד"ה אין כו').

[544] ונראה שאע"פ שיש ליורשי שואל קניני שאלה עכ"ז אין להם האחריות דשואל כי לא קנו קניניי השאלה ע"י שעשו בעצמם כי קניני השאלה הגיעו אליהם בירושה ואילו שואל דעלמא התחייב בקנין משיכה שעשה בעצמו לקנות את השאלה.

[545] לכאורה זה תלוי בחקירה ביסוד הגדר דקלב"מ אם הוא פטור מן העונש הקל או שהעונש החמור כולל את העונש הקל ונמצא שחייב בחיובי גזילה (עיין ברשימות שיעורים למס' בב"ק דף ד. תוס' ד"ה כראי). ואולי י"ל בדוחק דמ"מ מכיון שאינו נענש בעונש הקל אינו קונה קניני גזילה, והדבר צריך עוד עיון. ועל עצם הקושיא מגזלן שהזיק שחייב ואילו שואל שהזיק פטור, נ"ל דעצם חיוב גזלן חל מדין מזיק (ב"ק ד ב), ומשו"ה כשהזיק הוסיף על

בחיובי גזילה ואף אינו קונה קניני גזילה[545]. ומשום כך אם הזיק חייב, ואילו לשואל יש קנין שאלה, ולפי' פטור מחיובי מזיק.

ג.

שיטת הרמב"ם

שיטת הרמב"ם בנוגע לאדם המזיק באונס לכאורה היא כהנ"י שאונס גמור פטור ובשאר האופנים אדם המזיק חייב. דז"ל בפ"ו מהל' חובל (הל"ד) היה עולה בסולם ונשמטה שליבה מתחתיו ונפלה והזיקה כו' היתה חזקה ומהודקת ונשמטה או שהתליעה הרי זה פטור שזו מכה בידי שמים היא וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. ומלשונו שכ' "שזו מכה בידי שמים" משמע דהוי אונס גמור וס"ל דבכה"ג הוא פטור, ומשמע דבשאר גווני הוא חייב משום מזיק - וכשיטת הנ"י. אך עיין ברמב"ם (פ"א מהל' חובת ומזיק הלי"א) שפסק וז"ל אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד בין ער ובין ישן כו' בד"א שהישן חייב לשלם בשנים שישנו כאחד ונתהפך אחד מהן והזיק את חבירו או קרע בגדו, אבל אם היה אחד ישן ובא אחר ושכב בצדו זה שבא באחרונה הוא המועד ואם הזיקו הישן פטור. וכן אם הניח כלי בצד הישן ושברו פטור שזה שהניחו הוא המועד שפשע עכ"ל. בנוגע לפטור הישן שהזיק לשני ששכב בצדו מבואר ברמב"ם שהוא משום שהשני "הוא המועד", כלומר, שהשני גרם לעצמו שיוזק. והיא כדעת הרמב"ן שאפי' יזיק אדם באונס גמור חייב אבל לא כשהניזק יגרום לעצמו שיוזק. ותימה שהרי הרמב"ם (בפ"ו) פסק כמו הנ"י שאנוס גמור שהזיק פטור, וא"כ למה ביאר פטור הישן שהזיק כמו הרמב"ן שביאר שיש פטור משום שהניזק גרם את הנזק לעצמו, וצ"ע.

ונראה דהנה עיין בגמ' ב"ק (כה:) "אנוס הוא ואונס רחמנא פטריה". כלומר עשיית המזיק באונס אינה מחייבת בבור. ויש לדון אם יתחייב כשיעשה מזיק מפני פקוח נפש - כגון כשאנסוהו לכרות בור ברה"ר. ויתכן שזה יהיה תלוי בשאלה אם העושה מעשה בגלל פקו"נ נחשב כאנוס לעשות את המעשה או לא. והנה הרמב"ם (פ"ה מהל' יסודי התורה הל"ד) פסק בג' העבירות דעליהן נאמר הדין דיהרג ואל יעבור שאם מישהו יעבור על העבירה כדי שלא ייהרג שפטור מעונש בי"ד וז"ל ואעפ"כ מפני שעבר באונס אין מלקין אותו ואצ"ל שאין ממיתין אותו בי"ד אפילו הרג באונס, שאין מלקין וממיתין אלא לעובר ברצונו בעדים ובהתראה שנא' בנותן מזרעו למולך ונתתי אני את פני באיש ההוא מפי השמועה למדו ההוא לא אנוס וכו' ובעריות הוא אומר ולנערה לא תעשה דבר

גזילתו ומתחייב. משא"כ שואל שאינו מזיק כלל ולכן קנין השאלה שלו פוטרו מחיוב מזיק אם הזיק את החפצא השאול דחייב רק מדין אחריות דשואל בלבד. אך אין ליורשי השואל חיוב האחריות של שואל אלא רק קניני שואל ומשו"ה כשהזיקו פטורים מלשלם.

כו' עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דמעשה עבירה שנעשה משום פקו"נ חשוב כאונס. ואמנם הגר"ח זצ"ל היה רגיל להוכיח מכאן שמעשה אנוס חשוב למעשה עבירה, שהרי בג' עבירות יש מצות יהרג ואל יעבור, ופשוט שמצות קידוש השם חלה רק כדי שלא יעשה הגברא מעשה עבירה. ומוכח לכאורה מהרמב"ם שעבירה באונס חשובה עבירה, אלא שבשאר עבירות חל המתיר של פקו"נ ואילו בג' עבירות אין ההיתר חל. ומ"מ מי שעשה איזו שהיא עבירה מפני פקו"נ אנוס הוא ופטור מעונשים[546].

אולם עיין בכסף משנה שם שהביא דהרמ"ך חולק על הרמב"ם ולדעתו מי שעבר על אחת מג' עבירות כדי שלא ייהרג חייב עונש בי"ד. ויתכן לבאר את שיטת הרמ"ך בשתי דרכים:

א) י"ל שהרמ"ך סובר שאין בפקו"נ דין אנוס. אך בשאר עבירות פקו"נ הוי מתיר ובג' עבירות לא חל מתיר דפקו"נ. ולפיכך בג' עבירות אם עבר מחמת פקו"נ חייב שאינו אנוס ורק במקום אונס ממש במציאות חל דין אונס כגון בנערה המאורסה שנאנסה בשדה.

ב) יתכן שהרמ"ך סובר כהרמב"ם דבפקו"נ בשאר עבירות חל שם אונס, אלא שסובר שבג' עבירות כשם שאין דין פקו"נ חל להתיר, דה"ה דאינו חל לפוטר מעונש מדין אונס. ולפי"ז הספק שנסתפקנו בדין דעשיית המזיק מחמת פקו"נ יהיה תלוי בשני הביאורים האלו ברמ"ך. דאם ננקוט כביאור הראשון שסובר שאין פקו"נ נחשב לאונס אזי י"ל דעשיית המזיק מחמת פקו"נ מחייבת כי איננה עשייה באונס. ואילו אליבא דהביאור השני אף הרמ"ך סובר שמעשה דעלמא שנעשה מחמת פקו"נ חשוב לאונס, ולכן עשיית המזיק מחמת פקו"נ מהווה עשיית המזיק באונס ופטור.

והנה בנוגע לדין אדם המזיק ופקו"נ נחלקו הרמב"ם והראב"ד בפ"ח מהל' חובל ומזיק (הל' ב' - ד') וז"ל הרמב"ם: בד"א כשהראה המוסר מעצמו, אבל אם אנסוהו עכו"ם או ישראל אנס להראות והראה הרי זה פטור מן התשלומין. ואם נשא ונתן ביד אע"פ שהוא אנוס חייב לשלם. המציל עצמו בממון חבירו חייב לשלם וכו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל גם בזה ע"ד הרב הוא הולך ואין הגאון מודה לו וכן הדין שאין לך דבר עומד בפני פקו"נ ומאין מתחייב לו שימות בשביל ממון חבירו הואיל וייחדו לו בפירוש כו' עכ"ל. ועיין שם בהג"מ ובלחם משנה.

וביאר הגר"מ זצ"ל שהרמב"ם סובר שיש ב' אופני חיוב מסור: א) מסור שהראה את הממון; ב) מסור שנשא ונתן את הממון ביד. מסור שהראה את הממון אינו חייב מדין

[546] אולי י"ל שבשאר עבירות אין אנוס מעשה עבירה, ורק בג' עבירות נחשב למעשה עבירה ולכן יש מצות קידוש השם, ואלה הלימודים הנמצאים בגמ' בנוגע לג' עבירות מלמדים שיש מעשה עבירה באונס רק בג' עבירות אלו בלבד. א"נ י"ל דלרמב"ם המחייב למסור את נפשו בג' העבירות אינו עצם העבירה דהא על העבירה הו"ל אנוס, אלא שעל החילול השם שיעשה חייב למסור את נפשו, שעל החילול השם אינו אנוס אלא נחשב לרצון וכדכתב שם ברמב"ם, ואכמ"ל.

מזיק דעלמא שהרי אינו אלא גרמא בנזקין וצ"ל פטור כי האנס עצמו לקח את הממון, ונמצא שהמוסר עצמו אינו המזיק אלא העכו"ם הוי המזיק. ומוכרח שמוסר שהראה לעכו"ם חייב לשלם מדין נפרד של מסור, והוא חיוב מיוחד שחל עקב חלות השם רשע של מסור בגברא[547]. ובהתאם לכך י"ל דבמקום שהמסור נאנס באונס למסור את הממון הואיל וא"א לקרותו בשם מסור כי אינו רשע אינו חייב לשלם. ואילו כשנשא ונתן ביד חייב המסור מדין אדם המזיק דעלמא, ומזיק דעלמא מחמת פקו"נ חייב לשלם. ומאידך הראב"ד סובר שמזיק שהזיק בידים משום פקו"נ פטור ולפיכך סובר שמסור שנשא ונתן ביד משום פקו"נ פטור.

והנה כבר הבאנו את מחלוקת הראשונים בדין אדם המזיק באונס. דשיטת התוס' היא שאדם המזיק באונס גמור פטור ואדם המזיק חייב רק באונס כעין אבידה. שיטת הרמב"ן שאדם המזיק באונס גמור חייב. ושיטת נ"י שאדם המזיק פטור באונס גמור, ואלא"ה חייב.

ושיטת הרמב"ם בענין זה טעונה עיון וכדהקשינו לעיל. כי מההלכה שלפנינו (בפ"ח מהל' חובל ומזיק הל' ב' - ד') בנשא ונתן ביד משום פקו"נ שחייב יוצא שלרמב"ם מזיק באונס גמור חייב, שהרי הרמב"ם סובר בנוגע ליהרג ואל יעבור שאם עבר פטור משום שאנוס הוא. ואם מזיק מחמת פקו"נ חייב אזי ניתן להסיק שהרמב"ם סובר כשיטת הרמב"ן שמזיק באנוס גמור חייב. וכן משמע מפסק הרמב"ם הנ"ל בפ"א בהל' הגוזל ומזיק (בל"א) בדין אדם ישן שהזיק. ואילו בפ"ו מהל' חובל ומזיק (הל"ד) פסק הרמב"ם וז"ל היה עולה בסולם ונשמטה שליבה מתחתיו ונפלה והזיקה אם לא היתה מהודקת וחזקה חייב. היתה חזקה ומהודקת ונשמטה או שהתליעה הרי זה פטור שזו מכה בידי שמים הוא וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. לרמב"ם פטור ב"מכה בידי שמים" ומוכח שהרמב"ם סובר שאדם שהזיק באנוס גמור פטור כדעת הנ"י, וכן כתב המגיד משנה שם, וא"כ צ"ע למה פסק שמסור בידו מחמת פקו"נ חייב. ונראה שיש ליישב את הסתירה בשלשה אופנים:

א) יתכן שהרמב"ם ס"ל כהרמב"ן שאדם המזיק באונס גמור חייב, וכפי שמשמע מפסקו בנשא ונתן ביד, אלא שהבחין בין אדם המזיק בקום ועשה לבין אדם המזיק בשב ואל תעשה. כשאדם הזיק בקום ועשה חייב אף באונס גמור שהרי עשה מעשה היזק. דמעשה היזק בקום ועשה באונס שמה מעשה היזק ומחייב אותו. ואילו אדם שהזיק בשב ואל תעשה אינו חייב משום מעשה ההיזק שעשה, כי בשב ואל תעשה חסר לו מעשה מזיק

[547] עיין בשיעורים לב"ק (דף ה.) ד"ה אלא מוסר כו'.

אך חייב משום שפשע בשמירת גופו. ולכן הרמב"ם סובר דבאונס גמור המזיק שהזיק בשב ואל תעשה פטור שהרי לא פשע כלל בשמירת גופו[548]. ולפי"ז יתכן שהשמטת השליבה נחשבת לאדם שהזיק בשב ואל תעשה ולא בקום ועשה, ולפיכך פטור באונס גמור[549]. ולפי"ז מיושבת הסתירה בין דין השליבה לבין דין הישן, דבשליבה הזיק באונס בשב ואל תעשה ופטור, ואילו בישן הזיק באונס בקום ועשה ואינו פטור מחמת אונס אלא רק מחמת שהשני הזיק את עצמו.

ב) א"נ י"ל דמעיקרא דדינא פקו"נ חל כמתיר של איסורים. אלא שנוסף לדין של מתיר פקו"נ חל נמי כפוטר של עונשים. וכל זה נכון בנוגע לעבירות ועונשיהן. ברם חיוב אדם המזיק לשלם נזק אינו חלות עונש אלא חלות חיוב ממון דעלמא. ומאחר שדין פקו"נ להתיר אינו חל במזיק[550] ה"ה שאינו חל דין פקו"נ כפוטר, ומשום כך פסק הרמב"ם שמזיק בפקו"נ חייב. מאידך אונס הבא מכח "מכה בידי שמים" חל מעיקרא דדינא כפוטר, ולפיכך חל גם לפטור תשלומי מזיק.

ג) יתכן שהרמב"ם סובר שאונס בגופו משום מכה בידי שמים מפקיע את מעשה האדם מעיקרו ולפיכך חל בו פטור אף באדם המזיק - שהרי מי שאנוס בגופו מן השמים לא עשה מעשה מזיק כלל. ברם אונס מחמת פקו"נ אינו מפקיע את מעשה הגברא אלא שחל כפטור עונש. ומשום הכי אינו חל במזיק שחיובו הוא חיוב ממון דעלמא ולא עונש, ולפיכך חייב[551]. ולפי"ז מבואר נמי דין ישן שהזיק דההיזק לא היה בעל כרחו במכה מן השמים אלא שהיה מתעסק בשינה והזיק שלא בכוונה, אך עכ"ז עשה מעשה המזיק בעצמו ובגופו.

ונראה דסברא זו אף נוגעת לדברי הגר"ח זצ"ל הנ"ל שביאר שלפי הרמב"ם אנוס נחשב למעשה עבירה, והגר"ח הסתייע ממה שפסק הרמב"ם בפ"ה מהל' יסוה"ת (הל"ד) שיש דין קידוש השם בג' העבירות החמורות - ועכ"ז פסק שאם עבר פטור מעונשין. ומוכרח

[548] עיין עוד בשיעורים להלן בנוגע לאדם המזיק. ושם רבינו זצ"ל הבחין בין אדם המזיק בקום ועשה לבין אדם המזיק בשב ואל תעשה אליבא דהראב"ד ולא אליבא דהרמב"ם, וצ"ע.

[549] צ"ע הרי השליבה נפלה מכח הגברא ולכאורה האדם הזיק בקום ועשה ולא בשב ואל תעשה. ויתכן שכח הכובד המושך את השליבה הופך את האדם למזיק בשב ואל תעשה. א"נ שמאחר שהמעשה היתה שלא בכוונה הו"ל כשב ואל תעשה. אמנם א"כ קשה מאדם ישן דהזיק שלא בכוונה כלל ומ"מ היה מתחייב אילולא שהניזק גרם את הנזק לעצמו. וצ"ל שכח הכובד המושך את השליבה והאדם מחשיבו למזיק בשב ואל תעשה.

[550] כי האיסור להזיק אין לו קשר כלל לחיוב של המזיק לשלם דחייב מדין ממון בעלמא ולא מדין עונש. ומשו"ה כל דין פקו"נ אינו שייך כלל לחיוב ממון של המזיק. משא"כ בג' העבירות דנהי דפקו"נ אינו חל להתירן מ"מ חל לפוטרן מעונשין ודו"ק.

[551] ונ"מ בין הפירושים באדם שהזיק בגלל פקו"נ בשב ואל תעשה דלפירוש הראשון פטור ולפירוש האחרון חייב. ועוד נ"מ באדם שהזיק בקום ועשה מחמת מכה בידי שמים דלפירוש הראשון חייב ולפירוש האחרון פטור. ועיין בש"ך (חו"מ סי' שע"ח ס"ק ב').

שאנוס מהווה מעשה עבירה המחייב בקידוש השם. אך כ"ז נכון בנוגע לאנוס מחמת פקו"נ. אבל אינו מוכרח בנוגע לאונס בגופו מחמת מכה בידי שמים כי יתכן שאונס כזה אינו מעשה עבירה כלל[552].

והנה בנוגע למה שהסתפקנו מה הדין בעשיית מזיק מחמת פקו"נ האם חייב או לא. י"ל דלפי הביאור הראשון שהרמב"ם סובר שחל דין פקו"נ באדם המזיק, אלא שהבחין בין מי שהזיק בקום ועשה לבין מי שהזיק בשב ואל תעשה, ה"ה שיחול דין פקו"נ ואנוס בעשיית המזיק ויפטר בעשיית המזיק. מאידך אם ננקוט כביאור השני שלרמב"ם אין דין פקו"נ חל בנוגע לניזקין אזי ה"ה בנוגע לעשיית המזיק. ואם עשה את המזיק משום פקו"נ צ"ל חייב, כי דין פקו"נ חל דוקא בנוגע לעבירות ועונשין ולא בחיובי ממון דנזקין ואין דין הצלה דפקו"נ פוטר בנזקין.[553]

אך עדיין יל"ע בשיטת הרמב"ם דאם ס"ל דאדם המזיק באונס שלא ע"י מכה בידי שמים חייב, למה פטור במעביר חבית וביורשי שואל וכדהקשו בתוס'. ונראה שאין זה קשה די"ל דהרמב"ם מחלק בין מזיק ברשות למזיק שלא ברשות, דאדם המזיק שלא בכוונה ברשות פטור, ובחבית ויורשים מיירי דהזיקו ברשות ומשו"ה הם פטורים. דרק באדם המזיק שלא ברשות חייב באונס, ועיין ברמב"ם פ"ו מהל' חובל ומזיק ה"ג) דרשות מפקיע מעשה מזיק שלא בכוונה.[554]

ה.

המחייב של אדם המזיק - חסרון שמירה או מעשה מזיק

עיין בריש מס' ב"ק (דף ב.) במשנת "ד' אבות נזיקין כו' והמבעה" ומבואר בגמ' (שם דף ג:) דאליבא דרב מבעה זה אדם והנה יש לחקור בתשלומי אדם המזיק האם יסוד המחייב הוא ביטול חובת שמירה, דהיינו שפשיעת האדם בשמירת גופו המזיק מחייבת אותו לשלם את הנזק וכמבואר במשנה בב"ק (דף ט:) וז"ל כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו עכ"ל, או שהמחייב דאדם הוא עצם מעשה הנזק שעשה ולא במה שפשע בשמירת גופו, שהרי מסתבר שבאדם אינו חל שם מזיק ואין חובת שמירת נזקין מוטלת עליו, דדוקא כשנמצא ברשותו של אדם חפצא של מזיק חלה עליו לשומרו מלהזיק, אמנם

[552] עוד נ"מ בחקירה האם מעשה אונס נקרא מעשה עבירה או לא בנוגע למי שעשה עבירה באונס והיא עבירה שחייבין עליה מיתה במזיד ובו בזמן הזיק ממון האם פטור מלשלם משום דין קלבד"מ ומדתנא רבי חזקיה הסובר שבחייבי מיתות שוגגין חל דין קלבד"מ.

[553] אולם עיין בתוס' ב"ק דף ב. (ד"ה ולא) דמדבריהם מבואר דעשיית מזיק דבור מחייבת מדין עונש.

[554] ועיין עוד ברשימות שיעורים למס' ב"ק דף כו. ד"ה אדם מועד לעולם (עמ' קפ"ב - קפ"ה), ובדף כח: ד"ה אנוס הוא (עמ' קצ"ט - ר"ב).

אדם הואיל ואינו נקרא בשם מזיק לא חל עליו חיוב שמירת מזיקים ומתחייב לשלם עבור מעשה ההיזק ולא בגלל פשיעה בשמירת גופו[555].

ונראה להביא ראיה משיטת רש"י (וכמבואר בראשונים) בב"ק (דף צח: בד"ה ואכפייה רפרם לרב אשי) וז"ל ששרף שטר חבירו בילדותו עכ"ל, דאדם שהזיק בקטנותו חייב לשלם כשיגדיל[556]. מאידך אם שור של קטן הזיק הקטן פטור מלשלם (ב"ק דף לט.) משום שאינו בר שמירה ולא פשע בחיוב של שמירת שורו. ומוכח מרש"י שאדם המזיק בגופו אינו חייב משום אי שמירה אלא מחמת עצם מעשה ההיזק שעשה ומעשה קטן חשוב למעשה מזיק ומשום כך חייב לשלם לכשיגדיל.

ויעויין במתניתין בב"ק (כו.) שאדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד ובסנהדרין (עב.) כתוב בין באונס בין ברצון. וחלוקים הראשונים בדין זה. שיטת התוס' היא שאדם המזיק חייב באונס כעין אבידה אבל באונס כעין גניבה פטור, וכתב הרב המגיד בפ"ו מהל' חובל ומזיק (הל"ד) ששיטת הרמב"ם אינה כן אלא שאדם המזיק פטור דוקא באונס גמור. ולכאורה יש לבאר את מחלוקתם לאור החקירה הנ"ל ביסוד המחייב של אדם המזיק. די"ל דלדעת התוס' המחייב של אדם המזיק הוא הפשיעה בשמירת גופו כמו המחייב בשאר המזיקין, ולכן אדם שהזיק חייב רק כשפשע בשיעור של כעין אבידה. אולם אם נאנס כעין גניבה פטור כי לא פשע בשיעור הפשיעה המחייב. מאידך הרמב"ם, לפי הה"מ, סובר שמעשה המזיק מחייב אדם, לפיכך חייב בכל אופן שהזיק ואינו פטור אלא באונס גמור שאינו נחשב למעשה אדם בכל התורה כולה וכדכתיב ולנערה לא תעשה דבר.

אך יש לעיין אליבא דרש"י והרמב"ם (לפי הה"מ) הסוברים שהמחייב דתשלומי אדם המזיק הוא עצם מעשה ההיזק שעשה ולא החסרון של שמירה, למה מנה רב אדם בתוך אבות הנזיקין, והרי בשאר הנזיקין המחייב לשלם הוא פשיעת הבעלים בשמירת המזיק ואילו באדם המחייב לשלם אינו פשיעתו אלא עצם מעשה הנזק שעשה. ומאידך אליבא דהתוס' הנ"ל הסוברים שהמחייב של אדם המזיק דומה למחייב של שאר הנזיקין, דהיינו פשיעה בחיוב שמירה המוטלת עליו, ניחא למה נמנה אדם בין אבות הנזיקין

[555] חקירת רבינו זצ"ל כאן היא דוקא בנוגע לאדם המזיק. וידועה החקירה בשאר הניזקין האם עיקר המחייב לשלם הוא ביטול חובת השמירה או מעשה הנזק שממונו עשה. עיין בשיעורים לפרק הכונס (דף נה: משנה, דף נו. ד"ה תחילתו בפשיעה, ודף נו: בסוף ד"ה תוס' ד"ה פשיטא) ובמקומות אחרים ברשימות. אך רבינו זצ"ל נקט בדרך כלל בשיעורים שהמחייב בשאר הניזקין הוא ביטול חובת השמירה וכפשטות המשנה בב"ק (דף ט:), עיין באחרונים.

[556] כוונת רש"י שנויה במחלוקת. לפי בעל אור זרוע "בילדותו" ר"ל בקטנותו, אך לדעת בעל גידולי תרומה (שער ל"ו ח"ב סוף אות ו') היינו בבחרותו אחר שהיה לבר עונשין. ועי' בפלפולא חריפתא. וע"ע בט"ז או"ח סי' שמ"ג ס"ק ב' שכתב דהיה לפנים משורת הדין דומיא דחובל עיי"ש. וכן משמע שלמד הגר"א דציין רש"י זו שם.

דמשנתנו. ועוד צ"ע שאם אין באדם חלות שם מזיק מהו הביאור בלשון המשנה "הצד השוה שבהן שדרכן להזיק", דמשמע שיש בכולם חלות שם מזיק המחייב שמירה, והרי לא שייך חלות שם זה באדם.

והנה הרמב"ם כתב בפ"ו מהל' חובל ומזיק (הל"ג) וז"ל אם היו שניהן ברשות או שניהם שלא ברשות והזיק אחד מהן ממון חבירו שלא בכוונה פטור עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל דין זה אינו מחוור דאפילו שניהם ברשות או שלא ברשות ולא הוה ידע ביה אם הזיקו חייבין אבל הוזקו זה בזה פטורין עכ"ל. ולכאורא נראה שביאור שיטת הרמב"ם הוא שהמחייב של אדם המזיק הוא ביטול חובת השמירה המוטלת עליו (שלא כדנ"ל בשיטתו), ולכן אם הוא ברשות אינו חייב לשמור את עצמו כ"כ ולפיכך אם היזק שלא בכוונה פטור. אך אף אדם שברשות חייב לשמור את עצמו מלהזיק בכוונה ולכן חייב. אמנם אם ננקט בשיטת הרמב"ם כנ"ל שסובר שהמחייב הוא מעשה המזיק צ"ע בביאור הבחנתו בין ברשות ושלא ברשות ובין כוונה לשלא בכוונה. ובאמת זהו יסוד השגת הראב"ד על הרמב"ם שהמחייב הוא מעשה מזיק ולכן סובר שאין לחלק בין ברשות לבין שלא ברשות[557]. אמנם נראה דהרמב"ם סובר דאע"פ דהמחייב דאדם המזיק הוא ההיזק ולא חסרון השמירה מ"מ ברשות מפקיע חלות שם מעשה המזיק כשהזיק ברשות שלא בכוונה פקע חלות מעשה המזיק ופטור. ודוקא כשהזיק בכוונה הרי מעשה מזיק מחייב. אך מה שהבחין הראב"ד בין הזיקו לבין הוזקו, דהיינו כשהא' רץ והשני עומד דהוי הרץ "הזיק" וכששניהם רצים הו"ל שניהם "הוזקו", צריך ביאור. ומסתבר שהראב"ד סובר שבהוזקו זה בזה בשב ואל תעשה אין כאן מעשה נזק המחייב, כי המחייב בהוזק הוא האי - שמירה, ולכן כששניהם ברשות והוזקו זה בזה פטורים. ואילו כשהזיקו בקום ועשה המחייב הוא מעשה הנזק ולכן חייבים אף ברשות. ואליבא דהרמב"ם י"ל דכשהזיק בכוונה מעשה המזיק מחייבו ושלא בכוונה המחייב הוא חסרון שמירה. ומשו"ה חלוקים בדיניהם כשהזיק ברשותו. א"נ דסובר שחייב בכל אופן משום חסרון שמירה אלא שברשותו אינו פוטרו כשהזיק בכוונה דלית ליה רשות לא לשמור את גופו ומלהזיק בכוונה.

לאור ביאור זה ברמב"ם שהמחייב באדם הוא אי שמירה ניחא מה שכלל רב אדם המזיק אם שאר אבות הנזיקין שאף אדם חייב כשאר מזיקים משום אי שמירה. ואילו לפי מש"כ בשיטת הראב"ד ניתן לומר שרב מנה אדם המזיק בין שאר אבות הנזיקין דוקא

[557] וסמוכים לכך מביאור הרמב"ן הנ"ל שפועל אומן שקלקל פטור מחיוב מזיק כי יש לו רשות להזיק שלא בכוונה ופטור וה"ה לרמב"ם לכל אדם שהזיק ברשות שלא בכוונה שפטור.

באופן שהזיק בשב ואל תעשה, כגון שנתקל הניזק במזיק. בכה"ג יסוד המחייב הוא אי שמירת גופו ובכן דומה למחייב של שאר אבות הנזיקין המתחייבים מחמת חסרון שמירה. ויתכן שאף רש"י סובר כהראב"ד וגם לדעתו המשנה מיירי רק בנזק ע"י שב ואל תעשה של המזיק, וניחא מה שמנה רב אדם בתוך שאר אבות הנזיקין המחוייבים לשלם משום פשיעת הבעלים.[559][558]

ה.

חיובי תשלומי נזק בחובל ונזקי ממון

יש לברר ענין נוסף בחיוב אדם המזיק. אמנם הכל מודים שאדם המזיק עובר באיסור, שכן מצוות רבות מורות על כך כגון האזהרות של השבת אבידה, לא תעמד על דם רעך, ואהבת לרעך כמוך וכו' וכו'. אך יש לחקור אם חיוב התשלומין מהווה עונש למעשה העבירה, או"ד חיוב בעצמו הוא ואינו נובע מן האיסור[560].

[558]ובנוגע לחקירת רבינו עיין בתורת הבית לרשב"א (בית ראשון סוף שער ראשון דף י: - יא א דפוס ביוזעפאף) בנוגע לסכין שנפלה מחיקו ושחט שלרשב"א השחיטה כשרה וז"ל וכדאמרינן בשלהי כיצד הרגל היתה אבן מונחת לו בחיקו ולא הכיר בה מעולם ונפלה לענין נזקין חייב כו' ומסתברא לי דלענין שחיטה כלענין נזקין דהכא והכא אתי מכח בן דעת קרינן ביה עכ"ל. וכתב הרא"ה בבדק הבית ז"ל ותמהני כו' מה ענין זו אצל זו גבי נזקין כל היכא דאיהו גרים חייב ואדם מועד לעולם וכו' אבל בשחיטה כו' הצריכה התורה כח אדם כו', ממילא פשוט הוא דהכא ליכא כח אדם כלל ולא מהניא כלל כו' עכ"ל. ויתכן לומר דהרא"ה והרשב"א חלוקים בחקירת רבינו זצ"ל. אליבא דהרא"ה אדם חייב בשמירת גופו ומתחייב לשלם נזק משום חסרון שמירה, ולכן חייב כשנפלה האבן והזיקה משום שחסר לו בשמירת גופו. עכ"ז אין בנפילה מחיקו כח גברא ומעשה אדם, ולכן כה"ג לענין שחיטה פסול כי מעשה אדם מעכב בשחיטה. ואילו הרשב"א סובר שאדם המזיק מתחייב משום מעשה היזק שעשה. ולכן מאחר שנפילת אבן מחיקו מחייבת אדם בנזק מוכח שיש בכך מעשה אדם, ולכן גם לענין שחיטה נפילת הסכין נחשבת למעשה אדם וכח גברא והשחיטה כשרה. ברם יתכן פי' אחר במחלוקותם על פי מה שמובא בשיעורים לב"ק (דף כג. ד"ה איכא בינייהו) בשם הגר"ח זצ"ל שמעשה אדם מחייב אדם המזיק ואילו שחיטה זקוקה לכח גברא ולכן אמר שאפי' למ"ד אשו משום חציו שחיטה פסולה כי חסר כח גברא ואע"פ שמזיק חייב. ולפי"ז י"ל שכך טענת הרא"ה בנפל סכין מחיקו ושחט שאע"פ שנקרא מעשה אדם עכ"ז השחיטה פסולה כי חסר כח גברא. וע"ע ברשימות שיעורים למס' ב"ק דף ב. ד"ה ארבע אבות נזקין (עמ' ב - ד') שדן רבינו זצ"ל ביסוד המחייב דאדם המזיק. וע"ע בחי' הר"ן לסנהדרין (דף עז:). ועיין ברשימות שיעורים לשבועות ונדרים חלק שני דף קל"ג. ועיין בשיעורים לב"ק דף ג: (רש"י ד"ה כחו), דף ד: (תוס' ד"ה ואימא מבעה), דף ה: (תוס' ד"ה כי שדית), דף י: (ד"ה ה' שישבו על ספסל אחד), ועוד.

[559]ויתכן שכך היא גם כוונת הגמרא (ב"ק ד א) דאוקמה למשנתנו אליבא דרב בישן ותני אדם שמירת גופו עליו. בישן המזיק נחשב למזיק בשב ואל תעשה כי חסר מעשה מזיק בקום ועשה שעשה אדם עֵר שהזיק. ישן שהזיק חייב משום שפשע בשמירת גופו ובכך דומה לשאר אבות נזיקין. מאידך אדם עֵר שהזיק חייב משום מעשה הנזק שעשה ולא נמנה בתוך שאר אבות הנזיקין.

[560]יתכן דיש נ"מ בחקירה זו האם מזיק נפסל לעדות. די"ל שרק רשעי חמס שנענשים בעונש ממון נפסלים. ועי' בקצוה"ח הסובר שמזיק ממון אינו נפסל לעדות ומחלק בינו לבין גזלן. ועי' בחי' הג' רע"א זצ"ל לב"ק (דף נז.) ועי' במאירי לפרק הכונס (דף נו.) וברשימות שיעורים שם.

יש ראייה שאדם המזיק אינו חיוב עונש אלא חיוב דמים בעלמא מדין הנרדף ששיבר כלים של אחרים שחייב (ב"ק דף קיז:), ואע"פ דהוי פיקו"נ. ונראה שבחקירה זו ניתן לבאר את השאלה האם מותר לאדם להציל עצמו בממון חבירו (ב"ק דף ס: ועיי"ש בתוס' ד"ה מהו דקאי על התשלומין), דרוב ראשונים ביארו דהוי ספק האם חייב לשלם או לא. דאם המחייב לשלם הוי עונש הריהו פטור ואם הוי חיוב ממון דעלמא הריהו חייב לשלם.

והנה הבאנו למעלה את שיטת רש"י דקטן שהזיק חייב לכשיגדל. ולכאורה מוכרח מרש"י דהחיוב תשלומין אינו עונש, שהרי קטן לאו בר עונשין. ובהגהת אשר"י בנוגע למה שהובא בפסקי הרא"ש (פרק החובל אות ט') שחש"ו שחבלו באחרים פטורים הוסיף וז"ל מיהו קטן חייב לשלם לכשיגדיל וכן פרש"י לקמן בהגוזל עצים כפייה רפרם לרב אשי ששרף שטר חבירו בילדותו ואגבי מיניה גובייגא מעלייתא עכ"ל. אליבא דהגהת אשר"י שמקורה בס' אור זרוע (פסקי בבא קמא סי' שמ"ו) קטן שחבל חייב לשלם לכשיגדיל כמו קטן שהזיק שחייב לשלם. ברם הגר"ח זצ"ל טען שאין הנידון דומה לראיה. די"ל דרש"י מחייב קטן שהזיק ממון חבירו שכן עשה מעשה נזק ומעשה הנזק מחייבו בחיוב תשלומין דעלמא. חיוב החובל, לעומת זה, אינו חיוב תשלומין דעלמא אך עונש ממון משום הלאו דלא יוסיף[561]. וסמוכין לכך משיטת הרמב"ם שחיוב הנזק של חובל הוא קנס ולא ממון (פ"ה מהל' חובל הל"ו), וזה מוכיח שהחיוב מהווה עונש[562]. הרי שחיוב חובל עונש הוא ואילו חיוב אדם המזיק חיוב ממון בעלמא הוא ולא חלות דין עונש. ולפי"ז העלה הגר"ח זצ"ל שמסתבר דלא כהגה"א וי"ל דדברי רש"י משתייכים לקטן שהזיק ממון שהוא מתחייב מחמת מעשה ההיזק שעשה ומדין תשלומי ממון בעלמא. מאידך קטן שחבל פטור אף משיגדיל כי קטן אינו בר עונשין ואף לא עונש ממון[563]. ולכאורה יש סיוע לדברי מרן הגר"ח זצ"ל מהמשנה (ב"ק דף פז.) וז"ל חש"ו פגיעתן רעה כו' והם שחבלו באחרים פטורין. העבד והאשה פגיעתן רעה כו' והם שחבלו באחרים פטורין אבל משלמין לאחר זמן. נתגרשה האשה נשתחרר העבד חייבין לשלם עכ"ל, דיש לדייק דבנוגע להעבד ואשה איתא שחייבים לאחר זמן, ואילו בקטן לא הוזכר במשנה דחייב לכשיגדיל, ומשמע שפטור מחבלה אף משהגדיל[564].

[561] וכ' שם בס' אור זרוע: ולכאורה מסתייע מפ' שור שנגח ד' וה' (ב"ק לט) גב שור של חרש שוטה וקטן שהוחזקו נגחנין שמעמידין להן אפוטרופוס לשווינהו מועד דכי הדר נגח לישלם מן העליה כו' ע"ש. ולפי מה שהעלה הגר"ח זצ"ל שחובל הוא עונש יש לחלק בין שור המזיק שאין התשלומין שלו מדין עונש לבין חובל שחיובו לשלם הוא מדין עונש.

[562] עי' ברשימות שיעורים לב"ק (דף ה. ד"ה סבר לה כר"ע) דס"ל להרמב"ם בחבלה שאין דמים לבן חורין, דאל"כ ה"ל לחובל ליחייב אפי' כשמודה בתורת מזיק ואינו חייב משום ההפסד והוי קנס (כמו שביאר רבינו שם). ויוצא דוקא לרמב"ם דחבלה הו"ל קנס וחלות עונש. מאידך לראשונים אחרים הסוברים שחבלה הוי חיוב ממון ולא קנס משום דיש דמים לבן חורין יתכן שאינו חלות דין עונש אלא חיוב ממון בעלמא.

[563] ברם עיין בתוס' בב"ק (ב. ד"ה ולא זה וזה וכו') שדנו האם עונשין ממון מן הדין והביאו ראיות מדיני נזקי ממון - כגון מבור. ולפי דברי רבינו והגר"ח זצ"ל אין חיובי התשלומין בנזקי ממון חלות דין עונש אלא חלות דין ממון בעלמא ואולי שאני בור משאר נזקי ממון, וצ"ע. ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות חלק שני (דף מג).

[564] עיין ברמב"ם (פ"א מהל' חובל הל"א - ג) ז"ל החובל בחבירו חייב לשלם לו חמשת דברים ואלו הם נזק צער ורפוי ושבת ובושת וכו' נזק כו' שנא' עין תחת עין מפי השמועה למדו שזה שנא' תחת לשלם ממון הוא. זה שנא' בתורה כאשר יתן מום באדם כן ינתן בו אינו לחבול בזה כמו שחבל בחבירו אלא שהוא ראוי לחסרו אבר או לחבול בו כאשר עשה ולפיכך משלם נזקו. הרי הוא אומר לא תקחו כופר לנפש רוצח לרוצח בלבד הוא שאין בו

והנה לדברי הגהת אשר"י יתכן לומר שתשלומי היזק הם עונשין, אלא שדינם שונה מעונשי הגוף. קטן פטור מעונשין בגופו כגון ממיתה וממלקות, אבל קטן מתחייב בעונשי ממון. וסובר הגה"א שבין חבלה ובין אדם המזיק חיובי עונשי ממון הם, ומאחר שקטן שהזיק חייב מדין עונש ממון לשלם לכשיגדיל ה"ה קטן שחבל נענש לשלם לכשיגדיל ממון דחבלה.

ונראה דיש להביא עוד ראיה בענין זה. הדין הוא שאדם שהדליק את גדיש חבירו בשבת פטור מלשלם מפני שהוא מתחייב בנפשו וקלבד"מ (עי' ב"ק דף לד:). אמנם בגמרא ב"ק (דף ע:) איתא וז"ל אתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו עכ"ל. ובביאור הדין של אתנן חלוקים הראשונים. בעלי התוספות ועוד ראשונים מפרשים שהוא משום שבקלבד"מ חל חיוב לשלם בידי שמים וחיוב התשלומין בידי שמים אוסר את האתנן. אך בשיטה מקובצת (שם) מובא בשם המאירי שכ' בשם חכמי הצרפתים וז"ל שאף ב"ד מחייבין ליתן אתנן וכו' לא אמרו אין אדם מת ומשלם אלא בדבר הבא דרך נזקין אבל בדבר שקבלו עליו דרך תנאי משא ומתן כגון אתנן וכו' ומשלם בב"ד וכו' עכ"ל. ולכאורה נראה שלדעת חכמי הצרפתים הפטור דקלבד"מ חל דוקא בחיוב ממון הנובע מדין עונש, אבל חיובי ממון אחרים, כגון החיוב לשלם עבור מקח, שאינם חלין מדין עונשין ליכא בהם פטור קלבד"מ. ולפי"ז יוצא הוא שלחכמי הצרפתים החיוב לשלם באדם המזיק אינו חיוב ממון בעלמא כי אם חלות דין עונש.

ויוצא שהסבר הנ"ל בשיטת חכמי הצרפתים שהובאה במאירי הוא שלא כדברי הגר"ח זצ"ל שאמר שאדם המזיק אינו חלות דין עונש. אולם ניתן לפרש את דבריהם באופן אחר. די"ל דחכמי הצרפתים מחלקים בין חיוב ממון שחל מחמת דעת המתחייב לבין חיוב ממון שחל מחמת מעשה. במקח וממכר חיוב התשלומין חל כתוצאה של דעת המתחייב, ובכן החוב לשלם חל אף בקלבד"מ כי חיוב של דעת המתחייב אינו נתפס בפטור קלבד"מ. מאידך אדם המזיק אינו מחויב משום דעת המתחייב אלא משום מעשה המזיק ולפיכך נתפס בפטור קלבד"מ. לפי"ז יוצא שגם לפי חכמי הצרפתים אין חיוב

כופר אבל לחסרון איברים או לחבלות יש בו כופר עכ"ל. ונראה שהרמב"ם סובר שחובל חייב מעיקרא דדינא בעונש גופו ושיחסר אברו עין תחת עין וכדכתיב בקרא אלא שהתשלומין חלים מדין כופר כדי למלא את מקומו של העונש בגופו. ובכן מסתבר שדמי חבלה מהווים חלות דין עונש כמו עונש הגוף של עין תחת עין ממש וכדברי הגר"ח זצ"ל.

וע"ע ביראים שכתב דבאינו עושה מעשה עמך שמותר לחבול בו ופטור מתשלומין. ובפשטות זה כדברי הגר"ח זצ"ל. ועי' בקובץ שעורים לב"ק (אות קו) המשוה מזיק לחובל בענין זה. עע"ש שלא הסביר את היראים כמש"כ אלא דהוי דין מיוחד באינו עושה מעשה עמך שאם גופו מותר ממונו לכ"ש, עיי"ש. אך עי' בחי' הר"ן לסנהדרין (פה.) וז"ל שלענין תשלומין לא עשה תשובה ועשה תשובה שווין הן עכ"ל. ולכאורה מש"כ כנגד יסוד הגר"ח זצ"ל, ודו"ק.

אדם המזיק חיוב עונש אלא חיוב ממון בעלמא שחל מחמת מעשה הנזק שעשה, ואין כאן שום סתירה ליסוד הגר"ח זצ"ל[565].[566]

והנה יש לעיין ברמב"ם דלכאורה יש סתירה בדבריו, דבפ"א מהל' חובל ומזיק (הלט"ז) כתב וז"ל המזיק את חבירו בכוונה בכל מקום חייב בחמשה דברים כו' היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והוזקו זה בזה שניהם פטורים עכ"ל. ומבואר דלענין חובל הרמב"ם פסק שבהוזקו כששניהם ברשות הרי הם פטורים. ואילו בפ"ו מהל' חובל ומזיק (הל"ג) כתב וז"ל וכן אם היו שניהן ברשות או שניהם שלא ברשות והזיק אחד מהן ממון חבירו שלא בכוונה פטור עכ"ל. כאן לענין מזיק ממון הרמב"ם איננו מבחין בין הזיק לבין הוזק אלא דבכל אופן שהזיקו שלא בכוונה כששניהם ברשות הריהם פטורים. והסתירה בולטת, והראב"ד כבר השיג עליו מחמת זה.

אך נראה דלפי מה שיסד מרן הגר"ח זצ"ל יתכן ליישב את הסתירה שברמב"ם, די"ל דהמחייב בחבלה הוי האיסור והתשלומין בחבלה הריהן חלות דין עונשין, ואילו במזיק ממון המחייב הוי חיוב ממון בעלמא וכן נמי התשלומין הריהן חיובי ממון בעלמא. ולפי"ז יתכן לומר דבחבלה המחייב הוא עצם מעשה החבלה ואילו במזיק ממון המחייב הוא חסרון שמירה. ומשו"ה בחובל כששניהם ברשות והוזקו זה בזה דליכא מעשה חבלה בקום ועשה אזי פקע האיסור לחבול ופטורים. אך דין זה לא שייך למזיק ממון שהמחייב בו הוא חסרון השמירה ולא מעשה העבירה. ובמזיק ממון הבחין הרמב"ם בין כוונה לבין שלא בכוונה דבשלא בכוונה המזיק לא פשע כל כך בשמירתו, וכששניהם ברשות אין עליהם לשמור את עצמם כל כך, ומשו"ה כשהזיקו שלא בכוונה הריהם פטורים ואע"פ שהזיקו זה לזה בקום ועשה שהרי מ"מ ליכא המחייב דחסרון שמירה. ונראה שהביאור הזה כפתור ופרח בדברי הרמב"ם.

ו.

נתקל פושע

בענין נתקל פושע עיין בסוגיין, ובב"ק (דף כט.). ומצויות שלש שיטות בראשונים בביאור דין נתקל פושע שהזיק בשעת נפילה כשהחרסית נפלה על מישהו והזיקתו.

[565] ועיין עוד בס' רשימות שיעורים למס' ב"ק דף ב. ד"ה ארבע אבות נזקין אות ב' (עמ' ד - ו).

[566] לכאורה יש להביא ראייה כנגד הפי' הראשון בחכמי צרפתים דהיינו שדין קלב"מ חל רק בעונשין מהא דאמרינן קלב"מ ברודף. דהא בפשטות רודף אינו חלות דין עונש אלא דין הצלה. הראייה לזה מהא דקטן שרדף מתחייב בנפשו (סנהדרין דף עב), ומהא דאם ניתן להצילו באחד מאיבריו והרגו חייב. ועי' בחי' ר' חיים הלוי על הרמב"ם (פ"א מהל' רוצח ה"ט) דיש שני דינים ברודף, דין הצלה ודין עונש, עיי"ש. ולפי"ד ניחא פי' ראשון. ועי' באחיעזר ח"א סי' י"ח סק"ב דנקט דלא אמרינן קלב"מ אלא בעונשין והק' מרודף וכן תי' עפ"י באורו בשי' רש"י דהוי ג"כ עונש.

התוס' (ב"ק דף כח: בד"ה והתניא) סוברים שחייב מדין אדם המזיק; ב) הרמב"ן סובר שחייב משום אש; ג) הבעה"מ סובר שאם נתקל פושע הו"ל אדם המזיק וחייב, ואם נתקל לאו פושע הו"ל בור באונס שפטור.

והנה בסוגיא בב"ק מבואר דלמ"ד נתקל פושע חייב בשעת נפילה ולמ"ד נתקל לאו פושע פטור. והתוס' מפרשים שחייב מדין אדם המזיק וזה תואם את שיטתם שאדם המזיק באונס כעין גניבה פטור ואילו באונס כעין אבידה חייב. אך לשיטת הרמב"ן שאדם המזיק באונס גמור חייב, א"א לפרש שחייב משום שפשע בשעת נפילה מדין אדם המזיק שהרי אדם המזיק חייב גם בשלא פשע ובאונס.

וכתב הרמב"ן במלחמות ה' (לב"ק שם) וז"ל דבשעת נפילה אפי' לר"מ האומר נתקל פושע הוא לאו היינו אדם המזיק דלאו מכחו קא אזיל שהקרקע שנתקל בה דחפתו ודמי למי שדחפו אדם ונפלה כדו והזיקה דלאו מכחו דידיה מזיק, ומיהו כיון שלא היה לו ליכשל בקרקע חייב, ולא דמיא לאבן מונחת לו בחיקו דהתם כיון שעמד ומפני עמידתו נפלה ה"ל כחו ואדם המזיק הוא, אבל הכא כיון שנתקל על כרחו נפל מכח הקרקע שנתקל בו ולא מכחו נפלה אלא ממילא נפלה, ומ"מ כיון שהוא פשע באותה תקלה שנתקל ה"ל כאשר דבעידנא דקא אזלי קא מזקי וחייב בין בנזקי אדם בין בנזקי כלים, דומיא דאסו"מ שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה שהנפילה לא מכח אדם אתיא אלא מכח הרוח ועל כרחו של מניח נפלו, וכיון שפשע באותה הנחה אשו הוא וחייב, ה"נ באותה נפילה אנוס הוא שהרי נתקל ועל כרחו יפול אבל באותה תקלה פשע וחייב כו' עכ"ל. ביאור דבריו הוא שבנתקל אין הנזק נעשה מכח האדם לבדו אלא גם עקב הקרקע שהפילתו והתערבות כח הקרקע בנפילת האדם מפקיעה את מעשה האדם מהנזק ולכן אין כאן חיוב של אדם המזיק. עכ"ז יש חיוב של אש המזיק וכדין אסו"מ שהניחן בראש גגו החייבים כשהזיקו דרך הילוכם ע"י כח אחר שמעורב בם.

אמנם קשה דמ"ש נתקל שאינו אדם המזיק אליבא דהרמב"ן משום שהקרקע הפילתו והאדם לא הזיק מכחו מאדם שנפל מראש הגג ברוח מצויה שחייב בד' דברים מדין אדם שחבל (ב"ק דף כז.) ואע"פ שכח אחר של הרוח הפילו, ואין אומרים שכח אחר של הרוח שגרם לנפילתו מפקיע את החיוב של אדם המזיק או של אדם החובל.

ונראה דיש להבחין בין אדם שהזיק בגופו עם כח אחר מעורב בו לבין אדם שהזיק בכחו עם כח אחר מעורב בו. אדם שהזיק בגופו נחשב לאדם המזיק אפילו כשנפל משום כח אחר מעורב בו וזהו אופן הנזק כשנפל מראש הגג והזיק וחבל. ואילו אדם שהזיק בכחו

כגון בנתקל שהפיל מידו כד והזיק בכחו אינו חייב מדין אדם המזיק משום שכח אחר מעורב עם כחו. ועל כן נתקל אינו חייב מדין אדם המזיק אלא משום אש.
אולם התוס' לעומת זאת, סוברים שבכל אופן חשוב לאדם המזיק אפילו יש כח אחר המעורב עם כח האדם. ונראה שתהיה נ"מ אף לענין שחיטה ונטילת ידים הזקוקות לכח גברא. דאם יהיה כח אחר מעורב עם כח האדם אליבא דתוס' ייחשב לכח גברא ואליבא דהרמב"ן תפקע חלות דין כח גברא כי כח אחר מעורב עם כח האדם.
וכתב בעל המאור (שם) וז"ל ר"מ וסתם מתני' סבר נתקל פושע הוא כיון דבשעת נפילה מזיק בפשיעה ומכחו קא אתי כו' כיון שאדם הוא המזיק הא קי"ל אדם חייב בכל, ומר דהוא ר"י דמתני' ורבנן דברייתא סבר נתקל לאו פושע הוא אלא אנוס הלכך לאו נזקי אדם הוא אלא בור ובור באונס פטור כו' עכ"ל. ונראה שדעת הרז"ה כהרמב"ן שיש כאן חסרון במעשה אדם שכן כח אחר מעורב עם כחו אך הבעה"מ סובר שיהיה תלוי בפשיעת האדם. אם האדם פשע, נחשב המעשה למעשה אדם וחייב מדין אדם המזיק, הגם שכח אחר מעורב בו. מאידך אם לא פשע הנתקל ונפל מחמת כח הקרקע אז פקע מעשה האדם מהנפילה ונחשב לבור ולא לאדם המזיק.
ועל מש"כ בעה"מ שאם לא פשע הו"ל בור השיג הרמב"ן וז"ל ולא דמי לבור שאין לך בור מזיק דרך הלוכו אלא בשעה שעמד ניזוק בא ונתקל ונשוף בו עכ"ל. ויתכן שבעה"מ סובר כי הואיל והכח האחר המעורב בשעת הנפילה הוא כח הכובד של הקרקע אינו אש אלא בור. אך נראה יותר לפי"מ שכתב הנ"י שם וז"ל מיירי בהדי דקא אזיל ניזק פגע בהו והוחלק במים דרך נפילתן דלאו מכח הליכתן אתזק אלא מכח הלוכו על גביהן עכ"ל. הנ"י חידש שאם הוזק הניזק כשהלך אל המזיק מופקעים כל דיני נזקין האחרים והו"ל הנזק של בור. עיקר הגדר של בור הוא שהניזק הלך אצל המזיק ובכך הוזק, וה"ה כאן. משום כך אף לבעה"מ אין כאן המזיק של אש אלא מזיק בור שהרי הניזק הלך אצל המזיק ובכך הוזק.[567]
ע"כ ענין אדם המזיק

דף פג.

גמ'. שבועה זו תקנת חכמים כו' היכי משתבע אמר רבא שבועה שלא בכוונה שברתיה.
וכתב הרמב"ם (פ"ג מהל' שכירות הל"ב) ז"ל המעביר חבית ממקום למקום בשכר ונשברה דין תורה הוא שישלם שאין זה אונס גדול והרי השבירה כגניבה ואבידה שהוא

[567] ועיין עוד ברשימות שיעורים לב"ק דף כט. ד"ה בשעת נפילה (עמ' ר"ב - ר"ג) מש"נ בענין נתקל פושע.

חייב בהן אבל תקנו חכמים שיהיה חייב שבועה שלא פשע בה שאם אתה אומר ישלם אין לך אדם שיעביר חבית לחבירו לפיכך עשו בו שבירת החבית כמיתת הבהמה ושבירתה עכ"ל. וצ"ע דהא רבא אמר בגמרא שישתבע שלא בכוונה שברתיה שהרי פשע כשנתקל ואילו אליבא דהרמב"ם נשבע שלא פשע בה.

ונראה דלפיכך כתב הרמב"ם שהחכמים התקינו ועשו שבירת החבית כמיתת הבהמה, כלומר שהתקינו בנדון זה שנתקל אינו פושע אלא הוי אנוס, ומכיון דהוי אנוס שפיר יכול להשבע שלא פשע בה[568]. והנה משמע אליבא דרבא שהחכמים השאירו אותו פושע ומ"מ פטרוהו מלשלם אע"פ שפשע, ומשו"ה אינו נשבע שלא פשע אלא נשבע שלא בכוונה שברתיה. אך אליבא דהרמב"ם עשו הנתקל לאנוס ומשו"ה שפיר יכול להשבע שלא פשע. וצ"ע היאך ליישב את שיטת הרמב"ם עם מימרא דרבא וצ"ע. ברם לכאורה שיטת הרמב"ם מסתברת דהא לשיטתו שפועל שנתקל לא פשע הוא נשבע שבועת השומרים כשאר השומרים. משא"כ לגירסא דידן ברבא שבועתו אינו חלות שבועת השומרים אלא שבועה מיוחדת מתקנת הרבנן. וצ"ע לרבא האם נשבע בנקיטת חפץ כשבועת המשנה, או בלי נקיטת חפץ כשבועת היסת. אך לכאורה להרמב"ם פשיטא דנשבע בנקיטת חפץ דהא נשבע שבועת השומרים דאורייתא. ויש עוד נפ"מ בין שבועה דאורייתא לבין שבועת המשנה מדרבנן, ואכמ"ל בזה.

ברם מקושית הגמרא ומתשובת רבא ומפסק הרמב"ם נראה ששומר אינו יכול לישבע בסתמא "הריני פטור", אלא צריך לפרט במפורש את פרטי המקרה ולישבע עליהם כגון לישבע שנשבר שלא בכוונה (לרבא) או שנשבר בלי פשיעה (לרמב"ם). ונראה שבשבועות מודה במקצת ועד אחד אין הדין כך כי שם הנשבע יכול לישבע בסתמא "הריני פטור" בלי לפרוט את פירוט המעשה בתוך שבועתו. ויתכן שחומרא הוא בשבועת השומרים שהרי יש בה עוד חומרא לחייב את השומר לישבע אף בטענת שמא, משא"כ בשאר השבועות הזקוקות לטענה וודאית. ומשו"ה השומר לבדו חייב לישבע על עצם המקרה לכל פרטיו, ולא די לו לישבע בסתם "הריני פטור" שלא כדין הנשבעים האחרים מן התורה.

גמ'. איסי בן יהודה. יעויין ברמב"ם (פ"ג מהל' שכירות הל"א) וגם (בפ"ב מהל' שלוחין הל"ט) ובנושא כליו. וע"ע בטור חו"מ (סי' קפ"ז) שהביא שיטת הרמ"ה וז"ל דלא אמרינן הכי אלא בשבועת שומרין אבל בעלמא כגון בטענת פרעון והשבה וכיוצא בו דעבידי

[568] כלומר דלא פשע בה אפילו כשיעור פשיעה דשומר שכר דהיינו בגניבה ואבידה. ע"כ פרק השוכר את האומנין

אינשי למפרע בצינעא אפילו יש רואה מפטר בשבועה עכ"ל. ודבריו מחוסרים ביאור וכבר תמהו עליהם בלחם משנה.
ונראה דלרמ"ה שאני שבועת השומרים שנשבע השומר על המקרה שקרה כגון שנשבע שהחמיץ הפקדון באונס וכדומה. ואילו שאר הנשבעין הם נשבעים דוקא על המעשה שהם בעצמם עשו כגון אחד שנשבע פרעתי או שלא לויתי וכדומה. ובשומר שנשבע על המקרה אזי במקום עדים לא סמכינן על שבועתו. משא"כ כשנשבע על המעשה שהוא בעצמו עשה דהיינו בנשבעין אחרים ולא בשומרים, סמכינן על שבועתם ואפילו במקום שיש עדים. ונראה שביאור זה מדוייק הוא בלשון הרמ"ה.
ונראה עוד לחלק, שבשבועת השומרים שנשבע על טענת ספק אזי יש חשש שיעז פניו לשקר בשבועה, ולכן במקום עדים צריכים העדים להעיד ולא סמכינן אשבועתו. משא"כ בשאר הנשבעין שנשבעין רק על טענת ודאי לא יעיז לשקר בשבועה כנגד טענת ודאי, ולכן סמכינן אשבועתו ולא מצריכין עדים. אך ביאור זה אינו כ"כ מדויק בדברי הרמ"ה. מאידך הרמב"ם פליג על הרמ"ה ומחייב העדאת עדים בכל הנשבעין ולא רק בשומרים, ועיין בנושא כליו.

דף פג:

גמ'. אמר ריש לקיש פועל בכניסתו משלו ביצאתו משל בעל הבית.
ופירש"י (בד"ה בכניסתו וד"ה משלו) וז"ל בכניסתו לעיר משלו צריך לוותר משלו אצל בעל הבית ולהחשיך אצלו. וביצאתו למלאכתו בבקר משל בעל הבית אינו צריך להקדים אלא עם הנץ החמה עכ"ל. ועיין בתוס' (ד"ה פועל) דזמן מלאכה הוא מהנץ החמה עד צאה"כ. וצ"ב דהרי מצינו דיש ב' הלכות וגדרים בדין יום: א) חלות שם חפצא של יום - דהיינו מעלות השחר ועד צאה"כ, ב) חלות דין זמן היום שנמדד מנץ החמה ועד שקיעת החמה, דכל שיעורי היום תלויים בחלות דין זמן היום - דהיינו מנץ החמה ועד השקיעה. דהנה במשנה במגילה (דף כ.) איתה אין קורין את המגילה ואין טובלין ואין מזין קודם שתנץ החמה וכו' וכולן שעשו משעלה עמוד השחר כשר. ועיין ברש"י שם (ד"ה וכולן) וז"ל דמעלות השחר יממא הוא אבל לפי שאין הכל בקיאין בו צריכין להמתין עד הנץ החמה עכ"ל, והיינו דיש גזרה דרבנן שלא לעשות מצות אלו קודם נץ החמה שמא יקדים לעשותן קודם עמוד השחר כשעדיין לילה. אמנם עיין בתוס' (יומא דף לז: ד"ה אמר) דמשמע דס"ל שדין נץ החמה הוי דין לכתחילה מדאורייתא ולא רק משום חשש שמא יקדים המצוה ויעשנה קודם זמן חיובה בלילה, דהרי תוס' הוכיחו

שזמן ק"ש ביום מדאורייתא חל מנץ החמה מהא דשומרת יבם לא תטבול עד הנץ החמה, ומוכח מזה שדבר שזמנו ביום מצותו לאחר הנץ, ואם מה שאינה טובלת עד הנץ הוא רק מחשש מדרבנן שמא תקדים ותטבול בלילה מהי הראייה לזמן ק"ש של יום ולקבוע דזמנו מה"ת מנץ החמה. וז"ל ר"ת פירש דזמן ק"ש הוי אחר הנץ החמה כמתניתין דהכא וכרבי שמעון והוותיקין היו ממהרין שלא כדין קודם הנץ החמה בשביל חובת תפילה כדי לסמוך גאולה לתפילה שתהא עם שמש וכו' ועוד הביא ראייה מפרק שני דמגילה וכן שומרת יום כנגד יום לא תטבול עד הנץ החמה וכולן שעשו משעלה עמוד השחר כשר אלמא דבר שזמנו ביום מצותו אחר הנץ עכ"ל. ומבואר דתוס' סוברים שאע"פ שחל חלות שם יום בעלות השחר יש דין מה"ת להמתין מלטבול ולקרוא ק"ש עד הנץ החמה, וצ"ב ביסוד הדברים.

ונראה דס"ל לתוס' דיש דינים התלויים בחלות שם חפצא של יום - דהיינו מעלות השחר עד צאה"כ, ויש דינים התלויים בזמן יום - דהיינו מנץ החמה עד השקיעה דהוי חלות שם זמן יום. ולתוס' ק"ש של יום תלוי בזמן יום ולא בחלות שם חפצא דיום, וע"כ זמן ק"ש חל מנץ החמה ואילך, ואע"פ שמעלות השחר חל חלות שם חפצא דיום. והראייה לכך משיטת הגר"א (ביאור הגר"א באו"ח ס' תנ"ט ס' ב') שסובר דחשבון שעות היום לגבי שיעורי זמן ק"ש ותפילה הוא מנץ החמה ועד שקיעת החמה ודלא כשיטת המגן אברהם (סי' נ"ח סק"א וסי' רל"ג סק"ב) דס"ל ששיעורי זמן ק"ש ותפילה נמדדים מעלות השחר עד צאה"כ. וצ"ב בשיטת הגר"א דהרי החפצא של יום מתחיל מעלות השחר וא"כ אמאי מודדים זמן ק"ש ותפילה מנץ החמה. ועכצ"ל כמו שביארנו דיש ב' דינים ביום: א) חלות שם חפצא של יום שחל מעלות השחר עד צאה"כ, ב) חלות דין זמן היום, שזמני היום תלויים בזריחת השמש דהיינו מנץ החמה ועד שקיעה"ח. ובנוגע לשיעורים של היום מודדים מנץ החמה ועד השקיעה, דהיינו בזמן זריחת השמש, דהוי מדה קבועה וברורה עם גבולות ניכרים. ומשום כך סובר הגר"א דזמן ק"ש ותפילה נמדדים מנץ החמה ועד שקיעת החמה, דזמני היום לחוד והחפצא של יום לחוד.

ונראה עוד שיש ב' מקורות בתורה לשתי הגדרות הנ"ל של יום ולילה: א) "ויקרא אלוקים לאור יום ולחשך קרא לילה" (בראשית א: ה), שמזה נלמד דחלות שם וחפצא של יום תלוי במציאות של אור וחשך, דהיינו מעלות השחר שמתחיל להיות אור עד צאה"כ שנעשה חשך. ב) "יהי מאורות ברקיע השמים להבדיל בין היום ובין הלילה והיו לאותות ולמועדים ולימים ולשנים" (בראשית א: יד), שמזה נלמד דחלות דין זמן היום הוא מנץ החמה ועד שקיעת החמה. ולפי"ז יש לבאר את פסק הרמב"ם (פ"ה ה"ט מהל' קרבן

פסח) וז"ל מי שהיה בינו ובין ירושלים יום י"ד עם עליית השמש ט"ו מיל או יתר ה"ז דרך רחוקה וכו' פחות מזה אינו בדרך רחוקה מפני שהוא יכול להגיע לירושלים אחר חצות עכ"ל. וצריך ביאור מדוע לשיטת הרמב"ם השיעור דדרך רחוקה תלויה באם היה יכול להגיע לירושלים מנץ החמה עד חצות ולא מעלות השחר עד חצות, דהרי מעלות השחר כבר חל חלות שם יום ושחיטת התמיד זמנה מעלות השחר (עיין ברמב"ם פ"א ה"ב הל' תמידים ומוספים). ונראה עפ"י הנ"ל דאע"פ שחל חלות שם יום מעלות השחר אך חלות דין זמן היום ושיעורי היום תלויים בנץ החמה. ושיטת הרמב"ם היא דשיעור דרך רחוקה הוי שיעור ביום ונמדד מנץ החמה. ועיין ברמב"ם (פ"א מהל' תמידים ומוספים ה"ג) שפסק דתמיד של בין הערביים זמנו מתחיל משיאריך הצל ויראה לכל שהארץ, ומבואר שחצות היום נמי תלוי בזריחת השמש, ומבואר דשיטת הרמב"ם היא דזמני ושיעורי היום נמדדים מנץ החמה ועד שקיעת החמה ולא מעלות השחר, וכשיטת הגר"א שלא כדעת המג"א.[569]

ולפי"ז יל"ע מדוע ס"ל להתוס' דהגדר של יום בפועל הוא מנץ החמה עד צאה"כ, דאם יום הפועל מתחיל מהנץ והוי חלות דין של זמן היום אזי לכאורה סוף היום הוא בשקיעת החמה, ואם סוף היום שלו הוא בצאת הכוכבים והתחייבות פועל לעבודת יום היינו לחלות דין חפצא של יום, א"כ לכאורה תחילת היום צריך להיות מעלות השחר. ויתכן לומר דיש כאן ויכוח בין הבעלים שטוענים שהפועל התחייב לעבוד מעלות השחר עד צאה"כ, ובין הפועל שטוען דנתחייב לעבוד רק מנץ החמה עד שקיעת החמה, ומשו"ה אזלינן בתר המוחזק, דבבקר הפועל הוי המוחזק דעדיין לא התחיל לעבוד ומשום כך הוא הקובע את השיעור של יום העבודה דמתחיל עם נץ החמה. אולם בנוגע לסוף היום הבעה"ב הוי המוחזק ויכול לדרוש מהפועל שיעבוד אצלו עד צאה"כ. ומשו"ה קיי"ל דיום פועל הוא מהנץ החמה עד צאה"כ.

ועיין בתוס' ד"ה פועל וז"ל ור"ח פירש בכניסתו למלאכתו נותן משלו לבעה"ב וממהר לצאת קודם הנץ החמה שהוא זמנו לצאת ויוצא מעלות השחר ולכך ביצאתו ממלאכתו משל בעל הבית, שיוצא קודם צאת הכוכבים שיגיע לביתו עד צאה"כ, וזהו משל בעה"ב שהרי דינו היה עד צאה"כ כמו שמביא מן הפסוק וכו' לקיים הא דאמר לעולם יכנס בכי טוב עכ"ל. ומשמע דהר"ח סובר דיום פועל הוא מעלות השחר עד צאה"כ, והפועל יוצא מעלות השחר משום דההליכה לעבודה נחשבת כחלק מהעבודה עצמה, ובעצם היה צריך לעבוד עד צאה"כ והא דיוצא הפועל קודם צאה"כ הוא משל בעל הבית, והותר לו

[569] וע"ע בס' רשימות שיעורים למס' ברכות (עמ' כט - לא, ועמ' פו - פט).

לצאת מוקדם בכדי שיכנס לביתו בכי טוב. אולם יתכן לומר דאף לפי הר"ח עיקר חיוב הפועל הוא לעבוד מהנץ עד צאה"כ וכדפירש רש"י, משום דאזלינן בתר המוחזק. אמנם הר"ח סובר דמאחר שהפועל יוצא מן העבודה לפני צאה"כ על חשבון הזמן של הבעל הבית בכדי שיכנס לביתו בכי טוב התקינו שילך מביתו לעבודה בעלות השחר, וס"ל דההליכה לעבודה נחשב כחלק מהעבודה עצמה.[570]

דף פז:

גמ'. קמה גופה מנלן דכתיב כי תבא בקמת רעך וכו', וממאי דהאי קמה קמה דמחייבת בחלה דילמא כל קמה קאמר רחמנא, אתיא קמה קמה, כתיב הכא כי תבא בקמת רעך וכתיב התם מהחל חרמש בקמה, מה התם קמה דמחייבת בחלה אף הכא נמי קמה דמחייבת בחלה.

ופירש רש"י (בד"ה מהחל חרמש) וז"ל הוא עומר הקרב בפסח שהוא בא מן השעורין שחייבין בחלה עכ"ל. ועיין ברש"ש שהקשה דא"כ נימא דאין היתר לפועל לאכול אא"כ מלקט שעורין, ומנלן דאף בשאר מיני דגן חל היתר אכילה לפועל. ויש לתרץ דהנה עיין ברמב"ם (פ"ז מהל' תמידים ומוספים הי"ג) וז"ל אסור לקצור בארץ ישראל מין מחמשת מיני תבואה קודם לקצירת העומר שנאמר ראשית קצירכם שיהיה תחילה לכל הנקצרים, בד"א בקציר שראוי להביא ממנו עומר אבל בית השלחין שבעמקים הואיל ואינו ראוי להביא ממנו קוצרין אותו מלפני העומר וכו' עכ"ל, ומבואר דיש איסור קצירה בכל ה' מיני דגן קודם קצירת העומר. ונראה לומר דיש ב' דינים בעומר: א) דין קצירה הנלמד מקרא ד"ראשית קצירכם", ב) דין הבאת קרבן העומר. ונראה דהדין דעומר בא מן השעורין הוא דין דחל רק בהבאת קרבן העומר, אולם הקיום ד"ראשית קצירכם" חל מעיקר הדין בכל ה' מיני דגן, ולפיכך הפסוק "מהחל חרמש בקמה" דמיירי בקיום ד"ראשית קצירכם" מיירי בכל ה' מיני דגן, והא דקוצרין רק שעורים לקיום ד"ראשית קצירכם" הוא משום דיש דין בהבאת העומר שאינו בא אלא מן השעורין בלבד. ולפי"ז נראה דאף כשקוצר שעורין חל קיום של "ראשית קצירכם" בכל ה' מיני דגן, ומשו"ה חל בהו איסור קצירה לפני קצירת העומר[571]. ולפימש"נ דחל קיום ד"ראשית קצירכם" בכל

[570] ועיין בריטב"א ד"ה אמר ריש לקיש וז"ל ואחרים פירשו פועל בכניסתו למלאכה בבקר צריך לתת משלו שיקדים ללכת קודם הנץ החמה שיתחיל מלאכתו בשדה כשתנץ החמה, וביציאתו מן המלאכה יטול משל בעל הבית שיצא מן השדה קודם צאת הכוכבים ויהיה בביתו כשיצאו הכוכבים, ותקנו כך כדי שלא יכנס אחר צאה"כ שיש סכנה וכו' דאלמא זמן פועל הוא מהנץ החמה עד צאת הכוכבים עכ"ל.

[571] ועיין ברמב"ם פ"ז מהל' תמידים ומוספים הי"ג וז"ל אסור לקצור בא"י מין מחמשת מיני תבואה קודם לקצירת העומר שנא' ראשית קצירכם שיהיה תחילה לכל הנקצרים, בד"א בקציר שראוי להביא ממנו עומר אבל בית

ה' מיני דגן והקרא "מהחל חרמש בקמה" מיירי בכל ה' מיני דגן, מתורצת שפיר קושית הרש"ש, דמגז"ש דקמה קמה ילפינן היתר אכילה לפועל בכל ה' מיני דגן.

גמ'. בכרם רעך ולא בכרם כותי. ופירש רש"י (בד"ה כרם רעך) וז"ל ואל כליך לא תתן אבל בכרם כותי תתן עכ"ל. ונראה לבאר דבשדה של ישראל חל היתר אכילה לפועל אבל ליכא הפקעת ממון הבעלים, אלא דיש לפועל זכות אכילה בפירותיו של הבעה"ב, ומשו"ה חל בכרם דישראל איסור "ואל כליך לא תתן" מכיון דהפירות הם ממון של בעל השדה. משא"כ בשדה של עכו"ם י"ל דחל הפקעת ממון הבעלים, ומשו"ה ליכא דין ד"ואל כליך לא תתן" בכרם של כותי.[572]

והנה עיין בשיטמ"ק שכתב בשם הריטב"א וז"ל הניחא למ"ד גזל גוי אסור פירוש איכא למימר דה"נ לא יאכל דאחשביה רחמנא כגזל כיון דאיהו לאו בר מצוה הוא וכו' עכ"ל. ומשמע דהריטב"א מפרש את הגמ' דכותי נתמעט מכל הפרשה וליכא היתר אכילה לפועל כלל בכרם של כותי. והמיעוט ד"בכרם רעך ולא בכרם כותי" הוא שכרם כותי נתמעט מכל הפרשה דהיתר אכילת פועל, בדומה למיעוט של כותי מפרשת השומרים ומשבועת הדיינים. משא"כ רש"י סובר דהדרשה "דכרם רעך ולא בכרם כותי" אינו ממעט כרם כותי אלא מהאיסור ד"ואל כליך לא תתן" דבכרם של כותי מותר לפועל לאסוף הפירות בכליו. אולם נראה דרש"י סובר שמותר לפועל לאכול מן הענבים בשעת קטיפה בכרם כותי דחל היתר אכילת פועלים אף בכרם של כותי. וצ"ב בשיטת רש"י דמנא לן ללמוד את המיעוט של כותי לחצאין ולומר דנתמעט כותי מהאיסור ד"ואל כליך לא תתן" אבל לא נתמעט מההיתר של "ואכלת ענבים כנפשך שבעך".

ונראה לבאר דעיין בגמ' סנה' (דף נז.) "על הגזל גנב וגזל וכן יפת תואר וכו' כותי בכותי וכותי בישראל חייב ישראל בכותי פטור וכו' לא נצרכה אלא לפועל בכרם, אימת אי בשעת גמר מלאכה היתרא הוא". ופרש"י בד"ה היתרא הוא וז"ל ואפילו ישראל בישראל דכתיב ואכלת ענבים כנפשך שבעך ואל כליך לא תתן בשעה שאתה נותן לכליו של בעה"ב אתה אוכל, ובריית קתני ישראל בכותי מותר הא ישראל בישראל אסור, ותו בכותי היכי אסור ליה מי איכא מידי דישראל בישראל שרי ולכותי אסור עכ"ל. ומבואר

השלחין שבעמקים הואיל ואינו ראוי להביא ממנו קוצרין אותו מלפני העומר וכו' עכ"ל. וצ"ע מ"ש בית השלחין דמותר לקצור אותו מלפני העומר משום דאינו ראוי להביא ממנו קרבן העומר ואילו על שאר ה' מיני דגן חל איסור קצירה לקוצרם לפני קצירת העומר אע"פ שאינן ראויין להבאת העומר. וי"ל דשאני בית השלחין דלא חל בו שם קמה ומשו"ה מותר לקוצרו לפני קצירת העומר, משא"כ בשאר ה' מיני דגן דחל בהם שם קמה ולפיכך חל בהם איסור קצירה.

[572] עיין בשיעורים לקמן (דף פט:) ד"ה ת"ש פועלים דרבינו זצ"ל ביאר דברי רש"י באופן אחר. ועיין לקמן בשיעורים דנחלקו הראשונים בדין אכילת פועל האם חל לפועל זכות ממון או לא. והגר"ח זצ"ל (עיין בחידושי רבנו חיים הלוי פ"ח מהל' מעילה ה"א) נקט דחל לפועל זכות ממון.

דרש"י סובר דבכותי בכותי מותר לפועל לאכול דמי איכא מידי דישראל שרי ולכותי אסור. ונראה דמשום כך רש"י אינו מפרש כהריטב"א דהמיעוט ד"כרם רעך" ממעט שדה של עכו"ם לגמרי מהיתר אכילת פועל דלפי הריטב"א יוצא דישראל שקוטף פירות בשדה דישראל מותר לאכול בשעה שקוטף ואילו פועל ישראל שקוטף פירות בשדה של כותי אסור לו לאכול בשעה שקוטף, והרי לפי מש"כ רש"י זה אינו ד"מי איכא מידי דלישראל שרי ולכותי אסור", ואי הותר לישראל לאכול בשדה דישראל א"כ ה"ה דחל היתר לישראל לאכול בשדה של כותי. ולפי"ז נראה דרש"י ס"ל דבנוגע להיתר אכילה חל הסברא ד"מי איכא מידי דלישראל שרי ולכותי אסור" להתיר אכילת פועלים אף בשדה של כותי. אמנם בנוגע לאיסור ד"ואל כליך לא תתן" ליכא סברא ד"מי איכא מידי וכו'", וממעטינן כרם כותי מהאיסור ד"ואל כליך לא תתן" ומותר לפועל ישראל שקוטף בשדה של כותי לתת את הפירות בכליו.[573]

גמ'. בכרם רעך ולא בהקדש. ופרש"י (בד"ה ולא של הקדש) וז"ל אסור לאכול עכ"ל. ועיין בתוס' ד"ה (רעך ולא של הקדש) דפירשו דקס"ד דכי היכי דשרי רחמנא איסור גזל כשאוכל הפועל משל חבירו ה"נ הו"א דשרי לאכול משל הקדש. ונראה דבאכילת הקדש יש ב' איסורים - גזל מהקדש, ואיסור הנאה מהקדש[574]. ויתכן דרש"י מפרש דהא דאסור לפועל לאכול מהקדש היינו רק מחמת איסור הנאה מהקדש, ולכן דייק רש"י וכתב "אסור לאכול", דר"ל דחל איסור אכילה משום איסור הנאה מהקדש ואילו מצד איסור גזילה ודיני ממונות חל הפקעה לפועל מקרא ד"כי תבא בכרם רעך ואכלת" אף בממון הקדש, ודלא כתוס' דס"ל דממון הקדש לא פקע וחל באכילת פועל איסור גזילת הקדש. ועיין בתוס' (ד"ה רעך ולא של הקדש) שהוכיחו דבהקדש ליכא הפקעת ממון לפועל מהא דקיי"ל דחוסם פי פרה בדישת הקדש, ואין בהקדש איסור דלא תחסום שור בדישו, ולכאורה אם האיסור אכילה לפועל הוא משום איסור הנאה מהקדש איסור זה לא שייך בבהמה, ומוכח איפוא מהא דחוסמים פי פרה בהקדש דליכא הפקעת ממון בהקדש וחל איסור אכילה משום גזל, וא"כ י"ל דה"ה דאף פועל אסור לאכול מהקדש מחמת איסור גזילת הקדש. ומתוס' משמע דאיסור ההנאה מהקדש תלוי באיסור גזילת הקדש, ואי ליכא איסור גזילת הקדש הוא הדין דליכא איסור הנאה מהקדש, ומשו"ה

[573] ובביאור סברת הריטב"א י"ל דס"ל דדין מי איכא מידי דישראל שרי ולכותי אסור חל לאסור ישראל בכל איסור דכותי נאסר בו, אבל אינו חל להתיר ממון כותי כממון דישראל, ויתכן דכרם כותי אסור לפועל וכרם ישראל מותר לפועל. ולפי"ז י"ל דפועל כותי אסור בכרם כותי כמו שישראל אסור דע"ז חל דין מי איכא מידי וכו'. ואליבא דהריטב"א קושיית הגמ' בסנה' היא מישראל בישראל ולא מישראל בכותי. ועיין במנחת חינוך מצוה תקע"ו אות י"א (בדפוס מכון ירושלים).

[574] עיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ח"א (עמ' לח - לט) ובשיעורים לקמן (דף צו:) בענין מעילה.

פירשו דס"ד דליכא איסור גזל הקדש לפועל, וקמ"ל הגמ' דאסור לפועל לאכול מהקדש משום דבהקדש ליכא הפקעת ממון, וחל באכילת פועל איסור גזילת הקדש. ולפי רש"י י"ל דאע"פ שיסוד האיסור של אכילת פועל בשדה הקדש חל רק מדין איסור הנאה מהקדש, מ"מ אכילת הבהמה בדישת הקדש אסורה משום איסור גזילה מהקדש (או מדין מזיק הקדש[575]).

תוס' ד"ה רעך ולא של הקדש. בא"ד. וז"ל תימה דתניא בפ' ולד חטאת (מעילה דף יג.) הפועלים לא יאכלו גרוגרות של הקדש וכן פרה לא תאכל כרשיני הקדש ומפיק לה בגמרא מדכתיב לא תחסום שור בדישו דישו שלך ולא דישו של הקדש ואף אפועלים יליף ליה דה"נ לענין גמר מלאכה דמעשר לא גמרינן בפועל אלא מדיש וא"כ רעך למה לי למעוטי הקדש וכו' עכ"ל.

עיין ברמב"ם (פ"ח מהל' מעילה ה"א) וז"ל הפועלים שהם עושים בהקדש אע"פ שפסקו עמהן מזונות לא יאכלו מגרוגרות של הקדש ואם אכלו מעלו אלא ההקדש נותן להם דמי מזונות, הדש כרשיני הקדש ה"ז חוסם את הפרה שנא' לא תחסום שור בדישו דיש הראוי לו עכ"ל. וברמב"ם (פ"יב מהל' שכירות ה"ה) כתב וז"ל אין הפועלים אוכלים בשל הקדש שנא' בכרם רעך עכ"ל. והקשה הגר"ח זצ"ל דצ"ע למה בעינן דרשה מיוחדת ד"כרם רעך" למעוטי הקדש מאכילת פועל תיפוק ליה מהא דדרשינן לגבי בהמה לא תחסום שור בדישו - "דישו שלך ולא דישו של הקדש" (מעילה יג א), דהרי מקשינן חוסם לנחסם (ב"מ פט א) לענין גמר מלאכה וא"כ הו"ל למילף דין פועל באכילת הקדש מדין שור, ולמה לן קרא דרעך למעוטי אכילת פועל בהקדש (וכדהקשו בתוס').

ועיין בס' חידושי רבנו חיים הלוי (פ"ח מהל' מעילה ה"א) שתירץ הגר"ח זצ"ל את קושיית התוס' וז"ל ונראה לומר דהנה אע"ג דחוסם ונחסם שוין בדינייהו מ"מ הרי חלוקין בעיקר חיובם, דפועל עיקר חיובו מקרי דבר שבממון וזכות, ואע"ג דמשל שמים הוא אוכל, היינו דאין לו התחייבות על הבעל הבית, וכדקאמר הגמ' הנפ"מ לענין ליתן לאשתו ובניו, אבל הא מיהא דיש לו רשות לאכול, וזה הוי דין זכות ממון, וראייה לזה מהא דמבואר בסנה' (דף נז.) יעו"ש בפרש"י וברמב"ם (פ"ט מהל' מלכים ה"ט) דבן נח אצל בן נח אוכל, ואם נימא דלא הוי רק מצוה על הבעה"ב, א"כ מהיכי תיתי ינהוג זאת בב"נ, אלא ודאי דהוי דין ממון, ולהכי הוא שנוהג בבן נח דהרי הוא בכלל דינים וגזל, אכן בשור הרי לא הוי הך לא תחסום רק איסור לאו ולא דין ממון וכדחזינן דנוהג גם

[575] י"ל דכשבהמתו אוכלת מהקדש ויש לבעלים הנאת שו"פ חל איסור גזל, ואילו כשבהמת חבירו אוכלת ליכא איסור גזל מצד הגברא שדש עם הבהמה אלא חל איסור מזיק דהדש עם הבהמה הוי שומר של הבהמה ומחויב בשמירת נזקיה.

בבהמתו, ובבהמת עצמו לא שייך דין ממון להבהמה על הבעלים, וכן חזינן דבן נח אינו מוזהר על חסימת בהמה, וכמבואר בב"מ (דף צ.) נכרי הדש בפרתו של ישראל אינו עובר משום בל תחסום, והיינו משום דלא הוי רק איסורא על הבעלים וא"כ לא שייך זאת גבי בן נח.

והנה יעו"ש בתוס' שהקשו דלמה לנו קרא דרעך למעוטי הקדש ותיפוק לן דאסור משום איסור מעילה. ותירצו דס"ד דשרי כמו איסור גזל, וקשה לפי"ז מהא דאיתא לקמן (דף צב.) דפועל נזיר אינו אוכל בגפן, הרי דלא ילפינן למשרי איסורא מהא דאוכל משל בעלים, ומ"ש הקדש דצריך מיעוטא, וכן עיין לקמן (דף צ.) דמבואר שם בסוגיא מעשר שני חוץ לחומה, וכבר הקשו בתוס' שם דאמאי לא יהא ניתר כמו הקדש אי לאו קרא דרעך. וע"כ נראה לומר, דבאמת לא שייך למילף כלל שאר איסורין מגזל, מלבד דאיסורא ממונא לא ילפינן, אלא דבפועל לא דהותר איסור גזל, כי אם דעי"ז דהתירה התורה לפועל לאכול מקמת חבירו ממילא אין זה גזל כלל, משא"כ בנזיר ומעשר שני חוץ לחומה ושאר איסורין דהרי הן באיסורן א"כ מהיכי תיתי יהא מותר הפועל באסור לו, ולא צריך קרא למעוטי כלל. והא דאיצטריך קרא דרעך למעוטי הקדש, נראה דהוא משום דהך איסורא דמעילה דרשינן במעילה (דף יח) כי תמעל מעל אין מעל אלא שינוי, דמבואר בזה דכל יסוד איסור מעילה הוא משום דין גזל הקדש, וכן מוכח מהא דמעילה שיעורו בפרוטה וצירף את המעילה לזמן מרובה ואכילתו ואכילת חבירו מצטרפין, אשר כל זה הוא משום דדין גזילה ביה, ולהכי הוא דמצטרף בכל גווני, ושיעורו בפרוטה כדין גזל. אשר לפי"ז י"ל, דבפועל דנתנה לו התורה רשות לאכול, ויש לו זכות אכילה, א"כ ממילא דאין כאן מעילה כלל, כיון דבזכייתו קאכיל, ומופקע גם מגזל הקדש כמו מגזל הדיוט, והיה צריך להיות דגם בהקדש נוהג דין היתר פועל כמו בהדיוט, וע"ז הוא דבא הקרא דרעך למעוטי הקדש. אשר כל זה לא שייך רק בהקדש, דאיסוריה דומה לדין ממון בזה די"ל גביה דע"י זכות פועל יהא מיפקע איסורא דביה, משא"כ בנזיר ומע"ש חוץ לחומה ושאר איסורין דאין איסורן תלוי בדין זכייתו באכילתו, א"כ ודאי דפועל ושאר אנשים שווין, והרי הוא באיסוריה ולא צריך קרא למעוטי. והנה כ"ז לא שייך אלא בפועל דהוי דין ממון שיש לו רשות לאכול, וע"כ לא הוי גזל, משא"כ בשור דלא הוי דין ממון ורק איסורא הוא דאיכא על בעל הבית מלאו דלא תחסום, וא"כ הא ליכא מידי דלישרי איסורא דהקדש.

ולפי"ז הא ניחא הא דצריכינן לקרא דרעך למעוטי הקדש ולא ילפינן זאת מקרא דדישו, דהנה בדברי הרמב"ם הרי מבואר דהא דממעטינן הקדש מקרא דדישו היינו משום

דבעינן דיש הראוי לו, והקדש לא הוי ראוי לו, דאסור להאכילו דבר הקדש, וא"כ לא שייך זאת אלא גבי שור דליכא מידי למשרי איסוריה, משא"כ בפועל דהוי דין ממון, וא"כ הא נפקע איסורא דהקדש, וא"כ שפיר מקרי ראוי לו ולא נוכל למילף כלל פועל משור ושפיר איצטריך למעוטא דרעהו וכו', ובאמת נראה דאפילו אם נימא דמעילת הנאה אינה מדין גזל הקדש ג"כ ניחא כמש"כ, דמ"מ הא ודאי דהפקעת דין מעילה שייכא לדין ממון, ושעי"ז שיש להפועל זכות אכילה שפיר נוכל לומר דעי"ז יופקע איסור הקדש מיניה, כיון דברשות קאכיל ויש לו זכות על אכילתו, אלא ודאי דאיסורו משום גזלה ומחוור היטב וכמש"כ, עכ"ל הגר"ח זצ"ל.

ונראה לבאר מש"כ הגר"ח זצ"ל דאפילו אי נימא דיסוד איסור מעילה הוי חלות אסה"נ ולא איסור מדין גזילת הקדש מ"מ לולא הגזה"כ דרעך ולא הקדש היה מותר לפועל לאכול דמאחר שהותר לפועל לאכול פקע דין ממון הבעלים מהפירות וחל לפועל זכות ממון לאכול הפירות, ופקע מהפירות דין ממון הקדש ותו לא עבר משום אסה"נ מהקדש. ונראה להביא ראייה לזה משיטת הר"י (בתוס' גיטין דף מ: ד"ה הקדש) דקדושת דמים אינה מפקיעה מידי שעבוד ובע"ח גובה שעבודו מהקדש, וז"ל ודוקא קדושת הגוף שאין לו פדיון מפקיע מידי שעבוד כגון שור תם למזבח וכו' דקדושת הגוף כיון דחיילא תו לא פקע אבל קדושת דמים לא אלים כח הקדש מכח מקדיש כיון דיש לה פדיון וראויה לפקוע כדאשכחן בשדה מקנה כשהקדיש לוקח דחוזרת לבעלים ביובל עכ"ל. וצ"ע דנהי דגביית השעבוד מפקיעה את הבעלות והממון דהקדש אך היאך פקע האיסור הנאה דהקדש. וצ"ל דכשחל הפקעה של ממון הקדש בגביית השעבוד פקע נמי חלות איסור הנאה דהקדש. וכמו"כ י"ל לגבי פועל דזכותו לאכול מהפירות מפקיע דין ממון הקדש וממילא פקע נמי אסה"נ מהקדש אילולא הגזה"כ דרעך ולא הקדש.[576]

גמ'. ואכלת ולא מוצץ ענבים ולא ענבים ודבר אחר. ונראה לבאר דחל היתר אכילה לפועל, ורק ע"י חלות שם אכילה חלה הפקעת ממון הבעלים, ומוצץ היין לא הוי אכילה אלא שתייה, ואם הפועל מצץ הענבים הוי גזל גמור[577]. ומשו"ה נמי אכילה גסה אסורה דלא הויא חלות שם אכילה.

[576] וע"ע ברשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"א בענין מעילה (עמ' רא - רה).

[577] ונראה דאע"פ שבכהת"כ שתייה בכלל אכילה באכילת פועלים כתיב "ואכלת ענבים כנפשך וגו'" ומציצה אינה אכילת ענבים אלא שתיית היין ואין במציצה חלות שם אכילת ענבים עצמם המותרת לפועל. ועיין במנ"ח (דפוס מכון ירושלים) מצוה תקע"ז אות ג' ובהערה ב' שדן האם מוצץ ואכילה גסה אסורין משום לאו הבא מכלל עשה או דנאסרו משום לאו דגזילה.

והנה בדין ענבים ולא דבר אחר פירש רש"י (בד"ה ולא ענבים וד"א) וז"ל לטבול ענבים במלח למתקן שיאכל הרבה עכ"ל. ומבואר שאם הוסיף דבר אחר למתק את הפרי כדי שיאכל הרבה ליכא היתר אכילה, והאיסור הוא משום צורת מעשה האכילה. אולם עיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"י) וז"ל היה עושה בתאנים לא יאכל בענבים, בענבים לא יאכל בתאנים שנאמר בכרם ואכלת ענבים והעושה בגפן זו אינו אוכל בגפן אחרת ולא יאכל ענבים ודבר אחר ולא יאכל בפת ולא במלח וכו' שנאמר ואכלת ענבים כנפשך ענבים כמות שהן וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. ונראה דהרמב"ם סובר דהאיסור לאכול ענבים ודבר אחר הוא משום דחל היתר אכילה והפקעת ממון רק בחפצא של הפירות שהפועל עוסק בהם כמות שהן, וע"י דבר אחר הויא כחפצא של פירות אחרים שאינו עוסק בהם במלאכתו דליכא בהו היתר אכילה. ולכן כלל הרמב"ם את האיסור דלא ע"י דבר אחר ביחד עם האיסור של העושה בתאנים לא יאכל בענבים. ומבואר דלהרמב"ם הדין דענבים ודבר אחר הוא דין בחפצא של הפירות. משא"כ רש"י ס"ל דהוי דין באכילת הגברא שלא ישנה באכילתו כדי שיאכל הרבה. ונ"מ בין רש"י להרמב"ם דלרש"י עובר על איסור כשאוכל יותר ממה שרגיל, ואילו להרמב"ם כל מה שאוכל עם דבר אחר הוי איסור[578]. ועיין בתוס' (דף פט. ד"ה פועל) דר"ת פירש שהאיסור הוא להכשיר ענבים שאינם ראוים לאכילה לעשותם ראוים לאכילה והוי דין בחפצא.

גמ'. כנפשך כנפש של בעל הבית כך נפשו של פועל מה נפשך אוכל ופטור אף נפשו של פועל אוכל ופטור. ופרש"י (בד"ה כנפשך) וז"ל כאילו הן שלך עכ"ל. ובד"ה (אף פועל אוכל ופטור) כתב וז"ל ולא אמרינן הואיל דבאגריה אכיל על כרחו של בעה"ב הו"ל כמקח ומקח קובעת למעשר אף דבר שלא נגמרה מלאכתו כיון דזבניה אחשביה עכ"ל. ובפשטות נראה לבאר דבריו דהפועל אינו מקבל את הפירות ע"י דעת מקנה של בעה"ב אלא התורה נתנה לפועל זכות אכילה בפירות של בעל הבית, ומשו"ה לא הוי מקח, וליכא קביעות למעשר. אולם יתכן לומר דכוונת רש"י היא דהפירות אינם מגיעים לפועל מהבעה"ב כלל, אלא הפועל אוכל משלו, והו"ל כאילו הפירות היו שלו מעולם דהתורה

[578] ויתכן דנפ"מ היאך נמדד שיעור שו"פ לחייבו משום גזל, דלרש"י השו"פ נמדד בשיעור ענבים שאכל יותר ממה שהיה אוכל בלי הדבר אחר, ואילו להרמב"ם כל מה שאכל נכלל בשיעור שו"פ ונאסר משום גזילה. ועיין במנ"ח מצוה תקע"ו אות ז' שנסתפק בדין פועל שאכל ענבים ודבר אחר האם מוציאין מידו כל מה שאכל או רק מה שמשערין שאכל יותר מחמת הדבר אחר אבל מה שאכל כדרך אכילתו אין מוציאין, והמנ"ח הניח ספקו בצ"ע. ולפי"ד רבינו זצ"ל יתכן לומר דזה יהיה תלוי במחלוקת שבין הרמב"ם ורש"י, דלרש"י מוציאין מידו רק מה שמשערין שאכל יותר ממה שהיה רגיל לאכול, משא"כ להרמב"ם כשצירף דבר אחר הוי חפצא אחרת של פירות וליכא היתר אכילה בכל מה שאוכל ומוציאין הכל מידו.

הפקיעה את ממון בעה"ב מהפירות וחידשה דיש לפועל קנין בפירות שאוכל משלו.[579]

גמ'. שבעך ולא אכילה גסה. עיין בתוס' ד"ה שבעך וז"ל אי לאו דכתיב שבעך הוה ממעטינן מואכלת אכילה גסה דאכילה גסה לא שמה אכילה ולא הוה דרשינן ואכלת ולא מוצץ דשתיה בכלל אכילה אבל השתא דכתיב שבעך ולא אכילה גסה אייתר ואכלת למדרש מיניה ולא מוצץ עכ"ל. ודבריהם צ"ב.

ובביאור דבריהם נראה דר"ל דאי לא הוי כתיב אלא "ואכלת" וממעטינן מ"ואכלת" אכילה גסה אזי י"ל דהיתר אכילת פועל אינו תלוי במעשה אכילה אלא בחלות שם אכילה דכהת"כ, ומשו"ה ליכא היתר לפועל לאכול אכילה גסה. דאכילה גסה לא שמיה אכילה אע"פ שבודאי אף באכילה גסה איכא מעשה אכילה. ונראה דבמצות אכילה שבכהת"כ בעינן חלות שם אכילה לצאת יד"ח, ואי אכל אכילה גסה לא יצא יד"ח (וכגון באכילת קרבן פסח כדמבואר במס' נזיר דף כג.) דאכילה גסה לא הוי חלות שם אכילה עפ"י דין. אמנם נראה פשוט דאכילה גסה הוי מעשה אכילה, ונפ"מ לענין טומאת נבלת עוף טהור המטמאת בבית הבליעה, דפשיטא שאם אכל נבלת עוף טהור באכילה גסה דמטמאה משום דהוי מעשה אכילה, דטומאת בית הבליעה חלה במעשה אכילה בעלמא ואע"פ שאין האכילה חלות שם אכילה בכהת"כ. ומקרא ד"ואכלת" נלמד שהותר לפועל לאכול בחלות שם אכילה דכהת"כ וממעטינן אכילה גסה. ואי הוי דרשינן רק "ואכלת" לא היינו ממעטינן שתייה דבכהת"כ שתייה הוי בכלל חלות שם אכילה, והא דנתמעט שתייה הוא משום דהשתא דכתיב "שבעך" נתחדש שמלבד דהאכילה צריכה להיות בכלל חלות שם אכילה דכהת"כ בעינן נמי מעשה אכילה, ואע"פ ששתייה בכלל אכילה לגבי חלות שם אכילה בכהת"כ וכגון לענין יוה"כ ומצות אכילת תרומה, מ"מ

[579] ומלשון רש"י (בד"ה כנפשך) וז"ל כאילו הן שלך עכ"ל, משמע כהביאור השני, אולם ממש"כ רש"י (בד"ה אף פועל) "הואיל דבאגריה אכיל" משמע דהאכילה היא חלק מדמי השכירות שמקבל הפועל מבעה"ב ומשו"ה נוטל אף בעל כרחו של בעה"ב, ויש לפועל שעבוד ממון מחמת השכירות לאכול את הפירות כחלק מדמי השכירות, ומשמע כהפירוש הראשון שהעלה רבנו זצ"ל דיש לפועל זכות אכילה בפירותיו של בעה"ב אך אין הבעה"ב מקנה אותם לו בתורת מקח. ולכאורה יש נפ"מ בין ב' הפירושים הנ"ל באופן שהעבה"ב אינו מניח לפועל לאכול מן הפירות האם הוא חייב לשלם לפועל דמי הפירות, דלפימש"נ דיש לפועל זכות ושעבוד ממון לאכול מן הפירות כחלק מדמי שכירותו ונוטל את הפירות אף בע"כ דבעה"ב י"ל דהבעה"ב חייב לשלם דמי הפירות לפועל. משא"כ אם אין לפועל זכות אכילה בפירות של הבעה"ב אלא דבשעה שאוכל התורה הפקיעה ממון הבעה"ב והרי הפועל אוכל משלו י"ל דההפקעה חלה רק כשאוכל מהפירות ואם לא אכל עדיין לא זכה בהם כלל, דאינו זוכה אלא בשעת אכילתו בלבד (עיין לקמן דף צב.). ולפי"ז י"ל שאם מנע העבה"ב את הפועל מלאכול אין הבעה"ב חייב לשלם לו דמי הפירות. ובנידון זה נחלקו הראשונים דהרמב"ם (פי"ג מהל' שכירות ה"ב) סובר שהבעה"ב פטור מלשלם, ואילו הרמ"ה סובר דהבעה"ב חייב לשלם (עיין בטור חו"מ סימן של"ז סעיף ב'), וע"ע בשיעורים לקמן דף פח: ד"ה אלא.

אינה מעשה אכילה אלא מעשה שתייה ולא הותר לפועל אלא חלות שם אכילה בהדי למעשה אכילה.

והנה יל"ע האם מותר לפועל לאכול פחות מכזית, ולכאורה זה תלוי האם ההיתר של אכילת פועל תלוי בחלות שם אכילה או במעשה אכילה, דאי חל ההיתר רק מחמת חלות שם אכילה דבכהת"כ אזי י"ל דליכא היתר לאכול פחות מכזית, דבכהת"כ קיי"ל דאין אכילה פחות מכזית. משא"כ אם ההיתר חל מחמת מעשה אכילה י"ל שחל היתר לפועל אף בפחות מכזית, דאף פחות מכזית הוי בכלל מעשה אכילה[580]. ולפימש"נ שמלבד דהאכילה צריכה להיות בכלל חלות שם אכילה דכהת"כ בעינן נמי מעשה אכילה י"ל דאע"פ שאכילת פחות מכזית הוי מעשה אכילה מ"מ לא הותר לפועל אלא חלות שם אכילה שבכהת"כ והיינו בכזית[581]. אולם יתכן לומר דדין כזית חל רק באכילות שיש בהן דין שיעורים וכגון במצוות ואיסורים, משא"כ דין אכילת פועל אינה קיום מצוה אלא חלות היתר בעלמא שהתורה התירה לפועל לאכול ולא חל ביה דין שיעור דניבעי לאכול כזית, ומותר לפועל לאכול אף פחות מכזית.[582]

ובנוגע לקושיית התוס' דל"ל קרא ד"שבעך" למעוטי אכילה גסה תיפוק ליה מקרא ד"ואכלת", יש לתרץ דשיטת התוס' (ב"ק דף קי. ד"ה אכילה גסה, ובתוס' בפסחים קז ב ד"ה דלמא) היא דיש תרי גווני אכילה גסה: א) אכילה גסה כשאוכל לאחר שכבר שבע, ב) אכילה גסה כשקץ במזונתיו. ויתכן דאי הוי ילפינן המיעוט דאכילה גסה מקרא ד"ואכלת" בלבד היה נתמעט רק אכילה גסה כשקץ במזונתיו - דאין באכילה כזו חלות שם אכילה כלל בכהת"כ. אמנם מקרא ד"שבעך" נתמעט אכילה גסה כגון שאכל יותר מכדי שביעה אע"פ שלא קץ באכילה.

ועיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"י) וז"ל אסור לפועל למוץ בענבים שנא' ואכלת ענבים וכו' עכ"ל. ונראה דלהרמב"ם האיסור למצוץ בענבים הוא משום שאם מוצץ בענבים הריהו מפסיד את צורת הענבים ואין זה החפצא של הענב כפי גידולו בכרם, והפועל צריך לאכול את הענב כצורתו וכגידולו.[583]

גמ'. אמר רבי ינאי אין הטבל מתחייב במעשר עד שיראה פני הבית.

[580] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' שבועות ח"א דף כא: בענין חצי שיעור (עמ' ל"ד).

[581] ועיין במנחת חינוך מצוה תקע"ו אות ח' שנסתפק האם מותר לפועל לאכול שלא כדרך אכילה, וי"ל דזה תלוי בהנ"ל דאי דין אכילת פועל תלויה בחלות שם אכילה דכהת"כ אזי י"ל דאינו יכול לאכול שלא כדרך אכילה משא"כ אם דין אכילת פועל תלוי במעשה אכילה י"ל דאף שלא כדרך אכילה הויא מעשה אכילה ומותר, ויל"ע בזה ואכמ"ל.

[582] ויש להסתפק לפי"ד הגר"ח זצ"ל דיש לפועל זכות ממון בפירות האם חל שיעור אכילה דכזית או דשיעור אכילה הוא בשוה פרוטה דהוי שיעור ממון בכהת"כ, וחל היתר אכילה אף בפחות מכזית אם יש בו שוה פרוטה.

[583] ועיין במנחת חינוך (הוצאת מכון ירושלים) מצוה תקע"ו ובהערה ו.

מבואר בסוגיא דלר' ינאי חל חיוב מעשר בראיית פני הבית, ולפי"ז נמצא דיש ג' שיעורים בחיוב מעשר: א) הבאת שליש - דהוי שיעור בחלות שם פרי המחויב במעשר, ב) מירוח הכרי - דהוי הכשר הפרי לאכילת אדם שכבר בירר והוציא את הפסולת מן התבואה וצבר את התבואה בכרי ומירחו דהתבואה ראויה לאכילת אדם[584], ג) ראיית פני הבית - שמביא את הפרי למקום אכילה. והנה יש להעיר דאיתא במשנה (פאה פ"ד מ"ח) דאם הקדיש את הפירות קודם מירוח פטורים הם מן המעשר ואילו אם הקדישם לאחר מירוח הרי הם חייבים. וצ"ע לפי שיטת ר' ינאי דראיית פני הבית מחייבת במעשר מדוע קיי"ל שאם הקדיש את הפירות לאחר שנתמרחו הרי הן חייבין במעשר, דלכאורה אם הוקדשו הפירות קודם לראיית פני הבית הו"ל כהקדישן לפני שעת חיובן וצ"ל פטורין ממעשר בדומה למקדיש פירות לפני המירוח. וכן יל"ע בשיטת הרמב"ם שפסק (פ"ג מהל' מעשרות הכ"ה) וז"ל המקדיש פירות תלושין ופדאן קודם שתגמר מלאכתן חייב לעשר. ואם נגמרה מלאכתן ביד הקדש ואח"כ פדאן פטורין מן המעשרות שבשעת חובתן היו פטורין מן המעשרות עכ"ל. ומבואר שאם הקדיש את הפירות קודם גמר מלאכה פטורין הן מן המעשר, ומשמע דבהקדישן לאחר גמר מלאכה הריהם חייבים אע"פ דהוי קודם ראיית פני הבית, וצ"ע דהרי הרמב"ם פסק כר' ינאי דאין טבל נקבע למעשר מה"ת עד שיכניסנו לביתו דרך השער וכמש"כ (פ"ד מהל' מעשר ה"א) וז"ל אין הטבל נקבע למעשרות מן התורה עד שיכניסנו לביתו שנאמר ביערתי הקדש מן הבית, והוא שיכניסנו דרך השער שנאמר ואכלו בשעריך אבל אם הכניס תבואתו דרך גגות וקרפיפות פטור מן התרומה ומן המעשרות עכ"ל. וא"כ מדוע פסק (בפ"ג מהל' מעשר הכ"ה) דבהקדישן לאחר שנגמרה מלאכתן (מירוח הכרי) שחייבין במעשר, והרי לא הוקבעו הפירות למעשר עד שיראו פני הבית, וא"כ יפטר מן המעשר משום דהויא כהקדישן קודם לשעת חובתן.

ונראה לתרץ דראיית פני הבית לא הוי מחייב דמעשר ואינה שעת חובתה דמעשר, דחלות שם טבל ושעת חובה דמעשר חל במירוח (דהוי גמר המלאכה). אולם דין ראיית פני הבית הוי דין בפ"ע ושיעור באיסור אכילת טבל, דיסוד איסור אכילת טבל מה"ת

[584] עיין בר"ש (פ"א מעשרות מ"ו ד"ה משימרח) וז"ל אחר שמסירין המוץ מן התבואה צוברין אותה במקום א' בגורן ומייפה פני הצבור ומחליקין אותו והוא המירוח עכ"ל, ועיין ברמב"ם בפיה"מ שם וז"ל משימרח ענינו משיבורור אותם מן התבן ברירה גמורה וכו' עכ"ל, ובפיה"מ פ"א פאה מ"ו כתב וז"ל ופירוש מריחה מריקה, וזאת המלה מושאלת בדרך המליצה בענין ברירת החטה מן התבן והשלמת צרכי הזרע עד שלא ישאר לעשות בו אלא להוליכו אל האוצר וכו' וכשיקצר הזרע הנזרע כולו ויודש ונברר מן התבן אז יפריש מן הזרע ההוא תרומה ומעשרות המחייבות לו וכו' עכ"ל. ומבואר מדבריהם דהסרת המוץ והתבן מן התבואה הוי בכלל מירוח. ועיין ברש"י במס' ב"ק (דף צד. ד"ה מרחו) וז"ל מחליק את הכרי ברחת ומירוח הוי גמר מלאכה למעשר וכו' עכ"ל, דמשמע דהחלקת הכרי בלבד הוי המירוח. אמנם נראה דלכו"ע מירוח הכרי מכשיר את התבואה לאכילת אדם.

אינו אלא באכילת קבע. דעיין ברמב"ם (פ"ד מהל' מעשר ה"ב) שכתב וז"ל יראה לי שאין לוקין מה"ת על אכילת טבל עד שיקבע בכניסתו לביתו עכ"ל, ומשמע דאע"פ שבגמר מלאכה (מירוח) חל שם טבל בחפצא של הפירות מ"מ אינו לוקה על אכילת טבל אא"כ הכניסו לבית, ואם אכל טבל לפני שהכניסה לבית ליכא חיוב מלקות. ונראה דהביאור בזה הוא דקודם הכניסה לבית האכילה הויא עפ"י דין אכילת עראי ואין לוקין אלא על אכילת קבע, דליכא איסור לאכול טבל מדאורייתא אכילת עראי. וכן מבואר מדברי הרמב"ם (פ"ג מהל' מעשר ה"ד) וז"ל כיצד פירות שדעתו להוליכן לבית אע"פ שנגמרה מלאכתן אוכל מהן אכילת ארעי עד שנכנסו לבית, נכנסו לבית נקבעו למעשרות ואסור לאכול מהן עד שיעשר וכו' עכ"ל. ומבואר לפי"ז דראיית פני הבית קובעת למעשר - היינו דע"י ראיית פני הבית חלה חלות שם אכילת קבע - שהפירות הוקבעו ואכילתן מהוה אכילת קבע. וזוהי כוונת הרמב"ם במש"כ (בפ"ד מהל' מעשר ה"א) וז"ל אין הטבל נקבע למעשרות מן התורה עד שיכניסנו לביתו וכו' עכ"ל, כלומר דחל דין דראיית פני הבית קובעת למעשר - דמחמת ראיית פני הבית חל באכילת הפירות חלות שם אכילת קבע, ובלאו הכי אכילתן הויא אכילת עראי ומותרת מה"ת. וי"ל דמשו"ה דייק הרמב"ם וכתב "אין הטבל נקבע למעשרות מה"ת עד שיכניסנו לביתו וכו'" דס"ל דראיית פני הבית קובעת למעשר דמחמת ראיית פני הבית חל באכילת הפירות חלות שם אכילת קבע, ואילו בגמ' גרסינן "אמר רבי ינאי אין הטבל מתחייב במעשר עד שיראה פני הבית" דמשמע דראיית פני הבית הוא דין במחייב[585]. ונראה להביא ראיה לזה ממש"כ הרמב"ם (בפ"ג מהל' מעשר ה"ג) וז"ל אחד מששה דברים קובע הפירות למעשרות הבית והמקח והאש והמלח והתרומה והשבת וכולן אין קובעין אלא בדבר שנגמרה מלאכתו עכ"ל. והנה הרמב"ם כלל ששה דברים הקובעים למעשר, וראיית פני הבית קובעת למעשר מדאורייתא ואילו שאר ה' דברים קובעין מדרבנן. ונראה דההלכה דששה דברים קובעין למעשר ר"ל דע"י ששה דברים אלו נחשבת האכילה לאכילת קבע. אולם חלות שם טבל ושעת חובתה דמעשר בחפצא של הפירות תלוי בגמר מלאכה - דהיינו מירוח, דהמירוח מחייב במעשר. והראייה לזה דקיי"ל דשבת קובעת למעשר מדרבנן - דאע"פ שלא הכניס את הפירות לבית - מ"מ אכילתן בשבת חשיבא לאכילת קבע ואסור לאכלן בשבת אא"כ הפריש מעשר, ופשיטא שאין הכוונה דשבת פועלת חלות שם טבל וחיוב הפרשת תרו"מ, אלא על כרחך צ"ל דשבת קובעת חלות שם אכילת קבע. ולפי"ז

[585] ויתכן דהרמב"ם גרס בגמ' "אין הטבל נקבע למעשר עד שיראה פני הבית" ולא גרס "מתחייב" כגירסה שלפנינו (רבנו זצ"ל).

נראה דה"ה בכל הני ו' דברים הקובעים למעשר - שקובעים את האכילה לאכילת קבע. ומבואר מזה דראיית פני הבית קובעת מדאורייתא את האכילה לאכילת קבע, ואילו שאר ה' דברים קובעים את האכילה לאכילת קבע מדרבנן. ומבואר דראיית פני הבית אינו מחייב דמעשר ולא הוי שעת חובתה דמעשר, אלא הוא דין קביעות למעשר דראיית פני הבית קובעת את האכילה לאכילת קבע. ועוד נראה להביא ראייה לזה דיש לדקדק דמלשון הרמב"ם משמע דהני ו' דברים קובעים למעשר רק לאחר שנגמרה המלאכה ונעשה מירוח הכרי ואין קובעים למעשר קודם גמר המלאכה. ובשלמא לפימש"כ דשם טבל ושעת חובת הפרשת תרו"מ חל במירוח, אזי ניחא הא דחל דין קביעות למעשר לשוויה לאכילה אכילת קבע רק לאחר שנגמרה המלאכה, דחל שם טבל בפירות ע"י גמר המלאכה וחל קביעות למעשר בששה דברים, דקודם המירוח ליכא חלות שם טבל ואין איסור לאכול הפירות אפילו באכילת קבע. אולם אי נימא דהני ו' דברים הויין חלות שם מחייב דמעשר בפ"ע, צ"ע מדוע כתב הרמב"ם שאין קובעין אלא בדבר שנגמרה מלאכתו. ומוכח כמש"כ דחל דין בפ"ע לקבוע הפירות למעשר - דהיינו דע"י ראיית פני הבית חל חלות שם אכילת קבע מדאורייתא וע"י שאר ה' דברים הויא האכילה עפ"י דין אכילת קבע מדרבנן. וכן מוכח ממש"כ הרמב"ם (פ"ד מהל' מעשר ה"ב) וז"ל יראה לי שאין לוקין מן התורה על אכילת הטבל עד שיקבע בכניסתו לביתו וכו' אבל אם נקבע בשאר ו' דברים שמנינו אין לוקין עליו אלא מכת מרדות מדבריהם עכ"ל, ולפי"ז מיושב מה שדקדקנו אמאי ליכא פטור ממעשר אם הקדיש הפירות לאחר גמר מלאכתן קודם ראיית פני הבית אליבה דר' ינאי, דנתבאר דאף לר' ינאי ראיית פני הבית לא הוי מחייב ושעת חובה דמעשר, אלא דין בפ"ע דבראיית פני הבית חל קביעות לענין אכילת טבל והוי שיעור באיסור אכילת טבל. אולם שעת חובת מעשר בפירות חל רק במירוח, ומשו"ה כיון דבשעת המירוח לא היו הפירות הקדש שפיר חלה בהו חובת מעשר.

אמנם עיין במשנה (פאה פ"א מ"ו) "לעולם הוא נותן משום פאה ופטור מן המעשרות עד שימרח ונותן משום הפקר ופטור מן המעשרות עד שימרח". וכתב הר"ש (שם) וז"ל כדתניא לעיל מירחו מעשר ונותן לו וכן הפקירה קודם מירוח פטור לאחר מירוח חייב וכן כולם. וטעמא דמירוח משום דאין מתחייב במעשר עד שימרח כדתנן במס' מעשרות (פ"א מ"ו) דכתיב דגנך ודרשינן דיגונך דבגורן תלינהו רחמנא וכו' ולמאן דבעי התם ראיית פני הבית מיירי מתני' עד שימרח בבית, וכגון דלא הכניס התבואה במוץ שלה אלא לאחר שנטהרה מן המוץ הכניסה בבית ומירחה שם, ומאחר שחל עליה חיוב מעשר תו לא מיפטרא אפילו הפקיר. ויתכן דאפילו מירחה בשדה ואח"כ הפקיר דמחייבת

בדרבנן אם חזר והכניסה בבית וכו' עכ"ל. ומבואר דהר"ש סובר דאי הפקיר הפירות בין מירוח לראיית פני הבית הפירות פטורין מתרו"מ מדאורייתא, ואם חזר והכניס הפירות לבית חייב בתרו"מ רק מדרבנן. ומשמע דהר"ש חולק על הרמב"ם וסובר דלר' ינאי ראיית פני הבית מהוה גמר המחייב אחרי מירוח והוי שעת חובתה דמעשר ונפ"מ לענין הפקר והקדש, ואינו רק חלות דין קביעות לאכילת מעשר גרידא, שלא כדעת הרמב"ם.

גמ'. מה בית המשתמר אף חצר המשתמרת. עיין ברמב"ם (פ"ד מהל' מעשר ה"ג - ה"י) שהביא דיני בית וחצר הקובעים למעשר, ויש לדקדק דלגבי חצר כתב (בה"ח) "אי זו היא חצר הקובעת כל שהכלים נשמרין בתוכה" דבעינן חצר המשתמרת ואילו לגבי בית לא הזכיר הרמב"ם דבעינן בית המשתמר, ודלא כפשטות הגמרא. ויתכן דהרמב"ם סובר דהגמ' היא לאו דוקא ובית קובע אע"פ שאינו משתמר ואילו חצר קובעת רק כשהיא חצר המשתמרת. והביאור בזה דבית הוי מקום חשוב גם אם אינו משתמר משא"כ חצר שאם אינה משתמרת אינה מקום חשוב, ומשו"ה בית קובע אע"פ שאינו משתמר משא"כ חצר קובעת רק כשהיא משתמרת. ועיי"ש ברמב"ם (בה"ח) שכתב "אי זו היא חצר הקובעת וכו' שאין אדם בוש מלאכול בתוכה או חצר שאם יכנס אדם לה אומרים לו מה אתה מבקש", ומבואר דגם חצר שאינה משתמרת לגמרי אלא שאין אדם בוש מלאכול בתוכה קובעת למעשר. ומוכח דאין הלכה דבעינן משתמרת ממש כדמצינו לגבי קנין חצר, אלא הוי הלכה שהחצר צ"ל חשובה ומקום שמשתמשין בה כדי לקבוע למעשר. ולפי"ז בית בכל אופן הוי מקום חשוב אף אם אינו משתמר ומשו"ה קובע למעשר.

ונראה דשאני דין קנין חצר דבעינן חצר המשתמרת ממש משום דקנין תלוי בתפיסת החפץ ברשותו, ומשו"ה בעינן חצר המשתמרת ממש. משא"כ לענין קביעות דמעשר אף חצר המשתמרת במקצת דהיינו שאומרים לאדם הנכנס לתוכה מה אתה מבקש קובעת לגבי מעשר, משום דיסוד הדין הוא שאם נכנסו הפירות למקום חשוב שמשתמשין בו חל קביעות לענין מעשר, ומשו"ה חל הקביעות אף בחצר שאינה משתמרת לגמרי.

גמ'. ההוא מיבעי ליה דמעייל ליה דרך שער לאפוקי דרך גגות וקרפיפות. יל"ע מדוע צריך כאן לגזה"כ מיוחדת מקרא ד"בשעריך" למעט הכנסה דרך גגות וקרפיפות לענין קביעות דמעשר, והרי בכהת"כ קיי"ל דאין זו דרך ביאה וכדמצינו לגבי איסור ביאת טמא למקדש וכדפסק הרמב"ם (פ"ג מהל' ביאת מקדש הי"ט) וז"ל טמא שנכנס למקדש דרך גגות פטור שנא' ואל המקדש לא תבוא דרך ביאה חייבה תורה עכ"ל. וי"ל דבאיסור טמא ליכנס למקדש כתיב "ואל המקדש לא תבוא" דדרך ביאה חייבה התורה, ושלא כדרך ביאה פטור. משא"כ במעשר דלא כתיב בה לשון ביאה וסד"א דאין בה דין דרך

ביאה ולהכי בעינן לגזה"כ מהפסוק "בשעריך" למעט כניסה דרך גגות וקרפיפות דאף בקביעות מעשר חל דין דרק הכנסה כדרכה קובעת למעשר.

ועוד י"ל דסד"א דדין דרך ביאה נאמר רק בביאת אדם וכגון בביאת אדם טמא למקדש אך לא בהכנסת חפצא של הפירות לבית דלא נאמר דין מעשה ביאה אלא באדם, וקמ"ל הגזה"כ ד"בשעריך" דגם בכניסת החפצא של הפירות לבית חל דין דרך ביאה. והנה עיין ברמב"ם (פ"ג מהל' ביאת מקדש הט"ז) וז"ל המכניס שרץ וכיוצא בו במקדש או שהכניס אדם טמא למקדש הרי זה חייב כרת שהרי טמא מקדש ה' עכ"ל. ויש לעיין האם הרמב"ם סובר דאינו חייב כרת אא"כ הכניס את השרץ או את האדם טמא למקדש דרך ביאה, דיל"ע האם חל דין דרך ביאה באיסור הכנסת דבר טמא למקדש או לא. ויש לדייק דהרמב"ם רק מזכיר את הדין דשלא כדרך ביאה פטור (בהל' י"ט) לגבי כניסת אדם טמא למקדש, ומשמע דס"ל דבהכנסת דבר טמא למקדש ליכא דין דבעי דרך ביאה, ואף שלא כדרך ביאה חייב. ולפי"ז י"ל דמשום הכי בעינן לגזה"כ מיוחדת ד"בשעריך" לגבי קביעות מעשר דאין הפירות נקבעים למעשר אא"כ הכניסם לבית בדרך ביאה. אולם אי נימא דאף בהכנסת שרץ למקדש חל דין דבעינן הכנסה בדרך ביאה אזי י"ל דהא דהוצרך במעשר גזה"כ ד"בשעריך" למעט גגות וקרפיפות הוא משום דלא כתיב במעשר לשון ביאה ולכן סד"א דאף שלא בדרך ביאה חל קביעות למעשר אי לאו גזה"כ ד"בשעריך".

אמנם עדיין יש להסתפק בדין הכנסת פירות לבית המחייבת במעשר האם נאמר בזה דין דרך ביאה או דיש רק מיעוט מסוים למעט דרך גגות וקרפיפות מכיון שאינו נכנס דרך השער. ונפ"מ אם הכניס את הפירות דרך שער החצר אך נכנס שלא כדרך ביאה וכגון שהלך לאחוריו, דלגבי איסור ביאת טמא למקדש פטור, דיש לעיין מהו הדין לענין קביעות דמעשר כשנכנס דרך השער אך נכנס לאחוריו האם חל קביעות למעשר או לא. ועיין ברמב"ם (פט"ז מהל' טומאת צרעת ה"ה) וז"ל טהור שנכנס לבית מנוגע דרך אחוריו אפילו נכנס כולו חוץ מחוטמו טהור שנא' והבא אל הבית דרך ביאה טמאה תורה עכ"ל. ומבואר דכניסה דרך אחוריו אינה דרך ביאה בנוגע לגברא. והנה אם ננקוט דבהכנסת הפירות לבית חל דין כניסה בחפצא של הפירות וחל נמי דין דבעינן שהגברא יכנס דרך ביאה אזי י"ל דאם נכנס הגברא דרך אחוריו ליכא קביעות למעשר מאחר דליכא ביאת הגברא בדרך ביאה. אך אם ננקוט דבמעשר ליכא דין של ביאת הגברא וחל רק דין של הכנסת הפירות כדרכם אזי י"ל דבשלמא בגגות וקרפיפות ליכא הכנסת החפצא של הפירות כדרכן לבית מדלא נכנסו הפירות לבית דרך שער הבית אלא דרך גגות וקרפיפות. אולם אם נכנסו הפירות לבית דרך השער אלא שהגברא הכניסם

כשהלך לאחוריו אין זה מונע הקביעות לגבי מעשר דהקביעות חלה בחפצא של הפירות, והחפצא של הפירות שפיר נכנסו לבית כדרכן דרך השער אע"פ שהאדם שהכניסם נכנס דרך אחוריו. ולכאורה יש עוד נפ"מ בזה בציור שזרק אדם את הפירות דרך השער לתוך הבית אך הוא עצמו לא נכנס עמהן, דיל"ע האם נקבעו למעשר או לא. דלכאורה לגבי הפירות עצמן היתה כניסה לבית כדרכן דנכנסו דרך השער אך לא היתה ביאת הגברא. ולכאורה י"ל דליכא דין ביאת הגברא בקביעות למעשר והקביעות תלוי בהכנסת החפצא של הפירות עצמן לבית כדרכן. והנה עיין בתוס' (פח א ד"ה בעל הבית) דלרש"י חל חלות דין כניסה לבית וקביעות למעשר במחובר בלי מעשה אדם כלל. ומבואר דאליבא דרש"י ליכא דין דבעי ביאת הגברא בקביעות דמעשר וחל רק דין של כניסת הפירות דרך השער. ולפי"ז י"ל שאם הכניס הגברא את הפירות דרך השער כשנכנס לאחוריו הריהם חייבים במעשר. אך התוס' חולקים על רש"י וס"ל דהקביעות למעשר חל רק בתלוש, ולפי"ז י"ל דביאת הגברא מעכבת ומעשה תלישה נחשב לכניסת הפירות כדרך הגברא ומחייב במעשר, ואילו כניסה דרך אחוריו אינה כדרך כניסה לגבי הגברא ואינה מחייבת הפירות במעשר.

תוס' ד"ה תבואת זרעך ולא לוקח. וז"ל וא"ת דאמר בסוף פ"ק דבכורות אמר שמואל ברבי נתן הלוקח טבלים ממורחין מן הנכרי מעשרן והן שלו, וקאמר אי מירחינהו נכרי דגנך ולא דיגון נכרי אלא דמרחינהו ישראל פ' אחר שקנאם מן הנכרי מעשרן דאין קנין לנכרי בא"י להפקיעם מידי מעשר וכו'. ואומר ר"ת דהכא מיירי בלוקח אחר מירוח אבל לוקח קודם מירוח כי התם תבואת זרעך קרינא ביה. וכו' אבל לרבי יצחק ב"ר מרדכי נראה לפרש איפכא בלוקח שאינו ממורח פטור שעדיין לא נתחייב ברשות מוכר. אבל לוקח ממורח הואיל ונתחייב ברשות מוכר תו לא פקע שם טבל מיניה כמו בהקדש ובהפקר שאם הקדיש והפקיר קודם מירוח מפקיע מידי מעשר אבל לאחר מירוח אינו מפקיע, עכ"ל.

ומבואר דשיטת ר"ת היא דלוקח אחר מירוח פטור מן המעשר, ואילו לוקח קודם מירוח חייב במעשר. וצ"ע בשיטת ר"ת דמאחר דלאחר מירוח חל איסור אכילה וחלות שם טבל בפירות, א"כ איך הותר האיסור של טבל ללוקח ע"י שלקח הפירות. והרי קיי"ל שטריפה שנתרפאה אינה חוזרת להכשרה דמכיון דנאסרה נאסרה, ואפילו למ"ד דחוזרת להכשרה היינו רק בטריפה שנתרפאה דהרפואה מתירה, אולם צ"ע בלקוח מהו המתיר של איסור טבל. ויתכן דר"ת ס"ל דמיירי שלקחן הלוקח קודם ראיית פני הבית דלא הוקבעו הפירות עדיין לאכילת קבע ואכילתן מותרת משום דהויא אכילת עראי. אמנם

עדיין צ"ע דמ"מ לאחר מירוח חל בפירות חלות שם טבל וחיוב תרו"מ, וקשה דהאיך פקע שם טבל ע"י הלקיחה, ואמאי מותר ללוקח לאוכלן בלי להפריש מעשר. ויתכן לומר דר"ת ס"ל כשיטת הר"ש (פאה פ"א משנה ו') דראיית פני הבית נמי הוי מחייב בתרו"מ ואינה רק חלות שם קובע דאכילת קבע, וס"ל דלאחר מירוח לא נגמר חלות שם טבל וחיוב מעשר בפירות עד שיראה פני הבית[586]. ומשו"ה ס"ל דשפיר חל פטור לוקח לאחר מירוח. ועיין בחידושי רבנו חיים הלוי (פ"ב מהל' מעשר ה"א) שכתב וז"ל דהנה בתוס' (ב"מ דף פח.) הקשה הריב"ם לשיטת הר"ת דפטורא דלקוח הוא בלקחן אחר מירוח, דאיך חייל הך פטורא דלקוח אחרי שכבר נגמר חיובן במירוח, ולדעת ר"ת י"ל דאירי קודם ראיית פני הבית דחשוב עוד לא נגמר חיובן, וכמבואר בתוס' (שבת דף קכז: ד"ה האי דאידגן) דמעשר ראשון שהקדימו קודם ראיית פני הבית פטור מתרומה גדולה משום דחשוב עוד לא נגמר חיובן, וא"כ ה"נ דכוותה לענין פטורא דלקוח כל זמן שלא ראו פני הבית חשוב לא נגמר חיובן וחייל עלייהו פטורא דלקוח, ולדעת הריב"ם צ"ל דס"ל כמש"כ התוס' בביצה (דף יג.) דכל שנגמר מירוחן חשוב נגמר חיובן, אף בהקדים מעשר ראשון קודם ראיית פני הבית, וע"כ ס"ל דה"ה הכא ג"כ כל שנתמרחו חשוב נגמר חיובן, ולא חייל בהו עוד פטורא דלקוח עכ"ל. ומבואר דהגר"ח זצ"ל נקט בשיטת ר"ת דס"ל דחיוב תרומה ומעשר וחלות שם טבל לא נגמר עד ראיית פני הבית, ומשו"ה ס"ל דחל פטור לקוח לאחר מירוח. משא"כ הריב"ם סובר דנגמר חיובן במירוח דבמירוח חל חלות שם טבל וחיוב מעשר גמור בחפצא של הפירות, אע"פ שלא ראו פני הבית, וע"כ סובר דלאחר מירוח תו לא חל בהו פטור דלקוח.

והנה עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' מעשר ה"א - ה"ב) שכתב וז"ל אינו חייב להפריש מה"ת אלא הגומר פירותיו לאכלן לעצמו אבל הגומרן למוכרן פטור מן התורה וחייב מדבריהם שנאמר עשר תעשר וגו' ואכלת, אינו חייב אלא הגומר לאכלה. וכן הלוקח פטור מן התורה שנאמר תבואת זרעך וחייב מדבריהם. במה דברים אמורים בשלקחן אחר שנגמרה מלאכתן ביד מוכר אבל אם נגמרה ביד הלוקח חייב לעשר מן התורה עכ"ל. והקשה הגר"ח זצ"ל דצ"ע בשיטת הרמב"ם דמשמע דס"ל כשיטת רבנו תם דהפטור דלוקח חל רק בלקח לאחר שנתמרחו הפירות, ובפשטות ס"ל דלא נגמר חיוב מעשר במירוח אלא דבעינן ראיית פני הבית לגמור החיוב. אמנם עיין ברמב"ם (פ"ג מהל' תרומות הי"ג) וז"ל ישראל שהפריש מעשר ראשון כשהוא שבלים קודם שידוש ויפריש תרומה גדולה ונתנו ללוי אין הלוי חייב להפריש ממנו תרומה גדולה אחר שידשנו

[586] עיין ברשימות שיעורים לפירקין דף פח. ד"ה אמר ר' ינאי וכו'.

אלא תרומת מעשר בלבד. אבל אם דש ישראל והפריש המעשר מן הדגן קודם שיפריש תרומה גדולה ונתנו ללוי חייב הלוי להפריש ממנה תרומה גדולה ותרומת מעשר, מאחר שנעשה דגן נתחייב בתרומה גדולה שנא' ראשית דגנך עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק דמעשר ראשון שהקדימו בשבלים פטור מתרומה גדולה כשהפריש המעש"ר קודם למירוח, אולם אם הפריש המעש"ר לאחר מירוח אזי חייב הלוי להפריש ממנו תרומה גדולה, והכל תלוי במירוח (עיין בכס"מ וברדב"ז שם). ומשמע מזה דס"ל כשיטת הריב"ם דהמירוח גומר את החיוב וחלות שם טבל בפירות, והפטור דמעשר ראשון שהקדימו בשבלים חל רק כשהפריש המעש"ר קודם מירוח דעדיין לא חל שם טבל וחיוב תרו"מ בפירות. וצ"ע בסתירת דברי הרמב"ם. ועוד העיר הגר"ח זצ"ל דצ"ע בדברי הרמב"ם (פ"ב מהל' מעשר ה"א - ה"ב) שכלל את הפטור דמוכר והפטור דלוקח בחדא מחתה, ולכאורה הם תרי דינים ופטורים נפרדים, דהמוכר שגמר את פירותיו ע"מ למכרן פטור מגזה"כ ד"עשר תעשר וגו' ואכלת", ואילו לוקח פטור מגזה"כ ד"תבואת זרעך". וצ"ע מדוע כתב הרמב"ם "וכן הלוקח פטור מה"ת" דמשמע דלוקח פטור מאותו דין שהמוכר פטור וצ"ע דלכאורה הם שני דינים שונים.

ועיין (שם) בחידושי רבנו חיים הלוי שביאר דבאמת הרמב"ם ס"ל כשיטת הריב"ם דחל שם טבל וחיוב תרו"מ במירוח, ומאחר שחל על הפירות שם טבל וחיוב תרו"מ תו לא חל על הפירות הפטור דלקוח. והרמב"ם סובר דאם לקח את הפירות קודם מירוח ואח"כ מירחן הלוקח הריהן חייבין במעשר דמעשה המירוח דנעשה ע"י הלוקח מחייבן. והרמב"ם סובר דהפטור דלקוח חל רק בגוונא שהמוכר מירח את הפירות ע"מ למכרן, דמכיון שגמר המלאכה דמירוח נעשה ע"מ למכרן ולא ע"מ לאכלן לא חל חיוב מעשר בשעת גמר המלאכה. ואם שוב מירחן הלוקח אחרי שלקחן אין המירוח חוזר ומחייבן דכבר שנתמרחו קודם שלקחן בפטור, ורק בכה"ג שמירחן המוכר ע"מ למוכרן חל הפטור דלוקח. ומשו"ה כלל הרמב"ם בחד הילכתא הפטור דמוכר והפטור דלוקח, דתרווייהו פטורין כשמירח המוכר ע"מ למכור הפירות, עכ"ד מרן הגר"ח זצ"ל.

ויש להביא ראייה לדברי הגר"ח זצ"ל מדברי הרמב"ן (שהובאו בשיטמ"ק ד"ה לוקח) וז"ל והרמב"ן פירש דדוקא בשמרחן ע"מ למכור, דבאותו מירוח לא נתחייבו וקרינא ביה ואכלת ולא מוכר, ולוקח לא מיחייב כיון שכבר נפטרו בשעת מירוח שהיה עונתן. אבל מרחן המוכר על דעת לאכול חל עליהם חובת מעשר לאלתר ואע"פ שנמלך למכרן חייב והלוקח ממנו חייב לעשר ויפה כיון עכ"ל. ומבואר מדבריו כדברי הגר"ח זצ"ל דהלוקח פטור רק בכה"ג שהמוכר מירח את הפירות ע"מ למכרן. אמנם יש להעיר בדברי הגר"ח

זצ"ל, דלפי"ד הגר"ח זצ"ל כוונת הרמב"ם במש"כ (בה"ב) "וכן הלוקח פטור מה"ת וכו'" הוא דהלוקח פטור בגוונא דהמוכר פטור, דהיינו כשמירח המוכר את הפירות ע"מ למכרן (וכדכתב בהל' א' שם). וא"כ צ"ע קצת מדוע הוסיף הרמב"ם (בה"ב) "במה דברים אמורים בשלקחן אחר שנגמרה מלאכתן ביד מוכר", דהרי במש"כ "וכן הלוקח פטור מה"ת" כבר כתב דהלוקח פטור רק בגוונא שהמוכר מירח את הפירות ע"מ למכרן.

ונראה דיתכן לבאר את דברי הרמב"ם באופן אחר, די"ל דבאמת הרמב"ם סובר כשיטת הר"ת דלוקח פטור בכל גווני - ואפילו אם מירח המוכר את הפירות ע"מ לאכלן - ואח"כ קנאם הלוקח נמי פטור. די"ל דמכיון שסוף כל סוף לא אכל המוכר את הפירות אלא נמלך בדעתו ומכרן, אזי אמרינן דלמפרע נעשה המירוח כמירוח ע"מ למכור ואינו מירוח המחייב ומשו"ה הלוקח פטור. ויתכן דזהו כוונת הרמב"ם שכתב (פ"ב מהל' מעשר הל' ב') "במה דברים אמורים בשלקחן אחר שנגמרה מלאכתן ביד מוכר, אבל אם נגמרה ביד הלוקח חייב לעשר מן התורה" דר"ל דאם המוכר עשה גמר המלאכה ואח"כ קנאם הלוקח פטור הלוקח מתרו"מ - דחשיב כאילו נתמרחו ע"י המוכר ע"מ למכרן ואין זה מירוח המחייב בתרו"מ. ויתכן דזה החידוש דילפינן מדרשה "תבואת זרעך ולא לוקח", דאם יש מקח לאחר המירוח - המירוח נעשה למפרע כמירוח ע"מ למכור שאינו מחייב בתרו"מ.

ולפי"ז יתכן לבאר נמי שיטת ר"ת, די"ל דאף ר"ת סובר דחל חלות שם טבל גמור וחיוב תרו"מ במירוח בלבד, ולא בעינן ראיית פני הבית לגמור את החיוב דתרו"מ. אמנם ר"ת סובר שאם קנה הלוקח את הפירות לאחר מירוח חל פטור לקוח, משום דיש ב' דינים בהא דחל חלות שם טבל במירוח: א) דין בחפצא של הפירות שכדי שיחול בהם חלות שם טבל בעינן שהחפצא של הפירות יהיו ממורחין, ב) דין דמעשה המירוח של הגברא מחייב בתרו"מ. ורא"ה לזה מדברי הירושלמי (פ"ד מעשרות ה"א) וז"ל הממרח כריו של חבירו שלא מדעתו ר' יוחנן אמר נטבל ור"ש בן לקיש אומר לא נטבל עכ"ל. ומוכח דחל דין דמעשה המירוח מחייב בתרו"מ ואין המחייב דתרו"מ עצם החפצא של פירות ממורחין, ומשו"ה ריש לקיש סובר דבעינן מירוח לדעת הבעלים. וי"ל דאף לר' יוחנן מעשה המירוח הוי המחייב אלא דס"ל דהמירוח מצטרף לבעלים אף שלא מדעתם, ומשו"ה ס"ל דמועיל מירוח פירות של חבירו שלא מדעתו לחייב במעשר (וכן פסק הרמב"ם פ"ג מהל' מעשר ה"ז). ועוד יש להביא ראייה דמעשה המירוח מחייב בתרו"מ משיטת הרמב"ם (פ"א מהל' תרומות הי"ג) דעכו"ם שגמר פירות ישראל פטורין הן מתרו"מ מה"ת, וחזינן דמעשה המירוח מחייב בתרו"מ ומעשה מירוח של נכרי אינו

מחייב אלא פוטר מתרו"מ מה"ת. ולפי"ז י"ל דר"ת סובר דאם קנה הלוקח את הפירות לאחר שנתמרחו אזי אמרינן דמעשה המירוח מצורף רק לבעלים הראשונים ואינו מצורף ללוקח ומשו"ה הלוקח פטור. משא"כ כשקנה הלוקח את הפירות קודם שנתמרחו ומירחן הלוקח בעצמו אזי חל חיוב תרו"מ ע"י מעשה המירוח של הלוקח. ור"ת סובר דיש חילוק בין הפטור של הקדש והפקר דחל פטור בחפצא של הפירות, לבין הפטור דלקוח דהוי פטור בגברא שאין מעשה המירוח של המוכר מתייחס ללוקח. ועפי"ז נראה לבאר מש"כ התוס' דלשיטת ר"ת אם המוכר חזר וקנה את הפירות מיד הלוקח ה"ז מתחייב בתרומה ומעשר מה"ת, די"ל דמה שמירח את הפירות בתחלה ע"מ למוכרן אינו חלות פטור והפקעה בחפצא של הפירות כהפטור דהקדש והפקר, אלא דבמרח ע"מ למכור אין המירוח מחייב גמור וחסר במחייב שחל ע"י מעשה המירוח של הגברא. ולכן אם אח"כ קנה המוכר את הפירות בחזרה מהלוקח ונמלך בדעתו לאכלן נגמר המירוח לגביה וחל חיוב תרו"מ מה"ת. וי"ל דזה נמי הביאור בדברי הרמב"ם דאם קנה הלוקח את הפירות לאחר שנתמרחו בידי המוכר פטור ממעשר - משום דע"י המכירה נתבטלה המירוח, שאין מירוחו של המוכר מתייחס ללוקח וליכא מעשה מירוח לחייב במעשר, וכשיטת ר"ת.

ויתכן לומר דאף הריב"ם סובר דמעשה המירוח מחייב בתרו"מ, אלא דס"ל דאם קנה הלוקח את הפירות לאחר שנתמרחו אזי מעשה המירוח שמירח המוכר מצורף ללוקח, וחל חיוב תרו"מ. משא"כ בגוונא שהלוקח לקח את הפירות לפני מירוח דאזי חל פטור לקוח, דמגזה"כ ד"זרעך ולא לוקח" נלמד דרק מי שהוי בכלל "זרעך" דהיינו שהיה הבעלים בשעת זרע (בשעת הבאת שליש) חייב ויכול לעשות מעשה המירוח. ומאחר דבשעת זרע לא היה הלוקח הבעלים משו"ה אינו יכול לעשות מעשה המירוח המחייב. אולם מירוח הבעלים מועיל אף ללוקח שלקח אח"כ את הפירות. והריב"ם סובר דהמירוח מחייב רק לאדם שהבאת שליש היתה ברשותו, דבהבאת שליש חל חפצא של פרי וחיוב מירוח, והמירוח מכשיר את הפרי לאכילה והוי המשך למחייב דהבאת שליש, וע"כ המירוח מחייב רק כשנעשה ע"י מי שהיה הבעלים בשעת הבאת שליש ונתחייב למרח ולא כשנעשה ע"י הלוקח.

אולם בלוקח מן הנכרי כתבו התוס' (סוד"ה תבואת זרעך) דהריב"ם סובר איפכא וז"ל דאם נתמרחו הפירות ברשות נכרי פטור משום דגנך ולא דיגון נכרי, וכשלא נתמרחו ברשותו חייב דאין קנין לנכרי בא"י להפקיע מידי מעשר, ולא מקריא תבואת זרעך של מוכר אלא תבואת הלוקח ממנו ולא חשיב לוקח עכ"ל. ונראה לבאר דאם מירח הנכרי

ואח"כ קנה הלוקח הריהו פטור משום דמירוח הנכרי אינו מחייב ואינו מצורף לישראל. ואילו כשמירח הישראל הריהו חייב משום דאין קנין לעכו"ם להפקיע מידי מעשר. והא דמועיל מירוחו של הלוקח אע"פ שלא היה בעלים בשעת זרע ולא הוי תבואת זרעך ע"ז תירצו בתוס' "ולא מקריא תבואת זרעך של מוכר אלא תבואת הלוקח ממנו ולא חשיב לוקח", ונראה דכוונתם לומר דרק היכא שהבעלים הראשונים היו בכלל הפרשה של מירוח אזי אמרינן דרק הבעלים דבשעת זרעך חייבים ויכולים למרח. אולם היכא שהבעלים הראשונים היו עכו"ם שאינם בכלל הפרשה של מירוח וחיוב תרו"מ אזי אין התבואה נחשבת לתבואת זרעך של המוכר הנכרי, אלא לתבואת הלוקח ושפיר יכול הלוקח להתחייב ולעשות את מעשה המירוח, כיון שהוא הגברא הראשון שיכול להתחייב.

בא"ד. וז"ל שהמקח אינו מתחיל עד שאוכל ואותה שעה כבר נתקן עכ"ל.

כלומר דפועל זוכה בתאנים דוקא בשעת אכילה ולא לפני כן וה"ה הלוקח. ולגבי הפועל עדיין לא נגמרה מלאכתן עפ"י גזה"כ הקובעת דדינו כבעל הבית "כנפשך כך נפשו של פועל" ובעה"ב עיניו בתאנתו ומשו"ה לגבי שניהם עוד לא נגמרה מלאכת התאנים. ומאידך לוקח עיניו במקחו ולכן לגביה נגמרה מלאכתן בשעת תלישת התאנים וכשאוכל הויא לקיחה אחרי המירוח דהיינו שעת התלישה ומשו"ה פטור מתרו"מ דהוי לקיחה אחרי מירוח דפטור אליבא דר"ת. ומאידך אליבא דהריב"ם הלוקח אחרי מירוח חייב ודוקא הלוקח לפני מירוח פטור. ולשיטתו נראה לומר דהפועל זוכה בפירות שיאכל משעת התחלת המלאכה מלפני התלישה ולכן מיירי בלוקח שלקח מקחו לפני התלישה והמירוח ומשו"ה הוא פטור. ולפי"ז יוצא דר"ת והריב"ם פליגי בזכיית הפועל בפירות שאוכל, דלר"ת הפועל זוכה בהן בשעת אכילתן ואילו לריב"ם הפועל זוכה בהן משעת התחלת המלאכה לפני שאכלן.

בא"ד. וז"ל וי"ל דמ"מ מן החיוב על הפטור כיון דאילו הדר מוכר קני ליה הוה חיוב וה"נ משמע התם דאין להפריש מדבר הדומה חיוב על הפטור דאיכא מ"ד שאמר ליה לך וקח מן הנכרי ופריך ולימא ליה קח מן השוק קסבר אין רוב עמי הארץ מעשרים והוה ליה מן החיוב על הפטור. והא ליכא למימר דס"ל דודאי הוא דהא ליכא מאן דפליג דתבואת עם הארץ דמאי היא אלא משום דדמי לחיוב על הפטור קאמר וכו' עכ"ל.

ודבריהם צ"ב, דמהו כוונתם בדבר הדומה לחיוב על הפטור, דמ"ש חיוב דרבנן זה מזה, הרי בכל אנפי כולם פטורים מדאורייתא וחייבים רק מדרבנן.

והנה יעויין במס' שבת (דף כג.) "מתיב רב עמרם הדמאי מערבין בו ומשתתפין בו ומברכין עליו ומזמנין עליו ומפרישין אותו ערום וכו' ואי אמרת כל מדרבנן בעי ברכה הכא כי קאי ערום היכי מברך והא בעינן והיה מחניך קדוש וליכא אמר אביי ודאי דדבריהם בעי ברכה ספק דדבריהם לא בעי ברכה וכו' רבא אמר רוב עמי הארץ מעשרין הם", ולפום ריהטא נראה דאביי ורבא תרווייהו ס"ל דדמאי חייב במעשר מדרבנן ונחלקו האם רוב ע"ה מעשרין הן או לא. אמנם נראה דאף אביי ס"ל דרוב ע"ה מעשרין דאם יש רוב שאינם מעשרין אזי דמאי חייב במעשר מדאורייתא. אולם אביי סובר דליכא רובא דמינכרא דמעשרין, דאע"פ שיש רוב דמעשרין יש מיעוט הניכר דלא מעשר. ואילו רבא סובר דיש רוב גמור דרוב ע"ה מעשרין הן והמיעוט שאינם מעשרין הוי מיעוט שאינו ניכר, ולכן רבא סובר שחיוב הפרשת מעשר מדמאי אינו מעיקר הדין אלא הוי חומרא בעלמא. וכן כתב רש"י (ד"ה רבא אמר) וז"ל ודמאי אפילו ספק לא הוי אלא חומרא בעלמא דרוב ע"ה מעשרין עכ"ל. ונראה דהביאור בזה הוא דלרבא דמאי אינו חפצא של טבל מדרבנן אלא דחל ביה חובת הפרשה ודין נתינת מעשר בעלמא מדרבנן. ומשו"ה ס"ל שאין מברכין עליו דליכא בהפרשת מעשר דדמאי תיקון חפצא של טבל. ואילו אביי ס"ל שחל בדמאי חיוב ספק מדרבנן, דהיינו דהוי ספק טבל מדרבנן, ולכן אינו מברך דאין מברכין על ספק של דבריהם, אך אביי ס"ל דיש חיוב גמור מדרבנן להפריש מעשר מדמאי מספק דדמאי הוי חפצא של ספק טבל מדרבנן.

והנה בדין תערובת טבל בחולין דטבל אוסר במשהו נראה דס"ל לתוס' דאיסור משהו בזה אינו מהוה חפצא דטבל אלא הוי חיוב הפרשה בעלמא, בדומה לדמאי אליבא דרבא. משא"כ לאביי דמאי הוי חיוב ספק חפצא דטבל המהווה חיוב גמור מספק דרבנן ולכן א"א להפריש מדמאי על תערובת טבל שאינו חפצא דטבל כלל. והנה בדין טעם כעיקר אמר הגר"ח זצ"ל דיש לחקור האם טעם כעיקר מונע חלות ביטול האיסור מעיקרא או"ד דחל ביטול אלא דחל איסור חדש דטעם כעיקר. ונראה דכ"ז בטעם כעיקר די"ל דהטעם מונע חלות הביטול ונשאר החפצא דאיסור בתוך התערובת. משא"כ באיסור משהו טבל בתערובת דהוי דבר שיש לו מתירין, י"ל דחל ביטול החפצא וחל במקומו איסור בעלמא דמשהו בתערובת, ודומה לדמאי אליבא דרבא הסובר רוב ע"ה מעשרין ולכן שפיר מעשרין מזה על זה.

וכן ס"ל התוס' בנוגע לפטור לוקח וחיוב ההפרשה שחל עליו מדרבנן דהוי חפצא של טבל מדרבנן. וביארו התוס' שהרי אם חזר ומכרו הלוקח בחזרה למוכר אזי חייב המוכר להפריש תרו"מ מדאורייתא ונמצא דהשם של טבל שבחפצא לא פקע כלל לגבי המוכר

דעדיין הוי טבל כלפיו ואם חוזר וקונהו חיוב הפרשה חוזר וניעור, והוא משום דהשם טבל דבחפצא לגבי המוכר לא פקע כלל אלא דיש פטור הפרשה לגבי הלוקח כ"ז שהטבל נמצא אצלו. ולפי"ז האיסור מדרבנן שחל אף לגבי לוקח מהוה חלות איסור וחפצא דטבל, ולכן אין ללוקח להפריש ממנו על איסור טבל שחל במשהו של טבל בתערובת משום דדומה למפריש מהחיוב על הפטור שהרי בלוקח יש חפצא דטבל ובתערובת ליכא חפצא דטבל אלא רק חלות איסור בעלמא ודומה להפרשת חיוב על הפטור.

ולפי"ז יל"ע אם הלוקח הפריש תרו"מ ואז מכר את השיירים בחזרה למוכר האם הפרשת הלוקח מועלת לגבי השם טבל שבחפצא מדאורייתא דחל לגבי המוכר. ומסתבר דמועיל ההפרשה דדומה למי שהפריש תרו"מ בין הבאת שליש לבין גמר המלאכה דאע"פ שאינו חייב להפריש מה"ת חלה הפרשתו להפקיע שם טבל מדאורייתא ואם חוזר ומוכרו בחזרה למוכר המוכר פטור כיון דפקע שם טבל מהחפצא ע"י הפרשת הלוקח.

אמנם התוס' כתבו שאם יש קנין לנכרי מ"מ חייב להפריש מדרבנן ואז יכולים להפריש פירות נכרי על תערובת טבל. ומזה מוכח שפירות נכרי המחוייבים בתרו"מ מדרבנן אינם חפצא דטבל אלא חייבים בחיוב בעלמא בדומה לתערובת.

ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' תרומות הי"ב) וז"ל אין תורמין פירות הארץ על פירות חוץ לארץ ולא מפירות חוצה לארץ על פירות הארץ וכו' ולא מפירות שאינן חייבין בתרומה כגון לקט שכחה ופיאה וכו' ולא מפירות שחייבין בתרומה על פירות הפטורין ואם תרם אינה תרומה עכ"ל. וצ"ע דאם פירות חו"ל פטורין אזי פשיטא דאינו יכול להפריש מהם על פירות הארץ דהו"ל מן הפטור על החיוב שכתב הרמב"ם בסוף ההלכה שאין מפרישין ומהו החידוש במה שפסק שאין מפרישין מפירות חו"ל על פירות א"י. וי"ל דמיירי בפירות חו"ל שחייבין בתרו"מ מדרבנן (כגון ממצרים) ופירות א"י נמי מיירי בפירות שחייבין בתרו"מ רק מדרבנן (כגון ירקות), והרמב"ם סובר דאע"פ שתרווייהו חייבין מדרבנן אין תורמין מזה על זה דהו"ל מן הפטור על החיוב. וקשה דהא שניהם חייבין מדרבנן וא"כ לכאורה הו"ל מן החיוב על החיוב. ונראה לומר דאע"פ שפירות חו"ל חייבין בתרומה מדרבנן מ"מ אינם חפצא דטבל מדרבנן ולא חל בהו אלא חלות חובת הפרשה בלבד. ואילו פירות א"י הריהם חפצא של טבל מדרבנן, ולכן הו"ל כתורם מן הפטור על החיוב, דהם שני דינים נפרדים - פירות א"י הם חפצא של טבל מדרבנן ואילו פירות חו"ל אינם חפצא של טבל מדרבנן דחל בהם רק חלות חובת הפרשה מדרבנן בלבד.

ולפי"ז נראה לבאר שיטת התוס' דאם יש קנין לנכרי להפקיע קדושת א"י א"כ פירות נכרי הו"ל כפירות חוץ לארץ דחל בהם חלות חיוב הפרשה בעלמא אבל אינם חפצא של טבל. ולפיכך דומים לטבל בתערובות ומפרישין מזה על זה מדרבנן. משא"כ בלקוח ודמאי למ"ד אין רוב ע"ה מעשרין דהו"ל חפצא דטבל ואין להפריש מאלו על טבל בתערובת שאינה חפצא דטבל אלא חלות חיוב הפרשה בלבד, ואע"פ שכולן חייבין בתרו"מ מדרבנן מ"מ דומה להפרשה מן החיוב על הפטור.

ועוד יש להביא ראייה לכך מחלת חו"ל דאוכל ואח"כ מפריש דאע"פ שחייב בהפרשה אינה חפצא דטבל. ולפי"ז יש לתרץ קושיית התוס' שהקשו וז"ל וצ"ע דכי משני התם קסבר אין קנין לנכרי מ"מ לימא ליה קח מן הנכרי הממורח דלמ"ד אין קנין מ"מ דריש דגנך ולא דיגון נכרי עכ"ל. וי"ל דאם אין קנין לנכרי אזי הפירות הן פירות א"י אלא דדיגון נכרי פוטרן מדאורייתא ומ"מ חייב מדרבנן, אך חיוב זה מדרבנן הוי חיוב גמור דמדרבנן חל חלות שם טבל בחפצא, ומשו"ה אין להפריש ממנו על תערובת טבל דאע"פ דחייב נמי מדרבנן מ"מ לא חל בה חפצא דטבל ולכן מדרבנן הו"ל הפרשה מן החיוב על הפטור. משא"כ למ"ד יש קנין לנכרי דאזי פירות נכרי הן פירות חו"ל דאע"פ שחייבין בהפרשה מדרבנן מ"מ אינם חפצא דטבל ומפרישין מהן על תערובת טבל.

ועיין בתוס' מנחות (דף לא. ד"ה קסבר) שהקשו מדין דיגון נכרי פטור דא"כ למה לא הפריש על התערובת ממירוח נכרי ותירצו וז"ל וי"ל דמ"מ דמי לחיוב כי היכי דלא א"ל קח מעציץ שאינו נקוב או מתבואת חוץ לארץ עכ"ל. ונראה לבאר בריהם עפ"י מה שנתבאר דדיגון נכרי הוי חיוב גמור מדרבנן דבדיגון נכרי חל חלות שם חפצא דטבל מדרבנן ואינו דומה לחיוב הפרשה דתערובת דהוי חיוב הפרשה בעלמא וליכא חפצא של טבל. וכמו"כ י"ל בעציץ שאינו נקוב דחל חפצא של טבל מדרבנן. אך צ"ע בהשוואת התוס' בין פירות חו"ל לעציץ שאינו נקוב דהוי חפצא של טבל דלכאורה חיוב פירות חו"ל לא גרע מחיוב פירות נכרי למ"ד יש קנין, דליכא חפצא דטבל מדרבנן ולא הוי אלא חובת הפרשה בעלמא מדרבנן וכמ"ש לעיל לפי הרמב"ם, דמ"ש פירות חו"ל דהוי חפצא דטבל מדרבנן מפירות נכרי למ"ד יש קנין לנכרי דאינו חפצא דטבל.

והנה הראשונים נחלקו בדין יש קנין לנכרי, דהרמב"ם סובר דדין זה חל רק במצוות התלויות בארץ דקנין נכרי חל להפקיע קדושת א"י והו"ל חו"ל ופטור. ואילו יש ראשונים דס"ל דדין יש קנין חל לפטור אף ממצוות שאינן תלויות בארץ שנוהגות גם בחו"ל כגון ערלה, חדש, וכלאים דקנין נכרי מפקיע מהן, דס"ל דקנין נכרי אינו רק הפקעה מקדושת

הארץ אלא חלות דין פטור ממצוות שבגידולי קרקע[587]. והנה בתרומות ומעשרות עכו"ם פוטר מדאורייתא מחובת מצות הפרשה, ומכיון דפטור ממצות הפרשה לא חל על הפירות שם טבל, דחלות שם טבל תלוי בחובת הפרשה וליכא חובת הפרשה בפירות נכרי. משא"כ לגבי ערלה וחדש וכלאים ליכא חובת מצוה בקום ועשה אלא רק חלות איסורים אזי קנין עכו"ם חל למנוע את חלות האיסורים בגידולי קרקע. ולפי הראשונים הנ"ל יש דין מסוים שקנין נכרי חל להפקיע חלות איסורים מגידולי קרקע. ולפי"ז י"ל דכשגזרו רבנן לחייב פירות נכרי בתרו"מ גזרו רק חיוב הפרשה בעלמא מבלי להטיל חלות שם טבל דרבנן בחפצא של הפירות, דהא קנין עכו"ם מדאורייתא מונע חלות איסורים בחפצא וכדחזינן מדין עכו"ם בגידולי קרקע. ונראה דאליבא דהנך ראשונים הפטור דעכו"ם עדיף מדין חו"ל דעכו"ם פוטר אף ממצוות ואיסורים שחלין בגידולי קרקע שאינן תלויות בארץ. ונראה דחיוב פירות עכו"ם בתרו"מ מדרבנן הוי רק חלות חיוב הפרשה בעלמא, משא"כ בפירות חוץ לארץ חל שם טבל מדרבנן.

דף פח:

גמ'. אלא כנפשך למאי אתא לכדתניא כנפשך מה נפשך אם חסמת פטור אף פועל אם חסמת פטור.

ופירש רש"י בד"ה אם חסמת וז"ל קצצת דמים שלא לאכול או בחזקה פטור מלאו דלא תחסום ולא תיליף מיניה לחיובא מק"ו כדלקמן עכ"ל. ומשמע מרש"י שאם הבעה"ב מונע את הפועל מלאכול בחזקה דבעה"ב פטור מלשלם. ולכאורה מוכח מכאן שאין לפועל זכות ממון בפירות לאכלם ולא הוי אלא חלות היתר אכילה בלבד, דאי היה לפועל זכות ממון בפירות אזי הבעה"ב היה חייב לשלם דהרי הזיק ממון הפועל, דיש לפועל זכות ממון בפירות. והנה יל"ע היכא שקצצו הבעלים דמים עם הפועל שלא יאכל - האם הבעלים פטורים רק מהלאו דלא תחסום אבל חייבין הם לשלם קציצת דמים שקצצו לפועל, או"ד דהבעלים פטורין אף מתשלומים. דיל"ע האם קציצת הדמים שלא יאכל הפועל מהפירות היא חלק מההתחייבות של השכירות ולכן הקציצה חלה בהתחלת מלאכה כדין דמי השכירות, או"ד דהוי התחייבות בפ"ע וצריך לעשות ע"ז קנין סודר בנפרד. ומלשון רש"י משמע שפטור רק מהלאו דלא תחסום אבל חייב בתשלומי הדמים שקצץ. ולפי"ז י"ל דהקציצה לאכילה הוי חלק מדמי השכירות וחלה ההתחייבות על הדמים שקצץ בהתחלת המלאכה אפילו בלי קנין סודר בפ"ע.

[587] עיין בתוס' קידושין (דף לו:) ד"ה כל ובראי"ש שם סימן ס"ב.

והנה יש לעיין האם קציצה לאכול הוי הקנאה והתחייבות או רק נתינת רשות מהבעה"ב לאכול. ועיין בגמ' לקמן (דף פט:) "קצץ אחת אחת יאכל שתים שתים לא יאכל", ופירש"י (בד"ה קצץ) וז"ל והתנה עם בעל הבית ע"מ שאוכל הוי ליה כעין מקח. אחת אחת אוכל דפחות משתים לא חייל איסור שם גורן בדבר שלא נגמרה מלאכתו. שתים שתים לא יאכל, דשתים מכי מטי להו מילתא דחשיבותא כגון קציצה או מקח חייל עלייהו שם גורן וכו' עכ"ל. ומבואר בגמ' שאם קצץ הפועל עם בעל הבית לאכול הוי ליה לענין מעשר כלוקח. ולכאורה אם קציצה הויא התחייבות חדשה בפ"ע והקנאה אזי ניחא דהוי"ל כלוקח, אבל אי הוי רק נתינת רשות מבעה"ב לאכול והקציצה חלה בתורת הסרת קפידת הבעל צ"ע מדוע נחשב הקציצה כמקח. והנה הגמ' לא הזכירה דקנה מידו על הקציצה ומשמע דהקציצה חלה בעיקר ההתחייבות של המלאכה, והקציצה חלה ע"י התחלת המלאכה דהוי חלק מקנין השכירות. וי"ל דה"ה הכא כשקצץ שלא לאכול דהוי חלק מעצם השכירות ולא הוי התחייבות נפרדת בפ"ע.

והנה מרש"י (ד"ה אם חסמת) משמע דכשהבעלים מנעו בחזקה הפועל מלאכול אין הבעלים מחוייבים לשלם לפועל על הפסד האכילה משום שלא נתחייבו לו דמי אכילה מעולם והוי רק מניעת הריוח בעלמא שפטור מלשלם. אמנם עיין בריטב"א (דף פח: בשיטמ"ק ד"ה מה נפשך אם חסמת) דנקט דחייבין הבעלים לשלם לפועל מה שהיה אוכל וכדאמרינן בחוסם פי פרה דמשלם ד' קבין. ומוכח דהריטב"א סובר דאין לפועל רק זכות ממון והיתר לאכול מפירות הבעל הבית אלא דחלה התחייבות ממון על הבעה"ב להאכילו מפירות הכרם מדין חיוב מזונות דפועל ואם מנעוהו מלאכול חייבין לשלם לו מה שהיה אוכל, דבעה"ב חייב במזונות הפועל. ועיין בטור (חו"מ סימן של"ז סעיף א') וז"ל ומיהו אם חסמו שלא לאכול פטור ופירש"י בין אם קצץ עמו שלא יאכל בין שחסמו בעל כרחו ודוקא לענין מלקות קאמר וכן כתב הרמ"ה דבעל כרחו לא מצי למחסמיה ואם חסים ליה שלא מדעתו שלומי משלם מלקא לא לקי עכ"ל. ומבואר דהרמ"ה סובר כשיטת הריטב"א דעכ"פ הבעלים חייבים לשלם לפועל דמי הפירות שהיה אוכל. אמנם יתכן דהרמ"ה חולק על הריטב"א דלשיטת הריטב"א י"ל שהבעלים חייבין במזונות הפועל וחייבין לשלם לו מדין חיובי שכירות. משא"כ הרמ"ה סובר דבעה"ב חייב לשלם מדין מזיק, דמניעת זכות הפועל לאכול חשיב כגרמי וכמזיק בידים ולא הוי גרמא בעלמא כמבטל כיסו של חבירו[588]. וי"ל דנפ"מ בזה היכא שאדם אחר מנע את הפועל מלאכול

[588] ונראה דהביאור בזה הוא משום דהתורה נתנה לפועל זכות באכילת הפירות ואסרה לבעה"ב למנוע ממנו לאכול, ולכן אם מונעו הוי מזיק וחל חיוב תשלומי שבת כבחובל דחייב בהדקיה באנדוריא לשלם שבת. ועוד דיש דין מסוים דמזיק פועל וע"ע בשיעורים לעיל דף עו: ד"ה אין להם.

האם הבעלים חייבין לשלם לפועל דמי מזונות, דלפי הריטב"א אף בכה"ג הבעלים חייבין לשלם דיש לפועל זכות ממון לקבל מזונות. משא"כ לפי מש"נ בשיטת הרמ"ה י"ל דרק היכא שהבעלים עצמם מנעו את הפועל מלאכול חייבין משום מזיק, משא"כ היכא שאדם אחר מנעוהו מלאכול הבעלים פטורין. ועיין ברמב"ם (פי"ג מהל' שכירות ה"ב) וז"ל כל המונע הבהמה מלאכול בשעת מלאכתה לוקה שנא' לא תחסום שור בדישו וכו' והחוסם את הפועל פטור וכו' שכר בהמה וחסמה ודש בה לוקה ומשלם לבעלים ארבעת קבין לפרה ושלשת קבין לחמור שמשעת משיכה נתחייב במזונותיה וכו' עכ"ל. ומשמע דס"ל דאין לבעלים חיוב תשלומין לפועל דרק בבהמה כתב דמשלמין ד' קבין לפרה וג' לחמור, ולא הזכיר הרמב"ם חיוב תשלומין בפועל, ומבואר דס"ל דבפועל חל רק היתר אכילה אך אין חיוב תשלומין לפועל. (ודלא כשיטת הרמ"ה והריטב"א).

אמנם צ"ע ברש"י דמדוע צריכים גזה"כ למעט הבעלים מלאו דלא תחסום היכא שקצצו דמים עם הפועל שלא יאכל דהרי בכה"ג הפועל מחל על זכותו לאכול, ולכאורה פשיטא דאין הבעלים עוברים על הלאו דלא תחסום מכיון שהפועל מחל על זכותו לאכול, דהרי המחילה מועלת לגבי איסור העשה ד"וקטפת מלילות" ומ"ש ל"ת ד"לא תחסום" שאינה מועלת, וצ"ע.

תוס' ד"ה לא משיפסקו בבית. וז"ל אין לפרש משיפקסו בשדה ואח"כ הכניסן לבית דהא לישנא לא משמע הכי, ועוד דפריך עד שיפקסו מיבעי ליה פירוש דהוה משמע דאפילו הכניסם בבית אינו חייב במעשר עד שיפסקו אלמא ה"פ משיפקסו בתוך הבית. ותימה כיון דהכניסם לבית קודם גמר תקנה אמאי חייבים מ"ש ממכניס תבואה במוץ שלה דאמר ר' אושיעא (פסחים ט א) דפטור מן המעשר וכו' וי"ל דודאי חיטין ושעורין שדרכן למרחן בשדה ולהכניס לבית ממורחין אין מחוייבין במעשר אא"כ ראו פני הבית ממורחין אבל קישואין ודלועין רגילות להכניסן בבית עם הפיקוס עכ"ל.

א.

בביאור מחלוקת תוס' והרמב"ם האם הסדר דמירוח ואח"כ ראיית פני הבית מעכב או לא ומבואר דלפי תוס' הסדר אי בעי מירוח ואח"כ ראיית פני הבית או דראיית פני הבית ואח"כ מירוח ג"כ מחייב תלוי במין של הפירות, דיש פירות כגון חטין ושעורין שדרכן למרחן בשדה ואח"כ להכניסם לבית דאינם מחוייבין אא"כ הכניסום לבית ממורחין, ויש פירות כמו קישואין ודלועין שדרכן ליכנס לתוך הבית קודם מירוח ונקבעו למעשר כשנתמרחו בבית. אולם לפי תוס' במין פירות שדרכן בכך חל דין סדר - דבעינן קודם מירוח ואח"כ ראיית פני הבית לחייב במעשר. ועיין ברמב"ם (פ"ג מהל' מעשר ה"ד) וז"ל

כיצד פירות שדעתו להוליכן לבית אע"פ שנגמרה מלאכתן אוכל מהן עראי עד שיכנסו לבית, נכנסו לבית נקבעו למעשר ואסור לאכול מהן עד שיעשר וכו' הכניסן לבית קודם שתגמר מלאכתן הרי זה אוכל מהן עראי, התחיל לגמור מלאכתן מאחר שנכנסו לבית חייב לעשר הכל. כיצד הכניס קישואין ודלועין לבית קודם שישפשף משיתחיל לשפשף אחת נקבעו הכל למעשר וכן כל כיוצא בזה וכו' עכ"ל. ומשמע דהרמב"ם סובר דאין הסדר מעכב ואף אם נעשה גמר המלאכה לאחר שנכנסו הפירות לבית חל חיוב תרו"מ. וצ"ב ביסוד פלוגתתם.

ולכאורה היה נראה לומר דנחלקו האם ראיית פני הבית הוי חלק מגמר המלאכה והיא המשך של המירוח, או דהוי מחייב בפני עצמו. די"ל דהתוס' ס"ל דראיית פני הבית הוי המשך והגמר של המירוח, דיש ג' שלבים - א) הבאת שליש - שבו חל חלות שם פרי בחפצא, ב) מירוח דזהו תיקון הפרי והכשרו לאכילה והוא גמר מלאכה בחפצא של הפרי, ג) ראיית פני הבית הוי גמר הכשר הפרי לאכילה שמביאו לבית דהוא מקום אכילה - והוא גמר המלאכה עבור הגברא. ותוס' ס"ל דראיית פני הבית הוי המשך המירוח וגמר מלאכת הפרי להכשירו לאכילה, ומשו"ה סברי שבמינים שדרכן בכך חל דין סדר המכעב, דראיית פני הבית שהוא גמר מלאכת הגברא צריכא לבא אחרי המירוח דהוי גמר מלאכת הפרי. דכל הג' שלבים מצטרפים לתהליך אחד של הכנת הפרי לאכילת הגברא. אולם בפירות שדרך בני אדם להכניסם לביתו ואח"כ לעשות המירוח שפיר חל גמר מלאכת הגברא לפני גמר מלאכת הפרי. ויש להוסיף דהתוס' ס"ל כשיטת הר"ש (פאה פ"א משנה ו') דראיית פני הבית נמי הוי שעת חובה דתרו"מ לענין פטור הקדש ועכו"ם דהכניסה לבית מצטרפת למירוח להוות שעת חובה דתרו"מ ומשו"ה ס"ל דהסדר מעכב. משא"כ הרמב"ם סובר דראיית פני הבית ומירוח הם תרי מחייבים וקובעים שונים דראיית פני הבית הוי הלכה בפני עצמה ואינה המשך של המירוח, ולכן ס"ל שאין הסדר מעכב בהם כלל. וי"ל דהרמב"ם אזיל לשיטתו דס"ל דמירוח מהוה שעת חובה לענין הקדש ועכו"ם וחובת הפרשה, ואילו ראיית פני הבית הוי דין מסוים באיסור אכילת טבל, דמדאורייתא ראיית פני הבית קובעת את האכילה לאכילת קבע. ומשו"ה ס"ל דראיית פני הבית הוי הלכה בפני עצמה ואינה המשך של המירוח.[589]

והנה הרמב"ם (פ"ג מהל' מעשר ה"ד) פסק שאם גמר מלאכה בחלק מן הפירות חל חיוב תרו"מ בכל הפירות, וז"ל הכניס קישואין ודלועין לבית קודם שישפשף משיתחיל לשפשף אחת נקבעו הכל למעשר וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. ברם עיין ברמב"ם (פ"ג

[589] עיין בשיעורים לעיל דף פז: ד"ה אמר ר' ינאי.

מהל' מעשר ה"ח) וז"ל איזהו גמר מלאכתן של פירות הקישואין והדלועין והאבטיחין משישפשף בידו ויסיר הציהוב שעליהן כמו שער דק ואם אינו משפשף משיעמיד עריסה וכו', היה משפשף אחת אחת כיון שגמר כל צרכו נגמרה מלאכתן עכ"ל. וצ"ע דלכאורה סותר את מש"כ (בהל' ד') דלגמר מלאכה לא בעינן שיגמור כל הפירות, אלא משהתחיל גמר המלאכה באחת מהפירות נקבעו הכל למעשר. ולכאורה י"ל דאין סתירה ברמב"ם דמש"כ הרמב"ם "היה משפשף אחת אחת כיון שגמר כל צורכו נגמרה מלאכתן" ר"ל דהיינו שנגמרה המלאכה באחת מהן שגמר לקיטת הצהוב ממנה דאזי מתחייבות כולן וכמו שפסק בה"ד. והראייה לזה מסוף דברי הרמב"ם שכתב וז"ל ותרומין קישואין דילועין אע"פ שלא הסיר הציהוב מעליהן עכ"ל. וקשה דמה ר"ל לחדש בזה דהרי הלכה פסוקה היא שניתן להפריש תרו"מ מפירות שהביאו שליש קודם גמר מלאכתן (עיין ברמב"ם פ"ב מהל' מעשר ה"ג - ה"ה). אולם אם ננקוט שהרמב"ם מחייב את כל הקישואין שלקט משגמרה המלאכה באחת מהן אזי י"ל דהרמב"ם ר"ל שמפריש מן הקישואין שלא הסיר הציהוב שלהן על הקישואין שהסיר הציהוב שלהן דהוי הפרשה מן החיוב על החיוב דחלה ואינה הפרשה מן הפטור על החיוב דלא חלה, דגמר מלאכה באחת מחייבת את כולן. אך עיין בכס"מ (שם ה"ח ד"ה היה משפשף וכו') דנקט דלכאורה יש סתירה בין מש"כ הרמב"ם (בה"ד) שאם גמר מלאכה בחלק מן הפירות חל חיוב תרו"מ בכל הפירות, למש"כ (בה"ח) "היה משפשף אחת אחת כיון שגמר כל צרכו נגמרה מלאכתן" דמשמע שצריך לגמור מלאכה בכל הפירות לקובעם למעשר. ותירץ הכס"מ וז"ל "וצריך לומר דמיירי כשאין כוונתו לשפשף כולם עתה ולכך בעינן שיגמור כל צרכו, דאם כוונתו לשפשף כולם הרי כתב רבנו (בה"ד) דמשהתחיל לשפשף אחת נטבלו כולן. אי נמי דהתם כשהתחיל לשפשף בבית והם כולם בבית אבל הכא במשפשף בשדה ומכניס ראשון ראשון ולכך צריך שיגמור כולן כל צרכו" עכ"ל. ומבואר דלפי הפירוש הב' בכס"מ יש חילוק בין גמר מלאכה בבית לגמר מלאכה בשדה, דבשדה צריך לגמור כל צרכו ואילו בבית חל חיוב תרו"מ בגמר אחת מהפירות, וצ"ב מהו הסברא בזה.

ונראה לבאר לפימש"נ דיש ב' דינים במירוח: א) דחל בחפצא של פירות הממורחין שם טבל וחיוב תרו"מ, ב) דבעינן מעשה מירוח הגברא לחייב בתרו"מ. ויתכן דהרמב"ם סובר דאם הכניס הפירות לבית אזי בנוגע לחפצא של הפירות קיי"ל דההחפצא של כל הפירות נחשבין כממורחין, דראיית פני הבית הויא כגמר מלאכה בחפצא. אולם עדיין בעינן עכ"פ שיגמור הגברא פרי אחד בכדי שיחול מעשה מירוח של הגברא המחייב

בתרו"מ. ומשו"ה פסק הרמב"ם שצריך לגמור א' מכל הפירות דדי במעשה מירוח בפרי אחד כדי לחייב את כל הפירות מדין מעשה מירוח. משא"כ כשהפירות הם עדיין בשדה אזי עצם החפצא של הפירות אינן ממורחין עד שיגמור את כולן כל צרכן.

ועיין ברמב"ן (דף פח: ד"ה ועוד כתב רש"י ומובא גם בשיטמ"ק) וז"ל אלא כך י"ל דבגרן תלנהו רחמנא אם עשאן גורן דהיינו שדש וזרה ומרח פניו של כרי שזהו מירוח המוזכר בכל מקום וכו' ואם אין דעתו למרח והעמיד ערמה חייב שזהו גרנן, לא מרח ולא העמיד ערמה אלא דדש וזרה מעט מעט אין כאן קביעות ואעפ"כ אם הכניס לבית הוקבע בראיית פני הבית הלכך אם הכניסה במוץ שלה וזרה ולא מרח ולא העמיד ערמה פטור לעולם והיינו דר' אושיעא ואע"פ שהוציאן והכניסן אין מתחייבין שכבר נפטרו עכ"ל. ועיין בר"ן (בשיטמ"ק שם) וז"ל ומיהו הא דר' אושיעא מהניא שאלו דש וזרה והכניסה לבית נקבעה אע"פ שלא עשה מירוח שראיית פני הבית קובעת כאילו נתמרח וכו' עכ"ל. ומבואר מדבריהם דס"ל דראיית פני הבית מחייבת במעשר וחלה כגמר מלאכה במקום מירוח. ונראה דהרמב"ם נמי סובר דראיית פני הבית חלה להשוות החפצא של הפירות לפירות ממורחין - דהיינו שנגמרה מלאכתן וראויין הן לאכילה. אמנם הרמב"ם מצריך נמי שיעשה מעשה מירוח כל שהוא כדי להחיל חלות שם טבל וחיוב תרו"מ, ומשו"ה ס"ל דאם הכניס הפירות לבית צריך לעשות מעשה מירוח עכ"פ בפרי אחד. משא"כ בשדה דבעי גמר מלאכה בחפצא של הפירות ולכן צריך לגמור את כל הפירות כל צרכן ומעשה מירוח בא' מהן אינו מחייב את כולן.

אך ביאור זה ברמב"ם הוא דלא כמשנ"ת לעיל, דביארנו (לעיל) שהרמב"ם סובר דאין לראיית פני הבית דין גמר מלאכה, ומירוח וראיית פני הבית הם שני דינים נפרדים. ואילו כאן נתבאר שהרמב"ם סובר דראיית פני הבית מהוה גמר מלאכה, אלא דס"ל דהסדר של מירוח וראיית פני הבית אינו מעכב[590], וצ"ע.

ובישוב קושיית התוס' מסוגיין על דינו דר' אושיעא, עיין בר"ש (במס' מעשרות פ"א מ"ה) ובשיטמ"ק (דף פח:) בשם תלמיד הר"פ שתירצו דלהתחייב במעשר בעינן שיראו פני הבית, וכל זמן שהתבואה במוץ שלה ליכא ראיית פני הבית כלל, אבל הכא כי נמי לא פקסו איכא חלות ראיית פני הבית, דאין הפקס מכסה את הקישואין והדלועין אלא הוא סביב להם. ונראה דהר"ש סובר כשיטת הרמב"ם דשייך ראיית פני הבית לפני

[590] ויתכן לומר ביאור אחר בדברי הרמב"ם לפי הכס"מ דגמר מלאכה בא' מהפירות בשדה אינה משתייכת לשאר הפירות מכיון דליכא דבר המצרפן, משא"כ כשהכניס את כולן ביחד לבית דחל צירוף ביניהם מחמת שהכניסם ביחד לבית, ואזי גמר מלאכה בא' מהפירות נחשב להתחלת גמר מלאכה בכולן ומחייבת את כולן בתרו"מ. ולפי"ז ראיית פני הבית אינו מהוה חלות דין גמר מלאכה, ומשו"ה סובר הרמב"ם דהסדר אינו מעכב.

המירוח, ובקישואין יש ראיית פני הבית דאין הפקס מכסה את הקישואין אלא הוא סביב להם משא"כ בתבואה שהכניסה במוץ שלה ליכא ראיית פני הבית כלל. אולם צ"ע דלמה לא יוציא את התבואה מהבית וימרחנה ויכניסנה שוב לבית ותתחייב בתרו"מ, ומשמע דאם הכניס תבואה במוץ שלה לתוך הבית והוציאה וחזר ומירחה והכניסה תו לא מחייבה. וי"ל דהטעם בזה הוא משום דחלות שם ראיית פני הבית אינו חל אלא בהכנסה הראשונה לבית, ומאחר דבשעת ההכנסה הראשונה היתה התבואה במוץ שלה ולא ראתה פני הבית א"כ אף אם יוציא את התבואה וימרח ויחזור ויכניסנה לבית לא הוי ההכנסה השניה חלות שם ראיית פני הבית לחייב במעשר.

ב.

בפלוגתת רש"י ורבנו אפרים בדין מערים אדם ומכניס תבואתו במוץ שלה ובדין אכילת קבע לאחר מירוח עכו"ם

והנה הראשונים דנו בנוגע לדינו של ר' אושיעא "מערים אדם על תבואתו ומכניסה במוץ שלה כדי שתהא בהמתו אוכלת ופטורה מן המעשר", האם רק אכילת עראי מותרת או אפילו אכילת קבע. ועיין בתוס' במנחות (דף סז: ד"ה כדי שתהא בהמתו אוכלת) וז"ל בנדה בפרק כל היד (טו:) פירש בקונטרס דדוקא בהמתו שהוא אכילת עראי אבל אכילת קבע לא היינו מדרבנן וכו' אבל קשה מהך דשמעתין דאי בהמתו דוקא אכתי לא ליפטר מירוח עכו"ם מאכילת אדם דלא אפשר למיפטר נפשיה כר' אושיעא אכילת עצמו ושייך למיגזר משום בעלי כיסין. והיה מפרש הרב רבנו אפרים מתוך כך דלאדם עצמו נמי שרי ובהמתו דנקט לפי שדרכו להערים בלשון זה שלצורך בהמתו מכניס שמתבייש לומר לצורך עצמו, ואע"ג דאכילת קבע אסור קודם ראיית פני הבית היינו היכא דיכול לבא לידי חיוב כשיראה פני הבית, אבל היכא שמכניסה במוץ שלה ומירחה בבית שוב אינו יכול לבא לידי חיוב עוד וכו' עכ"ל.[591] ומבואר דרש"י סובר דאם הכניס הפירות לבית אע"פ שלא נתקיים ראיית פני הבית חל איסור מדרבנן לאכול מהפירות אכילת קבע, ומותר להאכילן לבהמתו מדהוי אכילת עראי. אולם לשיטת רבנו אפרים חל היתר אפילו לאדם לאכול מהתבואה אכילת קבע, והא דאמרינן דחל איסור אכילת קבע לפני ראיית פני הבית היינו היכא שנתמרחו הפירות ועדיין לא ראו פני הבית דראויים הם לבא לידי חיוב כשיראו פני הבית, אבל כשהכניס התבואה במוץ שלה דאי אפשר לבוא לידי חיוב עוד אזי מותר לאכול מהפירות אפילו אכילת קבע. וכן נחלקו לענין מירוח עכו"ם האם יש איסור אכילת קבע לאחר מירוח עכו"ם, ורש"י סובר דיש איסור אכילת

[591] ועיין בשיטמ"ק שם אות ב'.

קבע אחרי מירוח עכו"ם ולרבנו אפרים מותר. וי"ל בשיטת רש"י דס"ל דחל איסור אכילת קבע מדרבנן לאחר מירוח עכו"ם, דהרי ליכא חיוב הפרשת תרו"מ מדאורייתא אחרי מירוח עכו"ם, ואע"פ שלפני המירוח היתה התבואה ראויה להפרשה מכיון דהוי לאחר הבאת שליש לא אמרינן דמאחר שהיתה התבואה ראויה להפרשה חל בה דין הפרשה אף לאחר מירוח עכו"ם. וא"כ צ"ב מ"ש איסור אכילת קבע מדרבנן דחל אף לאחר מירוח עכו"ם. וי"ל דלגבי איסור אכילת קבע חל דין דטריפה שנאסרה אינה חוזרת להיתרא דמכיון דנאסרה נאסרה, ולכן אע"פ שמירוח עכו"ם פוטר ומפקיע הפרשת תרו"מ מדאורייתא מ"מ מדרבנן חל איסור אכילת קבע אף לאחר מירוח עכו"ם דמכיון שכבר חל איסור אכילת קבע בחפצא של התבואה לפני המירוח לא פקע האיסור, דמכיון דנאסרה החפצא באכילה נאסרה, דמירוח עכו"ם אינו מהוה מתיר להתיר איסורים שכבר חלו. ומכיון דהוי טבל מדרבנן לגבי איסור אכילת קבע חל נמי דין הפרשת תרו"מ מדרבנן להתיר את האיסור. ועוד י"ל דשאני איסור אכילת טבל מדרבנן דחל באכילת קבע לפני המירוח מדין הפרשת תרו"מ מדאורייתא לפני מירוח, דאיסור אכילת קבע חל בחפצא אחרי הבאת שליש מדין איסור טבל מדרבנן, דחל חלות שם טבל מדרבנן אף בלי מירוח. ולכן האיסור שחל מלפני המירוח נשאר בחפצא אף לאחר מירוח עכו"ם. משא"כ חלות דין הפרשת תו"מ מה"ת דאע"פ שניתן להפריש תו"מ לפני מירוח היינו רק משום שהחפצא עומדת למירוח שמפריש תו"מ לפני המירוח על שם העתיד דהחפצא עומד למירוח. ומשו"ה כשמירח עכו"ם פקע חלות שם ודין מירוח בחפצא מחמת מירוח העכו"ם, ולכן הפרשת תו"מ לא חלה דבלי יכולת של מירוח אין הפרשה מדאורייתא, ועכו"ם מפקיע כל חלות דין מירוח מהחפצא. ומאידך ה"ר אפרים סובר שמדרבנן איסור אכילת קבע אחרי מירוח תלוי בכניסה לבית, וכשלבסוף ליכא כניסה לבית דהכניסה במוץ שלה אזי פקע האיסור דאכילת קבע. וה"ה דתלוי האיסור דאכילת קבע אחרי הבאת שליש במירוח, וכשלבסוף מירח עכו"ם פקע האיסור דאכילת קבע דכל האיסור דאכילת קבע תלוי במירוח ובכניסה לבית לבסוף. ואי נתמרחה ע"י עכו"ם או הכניסה במוץ שלה דלא הגיע החפצא למירוח ולכניסה לבית המחייבים מדאורייתא אזי פקע אף מדרבנן האיסור של אכילת קבע דחל בה מתחילה ע"ש העתיד של מירוח וכניסה לבית. ועיין בתוס' (שם) בהמשך דבריהם שכתבו וז"ל משמע אם היה מירוח עכו"ם פוטר היתה תרומתו נאכלת לזרים כמו חלה היינו התם דתבואה של עכו"ם שלא היתה עומדת להתחייב במעשר מיפטרא נמי לגמרי אבל אותה שתחלתה של ישראל ומכר לעכו"ם לא מיפטר מירוחו אלא מארעי עכ"ל. ובביאור דבריהם נראה דסובר דאכילת קבע נאסרה רק

בתבואת ישראל שהיתה ראויה למירוח ישראל דמכיון דנאסרה ברשות ישראל אסורה אפילו אם מכרה לעכו"ם והעכו"ם מירחה משא"כ בתבואת עכו"ם מדלא היתה ראויה למירוח אזי אינה נאסרת באכילת קבע כלל.

ובהמשך דבריהם כתבו התוס' וז"ל וא"ת ומ"ש ממירוח הקדש לעיל דפטור לגמרי וכו' וי"ל דהתם משום פסידא דהקדש אוקמא רבנן אדאורייתא עכ"ל. ולולא דבריהם היה נראה לתרץ דפטור הקדש אלים מפטור דעכו"ם, דהקדש מפקיע מידי תרו"מ ומשו"ה הקדש מפקיע את האיסור דאכילת קבע שחל לפני המירוח. משא"כ מירוח עכו"ם אינו מפקיע ופוטר אלא הוי רק חסרון במחייב בלבד. ולפי"ז י"ל דאי מירוח עכו"ם הוי חסרון במחייב דהו"ל כאילו לא נעשה מירוח כלל אזי האיסור דאכילת קבע שחל לפני המירוח לא פקע ונשאר האיסור אף לאחר המירוח (כשיטת רש"י). משא"כ אם מירוח עכו"ם הוי חלות דין מפקיע ופוטר כהקדש אזי י"ל דאף האיסור דאכילת קבע ושם טבל דמעיקרא פקע מחמת מירוח עכו"ם (כשיטת רבנו אפרים).[592]

ג.

שיטת הרמב"ם באכילת קבע ואכילת ארעי

ועיין ברמב"ם (פ"ג מהל' מעשרות ה"א - ה"ג) וז"ל פירות שהגיעו לעונת המעשרות ונתלשו ועדיין לא נגמרה מלאכתן כגון תבואה שקצרה ודשה ועדיין לא זרה אותה ולא מרחה מותר לאכול מהן אכילת עראי עד שתגמר מלאכתן, ומשתגמר מלאכתן אסור לאכול מהן עראי. במה דברים אמורים בגמר פירותיו למכרם בשוק אבל אם היתה כוונתו להוליכן לבית הרי זה מותר לאכול מהן עראי עד שיקבעו למעשר. ואחד מששה דברים קובעים למעשרות, ואלו הן הבית והמקח והאש והמלח והתרומה והשבת, וכולן אין קובעים אלא בדבר שנגמרה מלאכתו עכ"ל.

ובביאור פסקי הרמב"ם נראה דפסק דגמר מלאכת הפירות ע"מ למוכרן בשוק שחייב בחיוב גמור דתרו"מ וחל נמי איסור לאכלן ואפילו ארעי בלי ראיית פני הבית. והנה מדאורייתא הגומר פירותיו למוכרן בשוק פטור מתרו"מ וכדפסק לעיל (פ"ב מהל' מעשר הי"א) ומאידך חייב בתרו"מ מדרבנן (וכדפסק בפ"ב מעשר ה"ב), דמדרבנן חל חיוב גמור להפריש תרו"מ וחל גם איסור טבל מדרבנן בחפצא בלי ראיית פני הבית. והביאור בזה דראיית פני הבית לא שייך בגומר פירותיו ע"מ למוכרן בשוק כי אין הבית של המוכר מקומון של הפירות שעומדין להמכר ולא להכניסם לביתו ולכן המירוח לבד גומר את

[592] והקשה א' מהתלמידים דחלות דין מפקיע ופוטר שייך בעכו"ם אך לא בהכניסה במוץ שלה דבפשטות אינו אלא חסרון במחייב ולא חלות דין פוטר ומפקיע, וצ"ע דמתוס' משמע דרבנו אפרים השווה את שני הדינים. ורבנו זצ"ל הניח את הקושיא בצ"ע.

הפירות ומחייבן מדרבנן. מאידך בגומרן ע"מ לאוכלן בעצמו לא נקבעו באיסור טבל בחפצא אלא רק בראיית פני הבית, דהמירוח לבדו אינו אוסרן כי עומדין להכנס לביתו לאכלם שם ובציור הזה של מירחן ע"מ לאכלן אין הפירות נאסרין באיסור טבל בלי דבר הקובע דהיינו ראיית פני הבית הקובען ואוסרן מדאורייתא וגם ע"י שאר הדברים הקובעים ואוסרין באיסור טבל מדרבנן אפילו בלי ראיית פני הבית. וכן פסק הרמב"ם להדיא (בפ"ד מהל' מעשר ה"ב) וז"ל יראה לי שאין לוקין מה"ת על אכילת טבל עד שיקבע בכניסתו לביתו כמו שביארנו מפי השמועה אבל אם נקבע בשאר הששה דברים שמנינו אין לוקין עליו אלא מכת מרדות מדבריהן וכן האוכל מפירות שדעתו להוליכן לשוק אחר שנגמרה מלאכתן אינו לוקה אלא מכת מרדות כמו שביארנו שאין הגומר למכור חייב במעשר אלא מדבריהם עכ"ל.

ובדרך אגב יש להעיר דהגדר של אכילת ארעי ואכילת קבע חלוק בהל' מעשר מבהל' ברכות, דהנה בנוגע לפת הבאה בכיסנין פסק הרמב"ם (פ"ג מהל' ברכות ה"ט) שמברכין בורא מיני מזונות ואם קבע עליה סעודה מברך המוציא. וכן פסק בשו"ע (או"ח סימן קס"ח סעיף ו') "ואם אכל ממנו שיעור שאחרים רגילים לקבוע עליו וכו' מברך עליו המוציא וברכהמ"ז". ומבואר דלענין ברכות אכילת קבע וקביעות סעודה נקבעת ע"י שיעור אכילה בכמות. אולם לגבי מעשרות פסק הרמב"ם (פ"ג מהל' מעשר הי"ט) וז"ל כיצד היא אכילת ארעי כגון שהיה מקלף שעורין ואוכל מקלף אחת אחת ואם קלף וכנס לתוך ידו חייב לעשר היה מולל מלילות של חיטים מנפה מיד ליד ואוכל ואם נפה לתוך חיקו חייב לעשר וכו' עכ"ל. ומבואר דלגבי מעשר אין שיעור האכילה בכמות קובעת חלות שם אכילת קבע אלא דרך האכילה קובעת. והביאור בזה דלגבי ברכות אכילת קבע תלוי בקביעות סעודה, וזה תלוי בשיעור אכילה. משא"כ במעשרות דיסוד הדין דאכילת קבע לענין איסור טבל מקורו מדין ראיית פני הבית, דאע"פ דבגמר מלאכה חל בחפצא מחייב דהפרשת תרו"מ מ"מ איסור אכילת טבל אינו חל אלא לאחר ראיית פני הבית. והנה הרמב"ם כתב שאין לוקין על אכילת טבל "עד שיקבע בכניסתו" ור"ל דבראיית פני הבית נקבע אכילת טבל בחלות שם אכילת קבע והקביעות הזו היא בדרך האכילה ולא בכמות האכילה, דהיינו שאוכל הטבל אחרי גמר מלאכתו ואחרי כניסתו לבית. והוא דין חדש באיסור אכילת טבל דחלוק משאר איסורי אכילה שבתורה דאיסור אכילתם נקבע בשיעור האכילה - בכזית. משא"כ טבל נאסר דוקא באכילת קבע וכשאוכלו בדרך אכילתו הקבועה דהיינו לאחר גמר המלאכה וראיית פני הבית. אך שיעור כמות האכילה לבדו כגון כזית לא נאסר בטבל כל זמן שאינו אוכל הטבל בדרך אכילת קבע דהיינו

משנגמרה מלאכתו וראה פני הבית. ונראה דכי היכי דחל דין דטבל מדאורייתא אסור באכילה בדרך אכילת קבע דהיינו לאחר גמר מלאכה וראיית פני הבית, ה"ה דין איסור טבל מדרבנן, דששה דברים קובעים איסור אכילת טבל מדרבנן רק לאחר גמר המלאכה וכדפסק הרמב"ם (פ"ג מהל' מעשר ה"ג), דלהרמב"ם אחרי גמר המלאכה כשאוכל עם א' מהששה דברים נחשבת האכילה לאכילת קבע מחמת דרך האכילה ולפי"ז נמי מבואר שהרמב"ם מגדיר איסור אכילת קבע מדרבנן לפני גמר המלאכה באופן ודרך האכילה ולא בכמות שאוכל, וכדפסק בקילוף שעורים ומלילות חיטים ואיסור אכילתם. ונראה דכי היכי דאיסור אכילת טבל מה"ת הוא שאסור לאכול טבל בדרך אכילת קבע אחרי ראיית פני הבית אך שיעור האכילה אינו הקובע חלות שם אכילת קבע, דה"ה באיסור אכילת קבע מדרבנן לפני גמר המלאכה שאופן ודרך האכילה בלבד קובעת חלות שם אכילת קבע ולא שיעור האכילה. ועוד נראה דדרך האכילה שנאסרת בקילוף שעורים במלילות חיטים נחשבת מדרבנן לגמר מלאכת החיטים והשעורים ולכן אכילתן נחשבת מדרבנן לאכילת קבע. דכמו שראיית פני הבית מדאורייתא וששה דברים הקובעים מדרבנן אוסרים אכילה רק אחרי גמר המלאכה דאזי נחשבת האכילה לאכילת קבע האסורה וכעין זה נמי הוי הדין מדרבנן דכשקולף שעורים וכנסם לתוך ידו דחל חלות שם גמר מלאכה מדרבנן ולכן כשאוכלם אח"כ הריהו אוכלם בדרך אכילת קבע אחרי גמר המלאכה דנאסרה דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תקון, שדרך האכילה קובעת ולא שיעור האכילה.

ויוצא אליבא דהרמב"ם דיסוד כל הדינים מדאורייתא ומדרבנן שוה דרק אכילה בדרך אכילת קבע אסורה אלא דמדאורייתא אכילת קבע נקבעת ע"י מירוח וראיית פני הבית, ומדרבנן חל נמי דין אכילת קבע בכל מין ומין כדרכו אפילו לפני מירוח כגון בשעורים כשקולף לתוך ידו ואוכל ובחטים במנפה לתוך חיקו ואוכל דבאופנים אלו חל גמר מלאכה מדרבנן כשמקבצם לתוך ידו וחיקו ואף בלי מירוח ועשיית כרי, והאכילה באופנים האלו נחשבת מדרבנן לדרך אכילת קבע שאסורה, דחל חלות איסור טבל מדרבנן משנגמרה מלאכתם מדרבנן ונאסרו לאוכלם אכילת קבע אף בלי ראיית פני הבית ובלי שאר ששה הדברים.

ונראה שבקוטף שעורים ובמולל מלילות באופן שחייב לעשרם מדרבנן אסור לאכול מהם משום שנגמרה מלאכתם מדרבנן, וכן מבואר מהגמ' נדה (דף יג:) דאסרה הקוטף והמולל בשבת בדרך שאסור לאכול מהם במעשר דכיון דהוי גמר מלאכה למעשר ה"ה דהוי גמר מלאכה במלאכת שבת. ועיי"ש ברש"י (ד"ה וכן שבת) שכתב וז"ל אחת אחת

לא הוי מפרק תולדה דדש דכלאחר יד הוא אבל משקבצן בידו הויא תולדת דישה וחייב עכ"ל. ולפי"ז אחת אחת אינה גמר מלאכה למעשר מפני דהוי מפרק כלאחר יד שלא כדרך דישה וכשמפרק שתים שתים הו"ל מלאכת דישה כדרכה ומשו"ה אסור לעשותה בשבת וכן נחשבת גמר מלאכה לענין מעשר. ולפי"ז י"ל דאליבא דהרמב"ם דמפרק אחת אחת ואוכל משום דהוי לפני גמר מלאכה ולפני גמר מלאכה אין איסור אכילת טבל חל כלל. ובשתים שתים יש גמר מלאכה ולפיכך נאסרת באכילת קבע, ובאוכל שתים שתים מתוך הכלי הויא אכילתו אכילת קבע מדרבנן שאסורה. וצע"ק למה נחשבת שתים שתים מדרבנן לאכילת קבע. וי"ל דמכיון דגמר מלאכתה שתים שתים ע"מ לאכל ממנה מיד אזי אכילה זו נחשבת לאכילת קבע כי אוכל מיד עם גמר המלאכה ומשו"ה נחשבת מדרבנן לאכילת קבע.[593]

גמ'. ואיבעית אימא כי קאמר ר' ינאי בזיתים וענבים דלאו בני גורן נינהו אבל חיטין ושעורין גורן בהדיא כתיב ביה. ונראה דלפימש"נ דראיית פני הבית הוי המשך המירוח וגמר המלאכה אזי ניחא החילוק בין זיתים וענבים לחיטין ושעורין, דבזיתים וענבים שדעתו להכניסם לבית לא נגמרה מלאכתן עד שיכניסם לבית. משא"כ בחיטין ושעורין שאין דרכן להכניסם לבית אזי גמר מלאכתן חל במירוח או בגורן. (וכן משמע מרש"י ד"ה כי) אולם אי נימא דראיית פני הבית מהוה מחייב בפ"ע צ"ע קצת מהו החילוק בין זיתים וענבים לחיטין ושעורין. ונ"ל דיש גזה"כ עשר תעשר מגרנך ויקבך שגורן הוי כראיית פני הבית.

רש"י ד"ה בענבים וזיתים וז"ל העומדין לאכילה ואף הן בכלל תבואה ומעשר שלהן מן התורה וכיון דלאו בני גורן נינהו כניסתן לבית קובעתן שאין להן קביעות אחר עכ"ל. וצ"ב בדברי רש"י דמהי כוונתו במש"כ "ואף הן בכלל תבואה". ועוד צ"ע מדוע נקט דמיירי בזיתים וענבים העומדים לאכילה. ועיין בריטב"א שגרס ברש"י "ואף הן בכלל תרומה" ור"ל דמדאורייתא זיתים וענבים העומדים לאכילה חייבין בתרו"מ, ודלא כשיטת הרמב"ן (בפירושו עה"ת דברים יד: כ"ב) דסובר דרק תירוש ויצהר דהיינו יין ושמן חייב בתרו"מ מה"ת, ורש"י חולק ע"ז וסובר דענבים העומדים לאכילה חייבין בתרו"מ מה"ת, ומאחר דאינם בני גורן חל הקביעות למעשר בבית, משא"כ בענבים העומדים למשקה הקביעות חל ביקב, ומאחר דר' ינאי מיירי בזיתים וענבים דלאו בני גורן נינהו וחל קביעות ע"י הכנסתן לבית ולא ליקב משו"ה הוצרך רש"י לפרש דמיירי

[593] ולפי"ז אם אינו אוכל שתים שתים מהכלי מיד בשעה שקוטף אינו אסור לאכלם שתים שתים אח"כ דלאחר זמן האכילה ארעי היא, ויל"ע בזה.

בזיתים וענבים העומדים לאכילה. ועיין ברמב"ן (מובא בשיטמ"ק) דגרס ברש"י "ואף הן בכלל תבואה" והקשה ע"ז הרמב"ן דאין תבואה אלא מחמשת המינים. ונראה לומר דכוונת רש"י לומר דכי היכי דבתבואה חל חיוב הפרשת תרו"מ על תבואה עצמה ולא רק על פת כמו"כ נמי חל חיוב הפרשת תרו"מ מזיתים וענבים עצמן ולא רק על יין ושמן מה"ת, דלא מסתבר דחל חיוב תרו"מ מה"ת על יין ושמן שהן יוצא מן הפרי ולא על עצם הפרי, וע"כ דאף זיתים וענבים העומדים לאכילה חייבים בתרו"מ מה"ת. וזהו כוונתו במש"כ "ואף הן בכלל תבואה" דכמו שבתבואה אין מחלקים בין הפרי עצמו לבין היוצא ממנו הוא הדין בזיתים וענבים אין לחלק בין עצם הפרי ובין היוצא מן הפרי דחייב בתרו"מ מה"ת.

גמ'. כי קאמר ר' ינאי בזיתים וענבים דלאו בני גורן נינהו. עיין בשיטמ"ק דכמה ראשונים גרסו "בתאנים וענבים" וגירסה זו היא אליבא דשיטת הראשונים דכל פירות האילן חייבים בתרו"מ מדאורייתא וכדפסק הרמב"ם (פ"א מהל' מעשר ה"ט) וז"ל החרובין אינן חייבין במעשרות אלא מדבריהם לפי שאינן מאכל רוב בני אדם והשקדים המרים בין בקטנן בין בגדלן פטורין מפני שאינן אוכל עכ"ל. והראב"ד השיג עליו וז"ל ואף לא שאר אילנות חוץ מתירוש ויצהר עכ"ל. ומבואר דהראב"ד נקט דדעת הרמב"ם היא שחל חיוב תרו"מ מה"ת בכל פירות האילן והשיג עליו דרק תירוש ויצהר חייב מה"ת.[594] והנה הרמב"ן עה"ת (דברים יד: כב) כתב דרק תירוש ויצהר דהיינו יין ושמן חייבים מה"ת וכל פירות האילן אפילו זיתים וענבים פטורים מדאורייתא. ולפי הרמב"ן י"ל דהגירסא שלפנינו "זיתים ונעבים" לאו דוקא היא אלא ר"ל תירוש ויצהר דחייבים מדאורייתא. א"נ י"ל דהדין דר' ינאי הוא דין מדרבנן דחל בזיתים וענבים. אמנם עיין בתוס' (ד"ה כי) דס"ל דבין זיתים וענבים ובין יין ושמן חייבים מדאורייתא בתרו"מ, ודין דר' ינאי דין דאורייתא הוא בזיתים וענבים בלבד ולא ביין ושמן.

והנה יש לעיין בשיטת הראב"ד, דהרמב"ם פסק (בפ"ד מהל' מעשר ה"א) וז"ל אין הטבל נקבע למעשרות מן התורה עד שיכניסנו לביתו עכ"ל. והשיג ע"ז הראב"ד וז"ל זה בדבר שאין לו גורן עכ"ל. ומבואר דהראב"ד סובר דהדין דר' ינאי חל רק בדבר שאין לו גורן ואילו דבר שיש לו גורן נקבע למעשרות בגמר מלאכת הדיגון בלבד. ועיין ברמב"ם (בפ"ג

[594] ועיין ברמב"ם פ"ב מהל' תרומות ה"א וז"ל כל אוכל אדם הנשמר שגידוליו מן הארץ חייב בתרומה ומצות עשה להפריש ממנו ראשית לכהן שנאמר ראשית דגנך תירושך ויצהרך וכו' תתן לו, מה דגן תירוש ויצהר מאכל אדם וגידוליו מן הארץ ויש לו בעלים שנא' דגנך אף כל כיוצא בהן חייב בתרומה וכן במעשרות עכ"ל. ועיין בכס"מ וז"ל משמע לרבנו שחייבים מן התורה ואע"פ שכתוב דגן תירוש ויצהר סובר רבנו דלאו דוקא אלא דהוא הדין לכל דדמי להו ופשטא לישנא דירושלמי ריש מעשרות ודספרי וכו' מסייעא ליה וכו' עכ"ל. ועיין ברדב"ז פ"א מהל' מעשר ה"ט.

מהל' מעשר ה"ב) שכתב וז"ל אבל אם היתה כוונתו להוליכן בבית הרי זה מותר לאכול מהן עראי אחר שנגמרה מלאכתן עד שיקבעו למעשר עכ"ל, והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א חוץ מדגן תירוש ויצהר שעשאן בגורן ומרחן דגמר מלאכתן דהנהו בגרן ויקב תלנהו רחמנא עכ"ל. וכאן פסק הראב"ד דתירוש מתחייב ביקב בלבד בלי ראיית הבית. ולפי"ז צ"ל דהגמ' מצריכה ראיית פני הבית בענבים העומדים לאכילה, והראב"ד מיירי בענבים העומדים ליין דתלויים ביקב בלבד. א"נ י"ל דהראב"ד סובר כשיטת הרמב"ן דחיוב תרו"מ מה"ת חל רק בתירוש ויצהר בלבד ולא בזיתים וענבים, וכן משמע מלשונו (פ"א מהל' מעשר ה"ט) דהזכיר חיוב תרו"מ מדאורייתא בתירוש ויצהר בלבד ולא בזיתים וענבים, ולפי"ז צ"ל דהדין שבגמ' דבעי ראיית פני הבית בענבים העומדים לאכילה הוא דין מדרבנן.

אך בשיטמ"ק מובאת שיטה אחרת בשם הראב"ד וז"ל ונ"ל דכל שבעת המינים שהם חייבים בבכורים חייבים בתרו"מ דגמר ראשית מראשית כל פרי האדמה וראשית דגנך תירושך ויצהרך עכ"ל. ולפי"ז הראב"ד מחייב כל ז' המינים וגם תאנים ורימונים בתרו"מ מדאורייתא אך לא שאר פירות האילן. ושיטה זו היא דעת יחיד דמקיש ביכורים לתרו"מ, אולם רוב הראשונים חולקים ע"ז וס"ל דליכא היקש בין ביכורים לתרו"מ. ועיין בתוס' (ב"ב דף פא. ד"ה ההוא) דהגמ' הביאה גזה"כ "מארצך" למעוטי ביכורים מחו"ל. ולכאורה קשה דהמצוות התלויות בארץ כתרו"מ אינן נוהגות אלא בארץ ולמה צריך גזה"כ "מארצך" למעט ביכורים מחו"ל. ותירצו התוס' וז"ל ולרשב"א נראה דלא חשיבי ביכורים מצוה תלויה בארץ דלא דמי לתרומה ומעשר וחלה דהתם גוף הפירות מחוייבין בתרומה דטבל נינהו ואסורין באכילה ולכן חשובין הן תלויין בארץ אבל בכורים אין החיוב תלוי בפירות אלא באדם דאין נאסרין באכילה אע"פ שלא הפריש מהן ביכורים ועוד מדלא חייב תרומה ומעשר עד שיתמרח בכרי מוכח שהחיוב תלוי בפירות לפי שלא הגיע עדיין זמן חיובן אבל בכורים ודאי חובת הגוף נינהו כע"ז דילפינן מיניה בקידושין שאין החיוב תלוי בפירות אלא באדם ואפילו בעודן באילן מתחייב וכו' ואע"ג דאם אין לו אינו חייב לקנות מ"מ חובת הגוף נינהו כמו חובת ציצית דאע"ג דאין חייב לקנות טלית כשאין לו חשיב חובת הגוף עכ"ל. ונראה דאליבא דהתוס' אין להקיש חיוב תרו"מ מדאורייתא לחיוב ביכורים מדאורייתא, דתרו"מ הוי חובת פירות הארץ ואילו ביכורים הויא חובת הגברא. אך נראה דהראב"ד ס"ל דמ"מ מקשינן ביכורים לתרו"מ מאחר דבסדר ההפרשה שייכים זה לזה דיש להקדים ביכורים לתרומה בסדר הפרשתן (ועיין ברש"י דברים כו: י"ג).

ונראה לבאר שיטת התוס' (ד"ה כי) דבין זיתים וענבים ובין יין ושמן חייבין בתרו"מ מדאורייתא משום דס"ל דיין ושמן חייבים בתורת זיתים וענבים כי יין נחשב לפרי הגפן כמו ענבים עצמם, ושמן נחשב לפרי הזית כזית עצמו. ואילו לפי הרמב"ן שסובר דיין ושמן חייבין מדאורייתא ולא זיתים וענבים החיוב להפריש תרו"מ ביין ושמן מהוה חיוב דחל עליהם בתורת יין ושמן ולא בתורת פירות של זיתים וענבים.

ועיין במשנה בתרומות (פי"א מ"ג) "אין סופגין ארבעים משום ערלה אלא על היוצא מן הזיתים ומן הענבים ואין מביאין ביכורים משקין אלא על היוצא מן הזיתים ומן הענבים". ומבואר דרק ביין ושמן חל חלות שם פרי, אלא דלית להו צורת פרי דאין להן צורת זיתים וענבים, ועלה תלוי בשם פרי ולא בצורת פרי. ואעפ"כ קיי"ל דמברכין על יין ושמן בפה"ג ובורא פרי העץ, ולכאורה מוכח דברכה מסוימת דבפה"ג ודבפה"ע לא בעי צורת פרי אלא רק חלות שם פרי בלבד.

והנה הראשונים נחלקו בחיוב זיתים וענבים בתרומות ומעשרות מן התורה דכתיב (דברים י"ד: כ"ב - כ"ג) "עשר תעשר את כל תבואת זרעך וגו' ואכלת לפני ה' אלוקיך במקום אשר יבחר לשכן שמו שם מעשר דגנך תירושך ויצהרך". ועיין ברמב"ן עה"ת (שם פסוק כ"ב) שפירש דתירוש הוא יין ויצהר הוא שמן, ואין מין אחר בכל הזרעין ובכל פירות האילן שחייב מה"ת בתרומות ומעשרות, ולפי פשוטו של מקרא אף זיתים וענבים מעשר שלהן אינו מה"ת עד שיעשו תירוש ויצהר. ונראה דלשיטת הרמב"ן התורה חידשה חלות שם פרי בפני עצמו דתירוש ויצהר שחייב בתרו"מ מה"ת ואילו זיתים וענבים עצמם אינן חייבים בתרומה ומעשר אלא מדרבנן. ולפי"ז י"ל דיין ושמן הויין חלות שם פרי בפני עצמו ולכן תירוש ויצהר אית להו גם שם פרי וגם צורת פרי, דהיינו צורת פרי דתירוש ויצהר. ולפי"ז י"ל דמברכים ברכת בפה"ע רק על צורת פרי בלבד. אמנם שאר הראשונים (תוס' בסוגיין בב"מ) ס"ל דזיתים וענבים חייבים בתרומות ומעשרות מן התורה, ויין ושמן חייבין מדין משקין היוצאים מזיתים וענבים דאית להו חלות שם פרי דזיתים וענבים, והויין כפרי עצמו. ולשיטתם משמע דמברכין בפה"ע כשאין צורת פרי, דמברכין על יין ושמן בפה"ע משום דאית להו שם פרי דזיתים וענבים ואע"פ שאין להם צורת פרי דזיתים וענבים.[595]

גמ'. מה לשור שכן אתה מצווה על חסימתו תאמר באדם שאין אתה מצווה על חסימתו, ויהא אדם מצווה על חסימתו מק"ו משור, ומה שור שאי אתה מצווה להחיותו אתה

[595] ונ"מ לגבי ברכה על שלקות מפרי העץ דעל שלקות דפרי האדמה מברכין בפה"א דחל בהו שם פרי אע"פ שאין להם צורת פרי האם מברכין על שלקות של פרי העץ בפה"ע, ועיין בראש ברכות פ"ו סימן י"ח. וע"ע ברשימות שיעורים למס' ברכות דף לח. תוס' ד"ה האי.

מצווה על חסימתו, אדם שאתה מצווה להחיותו אינו דין שאתה מצווה על חסימתו אמר קרא כנפשך כנפשו של פועל מה נפשו אם חסמתו פטור אף פועל אם חסמתו פטור. עיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"א) וז"ל הפועלים שהן עושין בדבר שגידולו מן הארץ ועדיין לא נגמרה מלאכתו בין בתלוש בין במחובר ויהיו מעשיהן גמירת המלאכה הרי על בעה"ב מצוה שיניח אותן לאכול ממה שהן עושין בו שנאמר כי תבא בכרם רעך וגו' וכתוב כי תבא בקמת רעך מפי השמועה למדו שאין הכתוב מדבר אלא בשכיר וכי אילו לא שכרו מי התיר לו שיבא בכרם רעהו בקמה שלו שלא מדעתו אלא כך הוא אומר כי תבא לרשות בעלים לעבודה תאכל עכ"ל. ומלשון הרמב"ם "הרי על הבעה"ב מצוה שיניח אותן לאכול" משמע דאיכא מצוה על הבעה"ב ליתן לפועל לאכול, ואי חסמו עבר באיסור עשה דכי תבא בכרם רעך. ולפי"ז י"ל דכוונת הגמ' "מה לשור שכן אתה מצווה על חסימתו תאמר באדם שאין אתה מצווה על חסימתו" היינו דבשור איכא לאו "לא תחסום שור בדישו" ואי חסם פי השור לוקה משא"כ באדם ליכא לאו, אבל יש איסור עשה בחסימת אדם. אולם אי חסם אדם אינו לוקה דהוי רק לאו הבא מכלל עשה ואין לוקין עליו. ולולא דברי הרמב"ם יל"פ דכוונת הגמ' היא דבאדם ליכא איסור חסימה בתורת איסורי איסור והיתר ואינו אלא חלות איסור ממון שמונע מהפועל זכות ממון שיש לו לאכול. אמנם יתכן לומר דכוונת הרמב"ם "הרי על הבעה"ב מצוה שיניח אותן לאכול וכו' שנא' כי תבא בכרם רעך וכו'" היינו שיש קיום מצות עשה להניח לפועל לאכול וליכא איסור עשה בחסימת פועל, וכן משמע קצת מלשון הרמב"ם "מצוה שיניח אותן לאכול" דר"ל שיש קיום עשה ליתן לפועל לאכול.[596]

דף פט.

גמ'. א"כ לכתוב רחמנא לא תדוש בחסימה שור דכתב רחמנא למה לי לאקושי חוסם לנחסם ונחסם לחותם, מה חוסם אוכל במחובר אף נחסם אוכל במחובר, ומה נחסם אוכל בתלוש אף חוסם אוכל בתלוש.

[596] ועיין ברמב"ם בספה"מ (מ"ע ר"א) וז"ל היא שצונו להיות השכיר אוכל מהדבר שיעבוד בו בעת עבודתו כשיהיה מחובר לקרקע וכו' עכ"ל. ועיין בהגהות הגרי"פ לספר המצוות לרס"ג (מצות ל"ת רס"ז) שכתב דנחלקו הראשונים האם יש מצוה על הבעה"ב ליתן לפועל לאכול או דהתורה רק נתנה רשות לפועלים לאכול ואין הבעלים יכולים לעכב הפועלים מלאכול, דהרמב"ם סובר דחל מצוה על הבעה"ב להניח לפועלים לאכול, ואילו הטור (בסימן של"ז), הבה"ג, רס"ג, והרשב"ץ (בזוהר הרקיע סימן ע"ב) ס"ל שהתורה רק התירה לפועלים לאכול בשעת העבודה אבל ליכא מצוה על הבעלים להניח להם לאכול. אמנם עיי"ש דהגרי"פ נקט דלהרמב"ם אם הבעה"ב אינו מניח לפועלים לאכול עבר על לאו דלא תחסום וכן עבר על איסור עשה דכי תבא ברכם רעך.

הגר"ח זצ"ל (בחידושי רבנו חיים הלוי פ"ח מהל' מעילה ה"א) ביאר דיש חילוק בין דין שור לפועל דהאיסור דלא תחסום שור בדישו הוי חלות איסור לאו על הבעל הבית לחסום את השור - אבל אינו דין ממון - דאין לשור זכות ממון לאכול, וכדחזינן דאף על שורו אדם מצווה ופשוט דאין לבהמתו דין ממון על הבעלים, ועל כרחך דהוי רק חלות איסור על הבעלים, ואין הבעה"ב משועבד להאכיל השור מדין ממון. ומשו"ה קיי"ל (בגמ' דף צ.) דנכרי הדש בבהמתו של ישראל אינו עובר משום לא תחסום שור בדישו, דהוי חלות איסור ואין הנכרי מצווה בלאו דלא תחסום. משא"כ בפועל חל דין ממון דיש לפועל זכות ממון לאכול - דהופקע לפועל ממון הבעל הבית, ומשו"ה פסק הרמב"ם פ"ט מהל' מלכים דפועל בן נח אצל בן נח אוכל, ואי הוי רק מצוה על הבעה"ב להאכיל את הפועל מהיכא תיתי דב"נ יהיה מצווה בזה. אולם אי נימא דהוי דין ממון וזכות ממון שיש לפועל אזי י"ל דנוהג דין זה אף בב"נ מכיון שהן מצווין על הגזל ועל הדינים, עכת"ד.

גמ'. תניא אידך דיש מה דיש מיוחד דבר שבשעת גמר מלאכה פועל אוכל בו אף כל שהוא בשעת גמר מלאכה פועל אוכל בו יצא המנכש בשומים ובבצלים הואיל ואין גמר מלאכה אין פועל אוכל בהם למה לי מואל כליך לא תתן נפקא לא צריכא אע"ג דקא משליף קטיני מביני אלימי. ופרש"י בד"ה דקא משליף וז"ל יש בצלים שמסתרסין ולא יהיו גסים לעולם וכו' ועוקרין אותן מבין הגידולים להרחיב מקום ולהתפשט דאיכא השתה נתינה לכליו של בעל הבית ולא ממעט מאל כליך לא תתן וממעט להו מדיש דלאו שעת גמר מלאכה הוא דעיקר פעולה משום תקון הגידולים שהם מחוברין ועומדים עכ"ל. ונראה לבאר דמקרא ד"דיש" ילפינן דפועל אוכל כשעושה מלאכת תלישה, ומלאכת תלוש אינה נקבעת ע"י עצם המעשה תלישה, אלא דבעינן חלות שם מלאכת תלוש וזה תלוי בכוונת המעשה ובתכלית של המעשה, והיכא דקא משליף קטיני מביני אלימי דכוונתו לצורך תקון הגידולים לא חלה חלות שם מלאכת תלוש (אע"פ שעשה מעשה תלישה בפועל). ויתכן דזה כוונת הרמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"ד) וז"ל המנכש בבצלין ובשומין אע"פ שתולשין קטנים מבין הגדולים וכו' אינו אוכל מפני שאין מעשיהם גמר מלאכה עכ"ל. דהיתר אכילת פועל אינו תלוי במעשה תלישה אלא בחלות שם מלאכת תלוש דהויא גמר מלאכה וניכוש בצלים אינו חלות שם מלאכת תלוש וגמר מלאכה.

גמ'. תניא אידך דיש מה דיש מיוחד שלא נגמרה מלאכתו לחלה ופועל אוכל בו אף כל דבר שלא נגמרה מלאכתו לחלה פועל אוכל בו, יצא הלש והמקטף והאופה שנגמרה

מלאכתו לחלה דאין פועל אוכל בו והלא נגמרה מלאכתו למעשר, לא קשיא בחוץ לארץ עסקינן דליכא מעשר אי הכי חלה נמי ליכא, אלא לעולם בארץ ולא קשיא בשבע שכיבשו ובשבע שחילקו דאמר מר בשבע שכיבשו ושבע חילקו נתחייבו בחלה ולא נתחייבו במעשר, מידי מעשר קא גרים מלאכה קא גרים, אמר רבינא כרוך ותני דיש מה דיש מיוחד דבר שלא נגמרה מלאכתו למעשר ולחלה ופועל אוכל בו אף כל שלא נגמרה מלאכתו למעשר ולחלה פועל אוכל בו. עיין ברש"י (בד"ה הלש ובד"ה ותיפוק ליה משום מעשר) וז"ל הלש משנתן מים וגלגל נתחייב בחלה ועדיין צריכה ללוש ולשוף ולבעוט הרבה וכו', ותיפוק ליה משום מעשר והלא נגמרה מלאכתו למעשר וטחינה והרקדה דמקמי לישה נמי לא אכיל עכ"ל. ובד"ה אמר רבינא כתב רש"י וז"ל אלא כרוך ותני חדא מה דיש מיוחד שלא נגמרה מלאכתו למעשר ולחלה שהן דברים הנהוגין בו אף כל שלא נגמרה מלאכתו לדבר הנהוג בו אם למעשר לחודיה למעשר, אם לחלה לחלה, יצא הבודל בתמרים דנגמר למעשר ואין בהם דבר מאוחר ממנו ויצא הלש שנגמרה מלאכתו למאוחר שבו עכ"ל. ושיטת רש"י היא דאם הושכר הפועל לעבוד בחיטין לאחר מירוח אזי מותר לו לאכול עד גמר מלאכתן לחלה שזהו המאוחר שבו, ואילו הבודל בתמרים אין לו היתר לאכול לאחר שנגמרו למעשר דאין בהם שיעור מאוחר יותר דאין בהם חיוב חלה. ויש לעיין לפי רש"י מה יהיה הדין היכא שנשכר הפועל לעבוד בתבואה קודם מירוח עד הטחינה האם מותר לפועל לאכול לאחר מירוח או לא, דיש לעיין האם ההיתר אכילה לפועל עד שתגמר מלאכתו לחלה תלוי הוא בשכירות - דעצם השכירות כוללת גמר מלאכה לחלה, והיכא דמושכר עד הטחינה שאינו מושכר לגמר מלאכה לחלה (דהיינו הלישה) אינו אוכל אלא עד המירוח - דזהו גמר מלאכה למעשר. או דילמא דההיתר לאכול עד גמר מלאכה לחלה תלוי בחפצא - שאם החפצא ניתן לחלה אזי ההיתר אכילה הוא עד שתגמר מלאכתו לחלה ואע"פ שהפועל לא נשכר אלא עד הטחינה מ"מ מותר לפועל לאכול כל זמן מלאכתו. ומשמע דלפי רש"י ההיתר לפועל תלוי בחפצא, דבדבר העומד למעשר ולא לחלה כפירות האילן אזי היתר אכילה הוא עד המירוח - דהיינו עד שעת גמר מלאכתן למעשר, ובחפצא שעומדת לחלה (כגון תבואה) ההיתר הוא עד הלישה שהיא גמר מלאכה לחיוב חלה[597]. וכן משמע מתוס' ד"ה אמר רבינא כרוך ותני וז"ל דהשתא דקתני בחדא למעשר ולחלה מוכח שפיר דלא נקט למעשר אלא לאפוקי היכא דלא שייך חלה כגון בודל בתמרים אבל היכא דשייך חלה לא חשיב גמר אלא שנגמרה מלאכתה לחלה עכ"ל. ומשמע דאם החפצא הוי מין

[597] וכ"כ המגיד משנה פי"ב מהל' שכירות ה"ה בדעת רש"י.

הראוי לחלה אזי היתר אכילה לפועל הוא עד שתגמר לחלה. ונראה דרש"י ותוס' ס"ל דהגמר מלאכה הוא שיעור בזמן היתר אכילה לפועל, ואם החפצא עומדת לחלה אזי חל היתר אכילה עד שתגמר לחלה.

אמנם עיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"ה) וז"ל הבודל בתמרים ובגרוגרות אינו אוכל מפני שנגמרה מלאכתן למעשר, העושה בחטים וכיוצא בהן אחר שעשר כגון ששכרן לברור צרורות או לנפה אותן או לטחון הרי אלו אוכלין שעדיין לא נגמרה מלאכתן לחלה, אבל הלש והמקטף והאופה אינו אוכל מפני שנגמרה מלאכתן לחלה ואין הפועל אוכל אלא מדבר שעדיין לא נגמרה מלאכתו למעשר ולחלה עכ"ל. ומדברי הרמב"ם משמע דמיירי בב' שכירות - דהעושה בחיטים לברור או לנפה ולטחון אע"פ שכבר נגמרה מלאכה למעשר אוכל לפי שלא נגמרה מלאכתן לחלה, מיירי שהושכר לאחר שנגמרה מלאכתו למעשר ולא נגמרה עדיין מלאכתו לחלה. ויש לדקדק דהרמב"ם לא נקט ציור שנשכר בתבואה קודם מירוח ומשמע קצת דאילו נשכר הפועל לעבוד בתבואה קודם המירוח דהרמב"ם סובר שאוכל רק עד המירוח דזהו גמר מלאכה למעשר. ורק היכא דנשכר לאחר מירוח כהציור שנקט "העושה בחיטים וכיוצא בהן אחר שעשר כגון ששכרן לברור צרורות או לנפה אותן או לטחון" אזי חל היתר אכילה עד שיגמר מלאכתו לחלה. ונראה דלפי הרמב"ם יש לפועל רק היתר אכילה בזמן אחד או עד המירוח (גמר מלאכה למעשר) או עד הלישה (גמר מלאכה לחלה), והרמב"ם סובר דאם הושכר קודם למירוח אזי המירוח מהוה הפקעה שמפקיע את ההיתר אכילה. וכשהושכר לאחר מירוח אז חל היתר אכילה עד שתגמר לחלה. משא"כ רש"י ותוס' ס"ל דחל ב' היתרי אכילה לפועל א' זכות אכילה עד גמר מלאכה למעשר וזכות אכילה עד גמר מלאכה לחלה, דגמר מלאכה למעשר וחלה הוי חלות הגבלת זמן זכות אכילה של הפועל.

ועיין בריטב"א (דף פט. בשיטמ"ק ד"ה אלא אמר רבינא כרוך ותני) וז"ל והנכון דהכי קאמר כל שראוי למעשר וגם ראוי לחלה יש לו שני דינים לאכילת פועל דבעוד שעומד למעשר בלחוד תלוי דיניה במעשר ושוב אין פועל אוכל בעוד שלא נטחן אבל מכיון שנטחן פנים חדשות באו לכאן ועומד הוא לדבר הראוי לחלה וכפרי אחר דמי ופועל אוכל בו אם הוא מעשר עד שתגמר מלאכתו לחלה וכו' וכן פירש רבנו הגדול הרמב"ן עכ"ל. ומשמע דהריטב"א והרמב"ן ס"ל דבהתחלת המלאכה חל היתר וזכות אכילה אחת לפועל ואי אפשר שיהא לפועל ב' זכותי אכילה בחפץ אחד, והא דחל היתר אכילה עד הלישה הוא רק משום דלאחר הטחינה פנים חדשות באו לכאן והוי כפרי אחר, וחל זכות אכילה בפ"ע בפרי החדש עד הלישה. ויש ב' חלותי שכירות - א) על

התבואה - וזמן אכילת הפועל הוא עד המירוח שנגמרה מלאכתה למעשר. ב) שכירות בפ"ע על הקמח - וזמן היתר אכילה היא עד הלישה דנגמרה מלאכתה לחלה. ולפי"ז י"ל דהריטב"א והרמב"ן ס"ל כמש"נ בשיטת הרמב"ם דבחפצא אחת חל היתר אכילה אחת לפועל, והא דחל עוד היתר אכילה לאחר טחינה עד הלישה הוא משום דהוי כפרי אחר וכב' חפצאות. ולפי"ז י"ל דאם הושכר הפועל לעבוד בתבואה קודם מירוח אזי חל היתר אכילה עד שעת מירוח, ורק לאחר טחינה דפנים חדשות באו לכאן חל היתר אכילה עד הלישה, ובין המירוח לטחינה אסור לו לאכול. אמנם עוד יתכן לפרש את דברי הריטב"א והרמב"ן באופן אחר, דס"ל דשייך בחפץ א' היתר אכילה לב' זמנים אמנם הריטב"א סובר דקודם הטחינה ליכא כלל חפצא העומדת לחלה ולא שייך שיוחל בה היתר אכילה עד שתגמר לחלה אלא לאחר הטחינה דנעשה קמח ועומד לחלה.

ועיין עוד בשיטמ"ק (בד"ה כרוך ותני) בשם הרמב"ן שהקשה על שיטת רש"י דחל היתר אכילה עד שיגמר לחלה, וז"ל וקשיא לי הא אמרינן לקמן (דף צ.) פרות המרכסות בתבואה אינו עובר משום בל תחסום ופירש"י משום דנגמרה מלאכתן למעשר, ואמאי והרי לא הגיעו לחלה. ונראה שהוא ז"ל ר"ל כגון שמריח והוקבעו למעשרות והרי הוא טבל גמור מן התורה ואסור להאכיל לבהמה וא"ת יעשר רחמנא אמר בדישו הראוי לו ולא האסור ודומיא דתרומה ומעשר נקט דמשום איסורא הוא וכן נראה לי עיקר עכ"ל. וצ"ב בדברי הרמב"ן דלכאורה סותר למש"כ דבדבר הראוי לחלה חל היתר עד שיגמר לחלה משום דפנים חדשות באו לכאן. ונראה לומר דהרמב"ן סובר דאם חל חלות שם טבל אזי חלה הפקעה בזכות הפועל או הבהמה לאכול. ומשו"ה ס"ל דהתם (בדף צ.) בפרות המרכסות בתבואה מיירי בא"י דלאחר מירוח חל חלות שם טבל ופקע זכות הפועל לאכול, ואפילו אי יפריש תרו"מ אסור לאכול אפילו לפני שנגמרה מלאכתה לחלה, דמאחר שחל בתבואה איסור טבל פקע זכות והיתר אכילה של הפועל. אמנם כאן בסוגיין מיירי בחו"ל דליכא איסור טבל מה"ת וחל היתר אכילת פועל עד גמר המלאכה, ומאחר שפנים חדשות באו לכאן חל היתר אכילה משעת הטחינה עד הלישה. ויל"ע האם הרמב"ם נמי סובר דמאחר דחל איסור טבל פקע זכות והיתר אכילת הפועל או לא, ולכאורה יש לדייק ממש"כ (בפי"ב מהל' שכירות ה"ה) "העושה בחטים וכיוצא בהן אחר שעשר כגון ששכרן לברור צרורות או לנפה אותן או לטחון הרי אלו אוכלין שעדיין לא נגמרה מלאכתן לחלה", ויתכן דמיירי ששכרן לאחר המירוח דכבר חל איסור טבל בתבואה ומ"מ חל היתר וזכות אכילה עד שיגמר לחלה, ודלא כהרמב"ן. אמנם יתכן לומר דאף הרמב"ם ס"ל כשיטת הרמב"ן דחלות איסור טבל מפקיע היתר וזכות הפועל

לאכול, אלא דמירי דהשכירות התחילה לאחר הפרשת תרו"מ דכבר פקע איסור טבל, ומשו"ה פועל העושה בחיטין אוכל עד גמר המלאכה לחלה. אולם אם חלה השכירות לפני מירוח אזי במירוח חל איסור טבל שמפקיע זכות הפועל לאכול.

גמ'. אבעיא להו פועל מהו שיהבהב באור ויאכל מי הוי כענבים ודבר אחר או לא וכו' לאכשורי גברא לא קמבעיא לן כי קמבעיא לן לאכשורי פירא מאי. ביארנו לעיל בשיעורים (דף פז: ד"ה ואכלת ולא מוצץ) דרש"י והרמב"ם נחלקו ביסוד הדין דענבים ולא דבר אחר, דכתב רש"י (בד"ה ולא ענבים וד"א) וז"ל לטבול ענבים במלח למתקן שיאכל הרבה עכ"ל. והאיסור הוא משום דכשהוסיף דבר אחר למתק את הפרי כדי שיאכל הרבה ליכא היתר אכילה, והאיסור הוא במעשה האכילה. אולם עיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"י) וז"ל היה עושה בתאנים לא יאכל בענבים, בענבים לא יאכל בתאנים שנאמר בכרם ואכלת ענבים והעושה בגפן זו אינו אוכל בגפן אחרת ולא יאכל ענבים ודבר אחר ולא יאכל בפת ולא במלח וכו' שנאמר ואכלת ענבים כנפשך ענבים כמות שהן וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. ונראה דהרמב"ם סובר דהאיסור לאכול ענבים ודבר אחר הוא משום דחל היתר אכילה והפקעת ממון רק בחפצא של הפירות שהפועל עוסק בהם כמות שהן, וע"י דבר אחר הויא כחפצא של פירות אחרים שאינו עוסק בהם במלאכתו דליכא בהו היתר אכילה. ולכן כלל הרמב"ם את האיסור דלא ע"י דבר אחר ביחד עם האיסור של העושה בתאנים לא יאכל בענבים. ומבואר דלהרמב"ם הדין דענבים ודבר אחר הוא דין בחפצא של הפירות. משא"כ רש"י ס"ל דהוי דין באכילת הגברא שלא ישנה מדרך אכילתו כדי שיאכל הרבה. ונראה דאליבא דרש"י הספק שבגמ' האם מותר לפועל להבהב באור ולאכול הוא משום דהבהוב באור נמי גורם שיאכל מהענבים הרבה ולפיכך בדין הוא שיהא אסור להבהב בדומה לענבים וד"א, ומאידך י"ל דרק כשמוסיף דבר אחר אסור לאכול משום דהו"ל ענבים וד"א. אולם לכאורה צ"ע אליבא דהרמב"ם דס"ל דיסוד האיסור בענבים ודבר אחר הוא משום דהוי חפצא אחר דלא חל בה היתר אכילה א"כ מהו הספק לענין הבהוב באור דלכאורה ע"י ההבהוב לא נשתנה החפצא של ענבים לחפצא אחר. וי"ל דכיון דנשתנה הטעם הו"ל כחפצא אחר של ענבים. אך יש להקשות על הרמב"ם מהגמ' "רשאין פועלין לטבל פיתם בציר כדי שיאכלו ענבים הרבה לאכשורי גברא לא קמבעיא לן כי קמבעיא לן לאכשורי פירא" דמשמע שהדיון בגמ' הוא האם מותר לשנות את הענבים כדי שיאכל מהם הרבה דה"ה בענבים וד"א האיסור משום שגורם שיאכל מהם הרבה, וכסברת רש"י. ונראה דהרמב"ם נמי ס"ל דלפי הס"ד שבגמ' יסוד האיסור דענבים ודבר אחר הוא משום דמעורר האכילה לאכול הרבה

וה"ה בהבהוב. אמנם הרמב"ם סובר דכשהגמ' דוחה "כי קמיבעיא לן לאכשורי פירא" הגמ' הדרא בה וס"ל דיסוד הדין הוא דין בחפצא - שמותר לפועל לאכול הפרי כפי שהוא בשעת הפעולה, וכשאוכלו עם ד"א הו"ל חפצא אחרת שלא חל בה היתר אכילה לפועל. והספק שבגמ' לענין הבהוב הוא האם ההבהוב נחשב לשינוי בחפצא של הפרי ואסור לאוכלו דהו"ל כענבים ודבר אחר או"ד דהבהוב אינו שינוי בחפצא ומותר דלא דמי לענבים ודבר אחר.

דף פט:

גמ'. ת"ש פועלים אוכלין ענבים בראשי אומניות שלהן ובלבד שלא יהבהבו באור התם משום ביטול מלאכה כי קמבעיא לן היכא דאיכא אשתו ובניו.

ופירש"י (בד"ה התם משום ביטול מלאכה) וז"ל שמבטל עצמו כשמהבהב עכ"ל. ומבואר בגמ' דאע"פ שחל היתר אכילה לפועל והפקעת ממון הבעלים לגבי גוף הפירות מ"מ איכא איסור של ביטול מלאכה ואין היתר לבטל ממלאכה יותר מזמן תלישת הפרי כדי לאוכלו. והנה עיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"ג) וז"ל המבטל ממלאכתו ואכל או שאכל שלא בשעת גמר מלאכה הרי זה עובר בלא תעשה שנא' וחרמש לא תניף וכו' מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו וכן כל כיוצא בזה. וכן פועל שהוליך בידו ממה שעשה או שלקח יתר על אכילתו ונותן לאחרים עובר בל"ת שנא' ואל כליך לא תתן. ואין לוקין על ב' לאוין אלו שאם אכל או הוליך חייב לשלם עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א דברים הללו אין להם שורש ובספרי דרשו וקטפת מלילות בידך שלא יהא קוצר במגל ואוכל וחרמש לא תניף בשעה שאתה מניף חרמש על קמת בעל הבית ולא מפני ביטול מלאכה אלא שלא יעשה אכילתו קבע כעין מלאכתו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דאם ביטל ממלאכה ואכל או שאכל שלא בשעת גמר מלאכה (דהיינו שאכל בשעת קצירה קודם מילוי הסל) עבר על איסור "וחרמש לא תניף" דנחשב לביטול מלאכה[598]. משא"כ הראב"ד סובר דיסוד האיסור אינו משום ביטול

[598] עיין ברש"י (דף צא: ד"ה וכולן) שכתב וז"ל וכולן לא אמרו שיאכל אלא בשעה שהוא עוסק במלאכה וכו' עכ"ל. ומבואר דס"ל דמותר לפועל שעוסק במחובר לאכול בשעת מלאכת הקצירה. אמנם נראה דהרמב"ם ס"ל דמותר לפועל שעוסק במחובר לאכול רק אחרי שגמר לקצור את הפירות ומילא הסל שכתב (בפי"ב מהל' שכירות ה"ב) וז"ל והעושה במחובר כגון בוצר וקוצר אינו אוכל אלא כשיגמור עבודתו כגון שיבצור ויתן בסל עד שימלאנו וינפץ הסל למקום אחר ויחזור ויבצור וימלאנו ואינו אוכל עד אחר שימלא הסל עכ"ל, ומבואר דפועל אינו אוכל אלא לאחר שבצר וימלא את הסל, ואסור לו לאכול בשעת הקצירה, ולפי"ז נראה דמש"כ הרמב"ם בהל' ג' "המבטל ממלאכתו ואכל או שאכל שלא בשעת גמר מלאכה ה"ז עובר בלא תעשה שנא' וחרמש לא תניף" מש"כ "שאכל שלא בשעת גמר מלאכה" ר"ל דאכל בשעה שהוא עוסק בקצירה לפני מילוי הסל, ועבר בל"ת ד"וחרמש לא תניף" כמו מי שמבטל ממלאכה - דהיינו כשהפסיק הפועל באמצע עשיית המלאכה וישב לאכול. ולהרמב"ם יסוד

מלאכה דפשיטא דביטול מלאכה אסור משום גזל ולא צריך ע"ז לאו מיוחד ד"וחרמש לא תניף", אלא על כרחך יסוד האיסור ד"וחרמש לא תניף" הוא שלא יאכל אכילת קבע, ולו יצוייר דיש היכא תימצא שאכילתו אינה מהוה ביטול מלאכה ואין הבעל הבית מפסיד כלום מחמת אכילת הפועל (וכגון דהוי פועל קבלן שאינו משתלם לפי זמן מלאכתו שאם יפסיק מעבדתו לשעה ויאכל לא תתבטל המלאכה ולא מפסיד הבעה"ב, דהקבלן משתלם על גמר העבודה ולא על זמן מלאכתו) מ"מ אסור לפועל לאכול ע"י קצירה בחרמש ולא הותר לו אלא לתלוש ביד ולאכול, משום דלא הותרה לפועל לאכול אלא אכילת עראי בלבד וכשקוצר בחרמש ואוכל הו"ל אכילת קבע. ונראה דהרמב"ם למד דהדרשה מקרא "וחרמש לא תניף" היינו "וחרמש" - בשעה שהפועל עסוק בקצירה במגל לבעה"ב - "לא תניף" - לא תקצור במגל לעצמך לאכול אכילת פועל, משום דכשקוצר לעצמו במגל הריהו מתבטל ממלאכה. וזהו כוונתו במש"כ "מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו וכן כל כיוצא בזה". אמנם נראה דבין להרמב"ם ובין להראב"ד אין לוקין על לאו זה משום דהוי לאו הניתן לתשלומים.

והנה יש לעיין האם הוי לאו הניתן לתשלומין משום דחל איסור ולאו דגזילה או דליכא אלא לאו ד"וחרמש לא תניף" דהוי לאו הניתן לתשלומין ומשו"ה אין לוקין. ונראה דלשיטת הרמב"ם האיסור ד"וחרמש לא תניף" חל משום ביטול מלאכה דהתורה אסרה לפועל לקצור בחרמש לעצמו בשעה שהוא עסוק בקצירה לבעה"ב משום ביטול מלאכה, אולם אין האיסור חלות שם איסור ביטול מלאכה בעלמא משום שגוזל זמן מלאכה מהבעה"ב, דזה אסור מדין גזילה בעלמא וכמש"כ הרמב"ם (בפי"ג מהל' שכירות ה"ז) וז"ל כדרך שמוזהר בעל הבית שלא יגזול שכר עני ולא יעכבנו כך העני מוזהר שלא יגזול בעל הבית ויבטל מעט בכאן ומעט בכאן וכו' אלא חייב לדקדק בעצמו בזמן וכו' עכ"ל, ולא צריך לאו נפרד ד"וחרמש לא תניף" לאסור ביטול זמן מלאכה, ועל כרחך צ"ל דמגזה"כ מיוחדת ד"וחרמש לא תניף" ילפינן שאם הפועל אכל בשעת קצירה קודם מילוי הסל או שישב ונתבטל ואכל לאחר מילוי הסל בכה"ג ליכא לפועל זכות אכילה, וממילא חל איסור גזילה וחייב לשלם מדין תשלומי גזילה. ויוצא דלרמב"ם כשאכל הפועל שלא

האיסור ד"וחרמש לא תניף" הוא משום ביטול מלאכה, ויש ב' אופנים דביטול מלאכה: א) כשמבטל ממלאכתו ויושב ואוכל לאחר מילוי הסל (קודם שינפצו לגת) ב) שאכל בשעת הקצירה לפני מילוי הסל, (ועיין בלחם משנה שם), דרק לאחר שגמר לקצור אז מותר לו לאכול, ודלא כרש"י שסובר דמותר לו לאכול בשעה שהוא קוצר. ועיין בהמשך הרמב"ם (פי"ב הל' שכירות ה"ב) שכתב וז"ל אבל מפני השד אבדה לבעלים אמרו חכמים שיהיו הפועלים אוכלים בהליכתן מאומן לאומן ובחזירתן מן הגת כדי שלא יבטלו ממלאכתן וישבו לאכול אלא אוכלין בתוך המלאכה כשהן מהלכין ואינן מבטלין עכ"ל. ונראה דמיירי לאחר מילוי הסל ומה"ת היה מותר לפועל לישב ולאכול אמנם משום השד אבדה תיקנו חכמים שלא ישב ויאכל אלא יאכל בשעה שמהלך עם הסל מאומן לאומן ובחזרה מן הגת - דהיינו בשעה שהוא עוסק במלאכה כדי שלא יבטלו ממלאכתן. (רבינו זצ"ל)

בשעת גמר מלאכה אינו רק גוזל את בעל הכרם בזה שנוטל את שכרו עבור זמן ביטול מלאכה אלא דהענבים שאכל בשעה שנתבטל ממלאכה ג"כ נעשו גזילה ובאכילתן עבר על איסור גזילה. ונפקא מינה דאינו משלם לבעה"ב רק על ביטול זמן המלאכה אלא אף על שווי גוף הפירות. ולפי הראב"ד י"ל דלא הותר לפועל אלא אכילת עראי, והיכא דאכל אכילת קבע הוי גזל וחייב בתשלומים. ונראה לומר דהראב"ד סובר דהלאו ד"וחרמש לא תניף" מפקיע את זכות הפועל לאכול אכילת קבע, דבלי הך קרא הו"א דמקרא ד"כי תבא בכרם רעך ואכלת" חל היתר וזכות אכילה לפועל אפילו באכילת קבע - דחל זכות ממון לפועל לאכול את הפירות בכל אופן. והגזה"כ ד"וחרמש לא תניף" שאוסר אכילה בשעת קצירה דהוי ליה אכילת קבע מפקיע זכות הפועל בהך אכילה ומשו"ה הוי גזל, ולכן הלאו ד"וחרמש לא תניף" הוי לאו הניתן לתשלומין ואין לוקין עליו[599].

ולפי"ז יש לבאר נמי שיטת רש"י לעיל (דף פז: ד"ה כרם רעך) דכרם כותי נתמעט מהאיסור ד"ואל כליך לא תתן" דהוי איסור מיוחד לפועל לאסוף הפירות בכלי לקחתם לביתו, ובכרם כותי ליכא הך איסור. אך כרם כותי נכלל בהיתר ד"וקטפת מלילות ואכלת ענבים כנפשך שבעך". ונראה דבעצם ההיתר ד"וקטפת מלילות ואכלת כנפשך שבעך" שמתיר פועל לאכול אף מתיר לשים את הפירות בכליו ליטלן לביתו, אולם בישראל כתיב "ואל כליך לא תתן" האוסר לו ליתן בכליו ואם נתן בכליו פקע מיניה זכות האכילה לגמרי וממילא הו"ל גזילה, משא"כ בכותי דלא נאמר "ואל כליך לא תתן", ומשו"ה כשנותן הפועל הפירות בכרם כותי בכליו ליטלן לביתו לא עבר על איסור גזילה.

והנה עיין בספר החינוך מצוה תקע"ז (מצוה תקע"ז - שלא יקח הפועל בידו יותר על אכילתו) שהקשה מדוע בעינן לאו מיוחד ד"ואל כליך לא תתן" לאסור לפועל ליקח יותר מכדי אכילתו תיפוק ליה דאסור משום גזל. ויש לתרץ קושייתו עפי"ד הרמב"ם שכתב (פי"ב מהל' שכירות ה"ג) "וכן פועל שהוליך בידו ממה שעשה או שלקח יתר על אכילתו ונותן לאחרים עובר בל"ת שנא' ואל כליך לא תתן". ונראה דבציור שהפועל הוליך בידו ממה שעשה ונותן ממה שבידו לאחרים ליכא איסור גזילה בעלמא, דמיירי שהפועל נטל את מה שראוי לו לאכול (שלא נטל יתר מכדי אכילתו) ומכיון שיש לפועל זכות ממון לאכול את מה שבידו בעצמו א"כ ליכא בנתינתו לאחרים הפסד ממון להבעלים וחלות איסור גזילה דעלמא דהרי הפועל עצמו היה מותר לו לאכול מהנך פירות. ומשו"ה בעי קרא ד"ואל כליך לא תתן" לאסור הך גוונא בחלות שם איסור מיוחד ד"ואל כליך לא

[599] ועיין במנחת חינוך (מצוה תקע"ז אות ב') שדן האם עובר נמי על איסור גזילה או רק באיסור ד"וחרמש לא תניף", ועיין בשו"ע חו"מ סימן של"ז סעיף י"ח ובסמ"ע ס"ק ל"ח.

תתן". ונראה דהאיסור ד"ואל כליך לא תתן" הוי חלות שם איסור ממון בפ"ע ואינו אסור מדין איסור גזילה בעלמא, דהרי אינו מפסיד את הבעל הבית שהרי היה לפועל זכות לאכול מאותן הפירות. ונראה דבציור השני ברמב"ם שנטל הפועל יותר מכדי אכילתו ונתן לאחרים בודאי חל איסור גזילה, אולם הרמב"ם סובר דחל נמי איסור ממון מיוחד מלאו ד"ואל כליך לא תתן" ואינו לוקה משום דהוי לאו הניתן לתשלומין[600]. והנה איסור רבית ואיסור אונאה הויין חלות שם איסורי ממון שאינן איסור גזילה, והנפ"מ בין איסור ממון לאיסור גזילה הוא דאיסור ממון חל אף כשנותן הממון מדעת כמו ברבית ובאונאה, ואילו איסור גזל חל רק היכא שנוטל ממון מתחת ידי הבעה"ב בעל כרחו ומפסידו ממון וכדכתיב "ויגזול את החנית מיד המצרי". וי"ל דהאיסור ד"ואל כליך לא תתן" הוי חלות שם איסור ממון בפ"ע דניתן לתשלומין ודומה לאיסור רבית ואונאה, וכשהוליך הפועל ונתן ממה שעשה (כדי אכילתו) לאחר ליכא איסור גזילה, דהפועל אינו מפסיד ממון מבעה"ב שהרי היה לו זכות לאכול מאותן הפירות ואינו נוטל ממון מהבעלים בעל כרחו, וחל רק איסור ממון מיוחד ד"ואל כליך לא תתן".

ולפי"ז י"ל דזהו כוונת הרמב"ם במש"כ "וכן פועל שהוליך בידו ממה שעשה או שלקח יתר על אכילתו עובר בלא תעשה שנאמר ואל כליך לא תתן ואין לוקין על שני לאווין אלו שאם אכל או הוליך חייב לשלם", וצ"ב מהו כוונת הרמב"ם במש"כ "וכן פועל שהוליך וכו'" דמהי ההשוואה בין האיסור ד"ואל כליך לא תתן" לאיסור ד"וחרמש לא תניף" שכללן הרמב"ם בהלכה אחת והשווה אותם דאין לוקין עליהן משום דחייב לשלם. ונראה דהרמב"ם מדמה הלאו ד"ואל כליך לא תתן" ללאו ד"וחרמש לא תניף" דבתרווייהו חל חלות שם איסור ממון אע"פ שאיננו לוקח ממון מהבעל הבית בעל

[600] דאם חל איסור ממון מיוחד ד"ואל כליך לא תתן" באופן שנתן כדי אכילתו לחבירו אע"פ דליכא בכה"ג איסור גזילה כש"כ דחל לאו זה גם באופן שנטל יותר מכדי אכילתו ונתן לאחרים בנוסף לאיסור גזילה. והיכא שלקח הפועל יותר מכדי אכילתו ונתן לאחר הוא עובר בב' לאווין: א) ואל כליך לא תתן, ב) לא תגזול. ועיין בס' החינוך (מצוה תקע"ז) שכתב וז"ל שנמנע השכיר מלקחת ממה שיעבוד בו יותר על אכילתו וע"ז נאמר ואכלת כנפשך שבעך ואל כליך לא תתן וכו' ועובר ע"ז בין איש בין אשה וכו' ולקח ממה שהוא עובד בו יותר על אכילתו עבר על לאו זה עכ"ל. ויש לדקדק דהחינוך רק נקט גוונא שנטל יותר מכדי אכילתו ונתן לאחר ומדקדוק לשונו משמע דרק בכה"ג עבר על הלאו ד"ואל כליך לא תתן" ואם נטל כדי אכילתו ונתן לאחר לא עבר על לאו זה. ונראה דלכן הקשה החינוך דתיפוק ליה דאסור משום לאו דגזילה. אמנם מהרמב"ם משמע דאף כשנטל כדי אכילתו ונתן לאחר עבר בלאו ד"ואל כליך לא תתן" אע"פ שאין בכה"ג איסור גזילה. ולשיטתו מיושבת קושיית החינוך. (רבינו זצ"ל). ועיין בהגהות הגריי"פ לרס"ג (מצוה ל"ת רס"ז) שהעיר דמלשון הרמב"ם בספה"מ מל"ת רס"ח משמע דהאיסור ד"ואל כליך לא תתן" הוא רק באופן שלקח יותר מכדי אכילתו. אמנם הגריי"פ דייק דמלשון הרמב"ם (בפי"ב מהל' שכירות ה"ג) "וכן פועל שהוליך בידו ממה שעשה וכו' עובר בלא תעשה שנאמר ואל כליך לא תתן", משמע דחזר בו ממש"כ בספה"מ וסובר דאף בנטל כדי אכילתו עבר בלאו ד"ואל כליך לא תתן", ומשו"ה מנה לאו זה אע"פ שכבר מנה לאו דגזילה דכשנטל כדי אכילתו ליכא איסור גזילה ואינו עובר אלא באיסור מיוחד ד"ואל כליך לא תתן", ואילו כשנטל יותר מכדי אכילתו עבר בלאו דגזילה.

כרחו והבעה"ב אינו מפסיד כלום, אולם מאחר שהפועל לקח שלא כדין פקע היתר הפועל לאכול וחל איסור ממון מיוחד דפועל אך אינו אסור מדין גזילה. והצד השוה בין האיסורים הוא דהויין איסורי ממון אבל לא חל מחמתן איסור גזילה. ועיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"ב) וז"ל מה בין העושה בתלוש לעושה במחובר שהעושה בתלוש אוכל בדבר עד שלא נגמר מלאכתו ומשתגמר מלאכתו אסור לו לאכול והעושה במחובר כגון בוצר וקוצר אינו אוכל אלא כשיגמור עבודתו כגון שיבצור ויתן בסל עד שימלאנו וינפץ הסל וכו' ואינו אוכל אלא עד אחר שימלא הסל עכ"ל. ומבואר דמותר לפועל לאכול בתלוש ואע"פ שמבטל ממלאכתו בשעה שאוכל, ומוכח מזה שביטול מלאכה כדי לאכול בעצם מותר לפועל אלא שנאסרה במחובר מאיסור מסוים ד"וחרמש לא תניף", דההיתר אכילה לפועל כולל גם היתר להבטל ממלאכה אילולא הלאו ד"וחרמש לא תניף" דחל במחובר ולא בתלוש. ומוכח דאין זה איסור גזילה בעלמא אלא דמאחר דחל איסור מסוים ד"וחרמש לא תניף" פקע זכות הפועל לאכול במחובר שלא בשעת גמר מלאכה והאיסור ד"וחרמש לא תניף" הוי חלות שם איסור ממון בפני עצמו ולא חל איסור גזל דעלמא.

ובספר החינוך תירץ וז"ל לפי שידמה הפועל שלא יהיה לו חטא בלקחו מגידולי הקרקע בעת הקציר או הבציר, שדרך בני אדם שלא להקפיד בדבר כל כך כמו שהם מקפידים במה שיש להם בתוך הבית, ע"כ היה מחסדיו ית' להרבות עליו האזהרות במה שהכשלון מצוי, וכענין שאמרו רז"ל רצה הקב"ה לזכות את ישראל לפיכך הרבה להם תורה ומצוות עכ"ל. ונראה לומר דר"ל דעיקר הלאו דגזילה הוא היכא דאיכא קפידא בדבר, אולם בפועל חידשה התורה איסור סייג לאיסור גזילה מקרא ד"ואל כליך לא תתן", דהוי לאו טפל לאיסור גזילה - דאסור לפועל לאכול בעת הקציר אע"פ שיש סברא שאין הבעלים מקפידים ע"ז כל כך.[601]

[601] וביאר רבינו זצ"ל דגדר סייג דאורייתא היינו דמהוה איסור טפל לעיקר הלאו, והביא ראייה לזה מדברי אבות דר' נתן פ"ב "איזהו סייג שעשתה התורה לדבריה וכו' הרי הוא אומר ואל אשה בנדת טומאתה לא תקרב יכול יחבקנה וינשקנה וידבר עמה דברים בטלים ת"ל לא תקרב וכו'", ונראה דאיסור חיבוק ונישוק וקריבות אינו חלות איסור לאו בפני עצמו - אלא דעיקר הלאו דערוית הוא איסור ביאה בעריות, אמנם מהקרא דלא תקרבו לגלות ערוה נלמד שהתורה אסרה חיבוק ונישוק דאף חיבוק ונישוק הויא בכלל חלות איסור ערוה, אלא דעיקר הלאו שיש בה כרת היינו ביאה, אבל חיבוק ונישוק וקריבות אסור מדין איסור עריות מדין לאו טפל. ואין האיסור קריבה לערוה חלות שם איסור בפ"ע ולאו בפ"ע אלא דמהוה לאו טפל לאיסור ביאה בעריות. ויתכן דנפ"מ לגבי דין יהרג ואל יעבור, דלפימש"נ דהאיסור דחיבוק ונישוק הוי לאו טפל וחלות שם איסור ערוה י"ל דחל ביה דין יהרג וא"י. משא"כ אי הוי חלות שם איסור לאו בפנ"ע י"ל דלא חל ביה דין יהרג וא"י. ולפי שיטת החינוך י"ל דאיסור פועל הוי לאו טפל לגזילה ויתכן דנפ"מ דפסול עדות מדין רשע דחמס כמו בלאו דגזילה. (רבינו זצ"ל)

גמ'. השוכר את הפועל לעדר ולקשקש תחת הזיתים הרי זה לא יאכל וכו' קצץ אחת אחת יאכל שתים שתים לא יאכל. ופירש רש"י בד"ה קצץ וז"ל והתנה עם בעה"ב ע"מ שאוכל הוי ליה כעין מקח. אחת אחת אוכל דפחות משתים לא חייל איסור שם גורן בדבר שלא נגמרה מלאכתו. שתים שתים לא יאכל, דשתים מכי מטי להו מילתא דחשיבותא כגון קציצה או מקח חייל עלייהו שם גורן וכו' וקביעותא דקציצה ומקח דרבנן היא וכו' דמדאורייתא אין חילוק בין שתים לאחת עכ"ל. ועיין בתוס' (ד"ה קוצץ אחת אחת) שכתבו וז"ל פירש בקונטרס קצץ עם בעה"ב על מנת שיאכל דהשתא הוי כעין מקח נראה לרבנו תם דלפירושו קאי אירישא אשכרו לעדור, דאי אשכרו לקצור למה יתנה בחנם כיון דמן התורה אוכל וקציצה נמי אמאי מהניא שלא יאכל שתים שתים כיון דעל חנם הוא קוצץ עכ"ל. ומשמע דרש"י ותוס' נחלקו מתי קציצה קובעת למעשר, דתוס' סובר שהקציצה קובעת כששכרו לעדור, דאילו בשכרו לקצור אוכל מה"ת ולא צריך קציצה ע"ז, ובשכרו לעדור מכיון שאין לפועל זכות אכילה מה"ת מועיל קציצה לקבוע למעשר. אמנם מסתימת לשון רש"י משמע דס"ל דקציצה חלה אף כששכרו לקצור. ונראה דרש"י סובר דעצם מעשה הקציצה קובעת למעשר דהוי "כעין מקח" ואע"פ שהקציצה לא חלה בשכירות מכיון דיש לפועל בלאו הכי זכות אכילה מה"ת, דרש"י סובר דמעשה מקח קובע למעשר ולא חלות מקח. ואילו ר"ת ס"ל דמקח חל רק היכא דאיכא חלות מכירה מהמוכר ללוקח, והיכא דכבר יש לפועל זכות אכילה מה"ת לא חלה הקציצה לקבוע למעשר, דלתוס' רק שינוי חלות בעלות מהוה מקח לקבוע למעשר. א"נ י"ל דרש"י סובר דאע"פ שבלי קציצה זוכה הפועל בפירות מעצמו מדין "כנפשך" מ"מ במקום קציצה נהפכה זכות הפועל להיות זכייה שקבל בהקנאה מבעה"ב ומשו"ה הו"ל מקח[602]. ועיין בהמשך התוס' שכתבו בשם הר"ח וז"ל ור"ח פירש קצץ שהתנה שלא לאכול אלא עשר פירות או עשרים עכ"ל, ומבואר דהר"ח סובר דחל הקציצה להגביל את כמות הפירות שהותר לפועל לאכול וקציצה זו קובעת למעשר כמקח. וי"ל האם רש"י חולק על הר"ח או לא, האם ס"ל דהגבלת זכות פועל מהוה מקח, די"ל דרש"י סובר שמעשה קציצה ומעשה מקח שנותן לפועל זכות לאכול כדינו קובע אע"פ שיש לו כבר זכות מה"ת לאכול אבל אם הגביל זכות הפועל לאכול לא חל שם מקח לקבוע למעשר, ודלא כרבנו חננאל. ויתכן דשאלה זו תלויה בב' פשטים הנ"ל ברש"י אך קשה להכריע היאך לתלותה בהם. וי"ל דלפי התורה הפועל אוכל "כנפשך שבעך" ואין בזה שיעור מסוים של מספר

[602] ויתכן דיש נפ"מ לדינא דבלי קציצה י"ל דיש לפועל היתר לאכול אך אין על בעה"ב חלות שעבוד ממון לשלם לו עבור הפירות. ואילו אם קצץ חל על הבעה"ב שעבוד ממון לשלם לפועל עבור הפירות.

וכשהגבילו לאכול מספר מסוים של פירות וכדפירש הר"ח הו"ל הסכם חדש שחלוק ביסודו מדין התורה ובין רש"י ותוס' ס"ל דהו"ל מקח.
והנה עיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"י) וז"ל ולא יאכל ענבים ודבר אחר ולא יאכל בפת ולא במלח ואם קצץ על בעל הבית על שיעור מה שיאכל אוכל אותו בין במלח בין בפת בין בכל דבר שירצה וכו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל דוקא אחת אחת בספיתת מלח עראי אבל לא מליחה גמורה ולא עם הפת משום איסור טבל עכ"ל. והראב"ד משיג שאם אכלו במלח חל קביעות למעשר וא"כ צ"ע מדוע פסק הרמב"ם שבקציצה הפועל יכול לאכול במלח כפי מה שקצץ. ועיין במגיד משנה שתירץ "והנראה אלי שרבנו לא הכניס עצמו בכאן בדין המעשר אלא בדינו עם בעה"ב, ובודאי דבשתים חייב לעשר וכבר כתב כן רבנו בארוכה בפ"ה מהל' מעשרת ומכל מקום בדינו עם בעה"ב אוכל כמה שירצה ומעשר וכ"כ הרמב"ן קצץ א' א' אוכל ב' ב' לא יאכל פירוש דלא יאכל משום מעשר ולא יאכל עד שיעשר קאמר אבל מעשר הוא משלו עם ירצה". ועיין (בפ"ה מהל' מעשר ה"ט - הי"א) שכתב הרמב"ם וז"ל השוכר את הפועלים לעשות עמו בפירות בין בתלושין בין במחוברין הואיל ויש להם לאכול מן התורה במה שהן עושין הרי אלו אוכלים ופטורים מן המעשר. ואם התנה עמהן שיאכלו מה שלא זכתה להן תורה כגון שהתנה עמהן הפועל שיאכלו בניו עמו וכו' הרי זה אסור לאכול עד שיעשר הואיל ואוכל מפני התנאי ה"ז כלוקח וכו' קצץ הפועל שיאכל ליטרא של זיתים אוכל אחת אחת ואם צירף חייב לעשר הואיל והוא אוכל דבר קצוב הרי זה כלוקח שאם צירף נקבע, לא קצץ אלא היה אוכל כדין תורה מצרף ואוכל כל מה שירצה והוא שלא יספות במלח אבל עם ספת במלח אחת אחת מותר שתים שתים אסור שהרי נקבעו במלח עכ"ל. והנה בפשטות הרמב"ם ס"ל כרש"י שקציצה קובעת כמקח ואפילו אם היתה לו זכות לאכול בלי הקציצה כי הקציצה מפקיעה את זכות הפועל מה"ת וחלה זכות אכילה מחמת התחייבות של הקציצה בלבד ומשו"ה חל בה דין מקח הקובע למעשרות. ולפי"ז צ"ע בכוונת השגת הראב"ד דהרי הרמב"ם כתב להדיא שאם קצץ וצירף חייב הפועל לעשר ואינו אוכל עד לאחר שיעשר.
ולכאורה היה נראה לבאר את השגת הראב"ד עפי"ד השיטמ"ק בשם רבנו חננאל (דף פט:) וז"ל ורבנו חננאל פירש וכו' והא דקתני אחד אחד אוכל בלא מעשר שתים שתים לא יאכל אפילו עישר שאין לו לאכול אותם שקצץ אלא כדין שזכתה לו תורה, שמזונות מיעטה לו קציצתו ולא רבתה לו לאכול במה שלא היה דינו לאכול כלל אלא מאותו אכילה שזכתה לו קצצו לאכול כך וכך עכ"ל. ונראה דהר"ח סובר דשתים שתים לא

יאכל אפילו עם עישר משום שהקציצה חלה להגביל ולמעט אכילת הפועל לכמות מסוימת של פירות, אמנם הפועל צריך לאכול פירות אלו כפי הזכות שיש לו לאכול פירות אלו בדיני התורה, ומאחר שבשתים שתים חל קביעות למעשר והתורה זיכתה את הפועל לאכול עד שיגמרו הפירות למעשר, משו"ה אין הפועל יכול לאכול שתים שתים אפילו עם יפריש מעשר. וי"ל דזוהי נמי כוונת הראב"ד בהשגתו על הרמב"ם דאע"פ שחל קציצה היינו רק שהפועל אוכל כפי זכות שזכתה לו התורה ומכיון דעפ"י דיני התורה לאחר קציצה וספיתה במלח הוקבע למעשר אסור לו לאכול מבלי להפריש מעשר פקע נמי זכות הפועל לאכול עפ"י דיני ממונות ע"י הקציצה. והראב"ד משיג דהקביעות למעשר מפקיע נמי זכות הפועל לאכול, ומבואר עפי"ד הר"ח הנ"ל. אמנם נראה דהרמב"ם סובר דבקציצה הפועל אוכל הפירות מדין התחייבות ודעת מקנה של הבעלים, ואינו אוכל מדין זכות התורה, ומשו"ה אפילו קצץ וחייב לעשר הריהו מעשר ואוכל, ועל כן לאחר שמפריש מעשר אוכל הוא את השאר וכמש"כ המגיד משנה.

ועוד יתכן לפרש שיטת הרמב"ם דס"ל נמי כשיטת הראב"ד דאע"פ שקצץ עם בעה"ב אכילת הפועל היא רק כפי הזכות שהתורה נתנה לפועל, ונחלקו הרמב"ם והראב"ד האם עצם חלות איסור טבל מפקיע זכות הפועל לאכול או רק גמר מלאכה דמירוח. דהראב"ד סובר דאם ספת במלח או שאוכל שתים שתים חל איסור טבל ופקע זכות והיתר אכילת הפועל אף בלי גמר מלאכה. משא"כ הרמב"ם סובר דפקע זכות הפועל רק לאחר גמר מלאכה דמירוח, וע"כ סובר דאע"פ שחל טבל ע"י קציצה יכול הפועל לעשר ולאכול שתים שתים דזכותו לא פקעה אא"כ חלה גמר מלאכה ממש, דשם טבל בלי גמר מלאכה אינו מפקיע זכות הפועל מלאכול לאחר שעישר.[603]

אמנם יש להעיר דלפי מש"נ דהראב"ד סובר כרבינו חננאל שאין הפועל אוכל אלא כפי הזכות שזיכתה התורה ואף כשקצץ עם הבעל הבית א"כ צ"ע מדוע ס"ל להראב"ד והר"ח דכשקצץ מותר לפועל לאכול בספיתא במלח, דהרי הו"ל ענבים ודבר אחר וליכא זכות לפועל לאכול באופן כזה. וי"ל דהאיסור דענבים ודבר אחר הוא משום דאיכא חשש שמא יאכל הפועל יותר מדאי (וכדפרש"י דף פט: בד"ה אכשורי גברא) אבל היכא דקצץ והגביל אכילתו ליכא למיחש להכי. אי נמי י"ל דהקציצה חלה להתיר האיסור דענבים

[603] אך לכאורה פירוש זה קשה, דהרי הרמב"ם פסק (פ"ג מהל' מעשר ה"ג) דהששה דברים קובעים למעשר רק אחרי גמר המלאכה וא"כ כשקצץ לאכול שתים שתים נחשב כלאחר גמר מלאכה ופקעה זכות הפועל לאכול. וצ"ל דלהרמב"ם כשקצץ לאכול שתים שתים הפועל אוכל מדין התחייבות ולא מחמת זכות הפועל. אמנם עיין לקמן בשיעורים שביארנו די"ל דלהרמב"ם הקציצה חלה מדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה, וא"כ י"ל דהפועל אוכל מדין זכות פועל אפילו אחרי גמר מלאכה דהתנאי מועיל שיאכל גם שלא כעצם דינו מה"ת, ואפילו אחרי גמר מלאכה נמי אוכל מדין פועל מחמת התנאי.

ודבר אחר, דהאיסור דענבים ודבר אחר הוא משום דצריך לאכול החפצא כמות שהוא, והוי חלות איסור ממון מסוים, אולם מעיקר הדין חל זכות פועל לאכול אף ע"י דבר אחר דלא אמרינן דבענבים ודבר אחר פקע כל זכות הפועל לאכול, אלא דחל איסור אכילה, והקציצה חלה להתיר האיסור שאין הדבר אחר נחשב לשינוי בחפצא. משא"כ ע"י גמר המלאכה דחל שם טבל פקע עצם זכות הפועל לאכול מעיקרא דדינא ואין הקציצה מועלת לחדש לפועל זכות אכילה לאחר גמר המלאכה וחלות שם טבל, דהקציצה אינה חלות התחייבות חדשה.

ולפי"ז נמי מבואר למה הרמב"ם הביא דין קציצה בהל' שכירות (פי"ב הי"ב) רק בנוגע לאכילה במלח ובפת ולא בשאר האופנים שאין הפועל אוכל בהם כלל כמו בחולב ובמנכש (שם ה"ד) דס"ל דקציצה חלה מדין תנאי ע"מ שכתוב בתורה שנותנת זכות אכילה מדין פועל ולא חל הקציצה מדין התחייבות בעלמא, ומשו"ה מועילה לענין זכות אכילת פועל ולאכול גם עם מלח ופת דהיינו לשנות באופן האכילה. אולם היכא דליכא זכות אכילה מה"ת כלל אין קציצה מועלת. ומבואר דביסוד הדין דקציצה הרמב"ם הסכים להראב"ד והר"ח דחל מדין פועל ולא מדין התחייבות בעלמא אלא דפליג עליהם בנוגע לטבל וכנ"ל.

רש"י ד"ה קצץ וז"ל והתנה עם בעל הבית ע"מ שאוכל וכו' עכ"ל.

לכאורה מוכח מרש"י דאפשר להתנות תנאי בשכירות דמעיקרא לשנות את דיני אכילת הפועל. ויש לעיין בזה, דהנה בעל מנת שלא יחול דיני יובל דנו בראשונים (עיין בשיעורים לפרק הזהב בענין יובל) האם תנאי מועיל ואע"פ דהוי תנאי דבממון דבעלמא חל להתנות ע"מ שכתוב בתורה אך שאני יובל מדהוי אפקעתא דמלכא א"א להתנות עליו, כלומר דיש לומר דאין דין יובל חלק מעצם חלות דיני המכירה אלא דין צדדי דחל ומפקיע את המכירה בשעת היובל ולכן א"א להתנות תנאי עליו, כי ניתן להתנות תנאי רק על דין דחל בעצם מעשה וחלות המכירה ולא על דין צדדי דחל בתורת מפקיע מבחוץ, וכדמצינו במקדש אשה ע"מ שאין עלי שאר כסות ועונה דהתנאי חל כי חיוב שאר כסות ועונה הוא מעצם חלות הקידושין. וכן צ"ל בע"מ שלא תשמיטני שביעית דהתנאי חל כי דין השמטת המלוה בשביעית הוי דין בעצם חלות ההלואה דמיעקרא ואינו דין דחל אח"כ בשעת השמיטה. וכן ניתן להתנות על המכירה שלא יחול בה דין אונאה כי אונאה הוי מדיני המכירה דמעיקרא ולכן יש להתנות עליו. משא"כ אי יובל הוי אפקעתא דמלכא אזי הפקעת יובל אינה דין דחל בעצם המכירה אלא הוי דין צדדי שחל אח"כ ואי אפשר להתנות עליו. ולולא דברי רש"י הו"א שהקציצה שבסוגיין אינה

חלה מדין תנאי אלא מדין התחייבות נפרדת שהבעה"ב והפועל הסכימו עליה ביניהם והתחייבו בה בקנין (או בסודר או בתחילת המלאכה). אך מרש"י משמע דחל על דין אכילת פועל חלות דין תנאי ויכול להתנות ע"מ שכתוב בתורה. ויוצא דרש"י סובר דזכות אכילת פועל הוי דין בעצם השכירות דמעיקרא ומשו"ה ניתן להתנות עליה. ולפי"ז מבוארת שיטת רש"י דר"ת הקשה עליו היאך חלה הקציצה להפקיע את דין התורה דאכילת פועל דחל מ"מ ואפילו אם קצצו, דלרש"י לא מיירי בהתחייבות נפרדת דבאמת התחייבות בעלמא אינה מפקיעה את זכות אכילת הפועל מה"ת אלא מיירי בהתנאת תנאי ע"מ שכתוב בתורה דחלה להפקיע את עצם דין התורה דמעיקרא ולכן פקעה זכות הפועל דאורייתא מחמת חלות התנאי. והנה לישנא דהרמב"ם (פ"ה מהל' מעשר ה"א) הוא נמי לשון תנאי שכתב וז"ל ואם התנה עמהן שיאכלו מה שלא זכתה להן תורה וכו' עכ"ל. וכשיטת רש"י.[604]

גמ'. ת"ר פרות המרכסות בתבואה והדשות בתרומה ובמעשר אינו עובר משום בל תחסום. עיין ברש"י ד"ה המרכסות בתבואה וז"ל ששורין שעורין במים ומייבשין אותן בתנור ודשין אותן בפרות להסיר קליפתן והוא חושלא עכ"ל. ונראה דרש"י סובר דאין זה דישה גמורה אלא דדש לאחר גמר מלאכה ומשו"ה ליכא איסור לא תחסום שור בדישו, דכמו שפועל אינו אוכל לאחר גמר מלאכה ה"ה לבהמה[605]. אמנם עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' שכירות ה"ד) וז"ל ופרות המהלכות על התבואה לפי שירט להם הדרך אינו עובר עליהם משום בל תחסום עכ"ל, ובהשגות הראב"ד שם כתב וז"ל א"א דומה שהוא מפרש פרות המרכסות בתבואה כלומר עוברות על התבואה דרך הליכתן למקום אחר כדי לקצר הליכתן והמפרשים לא כך פירשו אלא תבואה שנשרית במים ורוצה להשיר קליפתה והוא חושלא עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר שאם דשה הפרה בדרך הליכתה כשהיא הולכת לקצר את הדרך ליכא לאו דלא תחסום שור בדישו, (וכן נקטו המגיד משנה והמל"מ שם). ונל"ב דהרמב"ם סובר דאע"פ דקיי"ל דהליכת פועל למלאכה הויא התחלת המלאכה המחייבת מ"מ היתר אכילת פועל מדאורייתא ואיסור לא תחסום תלוי בעסק במלאכה ממש, דבעינן צירוף בין המלאכה והחפצא שאוכל וכדקיי"ל

[604] ולפי"ז ר"ת חולק על רש"י והרמב"ם דס"ל דאכילת פועל הויא דין צדדי דחל מאפקעתא דמלכא דא"א להתנות עליו בתנאי. וחתן רבינו זצ"ל הרה"ג ר' אהרן ליכטנשטין זצ"ל הציע בשעת השיעור דיש לתלות שאלה זו בספק שבגמ' אי פועל משלו הוא אוכל או משל שמים הוא אוכל, דאי משלו הוא אוכל י"ל דהיינו מדין שכירות ושייך להתנות בו תנאי, ואילו אי משל שמים הוא אוכל ר"ל דהוי אפקעתא דמלכא וא"א להתנות בו תנאי.

[605] וכ"כ המאירי דף צ. ד"ה פרות המרכסות בשם רש"י, אך המאירי ס"ל דלא חל דין גמר מלאכה בבהמה. ונראה לבאר שיטתו עפי"ד הגר"ח זצ"ל דדין אכילת פועל הוי זכות ממון ופקע זכותו בגמר מלאכה, משא"כ דין בהמה הוי חלות איסור חסימה וחל בכל אופן שהבהמה דשה.

דהעוסק בגפן זה אינו אוכל מגפן אחר (וכדמבואר ברמב"ם פי"ב הל' שכירות ה"י), ולכן כשהולכות הפרות ממקום למקום לקצר את הדרך ודשות את התבואה בדרך הליכתן ליכא איסור לא תחסום, דליכא צירוף בין הפעולה דהליכה והחפצא שאוכלת ואינו נחשב כאילו הפרות עוסקות במלאכה ולכן בכה"ג ליכא איסור לא תחסום שור בדישו.

תוס' ד"ה המרכסות. וז"ל לא לעשות לחם מיירי דהיכא דשייכא חלה לא אזלינן בתר גמר מלאכה למעשר אלא בתבואה לעשות קליות או שתית מיירי עכ"ל.

והנה מדברי התוס' משמע דאזלינן בתר כוונת הבעלים ואם כוונתם ללחם אזי אזלינן בתר גמר מלאכה לחלה ואם כוונתם לקליות אזלינן בתר גמר מלאכה למעשר. אך לכאורה שיטה זו דלא כמש"כ תוס' לעיל (דף פט.) ד"ה אמר רבינא דס"ל דאזלינן בתר גמר מלאכה למעשר בתמרים וכדומה דלא שייך בהם חלה ואילו דבר ששייך בו חלה כדגן אזלינן בתר גמר מלאכה לחלה, ואינו תלוי בכוונה אלא בחפצא, (ועיין בשיטמ"ק דף פט. בשם הריטב"א והרמב"ן).

גמ'. ת"ר פרות המרכסות בתבואה והדשות בתרומה ומעשר אינו עובר משום בל תחסום אבל מפני מראית העין מביא בול מאותו המין ותולה לה בטרסקלין שבפיה.

עיין ברש"י (ד"ה תרומה ומעשר) שכתב וז"ל דסתם דיש לאו בתרומה ומעשר משתעי קרא דאין תרומה ומעשר סתם אלא מן המירוח ואילך כדכתיב כדגן מן הגורן עכ"ל. והקשו עליו בתוס' בד"ה (והדשות) וז"ל תימה דא"כ אפילו הן חולין מתוקנים לא יעבור דאין רגילות קודם מירוח עכ"ל. ונראה לתרץ דס"ל לרש"י דחלות שם תרומה שוה לגמר מלאכה להפקיע זכותי פועל דכי היכי דגמר מלאכה למעשר - דהיינו מירוח מפקיע זכותי פועל ה"ה חלות שם תרומה ומעשר מפקיע זכותי פועל, דמאחר דסתם תרומה הויא לאחר גמר מלאכת המירוח, לכן עצם חלות שם תרומה חל בה נמי חלות שם גמר מלאכה להפקיע זכות הפועל. משא"כ בחולין מתוקנים דליתא בהם חלות שם בחפצא ולכן לא חל בהם שם גמר מלאכה.

ועיין בתוס' (ד"ה והדשות במעשר וכו') וז"ל ונראה דטעמא משום דכתיב דישו דמשמע הראוי לו, ומעשר ממון גבוה הוא ותרומה נמי לישראל אסור ליתן לפני בהמתו ואפילו כהן דוקא כרשינין שהוא מאכל בהמה מותר להאכיל ולא חטין משום הפסד תרומה וכו' עכ"ל. ומבואר דתוס' ס"ל דאין איסור לא תחסום שור בדישו כשדש בתרומה ומעשר משום דלא הוי דיש הראוי לו. והנה יש לעיין בגדר האיסור לישראל להאכיל לבהמתו תרומה והאיסור לכהן להאכיל לבהמתו חיטין של תרומה - אי הויין חד איסורא או לא. ועיין בתוס' ביבמות (דף סו: ד"ה לא יאכלינה כרשיני תרומה) שהקשו דתנן (עירובין

כו ב) מערבין לישראל בתרומה ומוכח דתרומה מותרת בהנאה לישראל, וא"כ מדוע אין הכהן יכול להאכיל בהמת ישראל כרשיני תרומה, ותירצו וז"ל אר"ת דהיינו דוקא הנאה שאין של כילוי אבל הנאה של כילוי כגון להאכיל לבהמתו אסור וכן להדליקה ולהסיקה תחת תבשיל כדתנן במס' תרומות מדליקין בשמן של תרומה במובאות האפילות ע"ג כהן ברשות כהן פירוש כשיש שם כהן שצריך לאותה אורה וכו' אבל לא ברשות ישראל עכ"ל. ובפשטות יסוד האיסור הוא משום דהוי כילוי של תרומה שלא כמצוותה - דחל קיום ודין ניתן בחפצא של תרומה להיות נאכל כמצוותה[606]. ולפי"ז י"ל דהמאכיל תרומה לבהמת ישראל וכן כהן שהאכיל בהמתו חיטין תרווייהו נאסרו משום אותו איסור דמבטל את קיום הניתן שבחפצא של התרומה דחל כילוי של התרומה שלא כמצוותה. אמנם עיין בתוס' ישנים (שם אות א') וז"ל וה"ר משה תירץ דכל הנאות של תרומה מותרות לישראל רק להאכיל לבהמתו משום דהויא בכלל נפש כדדרשינן על נפשות מת לא יבא שומע אני אפילו נפש בהמה וכו' משמע דבהמה הויא בכלל נפש, ולהכי אמרינן הכא דהיכא שהפרה של ישראל אין להאכילה תרומה כדכתיב וכהן כי יקנה נפש קנין כספו דבעינן שהנפש יהא קנין כספו כשאוכל בתרומה עכ"ל, (וכ"כ הר"ש פי"א מס' תרומות מ"ט בשם ה"ר משה ב"ר אברהם). ומבואר דס"ל דהאיסור להאכיל בהמת ישראל תרומה הויא חלות איסור אכילת זרות, ולפי"ז צ"ל דהאיסור לכהן להאכיל בהמתו חיטין של תרומה הוי איסור בפ"ע - דאסור לכלות תרומה שלא כמצוותה.

והנה בתוס' דידן נקטו דתרומה הויא דיש שאינו ראוי לו דהרי אסור לכהן להאכיל לבהמתו חיטי תרומה משום הפסד תרומה, ויל"ע מהי כוונתם דיש איסור הפסד תרומה דהיינו לכלות תרומה שלא כמצוותה, האם זה קאי בין על כהן שמאכיל לבהמתו חיטי תרומה ובין על ישראל שמאכיל לבהמתו כרשיני תרומה - דיש איסור כילוי תרומה שלא כמצוותה וכשיטת ר"ת, או"ד דאיסור הפסד תרומה קאי רק על להאכיל בהמת כהן חיטי תרומה, אבל בישראל המאכיל לבהמתו כרשיני תרומה חל איסור זרות ולא רק איסור הפסד תרומה וכילוי שלא כמצוותה, וכשיטת הר"ר משה הנ"ל. אולם ממש"כ דחל איסור לכהן להאכיל לבהמתו חיטין ומשו"ה הוי דיש שאינו ראוי לו וליכא איסור

[606] ועיין באנרות הגרי"ד הלוי (פ"א מהל' תרומות הי"ח עמ' קמ"ב) שביאר רבינו זצ"ל יסוד זה בשיטת ר"ת, דלכאורה צ"ע בשיטת הר"ת שמחלק בין הנאה של כילוי שאסורה לזר להנאה שאינה של כילוי שמותרת לזר, דאי חל בתרומה איסור הנאה לזר מהו הנפ"מ בין הנאה של כילוי להנאה שאינה של כילוי, דבכל איסורי הנאה שבתורה לא מצינו חילוקי הנאות. ועוד צ"ע מהו יסוד ההיתר דהיכא שגם כהן נהנה אזי מותרת הנאה נמי לזר. ועל כרחך מוכח דלא נאמר בכלל חלות דין איסור הנאה בתרומה והא דאסור הנאה של כילוי הוא איסור בפ"ע מהלכות ניתן - דהחפצא של תרומה ניתנה לאכילה לכהנים, וכשנהנה זר הנאה של כילוי החפצא נאכלת שלא כדינה ואסור מפני שמבטל את קיום הניתן שבחפצא, עיי"ש באריכות ואכמ"ל.

לא תחסום, מוכח דס"ל דהאיסור שלא לכלות תרומה שלא כמצוותה מפקיע הדיש מדין דיש הראוי לו. אמנם עיין ברש"י לקמן ד"ה ממון גבוה וז"ל וגבי תרומה מיתוקמא שהיתה פרה של ישראל שאסור להאכילה תרומה ואפילו אם דש בה כהן עכ"ל, ועיין ברמב"ם (פי"ג מהל' שכירות ה"ד) וז"ל פרה של ישראל שהיה כהן דש בה בתרומה ובתרומת מעשר של ודאי וכו' אינו עובר עליהן משום בל תחסום עכ"ל. וצ"ב מדוע נקט דוקא גוונא שהכהן דש עם בהמת ישראל בתרומה ולא נקט גוונא שדש הכהן עם בהמתו בחטין. ומשמע דהרמב"ם ס"ל כשיטת התוס' ישנים וה"ר משה ב"ר אברהם דהאיסור להאכיל בהמת ישראל תרומה יסודה היא איסור אכילת זרות, משא"כ האיסור לכהן להאכיל חטין של תרומה לבהמתו הוא איסור כללי - שלא לבטל קיום הניתן ומצוותה של התרומה. והרמב"ם סובר דהוי דיש שאינו ראוי לו רק מחמת חלות איסור אכילת זרות דהוי איסור מסוים מדין איסור האכלה - ולא חשיב דיש שאינו ראוי לו מחמת האיסור הכללי שלא להפסיד התרומה מקיום מצותה[607], ומשו"ה דוקא נקט גוונא שהכהן דש בפרתו של ישראל. אמנם לפי"ז יוצא דלשיטת הרמב"ם חל איסור לא תחסום בכהן שדש עם בהמתו בתרומה וחייב ליתן לבהמתו לאכול, וצ"ע דא"כ שוב יעבור באיסור כילוי תרומה שלא כמצוותה. ויתכן לתרץ דיכול הכהן להאכילה ע"י טרסקלין שבפיה ואינו חייב להאכילה ממה שהפרה דשה בה, ומ"מ לפי"ז כהן שדש בפרתו חטין של תרומה וחסמה יעבור בלאו דלא תחסום שור בדישו, דרק כשדש בבהמת ישראל הוי ליה דיש שאינו ראוי לו, ויל"ע בזה דחידוש הוא[608].

ועיין בשיטה מקובצת בשם הריטב"א דמכיון דיש אופן בתרומה שמותר לחסום וכגון בפרת ישראל דאינו דיש הראוי לו אזי כל אופני תרומה ממועטים מאיסור חסימה ואפילו כהן שדש בכרשיני תרומה. והיא שיטה שלישית בנוסף לשיטת התוס' והרמב"ם. והריטב"א סובר שתרומה אינה דיש בכל אופן מכיון דלפעמים הוי דיש שאינו ראוי לו. אך צ"ע בשיטת רש"י דבתחילת הסוגיא נקט דתרומה דעלמא אינה דיש ומשמע דבכל אופן מופקעת מחסימה בדומה לשיטת הריטב"א, וקשה דלקמן כתב רש"י דמיירי בפרת ישראל ומשמע דס"ל כהרמב"ם דחל דין דיש שאינו ראוי לו רק באופן הזה ואילו

[607] ורבינו זצ"ל הוסיף דאם האיסור הוא מדין איסור זרות אזי י"ל דהוי איסור בקום ועשה משא"כ אם האיסור מדין כילוי תרומה שלא כמצוותה עובר על האיסור בשב ואל תעשה. ויתכן דמשו"ה סובר הרמב"ם דרק חלות שם איסור זרות דהוא איסור בקום ועשה מפקיע חלות שם דיש הראוי לו משא"כ איסור כילוי תרומה שלא כמצוותה דהוי איסור כללי ועובר בשב ואל תעשה אינו מפקיע הדיש מלהיות דיש הראוי לו, ומשו"ה נקט דוקא גוונא שהכהן דש בפרתו של ישראל, ולא שדש בפרתו בחיטין.

[608] ועיין במנחת חינוך מצוה תקצ"ו אות ה', וברמב"ם פ"ו מהל' תרומות ה"א ובמשנה למלך שם.

בשאר האופנים וכגון כהן שדש בפרתו בכרשיני תרומה חל איסור חסימה וכשיטת התוס', וצ"ע.

דף צ.

גמ'. ואיבעית אימא הא והא במעשר שני ולא קשיא הא ר"מ הא ר"י, הא ר"מ דאמר מע"ש ממון גבוה הוא הא ר' יהודה דאמר מע"ש ממון הדיוט הוא וכו' והא בעי חומה, כגון שדש לפנים מחומת בית פאגי.

הנה ביארנו דלפי התוס' (בד"ה והדשות) האיסור להפסיד תרומה מקיום מצותה מפקיע חלות השם דיש הראוי לו, ולכאורה לפי"ז י"ל דהוא הדין בנוגע למע"ש - דמאחר שחל דין ניתן וקיום מצוה בחפצא של המע"ש להאכל בירושלים משו"ה אסור להאכיל מע"ש לבהמתו דמפסיד קיום הניתן והמצות אכילה שבחפצא, וא"כ תיפוק ליה דמשו"ה דישה במע"ש הויא דיש שאינו ראוי לו וליכא בכה"ג איסור לא תחסום, וצ"ע מדוע הוצרכה הגמ' לומר דהוי דיש שאינו ראוי לו רק למ"ד דמע"ש ממון גבוה. ובשלמא לשיטת ה"ר משה ב"ר אברהם והתוס' ישנים דלא פקע שם דיש הראוי לו מחמת איסור הפסד תרומה מקיום מצותה והא דתרומה הוי דיש שאינו ראוי לו הוא מחמת איסור זרות, י"ל דמאחר דליכא איסור זרות במע"ש משו"ה בעינן לטעמא דמע"ש ממון גבוה הוא[609]. אולם אליבא דהתוס' צ"ע מדוע תירצה הגמ' דהברייתא דס"ל דליכא איסור לא תחסום כשדש במע"ש סוברת דמע"ש ממון גבוה.

ונראה ליישב תירוץ הגמ' אליבא דתוס' לפי מש"כ התוס' ביבמות (דף עג. ד"ה נכסי כהן) וז"ל ואכילת בהמה דשריא במעשר שני בשעת דישה למ"ד ממון הדיוט נראה דבשלא בשעת דישה אסור מיהא מדרבנן ולמ"ד ממון גבוה נראה דאסור מה"ת להאכיל לבהמה עכ"ל. ומבואר מדבריהם דהאיסור להפסיד מע"ש מקיום מצותה תלוי במחלוקת האם מע"ש ממון גבוה או ממון הדיוט, דלמ"ד מע"ש ממון הדיוט האיסור להאכיל לבהמתו מע"ש הוי רק איסור מדרבנן[610], ומשו"ה מה"ת הוי דיש הראוי לו וחל איסור לא תחסום במע"ש (ודומה לגידולי תרומה דקרינן ביה דיש סתמא דלאו תרומה הן מה"ת). ולמ"ד ממון גבוה חל איסור מה"ת להאכיל בהמתו מע"ש[611] והוי דיש שאינו ראוי לו, וליכא איסור לא תחסום במע"ש. ולפי"ז י"ל דזהו כוונת הגמ' לתרץ דלפי ר' יהודה דמע"ש

[609] ופטור משום דאינו "רעך" כמו דהקדש אינו "רעך" דאינו דיש שלו. ועיין בראשונים דס"ל דגם דישה גזולה אינו דישו לאסור בחסימה דאינו שלו וה"ה במעשר שני למ"ד מע"ש ממון גבוה.

[610] דמדאורייתא מע"ש הוי לכם לכל צרכיכם וליכא איסור לכלות את החפצא דמע"ש שלא כמצותו דאם לא אכל את המע"ש בירושלים נהי דחסר לו קיום מצוה אך לא עבר על איסור.

[611] דהמע"ש קדוש למצוותו לה' להאכל בירושלים ואם כילה אותו עבר על איסור.

ממון הדיוט ליכא איסור מה"ת להפסיד מע"ש מקיום מצותה והוי שפיר דיש הראוי לו, משא"כ לר"מ דמע"ש ממון גבוה דחל איסור הפסד מע"ש מה"ת והוי דיש שאינו ראוי לו.

אמנם נראה דהרמב"ם חולק על התוס' בזה וס"ל דאף לשיטת ר' יהודה דמע"ש ממון הדיוט חל איסור הפסד מע"ש מה"ת, דעיין ברמב"ם (פ"ג מהל' מעשר שני הי"ז - הי"ט) שכתב וז"ל מעשר שני ממון גבוה הוא שנא' לה' הוא לפיכך אינו נקנה במתנה אלא אם נתן לו הטבל והמקבל מפריש המעשר, ואין מקדשין בו את האשה, ואין מוכרין אותו, ואין ממשכנין אותו, ואין מחליפין אותו ואין מהרהרין אותו. כיצד אין ממשכנין אותו לא יכנס לביתו וימשכננו מעשר שני שלו וכו' כיצד אין מחליפין אותו לא יאמר לו הא לך יין מעשר ותן לי שמן מעשר וכו', מעשר שני אין שוקלין כנגדו אפילו דינרי זהב וכו' עכ"ל. וצ"ע דהרמב"ם כלל כאן בהלכה אחת הדין דאין קנין למע"ש משום דהוי ממון גבוה ביחד עם שאר איסורים כמו הדין דאין ממשכנין מע"ש דהוי איסור בעלמא ואינו תלוי בהקנאה דהרי בע"ח גובה משכון בעל כרחו דלוה. וכן נקט הרמב"ם בהלכה זו הדין שאין מחליפין מע"ש ואין שוקלין כנגדו, דלכאורה איסורים אלו אינם תלוים בדין מע"ש ממון גבוה ודין הקנאה, וצ"ע. ונראה לבאר דהרמב"ם סובר דיסוד הדין הוא דמעשר שני ניתן לקיום מצותו שבחפצא, ואסור לחלל קדושתו ולהשתמש בו לצרכים אחרים שלא ניתן להם, ומשו"ה אי אפשר להקנות מעשר שני דאין החפצא של מע"ש ניתן לקנין. והרמב"ם סובר דהדין שאין קנין למע"ש וההלכה שאין ממשכנין מע"ש ואין מחליפין מע"ש חד דינא הוא - דאסור לבטל קיום הניתן שבחפצא דהמעשר שני. ולפי"ז יש לבאר מש"כ הרמב"ם (בפ"ה מהל' אישות ה"ד) וז"ל קידשה במעשר שני וכו' אינה מקודשת לפי שאין לו לעשות בו שאר חפציו עד שיתחלל שנא' במעשר לה' הוא עכ"ל. וצ"ע דלכאורה הוי ליה למימר שאין מקדשין את האשה במע"ש משום דקיי"ל מע"ש ממון גבוה ומעשר שני לא הוי ממונו ומשו"ה ליכא נתינת כסף לקידושין. אמנם הרמב"ם כתב שאינה מקודשת "לפי שאין לו לעשות בו שאר חפציו עד שיתחלל", ומבואר דהחסרון אינו מחמת דליכא בעלים להקנות המע"ש ומשום דלא הוי ממונו אלא דאין מקדשין אשה במע"ש משום דהחפצא של מע"ש אינו ניתן להשתמש בו לשאר צרכיו, ולכן אי אפשר להקנות מע"ש לקדש בו אשה דהחפצא של מע"ש אינו ניתן לזה, וזהו דין מאיסורי ניתן ולא מטעם חסרון בעלות. ועיין ברמב"ם (פ"ג מהל' מע"ש הט"ז) שכתב וז"ל אע"פ שניתן לסיכה וכו' ואין עושין ממנו קמיע וכו' שהרי לא ניתנה לרפואה עכ"ל. ומבואר

דחל דין ניתן בחפצא של מע"ש להשתמש בו כמצוותו, ואע"פ שניתן לסיכה אין עושין ממנו קמיע משום שלא ניתן לרפואה, ואסור להשתמש במע"ש שלא כמצוותה.
והנה עיין ברמב"ם (פ"ג מהל' מעשר שני הכ"ה) וז"ל המקדיש מעשר שני שלו לבדק הבית הרי זה פודה אותו מי שפודהו על מנת ליתן להקדש את שלו ולמע"ש את שלו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דיכול להקדיש מע"ש הקדש עילוי לבדק הבית, וצ"ע דהרי הרמב"ם פסק כמ"ד מע"ש ממון גבוה הוא דאינו יכול להקנות מע"ש, וצ"ע א"כ איך ס"ל דחל הקנאה והקדש עילוי לבדק הבית. ונראה דהרמב"ם סובר דאף למ"ד מע"ש ממון גבוה חל דין בעלים על מע"ש, ומעיקר הדין מצד בעלות וזכות ממון יכולים הבעלים להקנות את המעשר שני אף למ"ד מע"ש ממון גבוה. וכן מוכח מהא דהגונב מע"ש משלם קרן להבעלים, וכדמשמע מהרמב"ם (פ"ג מהל' מעשר שני הכ"ד) שכתב וז"ל כבר ביארנו שהמע"ש ממון גבוה הוא לפיכך אנו אומרים שהגונב מע"ש אינו משלם תשלומי כפל והגוזלו אינו משלם חומש עכ"ל, ומלשונו משמע דאינו פטור אלא מכפל וחומש אבל חייב לשלם הקרן לבעלים, וכן כתב הרדב"ז (שם) וז"ל דבכל הני רעהו כתיב ולא הקדש אבל הקרן משלם דממון שיש לו תובעין הוא עכ"ל. ומוכח דחל דין בעלות דהדיוט וחלות שם בעלים במע"ש אף למ"ד מע"ש ממון גבוה הוא. ולפי"ז נראה דהרמב"ם סובר דהמחלוקת בין ר"י ור"מ אי מע"ש ממון גבוה או ממון הדיוט אינו לגבי דיני ממונות ודין בעלות דכהת"כ, דאף לר"מ חל דין בעלות דהדיוט וזכות ממון במע"ש. והדין דאין מקדשין את האשה במע"ש אינו מפאת חסרון בעלות אלא משום דלא ניתן מע"ש לצורך זה. והרמב"ם מפרש דר"מ ור"י נחלקו בעצם חלות שם מעשר שני ודין ניתן שבחפצא דמע"ש, דמ"ד מע"ש ממון גבוה ס"ל דחל חלות שם קודש של גבוה בעצם החפצא דמעשר שני, דחל בו חלות שם קדושת ממון גבוה ומשו"ה מע"ש אינו ניתן לשאר צרכים, דעצם קדושת החפצא מופקעת היא מתשמישים כאלה. אולם למ"ד ממון הדיוט חל במע"ש שם קודש בעלמא כמו בקדשי גבולין וחלות דין ניתן למצוותו כתרומה ושביעית, אולם חלות קדושת מע"ש אינה אוסרת הקנאה ושיקול משקולות ושאר השתמשות[612]. אמנם לפי"ז נראה דלשיטת הרמב"ם בין לר"י ובין לר"מ חל דין ניתן בחפצא של מעשר שני להאכל בירושלים וחל איסור הפסד מע"ש מה"ת, דהרי אף בשביעית ותרומה חל איסור להפסיד קיום הניתן שבחפצא של התרומה ופירות שביעית אע"פ שאין בהם דין ממון גבוה, ומסתבר דה"ה דחל במעשר שני איסור הפסד מה"ת אף

[612] ועיין במש"כ רבינו זצ"ל באגרות הגרי"ד הלוי פ"ג מהל' מע"ש הי"ז באריכות (עמ' קנ"ב - קנ"ז), ובס' קובץ חידושי תורה (מהגר"מ והגרי"ד) בדין מע"ש ממון גבוה (עמ' פ"ג - צ"ב), ועיין בשיעורים לעיל פרק הזהב דף נג. בענין מעשר שני.

למ"ד מע"ש ממון הדיוט, ואסור להאכיל מע"ש לבהמתו מדאורייתא משום איסור הפסד מע"ש, ודלא כדברי התוס' (יבמות עג א ד"ה נכסי כהן). ולפי"ז נראה דלפי הרמב"ם הא דמע"ש הוי דיש שאינו ראוי לו למ"ד ממון גבוה אינו מחמת איסור הפסד מעשר שני, אלא משום דלא קרינן ביה "דישו" מחמת שם הקדש שבו דהוא קדש לה'. אמנם איסור הפסד וביטול מצות החפצא אינו מפקיע חלות שם "דישו" (וכשיטת ה"ר משה ב"ר אברהם), ומשו"ה למ"ד מע"ש ממון הדיוט הוי "דישו" אע"פ דאף למ"ד מע"ש ממון הדיוט כשמאכיל מע"ש לבהמתו חל איסור הפסד מע"ש מדאורייתא משום שמפסיד קיום הניתן שבחפצא דמע"ש.

ועיין בריטב"א (דף צ. ד"ה והדשות) וז"ל ויש שפירש דטעמא משום דכתיב בדישו דמשמע המיוחד לו, משא"כ בזה שאינו מיוחד לו וכגון שלא בא עדיין ליד כהן עכ"ל. ונראה דאע"פ דתרומה הוי ממון שבט הכהנים מ"מ כל זמן שלא בא עדיין לידי כהן פרטי הוי ממון השבט בלבד ואינו ממונו, והגדר דדישו הוא דהוי ממונו ממש. ולפי"ז יש לבאר דברי הגמ' בפשטות דנחלקו ר"מ ור"י בדיני ממונות אם מע"ש ממון גבוה או ממון הדיוט. ולר"י דמע"ש ממון הדיוט הוי ממונו ממש ושפיר הויא דישו.

גמ'. והא בעי חומה, כגון שדש לפנים מחומת בית פאגי. שיטת התוס' (ד"ה הדשות) היא דהוי דיש שאינו ראוי לו מחמת איסור הפסד קיום הניתן שבחפצא, והנה הגמ' הקשה "והא בעי חומה" - דקיום מצות הניתן שבחפצא דמע"ש הוא להיות נאכל לפנים מחומת ירושלים, וא"כ צ"ע מהו תירוץ הגמ' "כגון שדש לפנים מבית פאגי", והא באכילת בהמה לפנים מחומת ירושלים ליכא קיום מצות אכילת מע"ש והוי הפסד המע"ש מקיום מצותה, ולגבי הפסד המע"ש אין חילוק בין אם נאכל ע"י בהמה מחוץ לחומת ירושלים או שנאכל לפנים מן החומה וא"כ הוי דיש שאינו ראוי לו. ועוד צ"ע אליבא דה"ר משה ב"ר אברהם והתוס' ישנים דס"ל דאיסור זרות מפקיע השם דיש הראוי לו, מהו ההבדל בין אכילת בהמה לפנים מן החומה ואכילה מחוץ לחומה. ונראה דהדישה צריכא להיות מותרת לאכילת הבעלים ומכיון דחל איסור "לא תוכל לאכול בשעריך" על הבעלים לאכול מע"ש מחוץ לחומת ירושלים נמצא דלגבי הבעלים מע"ש שמחוץ לחומה הוי דיש שאינו ראוי לו ולכן אף לגבי חסימת הבהמה הוי דיש שאינו ראוי לו וליכא איסור לא תחסום שור בדישו[613]. ואילו לפנים מן החומה דהבעלים אוכלים המע"ש בהיתר הוי דיש הראוי לו ואזי אף לענין הבהמה הוי דיש הראוי לו

[613] ולפי"ז י"ל דמותר לחסום בהמה כשדשה בכלאי הכרם דמכיון שהדיש אסור לאכילת הבעלים הו"ל דיש שאינו ראוי לו וליכא איסור לא תחסום שור בדישו (רבינו זצ"ל).

ומשו"ה חל במע"ש שלפנים מן החומה איסור לא תחסום שור בדישו. ולפי התוס' י"ל דאע"פ דהפסד מצות מע"ש מפקיע חלות שם דיש הראוי לו, מ"מ אליבא דר"י דמע"ש ממון הדיוט ליכא אלא איסור דרבנן להאכיל בהמתו מע"ש (וכמש"כ התוס' ביבמות עג א ד"ה נכסי כהן), ומשו"ה הויא דיש הראוי לו.

תוס' ד"ה כאן במעשר ראשון דמיקרי דישו כאן במעשר שני. וז"ל דאפילו לר' יהודה אינו עובר מחוץ לחומה וכו' ותימא והלא אי לאו רעך היה אוכל פועל משל הקדש כי היכי דשרי משל חבירו ולא הוי גזל והכי נמי אית לן למימר דשרי חוץ לחומה דהא לר' יהודה ממונו הוא ויכול לקדש בו האשה אפילו חוץ לחומה כדמשמע בקידושין (נג:) וכו' עכ"ל.

עיין בחידושי רבנו חיים הלוי (פ"ח מהל מעילה ה"א) שתירץ קושיית התוס', די"ל דלא שייך למילף דשאר איסורים (כאכילת פועל נזיר בגפן, ואכילת פועל מע"ש מחוץ לחומה) הותרו לפועל מהא דמותר לפועל לאכול ולא עבר על איסור גזל, דלענין גזל י"ל דהתורה נתנה זכות אכילה לפועל בקמת חבירו ואין זה גזל כלל. משא"כ בשאר איסורים דבאיסורייהו קיימי ומהיכי תיתי לומר שמותרין הן לפועל. והא דבעינן קרא דרעך למעוטי הקדש הוא משום דיסוד האיסור של מעילה הוא דין גזל מהקדש, ולכן קס"ד דמכיון דיש לפועל זכות אכילה והתורה נתנה לו רשות לאכול, אכילתו מופקעת מדין גזילה והיה צריך לחול דין היתר אכילת פועל אף בהקדש, דס"ד דבין בהקדש ובין בהדיוט ליכא איסור גזל באכילת פועל דהופקע לו ממון הבעלים. וע"כ בעינן גזה"כ "רעך" למעט הקדש. משא"כ בנזיר ואכילת מע"ש מחוץ לחומה דהויין חלות איסורין בעלמא, ואין איסורין אלו תלויין בדין ממון פשיטא שאף פועל בכלל האיסור, עכת"ד הגר"ח זצ"ל. וצ"ע בסברת קושיית התוס'.

ונראה ליישב דברי התוס' עפי"ד הגמ' במכות (דף יט:) "אמר ר' יוחנן מעשר שני מאימתי חייבין עליו משיראה פני החומה מ"ט דאמר קרא לפני ה' אלוקיך תאכלנו וכתיב כי לא תוכל לאכול בשעריך כל היכא דקרינן ביה לפני ה' אלוקיך תאכלנו קרינן ביה לא תוכל לאכול בשעריך, וכל היכא דלא קרינן ביה לפני ה' אלוקיך תאכלנו לא קרינן ביה לא תוכל לאכול בשעריך". ועיין בתוס' (מכות יט ב ד"ה אמר ר' יוחנן) וז"ל וקשה דכיון דקודם שיראה פני הבית הכי נמי דמותר לאוכלו חוץ א"כ למה הוזקק לעולם לפדות מעשר שני. וי"ל דודאי ליכא לאו אבל עשה איכא דכתיב וצרת הכסף בידך אבל בלא פדייה לא עכ"ל. ומבואר מדברי התוס' דהלאו דלא תוכל לאכול בשעריך חל רק לאחר שהביא המע"ש לתוך החומה והוציאו ואכלו בחוץ. אולם קודם שנכנס המע"ש לחומה חל איסור עשה

לאכול המע"ש בחוץ מהפסוק "וצרת הכסף בידך" - דמותר לאכול רק ע"י פדיון ובלא פדייה אסור. ונראה לומר דהך איסור עשה אינו חלות איסור בעלמא כאיסור לאו ד"לא תוכל לאכול בשעריך" אלא דמהוה חלות דין איסור ממון, דמע"ש שלא נכנס לחומה אסור לאוכלו בלא פדייה, ואם עבר ואכלו עבר באיסור עשה דמניעת פדיון מע"ש, והוי חלות איסור ממון. ולפי"ז י"ל דס"ל להתוס' דכי היכי שהותר לפועל איסור ממון (ואי לאו קרא דרעך היה מותר אף בהקדש דיסוד איסור מעילה הוי חלות דין גזל מהקדש) ה"נ הותר לפועל איסור עשה ד"וצרת הכסף בידך" דהוי איסור ממון. ויש להביא ראייה לזה מהא דאיתא בסוגיא (מכות יט א) "בכורים מאימתי מחייבין עליהן משיראו פני הבית כמאן כי האי תנא דתניא ר"א אומר בכורים מקצתן בחוץ ומקצתן בפנים שבחוץ הרי הן כחולין לכל דבריהם שבפנים הרי הן כהקדש לכל דבריהם", (והובא ברמב"ם פ"ג מהל' ביכורים ה"א - ה"ב)[614]. ונראה לומר דמבואר בסוגיא דכל היכא דאיכא קיום הבאת מקום לא נגמרה קדושת החפצא עד הבאת מקום. ומשו"ה אי מקצת הביכורים בחוץ אותן הפירות הן חולין. ונראה דאף במע"ש שמחוץ לחומה קודם שהכניסו בפנים לא נגמרה חלות קדושתו, ורק לאחר שקלטוהו מחיצות נגמרה קדושת המע"ש ומשו"ה משנכנס לירושלים לא חל בו פדיון. ולפי"ז י"ל דהאיסור ד"לא תוכל לאכול בשעריך" חל רק לאחר שהביא המע"ש בפנים לחומת ירושלים וחל ביה קדושת מע"ש גמורה, משא"כ אם עדיין לא נכנס המע"ש לפנים מן החומה ואין בו קדושה גמורה של מע"ש י"ל דאין איסור העשה חלות איסור אכילה שלא כמצוותה, דאיסור אכילה שלא כמצוותה חל רק לאחר שנגמר בחפצא חלות קדושת מע"ש גמורה. אולם איסור העשה לאכול מע"ש לפני שנכנס המע"ש לפנים מחומת ירושלים הוי חלות איסור ממון מדין מניעת הפדיון, ומשו"ה קס"ד דתוס' דחל ע"ז דין הפקעת איסור ממון להתיר האכילה לפועל. וכן מוכח משיטת הראב"ד (הובא בשיטמ"ק דף נג:) דמעשר שני פחות משוה פרוטה מותר באכילה מחוץ לירושלים דכתיב "וצרת הכסף" ופחות משוה פרוטה לא הוי כסף ואינו צריך פדיון, ומוכח דאיסור אכילת מע"ש מחוץ לחומה לא הוי חלות איסור אכילה

[614] ודרך אגב העיר רבינו זצ"ל דלכאורה צ"ע במה שפסק הרמב"ם (פ"א מהל' ביכורים ה"א) דזר שאכל ביכורים חייב מיתה בידי שמים והוא שיאכלם מאחר שנכנסו לחומת ירושלים, דבשלמא לענין הלאו דלא תוכל לאכול בשעריך י"ל שאין כהן לוקה אא"כ הביכורים נכנסו כבר לפנים מן החומה, דנגמרה קדושתן בהבאת מקום וחל בהם קדושת מקדש. אמנם איסור זרות תלוי בחלות שם תרומה ולכאורה חל בביכורים שם תרומה בקריאת שם אף לפני שהכניסן לחומת ירושלים, וא"כ צ"ע מדוע איסור זרות תלוי בהבאה לפנים מן החומה. וי"ל דביכורים לפני הבאת מקום לא חל בהו שם תרומה, דהא דביכורים קרויין תרומה לא כתיב בתורה בפרשת ביכורים אלא כתוב בפרשת ראה לענין קיום הבאת מקום דכתיב "ואכלת שם לפני ה' אלוקיך מעשר דגנך תירושך ויצהרך וגו' ותרומת ידך", ומבואר דרק ע"י קיום הבאת מקום חל בביכורים שם תרומה.

בעלמא אלא חלות איסור ממון ואיסור דמניעת פדיון, ופחות משו"פ שאינו ממון ואינו בכלל דין פדיון לא נאסר.

בא"ד. וי"ל דאפילו הכי לא קרינן ביה דישו שלו ולא של רעך דה"נ אמרינן בפרק חלק (סנה' קיא ב) דלכו"ע לא מיקרי שללה גבי עיה"נ וכו' עכ"ל. עיי"ש בסוגיא בסנה' דמבואר בגמ' שהמחלוקת בין ר"מ ור"י אי מע"ש ממון גבוה או ממון הדיוט הוא רק במע"ש בירושלים אבל בגבולין לדברי הכל מע"ש ממון גבוה. ויתכן דלזה נתכוונו התוס' דמשו"ה מע"ש בגבולין אינו דישו ורעהו בדומה להקדש. אך פשטות דברי התוס' לא משמע הכי אלא דר"ל דהוי מקצת ממון גבוה לכמה דברים וממון הדיוט לכמה דברים וחלות ממון גבוה שבו מפקיע שם דישו, וצ"ע.

גמ'. אלא לא קשיא כאן במעשר ראשון כאן במעשר שני. ומבואר בגמ' דמעשר ראשון הוי בכלל "דישו" והוי דיש הראוי לו. ונראה דלפי שיטת ה"ר משה ב"ר אברהם והתוס' ישנים דתרומה לא הוי דיש הראוי לו משום דחל בתרומה איסור אכילה לזר, מעשר ראשון שאני דהוי דיש הראוי לו משום שלא נאסר באכילה לזר, וכמש"כ הרמב"ם (פ"א מהל' מעשר ה"ב) וז"ל מעשר ראשון מותר באכילה לישראל ומותר לאכלו בטומאה שאין בו קדושה כלל וכ"מ שנאמר במעשרות קדש או פדייה אינו אלא במעשר שני וכו' עכ"ל. ונראה דאף לפי שיטת התוס' דאיסור הפסד תרומה מפקיע השם דיש הראוי לו, דזה נכון לגבי תרומה שחל בחפצא דתרומה חלות דין ניתן להאכל ע"י כהן. משא"כ במעשר ראשון י"ל דליכא קיום ודין ניתן בחפצא דמעש"ר להאכל ע"י לוי, ומשו"ה ליכא איסור הפסד מעש"ר באכילת הבהמה והויא שפיר דיש הראוי לו. והנה עיין בגמ' יבמות (דף פה:) דנחלקו ר"מ ורבנן בדין מעשר ראשון לזר, דר"מ סובר דמעשר ראשון אסור לזרים, ורבנן ס"ל דמותר לזרים. ויל"ע האם אליבא דר"מ מעשר ראשון הוי דיש הראוי לו או. דיש להסתפק אליבא דר"מ האם חל במעשר ראשון רק איסור נפרד להאכיל מעש"ר לזר אבל אף ר"מ מודה דליכא חלות קדושה ודין ניתן וקיום מצות אכילה בחפצא של מעשר ראשון. או"ד דר"מ סובר דחל חלות קדושה בחפצא של מעש"ר וחל דין ניתן וקיום אכילה שהמעשר ראשון יהא נאכל ע"י לוי, וחל איסור הפסד מעשר ראשון באכילת בהמה, והוי דיש שאינו ראוי לו. ולכאורה יש להביא ראייה דר"מ סובר שחל חלות קדושה וקיום מצות אכילה בחפצא של מעשר ראשון, מהא דס"ל (יבמות עד א) דערל וטמא אסורים באכילת מעש"ר. ולפי"ז י"ל דגמ' דידן אזלא אליבא דרבנן דאילו לר"מ חל קיום ודין ניתן בחפצא של מעשר ראשון להאכל כדינו ע"י לוי ואם מאכיל מעש"ר לבהמתו עבר באיסור הפסד מעשר והוי דיש שאינו ראוי לו.

ודרך אגב יש להעיר דאליבא דרבנן אע"פ שמעשר ראשון מותר לזר וליכא קיום וחלות דין ניתן בחפצא של מעש"ר להאכל ע"י לוי, מ"מ נראה דס"ל דחל חלות שם מעשר בחפצא שפוטרת מתרומה, דקיי"ל דמעשר ראשון שהקדימו בשבלים פוטר מתרומה גדולה. והנה יש להסתפק מהו הפוטר האם חלות שם מעשר פוטר מתרומה גדולה, או"ד דהמתנות כהונה דתרומת מעשר פוטר מתרומה גדולה. ולכאורה י"ל דנחלקו בזה הראשונים, דשיטת הר"ש (פ"א מס' תרומות מ"ה) דמעשר שני שהקדימו בשבלים פטור מתרומה גדולה, ומוכח דס"ל דחלות שם מעשר פוטר מתרומה גדולה, דבמעשר שני ליכא הפרשת תרומת מעשר ומתנות כהונה ועל כרחך דחלות שם מעשר שחל אף במעשר שני הוי הפוטר. אמנם יש ראשונים החולקים על הר"ש וס"ל דרק מעשר ראשון שהקדימו בשבלים פוטר מתרומה גדולה, ולשיטתם י"ל דהפוטר הוא המתנות כהונה ולא עצם השם מעשר.

גמ'. כאן בתרומה ודאי כאן בתרומת דמאי. עיין בגמ' לעיל "בשלמא תרומה אתרומה לא קשיא כאן בתרומה כאן בגידולי תרומה", ופירש הריטב"א (בד"ה כאן בתרומה) וז"ל פירוש דבתרומה ממש אינו עובר משום לא תחסום כי מדאורייתא לא חזיא למיכל וכו', והא דקתני עובר משום לא תחסום בגידולי תרומה דמדאורייתא חולין גמורין הן אלא דרבנן גזרו שיהיו גידולי תרומה תרומה מדרבנן, וגבי לא תחסום לא תקנו רבנן לעקור דבר מה"ת בקום ועשה. הילכך נהי שלא יניחנה לאכול, כיון דתרומה דרבנן היא ואסור להאכילה לבהמה, מ"מ יש לתלות לה בטרסקלין ד' קבין לפרה וג' לחמור עכ"ל. ומבואר דאע"פ שיש איסור חסימה מה"ת בגידולי תרומה מ"מ אסור להאכיל לבהמתו גידולי תרומה מאחר שהן תרומה מדרבנן ומשו"ה תולה טרסקלין לפניה שלא תאכל מהדיש. ויש להעיר דגבי תרומת דמאי לא כתב הריטב"א שצריך לתלות טרסקלין לפניה, ומשמע דמותר לבהמה לאכול מהדמאי, וצ"ע מ"ש מגידולי תרומה שצריך לתלות לה טרסקלין לפניה.

ונ"ל דדמאי מותר לעניים וא"כ מוכח דלא הוי חפצא של טבל וחפצא של תרומה כלל, אלא דחל בדמאי דין חיוב הפרשה על הגברא. ונראה דמשו"ה קיי"ל שיוצאים יד"ח במצה של דמאי ובאתרוג של דמאי, דדמאי אינו חפצא של איסור, אלא רק חלות חיוב הפרשה. ולפי"ז י"ל דלגבי איסור חסימה נחשב דמאי ל"דישו" מאחר דלא הוי חפצא של איסור טבל ותרומה, ולכן חל בדמאי איסור גמור ד"לא תחסום שור בדישו" אף מדרבנן. משא"כ בגידולי תרומה י"ל דמדרבנן חל בחפצא של הגידולים חלות איסור תרומה גמור, דגידולי תרומה אינם מותרים לעניים ומוכח דחל בהם חפצא של איסור

ואע"פ שחל בגידולי תרומה איסור דאורייתא ד"לא תחסום שור בדישו" מ"מ חל איסור דרבנן להאכיל לבהמתו תרומה דרבנן, ומשו"ה תולה לה טרסקלין.
ועיין ברמב"ם (פי"ג מהל' שכירות ה"ה) וז"ל הדש במעשר שני של דמאי ובתרומת מעשר של דמאי ובגידולי תרומה עובר משום בל תחסום עכ"ל. וצ"ע למה השמיט הדין בדש בכל חיובי תרומה ומעשר מדרבנן כגון בתרומת ירקות ובתרומת חוץ לארץ, ומשמע דבהנך גווני פטור מלא תחסום אע"פ שהן תרומה מדרבנן. ויתכן לומר דהרמב"ם חולק על הריטב"א וס"ל דדוקא דמאי וגידולי תרומה מותרים דאף גידולי תרומה אינם נאסרים באיסור תרומה גמור אלא בגזירה והרחקה וחיוב הפרשה דחל על הגברא אך לא בחפצא עצמו. ואילו על תרומה מדרבנן כגון בירקות ובחו"ל חל איסור תרומה גמור בחפצא ומשו"ה הו"ל דיש שאינו ראוי לו ולכן לא חל בהו איסור לא תחסום כמו בתרומה מדאורייתא.
גמ'. בעו מיניה מרב ששת היתה אוכלת ומתרזת מהו משום דמעלי לה והא לא מעלי לה או דילמא דחזיא ומצטערא והא חזיא ומצטערא. ונראה דמבואר מהאיבעיא דיסוד האיסור דלא תחסום שור בדישו מיוסד בדין צער בע"ח, ומספק"ל האם משערין את הצער כפי צערא דהבהמה דחזיא וקא מצטערא, או"ד דמכיון דמתרזת הוי צער להאכילה דלא מעלי לה וליכא איסור חסימה. ונראה דאף למ"ד צער בע"ח דרבנן מ"מ יסוד האיסור דלא תחסום שור בדישו מיוסד בצער בעלי חיים ולענין חסימה אמרינן דצער בע"ח דאורייתא, ודומה למצות פריקה וטעינה דהיא מצוה מה"ת שיסודה משום צער בעלי חיים, אף למ"ד צער בע"ח דרבנן[615].
גמ'. איבעיא להו מהו שיאמר אדם לנכרי חסום פרתי ודוש בה מי אמרינן כי אמרינן אמירה לנכרי שבות הני מילי לענין שבת דאיסור סקילה אבל חסימה דאיסור לאו לא, או דילמא לא שנא. עיין ברש"י (ד"ה חסום פרתי ודוש בה) שכתב וז"ל דישה שלך עכ"ל. ומבואר דלפי רש"י האיבעיא בגמ' מיירי שישראל אמר לעכו"ם לחסום פרה של ישראל ולדוש בה תבואה של עכו"ם. אולם עיין בתוס' (ד"ה חסום פרתי ודוש בה) שחולקים על רש"י, וז"ל פירוש ודוש בתבואתי דמרויח באמירה לעכו"ם דבתבואת נכרי פשיטא דשרי כיון שאין ישראל נשכר בחסימה וכו' עכ"ל, וצ"ע ברש"י. ומשמע דרש"י סובר דאי מיירי שדש העכו"ם בתבואה של ישראל פשיטא דקא עבר הישראל באיסור לא תחסום שור בדישו מה"ת, ולכן פירש דהא דאיבעיא לן בסוגיין אם חל איסור אמירה לעכו"ם

[615] עיין לעיל בשיעורים בדף לב: בד"ה שיטת הרמב"ם.

בחסימה או לא מיירי שדש העכו"ם בדישה שלו[616]. אמנם יש לעיין בזה דהרי קיי"ל דאין לוקין על לאו שאין בו מעשה משום דלא דמי ללאו דחסימה (מכות דף יג:), וצ"ע דהרי אליבא דרש"י יתכן לעבור על האיסור דלא תחסום בשב ואל תעשה, וכגון היכא דאמר ישראל לעכו"ם לדוש בפרתו בשדה של ישראל - דקא עבר הישראל בלאו דלא תחסום אע"פ שלא עשה שום מעשה, וא"כ אמאי אמרינן דאין לוקין אלא על לאו שיש בו מעשה משום דבעינן לאו דומיא דחסימה.

ונראה לומר דבהאי גוונא המעשה חסימה של העכו"ם מצטרף לישראל אפילו בלי חלות שליחות, וחשיב דקא עבר הישראל על האיסור דלא תחסום ע"י מעשה, ומשו"ה לא תחסום הוי לאו שיש בו מעשה. ונראה להביא דוגמה לזה מהא דפסק הרמב"ם (בפ"ג מהל' עכו"ם ה"ט) וז"ל העושה עבודת כוכבים לעצמו אע"פ שלא עשאה בידו ולא עבדה לוקה שנאמר לא תעשה לך פסל וכל תמונה. וכן העושה עבודת כוכבים בידו לאחרים אפילו עשאה לעובד כוכבים לוקה וכו' לפיכך העושה עבודת כוכבים בידו לעצמו לוקה שתים עכ"ל. ועיין בספר החינוך (מצוה כ"ז) וז"ל שלא נעשה צלמים שיעבדו אפילו לא עבדם העושה אותם, העשיה לבד אסורה להרחיק המכשול ואין הפרש בין שיעשה בידו או יצוה לעשות שנאמר לא תעשה לך פסל וכל תמונה. והמצוה לעשותם הוא הגורם העשיה זהו דעת הרמב"ם וכו'[617], ותמה אני על הרמב"ם ז"ל שכתב שאין הפרש בין שיעשם בידו או יצוה לעשותם, שהרי מצוה משלח הוא, וקיימא לן משלח פטור עכ"ל. וצ"ע בשיטת הרמב"ם שסובר שהמצווה לחבירו לעשות ע"ז בשבילו עובר על האיסור ד"לא תעשה כל פסל וכל תמונה" דהרי קיי"ל דאין שליח לדבר עבירה. ונ"ל דאין האיסור ד"לא תעשה לך פסל וכל תמונה" מעשה עשיית ע"ז אלא האיסור הוא שע"ז נעשית בשבילו, והיכא דהאיסור משום שנעשית החפצא עבורו מצטרפת העשייה למצוה אפילו בלי חלות שליחות. ומשו"ה סובר הרמב"ם שהמצוה לעשות ע"ז עבר באיסור עשיית ע"ז ולוקה אע"פ שאין שליחות לדבר עבירה דהאיסור הוא שע"ז נעשית בשבילו, והעשייה מצטרפת אליו בלי חלות שליחות[618]. וכמו כן י"ל דרש"י סובר דהאיסור דחסימה אינו

[616] עיין בלחם משנה (פי"ג מהל' שכירות ה"ג).

[617] וכמבואר להדיא ברמב"ם בספה"מ (מל"ת ב') וז"ל שהזהירנו מעשות ע"ז לעבוד ואין חילוק בין שעשאה בידו בין שיצוה לעשותה והוא אמרו יתברך לא תעשה לך פסל ומי שעבר על לאו זה חייב מלקות ר"ל לאו עשיית ע"ז ואע"פ שעשאו לו זולתו במצותו ואפילו לא עבד אותה עכ"ל. וכן משמע ממש"כ (פ"ג מהל' ע"ז ה"ט) "העושה ע"ז לעצמו אע"פ שלא עשאה בידו וכו' לוקה" דר"ל שאם ציוה לאחר לעשות ע"ז בשבילו הריהו לוקה.

[618] ועיין במנחת חינוך (מצוה כ"ז אות א') שדן בשיטת הרמב"ם וג"כ נקט דאינו עובר מטעם שליחות דאין שליח לדבר עבירה, ועל כרחך דגזה"כ היא דכיון דגורם לזה ע"י הציווי עובר בלאו דלא תעשה לך, דהתורה אסרה לעשות ע"י אחרים כיון דהוא גרמתו.

מעשה החסימה, אלא האיסור הוא מה שפרתו חסומה בשעת דישה, וע"כ רש"י סובר שאם אמר ישראל לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה דישה דישראל - קא עבר הישראל באיסור לא תחסום שור בדישו - משום דהבהמה חסומה בשעת דישו (דיש של ישראל), ומאחר שהישראל אמר לעכו"ם לחסום פרתו ולדוש בה נחשב כאילו הישראל מנע את הבהמה מלאכול בשעת דישה דמצטרפת הדישה לישראל, דלא גרע מהרביץ לפניה ארי דעבר בלאו דלא תחסום. ונראה דהתוס' חולקים ע"ז וס"ל דהאיסור "לא תחסום" הוא המעשה דישה כשהבהמה חסומה, ומשו"ה ס"ל דאין שום צירוף בין העכו"ם לישראל בלי דין שליחות[619], וע"כ פירש דמספק"ל כגון שאמר לו הישראל לדוש פרה חסומה בתבואתו. והנה עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' שכירות ה"ג) וז"ל אמר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה, ישב לה קוץ בפיה ודש בה והרי אינה אוכלת, הרביץ לה ארי מבחוץ או שהרביץ בנה מבחוץ הרי שצמאה ואינו משקה אותה וכו' כל זה וכיוצא בו אסור ואינו לוקה עכ"ל. ויש לדייק דממה שכלל הרמב"ם האיסור שאמר לנכרי חסום פרתי ודוש בה ביחד עם שאר הנך איסורים כגון ישב לה קוץ בפיה, הרביץ ארי מבחוץ וכו', דאיבעיא לן לגבייהו בגמ' אי קא עבר באיסור לא תחסום מדאורייתא, ועל כרחך מיירי שחסם הפרה ע"י שהושיב קוץ בפיה בדיש של ישראל, א"כ משמע דהרמב"ם סובר דכשאמר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה מיירי נמי בדיש של ישראל, וחל בכה"ג איסור דאורייתא, וכשיטת רש"י הנ"ל. והרמב"ם נמי סובר דכל הספק שבגמ' לגבי איסור דרבנן מדין אמירה לנכרי מיירי שדש העכו"ם עם פרתו של ישראל בדישה שלו.

גמ'. איבעיא להו מהו שיאמר אדם לנכרי חסום פרתי ודוש בה מי אמרינן כי אמרינן אמירה לנכרי שבות ה"מ לענין שבת דאיסור סקילה אבל חסימה דאיסור לאו לא או דילמא לא שנא וכו'. יש לחקור ביסוד האיסור של אמירה לנכרי בשבת האם האיסור הוא עצם האמירה, וכדמשמע ממש"כ רש"י במס' ע"ז (דף טו. ד"ה כיון דזבנה) וז"ל ומה שאסור לישראל לומר לנכרי עשה לי כך זהו ממצוא חפציך ודבר דבר דיבור אסור עכ"ל, או"ד דחל איסור אמירה לנכרי מדין שליחות - דמדרבנן מצטרפת מעשה העבירה שעשה הנכרי לישראל (עיין ברש"י שבת דף קכא. ד"ה כבה, וברש"י בשבת דף קנג. ד"ה מאי טעמא דמשמע דס"ל דאיסור אמירה לנכרי חל מדין שליחות)[620]. ויתכן דבזה תלוי

[619] דס"ל לתוס' שאין לדמות חסימה ע"י עכו"ם לחסימה ע"י שהרביץ לפניה ארי, דמכיון שאין לארי דעת י"ל דנחשב שהבעלים עצמם חוסמים את השור ע"י הארי ועוברים על איסור לא תחסום מדאורייתא. משא"כ בעכו"ם דהוי בן דעת י"ל דהוי מעשה דידיה ואין מעשה החסימה של העכו"ם מתייחס לבעלים בלי דין שליחות. (רבינו זצ"ל)

[620] ועיין בהגהות מיימוניות (פ"ו מהל' שבת אות ב') שכתב דהאיסור חל מדין שליחות לנכרי לחומרא, ועיין בקהילות יעקב עמ"ס שבת סימן י"ד וסימן נ"ה שדן בארוכה בגדר האיסור דאמירה לעכו"ם האם האיסור עצם

הספק שבגמ' דאם האיסור חל מדין שליחות מדרבנן י"ל דחל אף בשאר איסורים ובלאו דלא תחסום. משא"כ אם האיסור היא עצם האמירה י"ל דרק בשבת חל איסור אמירה לנכרי מדין ודבר דבר, משא"כ בלאו דחסימה.

והנה עיין ברמב"ם (פ"ו מהל' שבת ה"א) וז"ל אסור לומר לנכרי לעשות לנו מלאכה בשבת אע"פ שאינו מצווה על השבת ואע"פ שאמר לו מקודם השבת וכו' ודבר זה אסור מדברי סופרים כדי שלא תהיה שבת קלה בעיניהם ויבואו לעשות בעצמן עכ"ל. ומלשון הרמב"ם משמע דאמירה לנכרי הוי חלות איסור שבות מלאכה מדרבנן, דכתב הרמב"ם "אסור לומר לנכרי לעשות לנו מלאכה בשבת וכו' כדי שלא תהא שבת קלה בעיניהם ויבאו לעשות בעצמן", ומבואר דרבנן אסרו אמירה לנכרי משום גזירה שמא יבא ישראל לעשות מלאכה בעצמו. ונראה דהרמב"ם סובר דרבנן הטילו חלות שם איסור מלאכה מדרבנן באמירה לנכרי מאחר דיש לחשוש שמא יבוא הישראל לעשות את המלאכה בעצמו. ולפי"ז י"ל דהגדר של איסור אמירה לנכרי הוא דמדרבנן נחשב אמירה לנכרי כאילו הישראל בעצמו עשה את גוף המלאכה שעשה העכו"ם. ואיסור אמירה לנכרי שבות דומה בכך לשאר איסורי שבות מלאכה בשבת, וכגון האיסור דרבנן לעלות באילן בשבת שמא יבא לידי קצירה - דאם עבר ועלה באילן בשבת דלא נחשב רק שעבר על איסור דרבנן שלא לעלות באילן בשבת, אלא דמדרבנן נחשב כאילו קא עבר על מלאכת קצירה, והוי בכלל קוצר בשבת מדרבנן. וכן באיסור דרבנן דמקח וממכר נחשב למלאכת כותב מדרבנן וכו'. וי"ל דהנפ"מ בזה הוא דנעשה מומר לחלל שבת מדרבנן, דקא עבר על חלות שם מלאכה בשבת מדרבנן[621]. ולפי"ז י"ל דהוא הדין נמי אם עבר על איסור אמירה לנכרי בשבת - דמדרבנן נעשה מומר לחלל שבת, דקא עבר על חלות שם איסור שבות מלאכה מדרבנן, ומדרבנן הוי מומר לכל התורה כולה. משא"כ אי נימא דהאיסור באמירה לנכרי בשבת הוא עצם האמירה בלבד ואסור מדין "ודבר דבר" י"ל דאינו נעשה מומר לחלל שבת מדרבנן ע"י אמירה לנכרי.

והנה אי נימא דאמירה לנכרי בשבת מהוה חלות איסור שבות מלאכה מדרבנן, דמדרבנן נחשב כאילו הישראל בעצמו עשה את המלאכה אזי מסתבר לומר דדין זה חל רק בשבת ולא לגבי לאו דחסימה, דרק בשבת חל חלות שם שבות מלאכה מדרבנן. אולם יתכן לומר דהגדר של אמירה לנכרי אינו דנחשב כאילו הישראל בעצמו עשה את המלאכה והוי

האמירה או דאסור מדין שליחות לנכרי לחומרא מדרבנן. ועיי"ש שהסמ"ג דייק מהמכילתא דדריש לה מקרא "כל מלאכה לא יעשה בהם" דמשמע דהוי איסור דאורייתא.

[621] ועיין בהגהות רע"א יו"ד סימן ב' סק"ה, ובשו"ע או"ח סימן שפ"ה סע' ג' ובביאור הלכה ד"ה אפילו, ועיין בס' ארץ הצבי סימן ז'.

שבות מדרבנן כשאר שבות מלאכה בשבת, אלא הגדר של אמירה לנכרי הוא דמלאכת העכו"ם מצטרפת לישראל, דהישראל מחוייב עבור מעשה הנכרי, וא"כ י"ל דאף בחסימה חל איסור אמירה לנכרי דמתייחס מעשה החסימה של הנכרי לישראל. ויתכן דזה יסוד הספק שבגמ'. ועוד יתכן לפרש דאף אי נימא דהגדר של אמירה לנכרי הוא דמצטרף מעשה העבירה לישראל ונענש עליו מ"מ י"ל דדוקא בשבת דחל דין שביתת בהמתו חל דין צירוף מלאכה לישראל וחל איסור אמירה לנכרי, משא"כ בלאו דחסימה. והנה עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' שכירות ה"ג) וז"ל אמר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה, ישב לה קוץ בפיה ודש בה והרי אינה אוכלת, הרביץ לה ארי מבחוץ או שהרביץ בנה מבחוץ הרי שצמאה ואינו משקה אותה וכו' כל זה וכיוצא בו אסור ואינו לוקה עכ"ל. ויש לדייק דממה שכלל הרמב"ם האיסור של אמירה לנכרי ביחד עם שאר הנך איסורים כגון ישב לה קוץ בפיה, הרביץ ארי מבחוץ וכו' דאיבעיא לן בגמ' אי קא עבר בכה"ג באיסור לא תחסום מדאורייתא, משמע דס"ל דאמירה לעכו"ם לחסום בהמתו הוי איסור דאורייתא, וכן משמע ממש"כ "אסור ואינו לוקה" דאי הוי איסור דרבנן פשיטא דאינו לוקה[622]. ועיין ברמב"ם (פט"ז מהל' איסורי ביאה הי"ג) וז"ל אסור לומר לעכו"ם לסרס בהמה שלנו עכ"ל. ומסתימת לשונו משמע קצת דס"ל דהוי איסור דאורייתא. אמנם עיין ברמב"ם (פ"א מהל' כלאים ה"ג) וז"ל ומותר לומר לנכרי לזרוע לו כלאי זרעים עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל ועוד אמירה לנכרי באיסור לאו בעיא ולא איפשטא ולחומרא בב"מ עכ"ל. ונראה דהראב"ד השיג דבגמ' מספק"ל אי חל איסור אמירה לנכרי בשאר לאוין והוי איבעיא ולא איפשטא דקיי"ל לחומרא לאסור, וא"כ מדוע פסק הרמב"ם דמותר לומר לנכרי לזרוע כלאים. וכן צ"ע מ"ש האיסור דכלאים מאיסור חסימה וסרוס שפסק דחל בהו איסור אמירה לעכו"ם.

ויתכן לומר בדעת הרמב"ם דס"ל דבסרוס ובחסימה חל איסור אמירה לנכרי מדאורייתא משום דהתורה אסרה לא רק את עצם מעשה הסירוס והמעשה חסימה, אלא דהתורה אסרה את המצב והחלות שהבהמה של ישראל חסומה בשעת דישה או מסורסת, ואף כשנסרסה הבהמה ע"י נכרי עבר הישראל על איסור סירוס מה"ת. ולפיכך חל איסור דאורייתא כשסירסה או חסמה עכו"ם. משא"כ היכא דהאיסור הוא מעשה העבירה

[622] ועיין במשנה למלך (פי"ג מהל' שכירות ה"ג) שהניח דברי הרמב"ם בצ"ע דלכאורה אמירה לנכרי הוי רק איסור דרבנן, ובגמ' איבעיא לן ולא איפשטא ונימא דהוי ליה ספק דרבנן ולקולא, וכן צ"ע מהיכא תיסק אדעתין דיחוייב מלקות כיון דהוי רק איסור דרבנן. ובביאור הספק שבגמ' אליבא דהרמב"ם י"ל דהגמ' מספק"ל אי חל דין אמירה לנכרי רק באיסורי שבת וכשאמר לנכרי חסום פרתי ודוש בה ליכא איסור כלל אף מדרבנן, או"ד דחל איסור אמירה לנכרי מה"ת בלאו דחסימה, ודוחק הוא בלשון הגמ'. (רבינו זצ"ל)

ליכא איסור אמירה לנכרי אף מדרבנן ואם יאמר לעכו"ם לבשל בשבילו בשר וחלב לא יעבור אף על איסור דרבנן[623].

ועיין בגמ' (דף צ.) "נכרי הדש בפרתו של ישראל אינו עובר משום לא תחסום", ופרש"י (בד"ה נכרי הדש בפרתו של ישראל) וז"ל אינן עוברים הבעלים שאמרו לו חסום פרתי ודוש בה תבואה שלך אין עליהם עבירת לא תחסום עכ"ל. ומשמע דאי אמר לעכו"ם לחסום ולדוש בדישה של ישראל אזי הישראל יעבור בלאו דלא תחסום. וכן משמע ממש"כ רש"י (בד"ה חסום פרתי ודוש בה) וז"ל דישה שלך עכ"ל, דהאיבעיא שבגמ' לגבי אמירה לעכו"ם מיירי היכא דאמר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה דישה שלך - דבכה"ג מספק"ל אי חל איסור דרבנן דאמירה לעכו"ם או לא. אמנם מדבריו משמע דאי אמר לעכו"ם לחסום ולדוש בשדה של ישראל אזי אין נידון לענין איסור אמירה לנכרי מדרבנן, אלא הישראל עבר באיסור דאורייתא דלא תחסום. וצ"ע בזה דהרי הישראל לא קא עבד שום מעשה דחסימה ודישה כלל. ועל כרחך צ"ל דרש"י סובר דגדר הלאו הוא שאסור שהבהמה תהא חסומה בשעת דישה בשדה של ישראל, והאיסור הוא החלות והמצב שהבהמה חסומה בשעת הדישה, ומשו"ה אף אם מעשה החסימה נעשה ע"י עכו"ם מ"מ הישראל עבר באיסור דלא תחסום מדאורייתא. וכן נראה לומר בשיטת הרמב"ם, וכדנתבאר לעיל.

אלא דלפי"ז צ"ע מדוע הגמ' מדמה אמירה לנכרי בשבת דהאיסור הוא מעשה המלאכה ללא תחסום וסירוס שהאיסור בהם הוא החלות סירוס והדישה בבהמה חסומה. ונראה לתרץ דבשבת חל איסור אמירה לנכרי מתרי טעמי: א) דאסור לומר לנכרי לעשות מלאכה בשבילו שמא יבא לעשות מלאכה בעצמו, ב) דחל איסור ליהנות ממלאכה שנעשה בשבת בשביל ישראל (וכדאיתא ברש"י ביצה דף כד: ד"ה ולערב אסורין בכדי שיעשו). דחז"ל הקפידו על החפצא דמלאכת שבת שנעשה לצורך ישראל, ודומה ללאוין דלא תחסום וסרוס, שיסוד האיסור הוא מה שהבהמה חסומה בשעת דישה, ושהבהמה מסורסת. וכי היכי דחל דין שאסור לישראל ליהנות ממלאכה שעשה נכרי עבורו בשבת ואם הישראל נהנה מן המלאכה אזי ההנאה מייחסת את המלאכה אליו ואסור מדין

[623] ויתכן לומר דאף אי נימא דהרמב"ם סובר דהאיסור דאמירה לעכו"ם הוי איסור דרבנן וכדנקטו הנושאי כלים על הרמב"ם (עיין בכס"מ וברדב"ז פ"א מהל' כלאים ה"ג), מ"מ יש ליישב השגת הראב"ד, די"ל דהרמב"ם סובר דרבנן אסרו אמירה לעכו"ם היכא דהאיסור הוא בתוצאה ובחלות - כמו איסור חסימה וסרוס, ולא באיסור שיסודו במעשה כבישול בב"ח וזריעת כלאים. ובנוגע לאיסור מלאכה שבת נמי יתכן לומר דעיקר האיסור הוא ביצירת מלאכת מחשבת - דהיינו בתוצאת המלאכה ולא בעצם מעשה המלאכה, וכדמשמע מהגמ' בב"ק (דף ס.) וז"ל כי אמרינן זורה ורוח מסייעתו ה"מ לענין שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה אבל הכא גרמא בעלמא הוא וגרמא בנזקין פטור עכ"ל.

אמירה לנכרי, ה"ה לגבי לא תחסום ואיסור סירוס שאם נהנה ישראל מחסימה או סירוס דעכו"ם מתייחס האיסור לישראל. ועיין בהמשך הגמ' "ת"ש דשלחו ליה לאבוה דשמואל הלין תורי דגנבין ארמאי ומגנחין יתהון מהו שלח להו הערמה איתעביד בהו ויזדבנון אמר רב פפא בני מערבא סברי לה כר' חידקא דאמר בני נח מצווין על הסירוס", ובתוס' (ד"ה דגנבין) פירשו בשם השאילתות דמיירי שקשרו דינר בכיס של בהמה והעכו"ם גונב הדינר ותולש הכיס ומסרסו. ונראה דס"ל דקשירת הכיס חשיב כאילו אמר לנכרי לסרס הבהמה. אמנם מסתימת רש"י משמע דלא פירש הכי, וא"כ צ"ע לפי רש"י מהו הדמיון מהאי עובדה לאמירה לנכרי דהרי לא אמר לנכרי לסרס הבהמה. וצ"ל דרש"י סובר דמאחר שהישראל נהנה ממעשה הסירוס נחשב כאילו צוה לעכו"ם לעשותו ואסור משום אמירה לנכרי, דחל איסור אמירה לנכרי כשישראל נהנה ממלאכת עכו"ם בשבת וה"ה דחל איסור סירוס כשנהנה ממעשה הסירוס של הנכרי.

והנה עיין בתוס' (ד"ה חסום פרתי ודוש בה) וז"ל ומהירושלמי דהנזקין גבי מחזיקין ידי נכרים בשביעית דקאמר א"ל חרוש בה טבעות ואנא נסבינא לה מינך בתר שביעית, אומר ר"י דאין ראיה לפי שהתם כבר התחיל לחרוש מפני דרכי שלום עכ"ל. ומבואר מהירושלמי דמותר לומר לנכרי לחרוש בשביעית היכא דהתחיל לחרוש לפני שביעית מפני דרכי שלום. ומשמע דבלא"ה חל איסור אמירה לנכרי ואסור לומר לנכרי לחרוש שדה בשביעית ואפילו אם השדה של הנכרי. ונראה לבאר דבשביעית כתיב "ושבתה הארץ שבת לה'", ומבואר דחל קיום מצות שביתה בחפצא של הארץ שא"י שובתת ממלאכה בשביעית, ולפי"ז י"ל שאם עבד את הארץ בשביעית חל חילול בעצם החפצא דקדושת הארץ. וי"ל דמשו"ה איתא בחז"ל דעל עון חילול שמיטה גולין, דאיסור עבודת הקרקע בשביעית אינו רק איסור גברא אלא דחל ג"כ חלות חילול בחפצא דקדושת הארץ, ולכן גלות ושביתת הארץ מכפרת וכדכתיב (ויקרא כו: לד) "אז תרצה הארץ את שבתותיה כל ימי השמה וגו'". ומבואר דאף בשביעית חל איסור שתעשה מלאכה בהחפצא של ארץ ישראל בשביעית, ומשו"ה חל איסור אמירה לנכרי בשביעית בדומה לחסימה וסירוס[624].

[624] ועיין במהרש"ל על תוס' ד"ה חסום פרתי וז"ל ועכ"ז אני אומר שנפלה טעות בספרים כי בכל מס' מו"ק לא נזכר אמירה לנכרי בשביעית דאסור או דשרי, כי בודאי אסור אמירה לגוי בשביעית אפילו אם תאמר שמותר בשבת לפי שהשביעית תלה הש"י קדושה בארץ דכתיב שבת שבתון יהיה לארץ, והבן עכ"ל.

דף צ:

בעי רמי בר חמא הושיב לה קוץ בפיה מהו הושיב לה חסימה מעלייתא היא אלא ישב לה קוץ בפיה מהו הרביץ לה ארי מבחוץ מהו הרביץ לה חסימה מעלייתא היא אלא רבץ לה ארי מבחוץ מהו העמיד בנה מבחוץ מהו היתה צמאה למים מהו וכו'.

ונראה לבאר דבישב לה קוץ בפיה מספק"ל האם צריך הגברא לעשות מעשה חסימה לעבור על הלאו, ואם ישב לה קוץ בפיה לא עבר בלאו דלא תחסום. או דהאיסור הוא שהפרה חסומה בשעת דישה, ואף בישב לה קוץ בפיה עבר על הלאו דלא תחסום. ועיין בתוס' (ד"ה ישב לה) שהקשו דלקמן בסוגיא אמרינן דאי חסמה מבחוץ והכניסה ודש בה עבר באיסור לא תחסום דקיי"ל דבשעת דישה לא תהא חסימה, וא"כ צ"ע מהו הספק לגבי ישב לה קוץ בפיה. ותירצו התוס' דהני מילי כשחסמה מבחוץ דקא עביד מעשה חסימה והכא מיבעיא לן שישב לה קוץ מאליה דילמא הוי כחלתה וליכא איסור לא תחסום. והגמ' ממשיכה דאת"ל דבישב לה עבר בלא תחסום לפי שהחסימה בגופה (עיין בתוס' ד"ה רבץ) וחל איסור גם כשהבהמה חסומה מאליה שוב יש להסתפק בהרביץ לה ארי מבחוץ שהבהמה מעוכבת מלאכול מחמת פחד הארי האם זה נחשב למעשה חסימה או לא, ואת"ל דהוי מעשה חסימה משום שלמעשה הבהמה מעוכבת מלאכול, שוב מספק"ל "עמד בנה מבחוץ מהו" (כך גרסו התוס' בד"ה עמד) דבעמד בנה אינה נמנעת מלאכול לגמרי כמו בהרביץ לה ארי, ומספק"ל האם המניעה מלאכול צריך להיות מניעה מאכילה לגמרי להיחשב כחסימה או לא. ושוב מספק"ל "היתה צמאה למים מהו" - דמספק"ל דאם האיסור משום שהבהמה מנועה ומעוכבת מלאכול מה הדין היכא דהמניעה הוא מחמת שהיא צמאה, ועוד מספק"ל "פרס לה קטבילא על גבי דישה מהו" דהטעה את הבהמה שכיסה את התבואה ומשו"ה היא נמנעת מלאכול, ומספק"ל האם זה נחשב לחסימה. ונראה דלפי מש"נ (לעיל בד"ה איבעיא להו) דשיטת התוס' היא דהאיסור לא תחסום הוא המעשה דישה כשהבהמה חסומה, אזי י"ל דמספק"ל להגמ' אי בעינן נמי שהגברא יעשה מעשה חסימה כדי לעבור על האיסור או לא, ואת"ל דבעינן מעשה חסימה מספק"ל אם הרביץ לה ארי או עמד בנה מבחוץ הוי מעשה חסימה או לא. ולפימש"נ אליבא דרש"י דיסוד האיסור שהבהמה חסומה בשעת דישה ולכן אם אמר לעכו"ם לדוש בהמה חסומה בתבואת ישראל עבר הישראל באיסור מה"ת, י"ל דהגמ' כאן מסתפקת האם צריך נמי שיעשה הגברא מעשה חסימה או לא.

והנה עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' שכירות ה"ג) וז"ל ישב לה קוץ בפיה ודש בה והרי אינה אוכלת הרביץ לה ארי מבחוץ (והמגיד משנה כתב דגירסה זו טעות סופר ויש לגרוס רבץ

לה ארי מבחוץ), או שהרביץ בנה מבחוץ היתה צמאה ואינו משקה, פרס עור ע"ג הדיש כדי שלא תאכל, כל זה וכיוצא בו אסור ואינו לוקה עכ"ל. וצ"ע דבגמ' הנך גווני הויין איבעיא דלא איפשטא וא"כ פשיטא דאינו לוקה מספק וא"כ מדוע כתב הרמב"ם "אסור ואינו לוקה" דהול"ל דאסור מספק. ומשמע דהרמב"ם סובר דבהנך גווני חל איסור מה"ת אלא דהוי איסור טפל ומשו"ה אינו לוקה. ועיין ברש"י (ד"ה ישב לה קוץ וכו' מהו) וז"ל מצוה ליטלה או אין מצוה ליטלה עכ"ל. וצ"ע במש"כ "מצוה ליטלה" דהרי בפשטות הגמ' מסתפקת לענין הלאו דלא תחסום ואיזה מצוה יש כאן והול"ל "חייב ליטלה או אינו חייב ליטלה". ומשמע דרש"י סובר דלגבי עצם הלאו ולעינן מלקות לא מספק"ל בגמ' דבודאי צריך הגברא לעשות מעשה חסימה בגוף הבהמה כדי ללקות, אלא דבנוסף ללאו יש נמי קיום מצוה להאדון ליתן לבהמתו לאכול בשעת דישה[625] ומספק"ל לענין הך קיום האם חייב האדון ליטול הקוץ מפיה או לא. ולפי רש"י אין שום נידון וספק בסוגיא לגבי מלקות. ויתכן לומר דאף הרמב"ם סובר דבודאי דבישב לה קוץ בפיה וברבץ לה ארי וכו' שדש כשהבהמה מעוכבת מלאכול חל לאו טפל וחל איסור מדאורייתא, והגמ' מסתפקת רק לענין עיקר הלאו ומלקות אי בעינן שיעשה הגברא מעשה חסימה בגוף הבהמה או לא. ונמצא דאליבא דהרמב"ם יש ב' איסורים בלא תחסום - מעשה חסימה דזהו עיקר הלאו, ואיסור טפל כשהגברא מנע את הבהמה מלאכול מבלי לעשות מעשה חסימה בגוף הבהמה.

גמ'. בעא מיניה רבי יונתן מרבי סימאי חסמה מבחוץ מהו שור בדישו אמר רחמנא והאי לאו בדישו הוא או דילמא לא תדוש בחסימה אמר רחמנא וכו' מה התם בשעת ביאה לא תהא שכרות הכא נמי בשעת דישה לא תהא חסימה. ביארנו לעיל דרש"י ותוס' נחלקו בגדר האיסור דלא תחסום, דלתוס' האיסור הוא מעשה הדישה כשהבהמה חסומה, ואילו רש"י סובר דהאיסור הוא שהבהמה חסומה בשעת דישה. ולפי תוס' י"ל דהגמ' מסתפקת בחסמה מבחוץ אי בעינן נמי מעשה חסימה כדי לעבור על האיסור דלא תחסום, דמספק"ל האם אף מעשה החסימה היא חלק מהאיסור או לא דהאיסור הוא רק המעשה דישה. ויש לפרש מסקנת הגמ' דחסמה מבחוץ חייב בב' אופנים - א) דהאיסור היא רק מעשה הדישה כשהבהמה חסומה, ב) או דילמא י"ל דאף אי בעינן מעשה חסימה, מ"מ חסימה מבחוץ נמי הוי מעשה חסימה. ולכאורה בזה תלוי הספק בגמ' לעיל בישב לה קוץ בפיה, דאם המחייב הוא המעשה דישה אזי י"ל דאף בישב

[625] אלא דצ"ע מהו המקור להך מצוה דבשלמא לענין פועל י"ל דילפינן מקרא ד"כי תבא בכרם רעך וקטפת מלילות" דיש קיום מצוה ליתן לפועל לאכול, אמנם צ"ע מהו המקור דיש גם קיום מצוה ליתן לבהמה לאכול בשעת דישה. (רבינו זצ"ל)

לה קוץ בפיה חייב. משא"כ אם בעינן נמי מעשה חסימה כדי לעבור על האיסור י"ל דבישב לה קוץ בפיה פטור. וכן יש לפרש הגמ' לקמן דקיי"ל שא' חסם וא' דש בה הדש חייב, די"ל דמעשה הדישה עצמה היא המחייב, או"ד דאף אי בעינן מעשה חסימה מ"מ מעשה החסימה מצטרף למי שדש ומשו"ה הדש חייב. ולפי מה שביארנו לעיל דרש"י סובר דיסוד האיסור דלא תחסום שור בדישו הוא מה שהבהמה חסומה בשעת דישה, י"ל דבחסמה מבחוץ הגמ' מסתפקת האם צריך לעשות נמי מעשה חסימה או לא, ומסיק הגמ' שא"צ ואף אם הבהמה מנועה מאליה שייך לעבור באיסור לא תחסום. ומ"מ רש"י ותוס' נחלקו האם יסוד האיסור דלא תחסום שור בדישו הוא מעשה הדישה (תוס'), או שהבהמה חסומה בשעת דישה (רש"י), ומחלקותם אינה תלויה בספק של הגמ' כאן.

גמ'. איתמר חסמה בקול והנהיגה בקול ר' יוחנן אמר חייב וריש לקיש אמר פטור, ר"י אמר חייב עקימת פיו הויא מעשה וריש לקיש אמר פטור קלא לא הויא מעשה. איתביה ר' יוחנן לריש לקיש לא שאדם רשאי להמיר אלא שאם המיר מומר וסופג את הארבעים א"ל הא מני ר' יהודה היא דאמר לאו שאין בו מעשה לוקין עליו.

בביאור פלוגתת ר"י ור"ל יש להקדים דהנה יש ב' גדרים בדין לאו שאין בו מעשה: א) היכא דעצם עבירת הלאו הוי בשב ואל תעשה - וכגון שנשבע שבועה שאוכל היום דעבר בשב ואל תעשה ע"י שלא אכל, ב) כשהעבירה היא דיבור - ואע"פ שהעבירה היא בקום ועשה מ"מ הוי לאו שאין בו מעשה מכיון שהעבירה היא בדיבור. ונראה דבב' אופנים אלה: א) כשעבירת הלאו היא בשב ואל תעשה, וב) כשהעבירה היא הדיבור אזי עצם גדר חלות הלאו הוא דהוי לאו שאין בו מעשה. והנה עיין בתוס' (ד"ה ר' יוחנן) שהקשו דר' יוחנן ס"ל (שבועות כא א) דאין לוקין על לאו שאין בו מעשה חוץ מנשבע ומימר ומקלל את חבירו בשם ואי אית ליה דעקימת פיו הוי מעשה אמאי חשיב נשבע ומימר ומקלל כלאוין שאין בהם מעשה. ולכאורה קושייתם צ"ע דיש לומר דר' יוחנן ס"ל דחסמה בקול לוקה משום דשאני הלאו דלא תחסום שור בדישו דעצם הגדר של הלאו הוי לאו שיש בו מעשה, דיסוד האיסור הוא לעשות מעשה דישה כשהבהמה חסומה. ומשו"ה ר' יוחנן סובר דאי חסמה בקול לוקה, דאע"פ שדיבור לא הוי מעשה והיכא שעצם הלאו הוא איסור דיבור הוי בכלל לאו שאין בו מעשה, מ"מ הכא כשחסמה בקול - הדיבור הוי רק ההיכי תימצי איך לחסם את הבהמה ולעבר על הלאו, אולם עצם הלאו הוא שדש ועושה מעשה דישה כשהבהמה חסומה ועצם הלאו דלא תחסום איפה הוי

לאו שיש בו מעשה[626]. ור' יוחנן סובר דלגבי מלקות דנים על עיקר גדר וחלות הלאו ולא על ההיכי תימצא היאך עבר הגברא על הלאו, וכשחסמה בקול מאחר שהבהמה דשה כשהיא חסומה עבר החוסם על הלאו דלא תחסום שור בדישו דהוי בעצם גדרו לאו שיש בו מעשה ומשו"ה חייב מלקות, ואע"פ שהגברא לא עשה מעשה חסימה משום דקול לא הוי מעשה. ולכן סבירא ליה לר' יוחנן סובר דאע"פ דהיכא דעצם הלאו הוא איסור דיבור נקטינן דהוי לאו שאין בו מעשה משום דקול לא הוי מעשה, מ"מ לענין חסימה בקול דהקול הוי ההיכי תימצי היאך לעבר על הלאו נקטינן דקול נחשב למעשה, ונחשב שהגברא עשה מעשה בכדי לעבור על הלאו, וחייב מלקות משום דעבר על לאו לאו שיש בו מעשה[627]. ובשיטת ריש לקיש לכאורה היה נראה לפרש דס"ל דכדי ללקות בעינן תרתי: א) שעצם גדר של הלאו הוי לאו שיש בו מעשה, וב) שיעבור הגברא על הלאו ע"י עשיית מעשה בפועל. ולכן ס"ל דבחסמה בקול אע"פ שעצם גדר הלאו יש בו מעשה מ"מ אינו לוקה מכיון דקול לא הוי מעשה, דלא קא עבר הגברא על הלאו ע"י מעשה בפועל.

ועוד יתכן לפרש שיטת ריש לקיש, דהנה עיין בתוס' (ד"ה ריש לקיש וכו') דהקשו דר"ל סובר דבשבועה שאוכל ככר זו היום ועבר היום ולא אכלה דאינו לוקה משום התראת ספק ומשמע דס"ל דלוקין על לאו שאין בו מעשה, וא"כ צ"ע מדוע ס"ל דחסמה בקול פטור. וכן הקשו מדר"ל סובר דבנותר בא הכתוב ליתן עשה אחר ל"ת שאין לוקין עליו דאל"ה לוקין אע"פ דהוי לאו שאין בו מעשה, וצ"ע מדוע ס"ל דחסמה בקול פטור. ולכאורה היה נראה לומר דריש לקיש סובר דאע"פ שעצם הלאו דלא תחסום הוי לאו שיש בו מעשה מ"מ אין לוקין אא"כ קא עביד נמי מעשה רבה - שחסם הפרה ע"י עשיית מעשה בגופו, דס"ל דכדי ללקות צריך לעבור על עבירת הלאו בשלימותה, ואי עבר על הלאו דלא תחסום ע"י דיבור אזי לא עבר על האיסור בשלימותה דעביד רק מעשה זוטא דדיבור, ומשו"ה ס"ל שאינו לוקה. דריש לקיש סובר דהיכא דאפשר לעבור על הלאו בב' אופנים: א) ע"י מעשה רבה וכגון שעשה מעשה חסימה בגופו, ב) ע"י מעשה זוטא כשחסמה בקול, אזי אינו לוקה אא"כ עבר על הלאו בשלימותה דהיינו ע"י מעשה רבה

[626] בין אם נפרש כשיטת רש"י דיסוד האיסור הוא שבהמתו חסומה בשעת דישה, או לתוס' דיסוד האיסור הוא המעשה דישה כשבהמתו חסומה מ"מ עצם גדר הלאו דלא תחסום הוי לאו שיש בו מעשה.

[627] ובס' רשימות שיעורים למס' שבועות נדרים (ח"א עמ' קפ"ד) ביאר רבינו זצ"ל דיש חילוק בין קול לדיבור, דעיקר תכלית הדיבור הוא להביע מחשבות האדם ורעיונתיו השכליים, שבעצם הם דברים שאין בהם ממש, ולכן איסור דיבור נחשב לאיסור שאין בו מעשה. משא"כ כשחסמה בקול דגער בה (כדפרש"י בד"ה חסמה וז"ל כשהיתה שוחה לאכול היה גוער בה עכ"ל) עיקר תכלית הקול הוא לרסן ולחסום את הבהמה בזמן עבודתה. והקול פועל עפ"י החוזק והכוח שבו, ולכן הקול עצמו נחשב למעשה כשאר מעשים שנעשים ע"י כוח הגברא ולוקין עליו.

- שחסמה בגופו. אולם ריש לקיש סובר דלוקין על הלאו דנותר אי לאו משום דהוי לאו הניתק לעשה (עיין בגמ' מכות דף טז. ובתוס' בסוגיין ד"ה ריש לקיש אמר), דמאחר דעצם הלאו הוי אין בו מעשה דעובר על הלאו בשב ואל תעשה, חלה עבירת הלאו בשלימותה גם אם לא עשה שום מעשה, ומשו"ה ריש לקיש סובר שלוקין על לאו דנותר (אי לא משום דהוי לאו הניתק לעשה). וכן סובר שהיה לוקה בשבועה שאוכל ככר זו היום (אי לאו משום דהוי התראת ספק), ואע"פ שעצם עבירת הלאו הוי לאו שאין בו מעשה משום דהוי חלות איסור דיבור, דר"ל סובר דאין דין דכדי ללקות צריך לעבור על לאו שיש בו מעשה, אלא עיקר הנידון הוא אי עבר על הלאו בשלימותו או לא, ובלאו שבדיבור מאחר שעבר על הלאו בשלימותו חייב מלקות. ורק בלאו דחסימה דעצם הלאו יש בו מעשה ושייך לעבור ע"י מעשה חסימה בגופו אזי סובר ריש לקיש דכשעבר על הלאו ע"י דיבור לא נחשב שעבר על הלאו בשלימותו מכיון דקול הוי רק מעשה זוטא, ומשו"ה לא לקי. משא"כ בשבועה שאוכל ככר זו היום ובנותר דעצם עבירת הלאו הוי בשב ואל תעשה, לוקה משום דעבר על הלאו בשלימותו אף כשלא עשה מעשה.

והנה עיין בתוס' (ד"ה רבי יוחנן וכו') שכתבו וז"ל וי"ל דלא קאמר ר' יוחנן דעקימת פיו הוה מעשה אלא הכא משום דבידיבוריה קעביד מעשה שהולכת ודשה בלא אכילה, כדאמרינן בריש תמורה אההיא דחוץ מנשבע ומימר ומקלל חבירו אמר ליה ר' יוחנן לתנא לא תיתני מימר דבידיבוריה קעביד מעשה, ולהכי פריך הכא ר"י לר"ל ממימר דחשיב מעשה משום דבדיבוריה קעביד מעשה עכ"ל. ובביאור דבריהם נראה דס"ל דר' יוחנן סובר דבתמורה מעשה העבירה אינה הדיבור אלא התהוות חלות התמורה, וע"כ ר' יוחנן אמר לא תיתני מימר דבדיבוריה קעביד מעשה, דר"ל דמאחר דיסוד האיסור הוא התהוות חלות התמורה אין הלאו של מימר נכלל בגדר לאו שאין בו מעשה, דרק אם האיסור הוא עצם הדיבור אזי י"ל דהלאו הוי בכלל לאו שאין בו מעשה משום דעצם גדר וחלות הלאו הוי לאו שאין בו מעשה. אולם ר' יוחנן ס"ל דלא תיתני מימר משום דעצם הלאו דתמורה היא עשיית חלות התמורה, ולפיכך עצם הגדר של הלאו הוי לאו שיש בו מעשה. משא"כ בנשבע ומקלל את חבירו ס"ל לר' יוחנן דהויין בכלל לאו שאין בו מעשה משום דעצם האיסור הוא שמשקר בדיבורו ע"י שבועה ומקלל את חבירו, ומאחר שעצם הלאו הוא הדיבור משו"ה הויין בכלל לאו שאין בו מעשה. ולפי"ז מבואר דר' יוחנן סובר דמכיון שיסוד האיסור והלאו דתמורה הוא התהוות ועשיית חלות התמורה הלאו דמימר אינו בכלל לאו שאין בו מעשה ולוקין עליו, וא"כ י"ל דמי שגורם ההתהוות וחלות קדושת תמורה אפילו בלי מעשה אלא ע"י דיבור לוקה, דהנידון אי לוקה או אינו

לוקה תלוי בעצם גדר וחלות הלאו ולא באם עבר על הלאו ע"י מעשה או לא. ולפי"ז נראה לבאר דברי התוס' שהשוו בין חסימה דבדיבורה קעביד מעשה לתמורה דבדיבורה קעביד מעשה, דלכאורה צ"ב מהו ההשוואה בין הלאו דתמורה ללאו דחסימה. ונ"ל דכי היכי שבתמורה האיסור אינו הדיבור עצמו אלא יסוד האיסור הוא התהוות ועשיית חלות התמורה, והדיבור אינו אלא ההיכי תימצי לעבור על הלאו, ומשו"כ הלאו דלא ימיר אינו בכלל לאו שאין בו מעשה ולוקין עליו, ה"נ י"ל בחסימה דבדיבורה קעביד מעשה, דבחסימה עצם האיסור הוא החסימה - והדיבור הוא רק ההיכי תימצי לעבור על איסור חסימה, וע"כ אין אומרים דחסימה הוי לאו שאין בו מעשה שאין לוקין עליו. ולפי"ז יש לבאר המשך הגמ' "איתביה ר' יוחנן לריש לקיש לא שאדם רשאי להמיר אלא שאם המיר מומר וסופג את הארבעים א"ל הא מני ר' יהודה היא דאמר לאו שאין בו מעשה לוקין עליו". דר' יוחנן הקשה דמהא דלוקין במימר מוכח דאיסור תמורה הוא התהוות חלות התמורה, וע"כ איסור תמורה נחשב כלאו שיש בו מעשה, ומוכח דלענין חיוב מלקות דנים על עיקר גדר וחלות הלאו, ולא צריך שיעשה הגברא מעשה בפועל בהיכי תימצי בעבירת הלאו כדי ללקות, וה"נ נימא הכי בחסימה בקול, דאע"פ שלא עבר על הלאו ע"י מעשה מכיון שעצם גדר הלאו ד"לא תחסום" הוי לאו שיש בו מעשה ילקה. וריש לקיש מתרץ דבתמורה לוקה משום דס"ל כר' יהודה שסובר דלוקין על לאו שאין בו מעשה, ונראה דריש לקיש סובר דיסוד האיסור בלאו דלא ימיר היא עצם הדיבור, ואיסור דיבור הוי לאו שאין בו מעשה והא דלוקין בתמורה הוא רק אליבא דר' יהודה דסובר לאו שאין בו מעשה לוקין עליו. ולפי"ז מבואר דר' יוחנן וריש לקיש נחלקו האם איסור תמורה היא התהוות החלות תמורה, או עצם ההמרה והדיבור, דלר"י הלאו הוא התהוות התמורה וע"כ לא הוי בכלל לאו שאין בו מעשה, וריש לקיש סובר דהאיסור הוא הדיבור והוי לאו שאין בו מעשה, ולוקה רק אליבא דר' יהודה.[628]

אמנם יש לעיין לפי מה שביארנו דיתכן לפרש דריש לקיש סובר דחסמה בקול פטור ממלקות משום דס"ל דאע"פ דלוקין על לאו שאין בו מעשה כשעבירת הלאו היא בשב ואל תעשה (כמו נותר), היינו משום דעבר על הלאו בשלימות. וכן סובר לגבי לאו

[628] ואמר רבינו זצ"ל שביאור זה עולה יפה לפי"ד התוס' (בד"ה ר' יוחנן) שביארו קושיית ר' יוחנן דהקשה ממימר משום דבידבורא קאעביד מעשה דה"נ הו"ל ללקות כשחסמה בקול, דיסוד האיסור הוא מעשה החסימה ואם עצם הלאו יש בו מעשה לוקין עליו אף אם לא עבר על הלאו ע"י מעשה אלא בדיבור או קול בלבד. ולפי"ז י"ל דריש לקיש ס"ל דהאיסור דתמורה הוא הדיבור והוי לאו שאין בו מעשה ולוקה רק אליבא דר' יהודה. אולם בחסמה בקול ריש לקיש סובר דפטור משום דס"ל דכדי ללקות בעינן תרתי: א) שעצם עבירת הלאו הוי לאו שיש בו מעשה, וב) שיעבור הגברא על הלאו ע"י עשיית מעשה. ובחסמה בקול אע"פ שעצם הלאו יש בו מעשה לא עבר הגברא על הלאו ע"י מעשה מכיון דקול לא הוי מעשה, ומשו"ה פטור ממלקות.

שבדיבור (כבשבועה) דמאחר שעובר האיסור רק על ידי דיבור חייב מלקות משום דעבר על הלאו בשלימות ע"י הדיבור, אבל בלאו שעצם גדרו הוא בקום ועשה כלאו דלא תחסום אע"פ שעצם הלאו דלא תחסום הוי לאו שיש בו מעשה, מ"מ אין לוקין אא"כ קא עביד נמי מעשה רבה - דהיינו שעשה מעשה חסימה בגופו, דריש לקיש סובר דכדי ללקות צריך לעבור על עבירת הלאו בשלימותו, ואי עבר על הלאו דלא תחסום ע"י דיבור אזי לא עבר על האיסור בשלימותו דעביד רק מעשה זוטא דדיבור, ומאחר שיש חסרון בעבירת הלאו משו"ה ס"ל דאינו לוקה. ובאמת ריש לקיש סובר דאין דין לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו, אלא הנידון לענין מלקות הוא אי עבר על האיסור בשלימות או לא, וכשיש חסרון בעבירת הלאו כמו בחסמה בקול דהיה יכול לחסום את הפרה ע"י חסימה בגופו - דהוי מעשה רבה, וחסם ע"י קול דהוי מעשה זוטא ולא הוי חסימה גמורה אזי יש חסרון בעבירת הלאו דלא עבר על הלאו בשלימות ומשו"ה ס"ל דאינו לוקה. ולפי"ז צ"ע מהי קושיית ר' יוחנן על ריש לקיש מהא דלוקין בתמורה, דהא אין בתמורה מעשה רבה ומעשה זוטא.

ונראה לבאר עפ"י דברי ברמב"ם שפסק (פ"א מהל' תמורה ה"א) וז"ל כל המימר לוקה על כל בהמה ובהמה שימיר שנא' לא יחליפנו ולא ימיר אותו ואע"פ שלא עשה מעשה מפי השמועה למדו שכל מצות ל"ת שאין בה מעשה אין לוקין עליה חוץ מנשבע ומימר ומקלל את חבירו בשם. שלשה לאוין אלו אי אפשר שיהיה בהן מעשה כלל ולוקין עליהן. ולמה לוקין על התמורה והרי לאו שבה ניתק לעשה שהרי נאמר ואם המר ימיר והיה הוא ותמורתו יהיה קדש, מפני שיש בה עשה ושני לאוין. ועוד שאין לאו שבה שוה לעשה שהציבור והשותפין אין עושין תמורה אם המירו ואע"פ שהן מוזהרין שלא ימירו. נמצאת אומר שהיחיד שהמיר הרי תמורתו קודש ואפילו המיר בשבת ולוקה ארבעים וא' מן השותפין שהמיר או מי שהמיר בקרבן מקרבנות הציבור הואיל ויש לו בהן שותפות הרי זה לוקה ואין התמורה קודש עכ"ל. ומבואר ברמב"ם דיש ב' אופנים דמימר חייב מלקות: א) כשיחיד המיר בקרבן יחיד וחל חלות קדושת תמורה, ב) אם א' מן השותפין או א' מן הציבור מימר בקרבן ציבור או בקרבן השותפין אע"פ דליכא חלות קדושת תמורה מ"מ לוקה. ומבואר מדבריו דחל חיוב מלקות עבור מעשה התמורה אע"פ שלא חל חלות קדושת תמורה. ונראה דכשהמיר בקרבן יחיד דחל חלות קדושת תמורה בנוסף למעשה ההמרה אזי י"ל דקא עביד "מעשה רבה" דעבר על האיסור בשלימות, דחל מעשה המרה וחל נמי חלות קדושת תמורה והוה איסור שלם. אולם בקרבן ציבור וקרבן השותפין חל רק מעשה תמורה בדיבורו ולא קא עבר על העבירה בשלימותה

מדלא חלה חלות קדושת תמורה. ומוכח איפוא דחל חיוב מלקות אע"פ שלא עבר על הלאו בשלימות דבקרבן ציבור לא חלה חלות תמורה.
ולפי"ז יש לומר דזוהי כוונת קושיית ר' יוחנן דבמשנה איתא "הכל ממירין וכו' לא שאדם רשאי להמיר אלא שאם המיר מומר וסופג את הארבעים" ומסתימת לשון המשנה משמע דלוקין אף כשהמיר בקרבן ציבור, וכשהמיר בקרבן ציבור לוקה על מעשה הדיבור ואע"פ דליכא חלות תמורה. וא"כ מוכח דאע"פ שיש ב' אופנים לעבור על איסור תמורה דהיינו - א) היכא שעשה מעשה תמורה בדיבורו וחל נמי חלות קדושת תמורה, ב) היכא שיש רק מעשה תמורה וליכא חלות תמורה, מ"מ חל חיוב מלקות גם כשלא נעשתה העבירה בשלימותה. וה"נ נימא ג"כ בחסימה, דאע"פ שיכול לחסום בידיים במעשה רבה אי חסמה בקול - דהוי מעשה זוטא צריך ללקות אע"פ שלא עבר על האיסור דלא תחסום בשלימות. וריש לקיש מתרץ דהמשנה בתמורה אזלא אליבא דר' יהודה שסובר דלוקין על לאו שאין בו מעשה, אולם ריש לקיש עצמו סובר דאין לוקין אא"כ עבר על הלאו בשלימותו ומשו"ה סובר דחסמה בקול פטור ממלקות.

דף צא.

איתביה ר' יוחנן לריש לקיש לא שאדם רשאי להמיר אלא שאם המיר מומר וסופג את הארבעים א"ל הא מני ר' יהודה היא דאמר לאו שאין בו מעשה לוקין עליו.
בענין פלוגתת ר' יוחנן וריש לקיש ובענין לאו שאין בו מעשה
א.
ביאור השקו"ט בגמ'
יש לבאר את השקו"ט בגמ' בב' אופנים:
א) י"ל דר' יוחנן סובר דיסוד האיסור בתמורה הוא לפעול חלות קדושת תמורה, ומכיון שהאיסור הוא עשיית חלות תמורה אזי עצם גדר הלאו נחשב ללאו שיש בו מעשה וכדאיתא בגמ' תמורה (ג:) "א"ל ר' יוחנן לתנא לא תיתני מימר משום דבדיבוריה קעביד מעשה". והיכא דגוף הלאו חשיב לאו שיש בו מעשה אזי לוקין אף ע"י דיבור, והוא הדין דלוקין כשחסמה בקול. ואילו ריש לקיש ס"ל דאין לוקין אא"כ הגברא נמי עשה מעשה בשעת עבירת הלאו, וע"ז הקשה ר' יוחנן דלשיטתך קשה מדוע לוקין במימר. ותירץ ריש לקיש דהלאו של תמורה הוא עצם הדיבור וההפלאה של תמורה וע"כ תמורה נחשבת כלאו שאין בו מעשה, והא דתנן דלוקין הוא אליבא דר' יהודה דס"ל לאו שאין בו מעשה לוקין עליו.

ב) א"נ י"ל דריש לקיש סובר דכדי ללקות צריך לעבור על עבירת הלאו בשלימותה, ואי עבר על הלאו דלא תחסום ע"י דיבור אזי לא עבר על האיסור בשלימותה דקא עביד רק מעשה זוטא דדיבור ולא חסם את הבהמה במעשה שבגופו, ומאחר שיש חסרון בעבירת הלאו משו"ה סובר ריש לקיש דאינו לוקה. ור' יוחנן הקשה עליו דמהא דחייבין מלקות בתמורה בקרבן ציבור והשותפין (לפי שיטת הרמב"ם פ"א מהל' תמורה ה"א) מוכח דחל חיוב מלקות עבור מעשה התמורה אע"פ שלא חל חלות קדושת תמורה. ונראה דהיכא דחל חלות קדושת תמורה אזי קא עבר על האיסור בשלימות וקא עביד מעשה רבה - דחל מעשה עבירה של דיבור, וחל נמי חלות קדושת תמורה. אולם בקרבן ציבור וקרבן השותפין נעשה רק מעשה זוטא והממיר לא עבר העבירה בשלימותה דלא חל חלות קדושת תמורה - ומוכח דחל חיוב מלקות אע"פ שלא עבר על הלאו בשלימות דלא חל חלות תמורה. ולפי"ז יש לומר דזוהי כוונת ר' יוחנן להקשות דחזינן מתמורת קרבן השותפין והציבור דלוקין על הלאו אע"פ שלא עבר על העבירה בשלימות. וריש לקיש מתרץ דהא דלוקין על מעשה ההמרה אע"פ דליכא חלות תמורה היינו רק אילבא דר' יהודה דס"ל לאו שאין בו מעשה לוקין עליו, ולדידיה לוקין על לאו שאין בו מעשה אף כשעבר על הלאו רק במעשה זוטא. אולם לפי שיטת ריש לקיש אין לוקין אא"כ עבר על הלאו בשלימות ואי שייך לחול חלות תמורה אין לוקין אא"כ חל נמי קדושת תמורה.

ב.

בישוב שיטת הרמב"ם בחסמה בקול

והנה עיין ברמב"ם (פי"ג מהל' שכירות ה"ב) שפסק כר' יוחנן דחסמה בקול לוקה, ומשמע דס"ל דעקימת פיו הוי מעשה, והקשו הלח"מ והמגיד משנה (שם) דהרמב"ם פסק (בפי"ח מהל' סנהדרין ה"ב) דכל לאו שאן בו מעשה אין לוקין עליו חוץ מנשבע ומימר ומקלל את חבירו בשם - דמשמע דס"ל דעקימת פיו לא הוי מעשה, וצ"ע. ועוד צ"ע דהרי ר' יוחנן אמר "לא תיתני מימר משום דבידיבורו עשה מעשה" (תמורה ג ב), וס"ל דתמורה הוי לאו שיש בו מעשה, אולם עיין ברמב"ם (פ"א מהל' תמורה ה"א) וז"ל כל המימר לוקה על כל בהמה ובהמה שימיר שנא' לא יחליפנו ולא ימיר אותו ואע"פ שלא עשה מעשה מפי השמועה למדו שכל מצות ל"ת שאין בה מעשה אין לוקין עליה חוץ מנשבע ומימר ומקלל את חבירו בשם. שלשה לאוין אלו אי אפשר שיהיה בהן מעשה כלל ולוקין עליהן עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דתמורה הוי לאו שאין בו מעשה, וצ"ע מדוע לא פסק הרמב"ם כוותיה דר' יוחנן לגבי תמורה דלכאורה ס"ל כוותיה לענין לאו דחסימה. וביאר הגר"ח זצ"ל דהרמב"ם סובר דעיקר הלאו בתמורה

הוא המעשה התמורה והדיבור - ומשו"ה ס"ל דאע"פ שבקרבן ציבור וקרבן השותפין ליכא חלות קדושת תמורה מ"מ אם המיר יחיד בהם הריהו לוקה משום דלוקין על מעשה ההמרה, דעיקר הלאו הוא מעשה התמורה, וע"כ הרמב"ם סובר דהלאו דתמורה הוי לאו שאין בו מעשה. משא"כ בנוגע ללאו דחסימה יסוד הלאו הוא שהבהמה דשה כשהיא חסומה - ועצם הלאו הוי לאו שיש בו מעשה, ולכן פסק הרמב"ם שאם נעשה מעשה זוטא וכגון דחסמה בקול לוקה. אולם ר' יוחנן סובר דעיקר הלאו בתמורה היינו להחיל חלות קדושת תמורה, ומשו"ה ס"ל דהוי לאו שיש בו מעשה דבידיבורו איתעביד מעשה - דחל חלות הקדש. ועיין בתוס' במס' שבועות דף כא. (ד"ה חוץ משנבע ומימר) וז"ל תימה והא ר' יוחנן אית ליה בהשוכר את הפועלים גבי חסמה בקול והנהיגה בקול עקימת פיו הוי מעשה וי"ל דשאני התם דבדיבור עושה מעשה שהבהמה נמנעת מלאכול והוי כמו מימר דא"ל ר' יוחנן לתנא לא תיתני מימר דבדיבור קעביד מעשה וכו' עכ"ל. וביאר מרן הגר"ח זצ"ל דתוס' ס"ל דר' יוחנן סובר דגוף האיסור דתמורה אינו מעשה התמורה דהיינו ההפלאה והדיבור אלא חלות התמורה, והדיבור אינו אלא היכי תימצי בעבירת הלאו. ור' יוחנן משווה האיסור דתמורה לחסמה בקול, דאף בלא תחסום גוף האיסור הוא שהבהמה דשה כשהיא חסומה והוי לאו שיש בו מעשה, והקול אינו אלא ההיכי תימצי היאך נחסמה הבהמה, אולם עצם האיסור הוי לאו שיש בו מעשה. ור' יוחנן סובר דהיכא דעצם גדר של האיסור הוי לאו שיש בו מעשה לוקין עליו אף אם עבר על הלאו רק ע"י דיבור. אולם אם עצם הלאו הוי איסור דיבור כמו במגדף ומקלל אביו ואמו ומסית ומדיח אזי גדר הלאו הוא לאו שאין בו מעשה ואין לוקין עליו. אמנם הרמב"ם פסק דיסוד האיסור דתמורה היינו מעשה ההמרה וההפלאה, וע"כ סובר דעצם גדר הלאו הוי לאו שאין בו מעשה.[629]

ג.

ביאור שיטת הרמב"ם בדין נשבע בשם ע"ז

והנה עיין ברמב"ם (פ"ה מהל' עכו"ם ה"י - הי"א) וז"ל הנודר בשם עכו"ם והנשבע בה לוקה שנא' ושם אלהים אחרים לא תזכירו וכו' ואסור להשביע עובד כוכבים ביראתו וכו' ואסור לגרום לאחרים שידרו ושיקיימו בשם עבודת כוכבים, ואינו לוקה אלא הנודר בשמה והמקיים בשמה והוא הנשבע בשמה עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל לא אמרו בגמ' אלא אליבא דר' יהודה דאית ליה לאו שאין בו מעשה לוקין עליו, ולית הלכתא כוותיה אלא כר' יוחנן משום דר' יוסי הגלילי דאמר כל ל"ת שבתורה וכו' חוץ מנשבע

[629] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"א עמ' קפ"ד בענין לאו שאין בו מעשה אות ז'.

ומימר עכ"ל. וצ"ע בשיטת הרמב"ם מדוע ס"ל דהנשבע בשם עבודת כוכבים לוקה והרי הוי לאו שאין בו מעשה.

ונראה דיש לחקור בגדר האיסור להשבע בשם ע"ז האם הוא איסור מיוחד ומסוים בפני עצמו להשבע בשם ע"ז, או"ד דהוי איסור לכבד ולחבב ע"ז ע"י שבועה, ויסוד האיסור הוי איסור כללי לכבד ולחבב ע"ז ודומה לאיסור מגפף ומנשק לע"ז. והנה עיין ברמב"ם (פ"ג מהל' עבודת כוכבים ה"ו - ה"ז) וז"ל המגפף עבודת כוכבים והמנשק לה והמכבד והמרבץ לפניה וכו' וכל כיוצא בדברי האלו עובר בלא תעשה שנא' ולא תעבדם ודברים אלו בכלל עבודה הן ואע"פ כן אינו לוקה על אחת מהן לפי שאינה בפירוש עכ"ל. ומבואר דהמכבד או המנשק ע"ז עובר בלאו אבל אין לוקין ע"ז משום דהוי לאו שבכללות - דהלאו אינו אוסר מעשה מסוים - אלא דהוי איסור כללי לעשות מעשה שמכבד ומחבב ע"ז[630]. אמנם הרמב"ם (פ"ה מהל' עכו"ם הי"א) פסק דהנשבע בשם ע"ז לוקה ואינו לאו שבכללות דנאסר מקרא ד"ושם אלהים אחרים לא תזכירו לא ישמע על פיך", והוי איסור נפרד ומסוים להשבע בשם ע"ז. ונראה דהרמב"ם סובר דהאיסור להשבע בשם ע"ז הויא איסור מסוים של כיבוד וחיבוב ע"ז ע"י שבועה, ואינו לאו שבכללות כאיסור מגפף ומנשק שהן נאסרו מלאו דלא תעבדם דהוי איסור כללי שלא לעשות שום מעשה שמכבד ומחבב ע"ז, משא"כ האיסור להשבע בשם ע"ז הוי איסור מסוים לכבד ולחבב ע"ז ע"י שבועה. אולם צ"ע בפסק הרמב"ם דהנשבע בשם ע"ז לוקה והרי קיי"ל דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו. ולפימש"נ נראה לתרץ דהרמב"ם סובר שהנשבע בשם ע"ז לוקה משום דהויא בכלל "בדיבורו איתעביד מעשה" דיסוד האיסור הוא שחל חלות כיבוד וחיבוב ע"ז ע"י השבועה, והשבועה אינה אלא מעשה העבירה, אולם יסוד האיסור הוא החלות כיבוד וחיבוב שחל ע"י השבועה, ומשו"ה פסק הרמב"ם דלוקה. משא"כ אם נאמר דהאיסור ד"ושם אלהים אחרים לא תזכירו וגו'" הוא איסור מיוחד ומסוים בפ"ע להשבע בשם ע"ז והאיסור הוא עצם מעשה השבועה בשם ע"ז אזי י"ל דהוי איסור דיבור בעלמא והו"ל לאו שאין בו מעשה שאין לוקין עליו. ולפי"ז יש ליישב תמיהת הלח"מ (פי"ג מהל' שכירות ה"ב), די"ל דהרמב"ם פסק דחסמה בקול לוקה משום דס"ל דהתם בדיבורא איתעביד מעשה - דהאיסור הוא החלות והמציאות שהבהמה דשה כשהיא חסומה, והקול אינו אלא היכי תימצי לעבור על הלאו. משא"כ במימר ס"ל דהוי לאו

[630] ואמר רבנו זצ"ל בשם אביו מרן הגר"מ הלוי זצ"ל שביאר עפ"י יסוד זה מדוע הלאו דלפני עור לא תתן מכשול הוי לאו שבכללות, דאינו אוסר מעשה מסוים דחל איסור לפני עור בנתינת עצה רעה ובשימת אבן לפני עור וכו' ולאו שאין לו מעשה עבירה מסוימת הוי לאו שבכללות ואין לוקין עליו. ועיין בס' רשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"א (עמ' קצ"ב - קצו) בענין לאו שבכללות שדן רבנו זצ"ל בארוכה בדברי מרן הגר"מ זצ"ל.

שאין בו מעשה - דהרמב"ם סובר דעיקר הלאו דתמורה חל על מעשה התמורה ולא על עשיית חלות קדושת תמורה, וכדמוכח ממה שפסק (פ"א מהל' תמורה ה"א) וז"ל וא' מן השותפין שהמיר או מי שהמיר בקרבן מקרבנות הציבור הואיל ויש לו בהן שותפות הרי זה לוקה ואין התמורה קודש עכ"ל, דמהא דא' מן השותפין שהמיר או המימר בקרבן ציבור לוקה אע"פ שלא חל חלות תמורה מוכח דיסוד האיסור בתמורה הוא מעשה ההמרה ולא התהוות ועשיית חלות קדושת תמורה. ולכן הרמב"ם סובר דבנוגע לתמורה לא אמרינן דבדיבורא איתעביד מעשה, והוי בכלל לאו שאין בו מעשה אלא דמ"מ לוקין עליו.

ד.

בדין לאו שיש בו מעשה לענין חיוב קרבן

והנה עיין בסוגית הגמ' בסנהדרין (דף סה. - סה ב) שדנה האם בעינן מעשה להתחייב בקרבן בחייבי כריתות שוגגין, וז"ל והתניא אינו חייב אלא על דבר שיש בו מעשה כגון זיבוח קיטור וניסוך והשתחואה ואמר ריש לקיש מאן תנא השתחואה ר"ע היא דאמר לא בעינן מעשה, ור' יוחנן אמר אפילו תימא רבנן כפיפת קומתו לרבנן הוי מעשה וכו', ור' יוחנן מאי שנא דכפיפת קומתו לרבנן הוי מעשה ועקימת שפתיו לא הוי מעשה, אמר רבא שאני מגדף הואיל וישנו בלב, מתיב ר' זירא יצאו עדים זוממים שאין בהן מעשה ואמאי הא ליתניהו בלב אמר רבא שאני עדים זוממים הואיל וישנו בקול, וקול לר' יוחנן לאו מעשה הוא והא איתמר חסמה בקול והנהיגה בקול ר' יוחנן אמר חייב וריש לקיש אמר פטור, ר' יוחנן אמר חייב עקימת פיו הוי מעשה ריש לקיש אמר פטור עקימת פיו לא הוי מעשה, אלא אמר רבא שאני עדים זוממים הואיל וישנן בראייה עכ"ל. ומבואר בגמ' דאליבא דר"ל המשתחווה לע"ז אינו מתחייב בקרבן אליבא דרבנן משום דלא עשה מעשה רבה והוי לאו שאין בו מעשה שאינו מחייב בקרבן. וצ"ע דהרי פשיטא דעצם הגדר של האיסור השתחוואה לע"ז הוי לאו שיש בו מעשה - דהשתחוואה הויא מעשה, וא"כ צריך ביאור מדוע ס"ל לריש לקיש דאליבא דרבנן אינו מתחייב בקרבן, דריש לקיש סובר דהמשתחווה לע"ז חייב קרבן רק אליבא דר"ע שאינו מצריך מעשה. וביאר הגר"ח זצ"ל דמוכח מהגמ' דשאני חיוב מלקות מחיוב קרבן, דבמלקות יש שני דינים: א) דבעינן שהלאו יהיה דומיא דלאו דחסימה (עיין בגמ' מכות דף יג:) - והיינו דבעינן דעיקר גדר דהלאו יהא לאו שיש בו מעשה. ב) דין נוסף דכדי ללקות בעינן שהגברא יעבור האיסור ע"י מעשה בפועל, וכדדרשינן מקרא אם לא תשמור לעשות וגו' והפלה ה' את מכותיך - זו מלקות (עיי"ש בסוגיא במכות יג ב). וכדי להתחייב מלקות בעינן שעצם חלות הלאו

יהיה לאו שיש בו מעשה וגם שיעשה הגברא מעשה בפועל בעבירת הלאו. משא"כ בקרבן ליכא דין דבעינן שעצם הלאו יהיה מוגדר בעיקר חלותו כלאו שיש בו מעשה, אלא יסוד החיוב תלוי האם הגברא עבר האיסור ע"י מעשה בפועל או לא, דאם עשה מעשה אזי הריהו מתחייב בקרבן ואע"פ שאין עצם הגדר של הלאו - לאו שיש בו מעשה. ובסוגיא בסנהדרין נחלקו ר"י ור"ל האם כפיפת קומתו הויא מעשה או לא, דר"ל סובר דלא הוי מעשה ומשו"ה פטור מקרבן אליבא דרבנן אע"פ שעיקר חלות שם והגדר של הלאו להשתחוות לע"ז הוי לאו שיש בו מעשה.

והנה הגמ' הקשה "ור' יוחנן מ"ש דכפיפת קומתו לרבנן הוי מעשה ועקימת שפתיו לא הוי מעשה" ומשני "אמר רבא שאני מגדף הואיל וישנו בלב" ופרש"י (בד"ה הואיל) וז"ל עיקר חיוב הבא עליו תלוי בלב שמתכוין לברך השם שאפילו מברך את השם כל היום ואין בלבו כלפי מעלה אלא שהעלה את השם לדבר אחר ומכנהו בשם המיוחד ומקללו אינו מתחייב עכ"ל. ומבואר מרש"י דגוף האיסור דמגדף היינו במחשבה בלב ולא בעצם הדיבור ולכן מגדף הוי לאו שאין בו מעשה. והנה כתבו התוס' (ד"ה הואיל) וז"ל וקשה השתא השתחואה נמי ישנה בלב וכו' כדאמרינן גבי אנדרטא אי לא קיבלה באלוה לאו כלום הוא וי"ל מדכתיב גבי נינוה ממך יצא חושב על ה' רעה דהיינו רבשקה שגידף שהיה שלוחו של סנחריב מלך אשור ונינוה בארץ אשור ותלאו הכתוב במחשבה עכ"ל. ובביאור דבריהם נראה דר"ל דאע"פ דהשתחואה ומגדף תרווייהו תלויים בכוונת הלב, אך חלוקים הם בגוף חלות האיסור, דבהשתחואה גופו של האיסור הוי מעשה ההשתחואה, אלא דיש תנאי דבעינן כוונת הלב שמכוון לע"ז כדי לקבוע את מעשה ההשתחואה למעשה דעבודה זרה, ומשו"ה השתחואה הוי מעשה עבירה המחייב קרבן דגוף האיסור הוא מעשה. משא"כ במגדף דגוף האיסור הוי גידוף שבלב ועצם האיסור הוא שמכוון בלבו לגדף את השם, והא דבעינן דיבור הוא רק כדי לגלות שגידף את השם, אולם אין הביטוי שפתיים והדיבור גוף האיסור, ומכיון דגוף האיסור הוי בלב אינו חייב קרבן.

ועוד הקשה הגמ' "מתיב ר' זירא יצאו עדים זוממין שאין בהן מעשה ואמאי הא ליתנהו בלב" והגמ' מתרצת "אמר רבא שאני עדים זוממים הואיל וישנו בקול". ונראה דכוונת רבא לתרץ דאין חלות שם הגדת עדות תלויה בדיבור דהרי העדים יכולים לשלוח עדותן בכתב לבית דין (לפי שיטת רבינו תם) ומסתבר דג"כ יכולים להעיד בהרהון ראשיהם ובסימנים אחרים ולא בעינן דיבור דוקא, דיסוד הענין של הגדת עדות אינה דיבור אלא הגדה דהיינו שהעדים מוסרים את המידע שיודעים לב"ד באיזה אופן שהוא, ומשו"ה

אין הגדת עדות נחשב למעשה עבירה המחייב קרבן דדמי למגדף שאין האיסור עצם הדיבור ולכן אע"פ שדיבר הוי לאו שאין בו מעשה לגבי קרבן.

והנה בגמ' שם הקשה "וקול לר' יוחנן לאו מעשה הוא והא איתמר חסמה בקול והנהיגה בקול ר' יוחנן אמר חייב וכו'" וצ"ע בקושיית הגמ' דמהו הדמיון בין חיוב מלקות לחיוב קרבן, די"ל דלגבי מלקות שאני הלאו דחסימה דעצם גדר הלאו הוי לאו שיש בו מעשה, ומשו"ה לוקה אף אם חסמה ע"י דיבור וקול. משא"כ לענין קרבן י"ל דעצם הלאו דעדות שקר הוי לאו שאין בו מעשה ואינו מחייב קרבן. ועל כרחך צ"ל כדברי הגר"ח זצ"ל דשאני חיוב קרבן מחיוב מלקות, דבקרבן לא בעינן שיהא עצם גדר הלאו - לאו שיש בו מעשה, אלא בעינן שיעשה הגברא מעשה בפועל. והגמ' הקשה דאם דיבור הוי מעשה עבירה בפועל בנוגע לחיוב מלקות וכדחזינן מהא דחסמה בקול לוקה (לר' יוחנן) א"כ הוא הדין לענין קרבן צריך להיות נחשב כמעשה לחייב קרבן, וא"כ מדוע עדים זוממים נתמעטו מקרבן. דאע"פ דדיבור אינו קובע את עצם גדר הלאו ללאו שיש בו מעשה מ"מ ס"ל לר"י דדיבור הוי מעשה עבירה בפועל לחייב מלקות, וא"כ צ"ע מדוע עדים זוממים נתמעטו מקרבן דנהי דגוף האיסור של עדות שקר אינו לאו שיש בו מעשה - מכיון דעצם הגדת עדות לא בעי מעשה (דהרי יכול להעיד בהרהור הראש ובכתב לפי ר"ת וכדנתבאר לעיל), אמנם מ"מ נראה דהדיבור והגדת העדות של העדים זוממים הוי מעשה עבירה, וא"כ אמאי אין עדים זוממים מתחייבים קרבן. אולם הגמ' לא הקשה ממגדף משום דגוף האיסור דמגדף הוא איסור במחשבה והדיבור אינו מצטרף כלל למעשה העבירה, (עיין ברש"י שם סה א ד"ה הואיל וישנו בלב וברש"י סה ב ד"ה אמר רבא שאני עדים זוממים).[631]

ה.

ביאור דברי הגמ' "שאני עדים זוממים הואיל וישנן בראייה" - וביסוד החיוב דעדים זוממים

ועיי"ש בסוגיית הגמ' "מתיב ר' זירא יצאו עדים זוממים שאין בהן מעשה ואמאי הא ליתניהו בלב אמר רבא שאני עדים זוממים הואיל וישנו בקול, וקול לר' יוחנן לאו מעשה הוא והא איתמר חסמה בקול והנהיגה בקול ר' יוחנן אמר חייב וריש לקיש אמר פטור, ר' יוחנן אמר חייב עקימת פיו הוי מעשה ריש לקיש אמר פטור עקימת פיו לא הוי מעשה, אלא אמר רבא שאני עדים זוממים הואיל וישנן בראייה". וברש"י (ד"ה בראייה) כתב וז"ל עיקר חיובא בא ע"י הראייה שמעידים שראו וראייה לית בה מעשה עכ"ל, ודבריו

[631] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"א (עמ' קפ"ה) בענין לאו שאין בו מעשה אות ז'.

צ"ב. ונראה לבאר עפי"ד הגר"ח זצ"ל דהמחייב דעדים זוממים אינה מעשה העבירה ד"לא תענה ברעך עד שקר" והגדת עדות שקר אלא חלות השם עד זומם שבגברא. דהרי קיי"ל דעדים זוממים חייבים רק ע"י הזמה - כלומר שבאו עוד עדים והעידו "עמנו הייתם במקום אחר", ואפילו אם בא הרוג ברגליו דמוכח שהעידו עדות שקר אינם חייבים, ומוכח דהמחייב דעדים זוממים אינו עבירת הלאו ד"לא תענה ברעך עד שקר" ומעשה הגדת עדות שקר בלבד, אלא המחייב הוא חלות השם עד זומם שבגברא. ונראה לומר דאילו המחייב היה עבירת הלאו ד"לא תענה ברעך עד שקר" אזי י"ל שמעשה הגדת עדות שקר בב"ד הוי מעשה גברא לחייב בקרבן. אמנם מאחר שאין המחייב עבירת הלאו דלא תענה אלא חלות השם עד זומם בגברא י"ל דאין ההגדה נחשבת כמעשה עבירה לחייב בקרבן. ויתכן דזהו כוונת רש"י דהחיוב של עדים זוממים בא ע"י הראייה "שמעידים שראו וראייה לית בה מעשה" - דר"ל דהמחייב דעדים זוממים הוי החלות שם עד זומם שחל בעדים ע"י הזמה ולא עבירת הלאו דהגדת עדות שקר, דעדים זוממים אינם חייבים אא"כ המזימים מעידים עמנו הייתם ולא ראיתם את מה שאתם מעידים שראיתם, ומכיון שהגדת עדות המזימים מעכבת בחיוב דעדים זוממים אין הגדתם נחשבת למעשה עבירה גמור לחייב קרבן, ולכן אין אומרים בעדים זוממים דעקימת פיו הוי מעשה.

והנה הגר"ח זצ"ל הביא כמה ראיות ליסוד זה דהמחייב בעדים זוממים הוא החלות שם עד זומם ולא מעשה העבירה דהגדת עדות שקר: א) במשנה במכות (דף ה:) איתא "ר' עקיבא אומר לא בא השלישי להקל אלא להחמיר עליו ולעשות דינו כיוצא באלו ואם כן ענש הכתוב לנטפל לעוברי עבירה כעוברי עבירה וכו'", ועיין בנימוקי יוסף (מכות דף ב: בדפי הרי"ף ד"ה לא בא הג' להקל וכו') וז"ל פירש הר"י בן גיאות דאם הוזמו השנים אע"פ שלא הוזם השלישי נעשו כולם זוממים וענש הכתוב השלישי שנטפל לשנים שעברו והעידו שקר וכו' עכ"ל. ולכאורה צ"ע דהרי העד השלישי לא הוזם ולא עבר על העבירה של הגדת עדות שקר וא"כ מדוע חל עליו עונש דכאשר זמם. ועכצ"ל דמכיון שהשלישי הצטרף לכת הזוממים וחל הזמה בכת חל על הכת כולה חלות שם עדים זוממים, ולכן השלישי נענש מחמת חלות שם עד זומם שיש בו, ואע"פ שלא עבר על עבירת הלאו דלא תענה ברעך עד שקר. ב) עיין בסוגיא בב"ק (דף עב:) דנחלקו אביי ורבא האם עד זומם למפרע הוא נפסל או דנפסל מכאן ולהבא, דאביי סובר דנפסל למפרע משום "דמההוא שעתא דאסהיד הוה ליה רשע והתורה אמרה אל תשת רשע עד", ואילו רבא סובר ד"עד זומם חידוש הוא מאי חזית דציית להני ציית להני, הלכך אין לך בו אלא משעת חידוש ואילך". וצ"ב בסברת רבא דלכאורה מאחר שהאמינה התורה למזימים הוברר

שהעדים העידו עדות שקר וא"כ מדוע לא נפסלו למפרע משעת העבירה. וביאר הגר"ח זצ"ל דהמחייב של עדים זוממים הוא החלות שם עד זומם בגברא ורבא סובר דחלות שם עד זומם חל בשעת הגמר דין כשב"ד מזימם ולכן נפסלו לעדות מאותה שעה ולא למפרע. והוסיף הגר"ח זצ"ל די"ל דאף אביי סובר דהחלות שם עד זומם הויא המחייב אלא דס"ל דחל חלות שם עד זומם למפרע משעת ההגדה אולם אף אביי מודה שאין המחייב המעשה עבירה של הגדת עדות שקר בב"ד. ג) עיין ברמב"ם (פ"כ מהל' עדות ה"ד) וז"ל ואין לעדים זוממים שגגה לפי שאין בה מעשה לפיכך אין צריכים התראה כמו שביארנו עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל זה הטעם לא ידעתי מהו וכו' א"כ מגדף לדעת חכמים לא יהא צריך התראה עכ"ל. וביאר הגר"ח זצ"ל דיש לתרץ קושיית הראב"ד דיש חילוק בין המחייב דמגדף למחייב בעדים זוממים, דהמחייב במגדף הויא מעשה העבירה והיכא דהמחייב הוי המעשה עבירה אזי בעינן התראה ואי עבר בשוגג אינו נענש, משא"כ בעדים זוממים דהמחייב הוי החלות שם עד זומם ואין המחייב מעשה העבירה ומשו"ה חייבין אף בשגגה ואין צריכים התראה. ד) מבואר במשנה (מכות ב א) דעדים זוממים שהעידו על כהן שהוא בן גרושה או בן חלוצה לוקין, וכתבו התוס' (מכות דף ד: ד"ה ורבנן) דלוקין משום לא תענה דהגזה"כ ד"והיה אם בן הכות הרשע" מגלה דעדים זוממים לוקין משום לא תענה אע"פ דהוי לאו שאין בו מעשה. אולם עיין ברמב"ם (פ"כ מהל' עדות ה"ח - ה"ט) וז"ל עדים שהעידו על אחד שהוא רשע והרשיעוהו רשע שאין בו לא מלקות ולא מיתה ולא חיוב ממון ואח"כ הוזמו הרי אלו לוקין אע"פ שלא זממו להלקות זה, כיצד העידו על כהן שהוא חלל כגון שהעידו בפנינו נתגרשה אמו או נחלצה במקום פלוני ביום פלוני והוזמו הרי הן לוקין, וכן אם העידו על אדם שהרג בשגגה והוזמו לוקין ואינן גולין, העידו על שורו של זה שהרג הנפש והוזמו הרי הן לוקין ואין משלמין את הכופר, העידו עליו שנמכר בעבד עברי והוזמו לוקין. וארבע דברים אלו מפי הקבלה הן. כך קיבלו חכמים ששנים שהרשיעו את הצדיק והצדיקו את הרשע בעדותן ובאו עדים אחרים והזימום וכו' הרי אלו הראשונים לוקים אע"פ שלא הרשיעו הצדיק להלקותו עכ"ל. והרמב"ם לא כתב דלוקין משום לא תענה אלא דלוקין משום שכך קיבלו חכמים דבארבע דברים אלו לוקין. ואמר הגר"ח זצ"ל דנראה לומר דנכלל בקבלה זו שלוקין על ד' דברים אלו משום החלות שם עד זומם ולא משום עבירת הלאו דלא תענה ברעך עד שקר[632].

[632] ועיין עוד בס' רשימות שיעורים עמ"ס שבועות ח"א עמ' קפ"ה - קפ"ז, ובס' רשימות שיעורים למס' בב"ק ח"א עמ' קנ"ט - קס"א שהאריך רבינו בדברי הגר"ח זצ"ל ביסוד המחייב דעדים זוממים.

ו.

ביאור הסוגיא לפי הרי"ף והרמב"ן

אמנם עיין ברי"ף (סנהדרין דף טז: בדפי הרי"ף) שגרס "אמר רבא שאני עדים זוממים הואיל וישנן באיה", וביאר הרי"ף וז"ל והדין הוא פירושא דהדין פירקא, אקשינן ואמרינן לר' יוחנן מאי שנא כפיפת קומתו לרבנן דהויא מעשה ומ"ש הקצת שפתיו דמגדף דלא הויא מעשה, ופריק רבא שאני מגדף הואיל וישנו בלב ולפיכך הקצת שפתיים אינה חשובה מעשה שהרי יתכן לגדף בלבו בלא הקצת שפתים ולפיכך הקצת שפתיו ומחשבות לבו שאין בהם הקצה אחד הן. ואותיב רב זירא וקאמר אי מהאי טעמא דלא חשבת להקצת שפתיו דמגדף מעשה אמאי תאני יצאו עדים זוממים שאין בהן מעשה והא ליתנהו בלב, ופריק רבא שאני עדים זוממים הואיל וישנו באיה כלומר אע"פ שאינן בלב שאינו מעשה יש בו צד אחר שאינו מעשה כמו הלב שאינו מעשה ומאי ניהו הואיל וישנו באיה כגון שהעיד א' מן העדים והשלים עדותו ואמרנו לחבירו כך אתה מעיד כמו שהעיד חבירך ואמר איה או אין הרי עדותן עדות נמצאו זוממים חייבין וכו', וכיון שישנן באיה ובאין עדותן עדות ואע"פ שאין בהן הקצת שפתים, שאותיות אלו מאותיות הגרון הן ואין בהם הקצת שפתים שיש בהם מעשה, לפיכך אע"פ שהעיד בהקצת שפתים אינה חשובה מעשה, שהרי אפשר לו להעיד בלא הקצת שפתים. ונמצאת עדותן בהקצת שפתים ובלא הקצת שפתים אחד הן, לפיכך אין הקצת שפתים חשובה מעשה וכו' עכ"ל. ועיין ברמב"ן במלחמות ה' (טז: בדפי הרי"ף ד"ה שאני עדים זוממים) וז"ל ועוד השיב הרב אברהם ב"ר דוד ז"ל מה יעשה במקלל אביו ואמו ומסית ומדיח ונביא שקר דכולהו בהדי עדים זוממים נשנו בספרא וכולהו ממעט להו התם מפני שאין בהם מעשה, ואמאי והא ליתנהו בראיה אבל באיה ישנן, דכולהו מצי למימר מאי דבעו בלא הקצת שפתים שהוא באותיות בומ"ף, או שיאמרו להם אחרים והם אומרים הן, הלכך לא חשיב מעשה אע"ג דאיכא הקצת שפתים וכו' עכ"ל. ומבואר מדברי הראב"ד והרמב"ן דמקלל אביו ואמו ומסית ומדיח חייבין כשאחרים קיללו והם ענו הן, והנך לאווין חשיבי ללאוין שאין בהם מעשה מכיון דישנן באיה דהיינו שיכול לעבור ע"י דיבור באותיות הגרון בלא הקצת שפתים. ודבריו צ"ב, דמהיכי תיתי דיתחייב משום מקלל אביו ואמו ומסית ומדיח ונביא שקר בעניית הן, דהרי צריך לקלל את אביו בשם מן השמות המיוחדים (וכדפסק הרמב"ם פ"ה מהל' ממרים ה"ב) ומנלן שאם אדם אחר קילל את אביו בשם והבן ענה למקלל "הן כן הוא" דחייב משום מקלל אביו.

ונראה לבאר דבריהם דהרי מצינו דחל דין אמן בשבועה, וכדכתב הרמב"ם (פ"ב מהל' שבועות ה"א) וז"ל אחד הנשבע אחד מארבע שבועות אלו מפי עצמו ואחד המושבע מפי אחרים וענה אמן אפילו השביעו עכו"ם או קטן וענה אמן חייב שכל העונה אמן אחר שבועה כמוציא שבועה מפיו ואחד העונה אמן או האומר דבר שענינו כענין אמן כגון שאמר הן וכו' וכל כיוצא בזה בכל לשון הרי זה כנשבע לכל דבר בין לחייבו מלקות בין לחייבו קרבן עכ"ל. והנה יש לחקור ביסוד הדין דכל העונה אמן אחר השבועה כמוציא שבועה מפיו (שבועות כט ב), האם עניית אמן חלה מדין צירוף לצרף שבועת המשביע למושבע, אולם השבועה הוי שבועת המשביע, או"ד דאמן בו שבועה ר"ל דחל שבועת המושבע, דעניית אמן לשבועה מהוה חלות דין מעשה שבועה בפ"ע, דחל דין מושבע מפי עצמו. ויש להביא ראיה ממש"כ הרמב"ם שעכו"ם או קטן יכול להיות המשביע והעונה אמן אחר שבועתם חייב, וצ"ע דהרי עכו"ם וקטן אינם בכלל הפרשה של הפלאה וחלות שבועה, ועל כרחך מוכח דע"י עניית אמן חלה שבועת המושבע והוי מושבע מפי עצמו ואין האמן חל מדין צירוף לצרף המושבע לשבועת המשביע. אמנם לכאורה דין זה הוי הלכה מסוימת בשבועה. אולם עיין עוד ברמב"ם (פ"א מהל' ברכות הי"א) וז"ל וכל העונה אמן אחר המברך הרי זה כמברך והוא שיהיה המברך חייב באותה ברכה עכ"ל. ומבואר שאם ענה אמן לברכה של עכו"ם או קטן שאינן בני חיובא אינו יוצא, ואין דין שלשון אמן היא בעצמה חלות ברכה, וצ"ע דמ"ש אמן בברכה מאמן בשבועה. ונראה לבאר דהנה עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' נדרים ה"א) וז"ל אחד הנודר מפי עצמו או שהדירו חבירו ואמר אמן או דבר שענינו כענין אמן שהוא קבלת דברים עכ"ל. ויש לדקדק דהרמב"ם כתב "או שהדירו חבירו ואמר אמן" ולא נקט ציור דענה אמן לנדר של עכו"ם או קטן, וצ"ע. ונראה לבאר עפ"י דברי הגמ' (שבועות דף לו.) "אמר ר' יוסי ב"ר חנינא אמן בו שבועה אמן בו קבלת דברים וכו' בו שבועה דכתיב ואמרה האשה אמן אמן, בו קבלת דברים דכתיב ארור אשר לא יקים את דברי התורה הזאת", ומבואר דחלין ב' דינים בעניית אמן: א) אמן בו שבועה - דאמן עצמה היא לשון שבועה והוי כאילו נשבע בעצמו והוציא שבועה מפיו, ב) אמן חל מדין קבלת דברים, והריהו כמודר או מושבע מפי חבירו. ונראה דהרמב"ם סובר דיש חילוק בין שבועות לנדרים - דבשבועה חל אמן כאילו הוציא שבועה מפיו וחל דין שבועה מפי עצמו. משא"כ בנדרים ובברכה חל אמן מדין קבלת דברים בלבד, שהעונה אמן מקבל על עצמו נדר המדירו או ברכת המברך. וי"ל דיש נפ"מ בזה לדינא - דאם ענה אמן לנדר של קטן או עכו"ם לא חל דין נדר ואינו אסור, משא"כ אם ענה אמן לשבועה של עכו"ם או קטן הרי זה כאילו הוציא

שבועה מפיו וחייב[633]. ולפי"ז נראה לבאר דברי הראב"ד והרמב"ן די"ל דבמקלל אביו ואמו ומסית ומדיח חל דין אמן מדין קבלת דברים. דאמן מדין קבלת דברים אינה הלכה מסוימת בהפלאה וכדחזינן דחלה אף בברכות וילפינן לה מקללות דהר עיבל. והאומר הן למקלל אביו ואמו ומסית חייב מדין קבלת דברים, דל"צ לומר דוקא "אמן" אלא "כל דבר שענינו כענין אמן שהוא קבלת דברים" (וכמש"כ הרמב"ם פ"ב מהל' נדרים ה"א).

ועיי"ש בהמשך דברי הרמב"ן במלחמות ה' וז"ל ואל יקשה עליך חסמה בקול דחשיב ליה לר' יוחנן מעשה, שיש לומר דכי אמרינן הואיל הני מילי לענין קרבן דכתיבה ביה עשיה להוציא דיבור שאין בו מעשה לעולם, דכיון דעיקר אדיבור הוא דמחייבינן ליה לעולם מיעט הכתוב דיבור שיש בו הקצת שפתים כדיבור שאין בו הקצת שפתים דבעינן תורה אחת לעושה, אבל חסמה בקול לענין מלקות כל היכא דאיכא הקצת שפתים חייב, ולא עשו בו דיבור שיש בו מעשה זוטא כדיבור שאין בו מעשה כלל דחיוביה דהאי לאו דיבורא הוא לעולם, ובכה"ג לא מיעט רחמנא ממלקות עכ"ל. ונראה דהרמב"ן הקשה מדוע נחשבת חסימה בקול למעשה מאחר דשייך לחסום בלא עקימת פיו והקצת שפתים, וכי היכי דאמרינן דמשו"ה עדים זוממים ומגדף הווין לאווין שאין בהם מעשה הואיל וישנן באיה ה"נ נימא לגבי חסימה בקול. והרמב"ן מתרץ דיש לחלק בין חיוב קרבן לחיוב מלקות, דלגבי קרבן אמרינן דעדים זוממים הוי לאו שאין בו מעשה ואינו מחייב קרבן אף באופן שהעידו בהקצת שפתים מכיון דשייך לעבור ולהעיד בלי הקצת שפתים. משא"כ לענין מלקות קיי"ל דאי עבר ע"י הקצת שפתים לוקה, ומשו"ה ס"ל לר' יוחנן דחסמה בקול לוקה, ודבריו צ"ב.

ונראה לבאר דהרמב"ן סובר דלגבי חיוב קרבן אין אנו דנים על עצם גדר הלאו אי הוי לאו שיש בו מעשה או לא, אלא בעינן שיעשה הגברא חלות שם מעשה עבירה בפועל, וכיון שאפשר לעדים זוממין לעבור ע"י הגהת אותיות איה שאין בהם הקצת שפתים, ושייך לעבור על האיסור דעדות שקר בלי מעשה אזי אף אם עבר ע"י ביטוי שפתים שהגה אותיות בומ"ף שיש בהם הקצת שפתים מ"מ לא נחשב עפ"י דין כמי שעשה מעשה עבירה בפועל, מכיון שהעבירה נעשית נמי בלי הקצת שפתים. דמכיון דלא בעינן מעשה כדי לעבור על האיסור א"כ י"ל דאף כשעשה מעשה לא חל חלות שם מעשה עבירה בפועל בעבירת הלאו, דהרי המעשה הוא מיותר דלא בעינן מעשה כדי לעבור על הלאו, ומאחר דליכא חלות שם מעשה עבירה בפועל בעבירת הלאו ליכא חיוב קרבן. משא"כ במלקות דהחיוב תלוי בעצם הגדרת הלאו אי הויא לאו שיש בו מעשה או לא, והלאו

[633] ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ח"א (עמ' קט - קיד) בענין עניית אמן בשבועה.

דחסימה הוי ביסודו לאו שיש בו מעשה ולוקין עליו. אמנם הרמב"ן סובר שאינו לוקה אא"כ חסמה ע"י הקצת שפתים ולא כשחסמה בקול בעלמא, משום דס"ל דכדי שיתחייב החוסם מלקות בעינן לצרף את מעשה חסימת הפרה לגברא החוסם, וכדי לצרף אליו החסימה בעינן שיעשה הגברא מעשה בפועל ושפיר מועיל לזה מעשה דהקצת שפתים. משא"כ כשחסמה ע"י קול בעלמא (באיה) בלי הקצת שפתים דלא קאעביד מעשה ליכא צירוף בין חסימת הפרה לגברא, ומשו"ה אינו לוקה. והרמב"ן סובר דאי חסמה בקול ע"י הקצת שפתים הריהו לוקה משום מעשה החסימה, והא דבעינן הקצת שפתים הוא רק כדי לצרף את מעשה החסימה אליו, משא"כ אי חסמה בקול בלי הקצת שפתים אינו לוקה מכיון שאין החסימה מצטרפת לחוסם.[634]

ועיין בשיטמ"ק (בד"ה אבל הרמב"ן ז"ל) שכתב בשם הראב"ד וז"ל והוי יודע שאי אפשר לחסימה ולהנהגה בלא עקימת פה שאלו היה אפשר אע"פ שעקם פטור כדאמרינן התם שאני עדים זוממים שישנו בראיה וכו פי' הראב"ד ז"ל עכ"ל. ונראה דהראב"ד סובר דכדי ללקות בעינן שעצם הלאו יהא מוגדר כלאו שיש בו מעשה ובעינן נמי שיעשה הגברא מעשה עבירה בפועל ואם יתכן לעבור על הלאו מבלי לעשות מעשה אזי אפילו כשעבר ע"י מעשה לא הוי מעשה עבירה לענין מלקות, והראב"ד אינו מחלק בין חיוב קרבן וחיוב מלקות, דס"ל דבתרווייהו בעינן שעצם הלאו יהא לאו שיש בו מעשה ושיעשה הגברא מעשה עבירה בפועל, ודלא כהרמב"ן.

[634] ואמר רבינו זצ"ל דזה כוונת הרמב"ן במש"כ "דכי אמרינן הואיל הני מילי לענין קרבן דכתיבה ביה עשיה" דר"ל דחיוב קרבן בעי עשייה ומעשה עבירה בפועל, ומאחר דישנו באיה לכן אפילו דיבור שבהקצת שפתים לא חשיב מעשה עבירה לחייב קרבן. ומש"כ "אבל חסמה בקול לענין מלקות כל היכא דאיכא הקצת שפתים חייב, ולא עשו בו דיבור שיש בו מעשה זוטא כדיבור שאין בו מעשה כלל דחיוביה דהאי לאו דיבורא הוא לעולם ובכה"ג לא מיעט רחמנא ממלקות" ר"ל דהחיוב דחסימה הוא מה שהפרה חסומה בשעת דישה ולא עצם הדיבור, וגוף הלאו דחסימה הוי לאו שיש בו מעשה, ולענין מלקות דנים על עצם הגדר של הלאו ולא אי קעביד הגברא מעשה עבירה בפועל, והא דבעינן דיבור שבהקצת שפתיים הוא כדי לייחס את מעשה החסימה לחוסם, ומשו"ה חסמה בקול לוקה אע"פ דישנו באיה. אמנם עיין בחידושי הגרי"ז לכריתות (דף ד. ד"ה מתיב רב זירא) שביאר דברי הרמב"ן במלחמות באופן הפוך מדברי רבינו זצ"ל, וז"ל והנה ברמב"ן כתב שם בלאו דחסימה דאם חסמה בקול דזה הוי מעשה לגבי לאו אבל לא לגבי קרבן, והנראה בזה דחלוק הא דבעי לאו שיש בו מעשה לגבי מלקות, מלאו שיש בו מעשה דבעי לגבי קרבן, דלגבי מלקות העיקר תלוי בעבירת הלאו אם עבר אותו ע"י מעשה או לא, כמו גבי מקיף וניקף דאם סיוע הוי מעשה חייב, ובלא סיוע פטור משום דאין בזה מעשה. משא"כ לגבי קרבן העיקר תלוי בחפצא של לאו גופא, אם הוא לאו שיש בו מעשה, או לא חשיב יש בו מעשה, ולא חשוב לנו כלל אם עבר ע"י מעשה או בלא מעשה, דהעיקר תלוי בהלאו גופא וכו' וזהו ביאור דברי הרמב"ן דלגבי מלקות אם חסמה בקול חשיב מעשה, דהא עבר על הלאו ע"י מעשה, משא"כ לגבי קרבן דבזה אנו דנים על הלאו גופא, והלאו גופא חשיב אין בו מעשה עכ"ל, (ועיין עוד בחידושי הגרי"ז שם). אולם עיין ברמב"ם (פ"א מהל' שגגות ה"ד) שפסק דהעושה מעשה ידעוני במעשה בשוגג חייב חטאת, ובלחם משנה (פ"ו מהל' עבודת כוכבים ה"א) דייק דלפי הרמב"ם ידעוני שאינו עושה מעשה וכגון שצופה העתידות מבלי לשים עצם בפיו פטור מקרבן. ומוכח דכדי להתחייב קרבן בעינן שיעשה הגברא מעשה עבירה בפועל ולא רק שעצם הלאו יהא נחשב כלאו שיש בו מעשה. ועיין בס' שיעורי רבנו יחיאל מיכל עמ"ס סנהדרין דף סה.

ז.

פלוגתת תוס' והרמב"ן בדין לאו שאין בו מעשה

והנה עיין בתוס' (במס' שבועות דף ד. ד"ה אבל) שנקטו דאם נשבע שבועה שאוכל ככר זה היום ובאותו היום זרק הככר לים דהו"ל לאו שאין בו מעשה, ויש לפרש דברי התוס' בב' אופנים: א) דכיון דעצם גדר הלאו הוי לאו שאין בו מעשה דהאיסור הוא בשב ואל תעשה - שלא אכל את הככר באותו היום, אין לוקין על הלאו ואפילו אם עשה מעשה, ב) מכיון שיתכן לעבור על הלאו בלי מעשה י"ל דאפילו אם עבר ע"י מעשה לא נחשב כאילו עשה הגברא מעשה עבירה. אמנם עיין בחידושי הרמב"ן במכות (דף טו: ד"ה והא) דהביא בשם הירושלמי (במס' שבועות) שחולקים על התוס', וס"ל דבנשבע שבועה לאכול ככר זה היום וזרק הככר לים לוקה דהוי לאו שיש בו מעשה. וביאר הגר"ח זצ"ל דהירושלמי סובר דיסוד חיוב מלקות תלוי במעשה הגברא בפועל, ובזרק הככר לים קעביד הגברא מעשה עבירה בפועל שזריקתו לים גרמה שיעבור על השבועה, ואע"פ שהאיסור שבועה הוי בשב ואל תעשה הריהו לוקה משום שעבר על האיסור ע"י מעשה. ואילו תוס' ס"ל דדין לאו שאין בו מעשה תלוי בגדר של עצם הלאו אי יש בו מעשה או לא, ובנשבע שבועה לאכול ככר זו היום עצם גדר הלאו הוי בשב ואל תעשה והויא לאו שאין בו מעשה ואין לוקין עליו אפילו בגוונא שעבר ע"י מעשה, עכ"ד הגר"ח זצ"ל[635].

והנה יל"ע בשיטת הרמב"ן והירושלמי דס"ל דכשנשבע לאכול ככר זה היום וזרק את הככר לים דלוקה, והרי האי גוונא לא דמי ללאו דחסימה - דבחסימה עצם גדר הלאו יש בו מעשה ומשו"ה לוקין עליו, משא"כ בשבועה שאוכל ככר זה היום דעצם הלאו הוא בשב ואל תעשה - שעובר על הלאו של שבועת שקר ע"י שנמנע מלאכול הככר כל היום, וא"כ צ"ע אמאי לוקה. ויתכן לפרש דברי הרמב"ן בב' אופנים: א) יתכן דהרמב"ן סובר דהא דבעינן שעצם החפצא של הלאו יהא לאו שיש בו מעשה היינו בלאו שאיסורו בקום ועשה, משא"כ בלאו דאיסורו בשב ואל תעשה לא בעינן שיהא עצם גדר הלאו יש בו מעשה, אלא אם עבר על הלאו ע"י מעשה וכגון שזרק ככר לים לוקה. ולפי"ז י"ל דחל חיוב מלקות רק בסוף היום כשחל עבירת הלאו בזה שעבר היום ולא אכל. ב) יתכן לומר דזוהי הלכה מיוחדת בשבועה דהיסוד של איסור שבועה הוי שבועת שקר, ואם משווה לשבעותו שבועת שקר ע"י שעשה מעשה אזי הדין הוא דחייב מלקות. ולפי"ז י"ל שחל חיוב מלקות מיד כשזרק הככר לים, דע"י המעשה זריקה קא גרים שיעבור על שבועתו ומשוויה לה שבועת שקר. אמנם עיין ברמב"ן שם שכתב דלמ"ד התראת ספק

[635] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' שבועות ח"א (עמ' קע"ז) בענין לאו שאין בו מעשה אות א'.

לא שמה התראה אם נשבע לאכול ככר זה היום וזרק את הככר לים אינו לוקה דהו"ל התראת ספק. אך שיטת התוס' (שבועות דף ד. ד"ה אבל) היא דאם נשבע לאכול ככר זה היום וזרק את הככר לים באמצע היום דהוי התראת ודאי, ופלוגתתם צ"ב. ונראה דיש לחקור במי שנשבע לאכול ככר זה היום וזרק את הככר לים באמצע היום מתי יעבור על האיסור דשבועת שקר - האם עובר בשעת הזריקה, או"ד דאינו עובר על השבועה אלא בסוף היום. ולכאורה י"ל דבזה נחלקו תוס' והרמב"ן, דלפי תוס' הנשבע עובר בשעת הזריקה, כי הזריקה מבטלת את האפשרות לקיים את השבועה וע"י הזריקה לים חילל וביטל את השבועה. ומשום כך ס"ל לתוס' דהוי התראת ודאי, דיש מעשה עבירה מסוים הנתפס בהתראה. משא"כ הרמב"ן סובר שאינו חייב על איסור חילול שבועתו עד סוף היום, כי אז גמר האיסור של אי - האכילה במשך כל היום, ואע"פ שזרק את הככר לים ועשה מעשה שגרם שיעבור על האיסור בסוף היום, מ"מ הו"ל התראת ספק מאחר דעצם האיסור הוא אי - האכילה במשך כל היום, דהוי איסור בשב ואל תעשה שנמשך כל היום, ומכיון דליכא מעשה עבירה מסוים להתרות עליו הו"ל התראת ספק.

ומבואר דתוס' והרמב"ן נחלקו בתרתי, דלפי תוס' מי שנשבע לאכול ככר זה היום וזרק את הככר לים באמצע היום הוי לאו שאין בו מעשה והתראת ודאי. ואילו הרמב"ן סובר דהוי לאו שיש בו מעשה והתראת ספק. ונראה דלתוס' דין לאו שיש בו מעשה תלוי בעצם הגדר של הלאו וגוף האיסור, ומאחר שעצם יסוד האיסור הוא בשב ואל תעשה, שהנשבע עובר ע"י שנמנע מאכילה כל היום הו"ל לאו שאין בו מעשה אע"פ שעשה הגברא מעשה בפועל שגרם בהיכי תימצי לעבור על השבועה. אולם לענין התראה הו"ל התראת ודאי, דמכיון שעשה הגברא מעשה בפועל לבטל ולחלל את השבועה חל מעשה עבירה מסוים הנתפס בהתראה. משא"כ הרמב"ן סובר דלענין לאו שיש בו מעשה אנו דנים האם עשה הגברא מעשה בפועל בהיכי תימצי בעבירת הלאו, ומשו"ה הו"ל לאו שיש בו מעשה. ואילו לענין התראה ס"ל דהו"ל התראת ספק מאחר שעצם הלאו הוא אי האכילה במשך כל היום, דליכא מעשה מסוים להתרות עליו.[636]

ח.

ביאור שיטת הרמב"ם בדין מלקות בלאו דלא יראה ולא ימצא

עיין ברמב"ם (פ"א מהל' חמץ ה"ג) וז"ל אינו לוקה משום לא יראה ולא ימצא אא"כ קנה חמץ בפסח או חימצו כדי שיעשה בו מעשה עכ"ל, ומבואר דאם עבר על האיסור דבל יראה ובל ימצא ע"י מעשה אזי חייב מלקות. אמנם עיין ברמב"ם (פ"א מהל' תמורה

[636] ועיין עוד ברשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"א בענין התראת ספק אות ב' (עמ' קצ"ח - קצ"ט).

ה"א) וז"ל מפי השמועה למדו שכל מצות ל"ת שאין בה מעשה אין לוקין עליה חוץ מנשבע וממיר ומקלל את חבירו בשם. שלשה לאוין אלו אי אפשר שיהיה בהן מעשה כלל ולוקין עליהן עכ"ל. והנה ממה שקבע הרמב"ם דבג' לאוין אלו "אי אפשר שיהיה בהן מעשה כלל" משמע דס"ל דיסוד גדר דין לאו שאין בו מעשה תלוי בעצם האיסור, ובג' לאוין אלו האיסור הוא עצם הדיבור, וע"כ הויין בכלל לאו שאין בו מעשה. ומשמע דאף אם יעשה הגברא מעשה בפועל כדי לעבור על ג' לאוין אלו וכגון שיכתוב במקום לדבר לא ילקה מכיון שעצם חלות הלאו הוי איסור שאין בו מעשה. וכן משמע נמי מפסק הרמב"ם בנוגע לאיסור שהיית מדה חסירה ברשותו שכתב בפ"ז מהל' גניבה (ה"ג) וז"ל כל מי שמשהה בביתו או בחנותו מדה חסרה או משקל חסר עובר בלא תעשה שנאמר לא יהיה בכיסך וגו' ואין לוקין על לאו זה לפי שאין בו מעשה עכ"ל. ומסתימת לשונו משמע דאף אם יעשה המדה בפועל אינו לוקה מכיון שעצם גדר הלאו הוא שהיית המדה ברשותו, ועצם גדר הלאו אין בו מעשה. ולפי"ז צ"ע מדוע פסק דהקונה חמץ בפסח או חימצו לוקה, דלכאורה עצם גדר הלאו דבל יראה ובל ימצא הוי איסור להשהות חמץ בביתו והוי איסור בשב ואל תעשה, ועצם גדר הלאו הוי לאו שאין בו מעשה, ומדוע פסק הרמב"ם דלוקין עליו כשעבר הגברא על עבירת הלאו ע"י עשיית מעשה. ונראה לתרץ דהרמב"ם סובר דעצם גדר הלאו דבל יראה אינו שהיית החמץ בביתו ואי קיום תשביתו אלא האיסור הוא שמקיים החמץ ברשותו. ויש להביא ראייה לזה מפסק הרמב"ם (פ"ד מהל' חו"מ ה"ד) וז"ל עכו"ם אנס שהפקיד חמצו אצל ישראל אם יודע הישראל שאם אבד או נגנב מחייבו לשלמו וכופהו ואונסו לשלם אע"פ שלא קבל עליו אחריות הרי זה חייב לבערו שהרי נחשב כאילו הוא שלו מפני שמחייבו האנס באחריותו עכ"ל. וצ"ע דהתשלומין לאנס אינם חלין מדין קבלת אחריות וא"כ מדוע חייב לבער את החמץ מביתו. ונ"ל דיסוד האיסור דב"י וב"י הוא שאסור לקיים את החמץ ברשותו, ומכיון שהישראל רוצה בקיום החמץ ומקיים את החמץ בביתו מחמת פחד האנס הריהו עובר על הלאו דב"י וב"י. וכן משמע מלשון הרמב"ם במנין הלאווין שלוקין עליהן (פי"ט מהל' סנהדרין ה"ד ל"ת צ"ט) שכתב וז"ל המקיים חמץ בפסח ברשותו כגון שחימץ עיסתו עכ"ל, ומבואר דיסוד האיסור דב"י וב"י אינו בשהיית החמץ ברשותו אלא האיסור הוא במעשה גברא שמקיים החמץ ברשותו. ולפי"ז נראה דעצם גדר הלאו דב"י וב"י נחשב כלאו שיש בו מעשה. והרמב"ם סובר דכדי להתחייב מלקות בעינן תרתי: א) שעצם גדר דהלאו הוי לאו שיש בו מעשה, ב) שיעבור הגברא על הלאו ע"י עשיית מעשה בפועל. ולכן רק אם קנה החמץ בפסח או חימצו ס"ל דלוקה. אמנם בלאו דשהיית מדה חסרה

ס"ל דאין לוקין אפילו אם עבר ע"י מעשה משום דהתם עצם גדר האיסור הוא שהיית מדה חסרה בביתו דהו"ל לאו שאין בו מעשה.[637]

ע"כ ענין לאו שאין בו מעשה

גמ'. ת"ר החוסם פי פרה ודש בה לוקה ומשלם ד' קבין לפרה וג' קבין לחמור והא אינו לוקה ומת אינו לוקה ומשלם, אמר אביי הא מני ר' מאיר דאמר לוקה ומשלם. רבא אמר אתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו, רב פפא אמר משעת משיכה איחייב לה במזונותיה ומילקא לא לקי עד שעת חסימה. בביאור המחלוקת בין האמוראים נ"ל דלאביי ורבא המחייב של תשלומין ד' קבין לפרה וג' קבין לחמור הוי הלאו דלא תחסום שור בדישו, ומכיון דהלאו מחייב בתשלומין צריכים לדון מדוע לוקה ומשלם והא קיי"ל דקלבד"מ, וע"כ נקטו דלוקה ומשלם אליבא דר"מ. ואילו רב פפא סובר דחל חיוב מזונות מחמת השכירות, וס"ל דהלאו דלא תחסום מחייב רק מלקות ואינו מחייב ממון כלל.

ועיין ברש"י (ד"ה רבא אמר) וז"ל ואע"ג דאי תבעה ליה בדינא קמן תן לי אתנני לא מחייבינן ליה דקים ליה בדרבה מיניה כי יהביה ניהלה אתנן הוא אלמא אפילו במקום מיתה רמו תשלומין עליה אלא שאין כח לענשו בשתים אבל ידי שמים לא יצא עד שישלם וכו' עכ"ל. אולם עיין בשיטה מקובצת לב"ק בשם המאירי (דף ע: ד"ה אתנן) שכתב וז"ל וחכמי הצרפתים מחדשים בזה שיטה אחרת לומר שאף ב"ד מחייבין ליתן אתנן אף בחייבי מיתות וכו' ולא אמרו אין אדם מת ומשלם אלא בדבר הבא דרך נזקין אבל בדבר שקבלו עליו דרך תנאי משא ומתן כגון אתנן וכגון חוסם פרה שקבל עליו שלא לחסום וכו' וכן מכר בשבת בלקיטת תאנה מכירה היא ומשלם בבית דין עכ"ל. ונראה לבאר סברת חכמי הצרפתים דס"ל דהיכא דחל חיוב ממון מדין דעת המתחייב ליכא פטור דקבלבד"מ, דהפטור דקלבד"מ חל רק בחיוב ממון שחל בתורת עונש מחמת "רשעה". אמנם לפי"ז צ"ע בסוגיין דא"כ מדוע חייב לשלם ד' קבין לפרה והרי לפי רבא החיוב דד' קבין חל מחמת הלאו דלא תחסום ולא מחמת דעת המתחייב וקנין השכירות, וא"כ מדוע ס"ל דלוקה ומשלם. וי"ל דההלכה שאינו מת ומשלם חל רק אם התשלומין חלין בתורת עונש על "רשעה", אולם אי הוי חיוב ממון בעלמא שאינו חל בתורת עונש אזי הדין הוא דלוקה ומשלם - ואע"פ שאין התשלומין חלין מדין דעת המתחייב. ולפי"ז י"ל דהתשלומין למזונות הפרה חלין מחמת הלאו דלא תחסום אולם אינם חלין מדין עונש אלא החיוב תשלומין הוי כעין מלוה הכתובה בתורה (בדומה לדמי פדיון הבן

[637] וע"ע בס' רשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"א (עמ' קע"ז - קע"ט) בענין לאו שאין בו מעשה אות א - ג, ובס' רשימות שיעורים למס' ברכות עמ' ער"ב - רע"ג.

וערכין), וליכא בהו פטור דקלבד"מ ומשו"ה קיי"ל דלוקה ומשלם. ולפי"ז י"ל דאביי ורבא נחלקו בגדר דין תשלומי מזונות לפרה, דאביי סובר דהתשלומין חלין מחמת עבירת הלאו דלא תחסום, והתשלומין חלין מדין עונש ומשו"ה חל בהו דין קלבד"מ, והא דלוקה ומשלם היינו אליבא דר"מ דס"ל בעלמא דלוקין ומשלמין. ולאביי תשלומי מזונות לפרה דומין לדין תשלומי חבלה דהמחייב הוי האיסור והתשלומין חלין בתורת עונש. משא"כ רבא סובר דהלאו הוי המחייב אולם התשלומין אינן חלין מדין עונש מחמת עבירת הלאו אלא דהויין כעין מלוה הכתובה בתורה, ומשו"ה ליכא בהו פטור דקלבד"מ.

ועוד י"ל דרבא סובר כרב פפא דהמחייב דתשלומי מזונות הוי עצם חלות השכירות, אולם רבא סובר דמכיון דיש איסור לא תחסום משו"ה חל חיוב מזונות בעצם השכירות - דמכיון דיש איסור לחסום משו"ה נקטינן דהשכירות חלה בתנאי ומדעת שלא יחסום הפרה. ולפי"ז י"ל דהחיוב מזונות חל מדין דעת המתחייב, ואין בו פטור דקלבד"מ וכן מבואר מלשון המאירי בסוגיין וז"ל אבל תשלומין הבאים דרך פסק ותנאי כגון אתנן ושכירות פרה שחסימתה אסורה ואיסור חסימתה בכלל השכירות הרי זה מת ומשלם ולוקה ומשלם עכ"ל.[638]

והנה בנוגע לשיטת רש"י דאף בקלבד"מ חל חיוב לצאת ידי שמים ומועיל תפיסה יש לעיין האם ס"ל הכי בכל חיובי תשלומין שחלין לצאת ידי שמים, וכגון השולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן, והכופף קומתו של חבירו בפני הדליקה דקיי"ל (ב"ק דף נט:) דפטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים, או לא[639]. ולכאורה נראה לומר דרש"י סובר דרק באתנן ובקלבד"מ חל תפיסה משום דמעיקר הדין חל חיוב תשלומין עליו אף בדיני אדם אלא שאין ב"ד גובין ממנו את האתנן דקלבד"מ, וכדמשמע ממש"כ רש"י "אלמא אפילו במקום מיתה רמו תשלומין עליה אלא שאין כח לענשו בשתים". ומסתבר לומר דלרש"י אם לא ישלם לה האתנן יעבור על איסור לא תעשוק את רעך[640]. משא"כ

[638] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' בבא קמא דף ע: ד"ה רבא אמר (עמ' תל"ד) דרבינו זצ"ל נסתפק בביאור דברי המאירי דיתכן לפרש דס"ל דדין קלבד"מ חל דוקא בחיובים שחלין מדין עונש, משא"כ בשאר חיובי ממון ליכא דין קלבד"מ. אולם לפי"ז מבואר דהמאירי סובר דחיוב תשלומי נזק חל מדין עונש. ברם הגר"ח זצ"ל נקט דרק חיוב תשלומי חבלה חלין מדין עונש ואילו תשלומי נזק הוי חיוב ממון. מאידך יתכן דהמאירי ס"ל דחל קלבד"מ בכל חיובי ממון שחלין מבלי דעת המתחייב ואפילו אינם עונשין כגון חיובי נזק אליבא דהגר"ח זצ"ל.

[639] ועיין במהרש"ל ביש"ש ב"ק פרק הכונס סימן ו', ובקצות החשן סימן כ"ח ס"ק א', ובש"ך ס"ק ב' ובפתחי תשובה ס"ק ו'.

[640] עיין ברמב"ם פ"א מהל' גזלה ה"ד וז"ל איזהו עושק זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו, כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או שכירות והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה ועל זה נאמר לא תעשוק את רעך עכ"ל. ומבואר דכובש שכר שכיר עובר בלא תעשוק, ולכאורה לפי"ד רש"י דחל חיוב תשלומין אף בדיני אדם אלא שאין כח לב"ד לעונשו בשתים י"ל דאף באתנן זונה כשבא על אמו יעבור בלאו דלא תעשוק אם לא ישלם לה האתנן. (רבינו זצ"ל)

בשאר חיובי לצאת ידי שמים י"ל דבדיני אדם פטור מתשלומין לגמרי וליכא איסור דלא תעשוק, רק דחל חיוב נפרד לשלם לצאת ידי שמים, ומשו"ה לא מועיל בהו תפיסה. ועוד י"ל דרש"י סובר דתפיסה מועילה רק בחיוב ממון כמו אתנן שחל מחמת דעת המתחייב, משא"כ בקלבד"מ בעלמא כגון מדליק גדיש של חבירו בשבת י"ל דליכא דין תפיסה וחיוב ממון לצאת ידי שמים. ולפי"ז יש לתרץ את קושיית הגרע"א זצ"ל, דבמשנה בשבועות (דף ל.) אי' "שבועת העדות אינה נוהגת אלא בראוין להעיד", ובגמ' (שם) דף לא. איתא "לאפוקי מאי אמר רב פפא לאפוקי מלך, ורב אחא בר יעקב אמר לאפוקי משחק בקוביא, מ"ד משחק בקוביא כל שכן מלך, ומ"ד מלך אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחזא חזי ורבנן הוא דפסלוהו". ומבואר בגמ' דלחד מ"ד משחק בקוביא חייב בקרבן שבועת העדות משום דמדאורייתא ראוי להעיד. ועיין ברשב"א (שבועות דף לא. ד"ה מ"ד מלך וכו') שהקשה וז"ל מ"ד מלך אבל משחק בקוביא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו, תמיה לי מ"מ כיון דפסלוהו רבנן ואפילו יגיד לא יתחייב הלה ממון למה יגיד והלא לא חייבתו תורה אלא במפסיד לתובע ממון בכפירתו. ומתוך הדחק י"ל דמשחק בקוביא ופסולין דרבנן אע"פ שאין מוציאין ממון בעדותן מהני עדותן דאי תפיס ואפילו בעדים לא מפקינן מיניה עכ"ל. והקשה הגרע"א דצ"ע בדברי הרשב"א דבמשנה (שבועות לג א) איתא "משביע אני עליכם אם לא תבואו ותעידו וכו' שהדליק גדישי בשבת הרי אלו פטורין", ומבואר במשנה דבעדות דקלבד"מ ליכא דין שבועת העדות אע"פ דלפי רש"י חל תפיסה בקלבד"מ, וזה סותר את דברי הרשב"א. וי"ל דלפי רש"י חל תפיסה רק באתנן משום דהוי חיוב ממון שחל מדעת המתחייב, משא"כ במדליק את הגדיש ובחיוב ממון דקלבד"מ בעלמא ליכא דין תפיסה, ומשו"ה אין בה דין שבועת העדות. והרשב"א סובר דבמשחק בקוביא ושאר פסולי עדות מדרבנן מועיל עדותם לענין תפיסה, ורק נפסלו מדרבנן שאין ב"ד גובין עפ"י עדותם אבל על עצם החיוב הן נאמנים ומשו"ה חייבים קרבן שבועת העדות.

תוס' ד"ה הא מני ר"מ וכו'.

עיין בתוס' במכות (דף ד. ד"ה לוקין ומשלמין שלא השם וכו') וז"ל פירוש מקרא דמביאן לידי מכות דהיינו מלא תענה אינו מביאן לידי תשלומין אלא מקרא ועשיתם לו כאשר זמם ומשו"ה לוקה ומשלם, משמע דאי ליכא אלא חד קרא אינו לוקה ומשלם וקשה הא אמרינן בהשוכר את הפועלים החוסם פי פרה לדוש בה לוקה ומשלם אע"ג דליכא אלא חד לאו דלא תחסום לכך פירש ה"ר מאיר מברגוני דהכי קאמר שלא השם המביאן לידי מכות אינו צריך להביאן לידי תשלומין, דתשלומין לא בעו אזהרה וכו' וכן בהך

דלא תחסום אזהרה ע"כ דאזהרה דלא תחסום לא אתיא אלא למלקות דתשלומין ממילא נפקא דכיון דאינו רשאי לחסום דין הוא שישלם מה שראויה לאכול באותה שעה וכו' עכ"ל. ונראה לומר דמבואר מדברי הר"מ מברגוני דמעיקר הדין ר"מ נמי סובר דאין לוקין ומשלמין, אולם ר"מ סובר דהך דינא נלמד מקרא ד"כדי רשעתו על רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות" דנפטר מחיוב ממון שחל מחמת "רשעה" דהיינו כעונש על מעשה העבירה. אמנם ר"מ סובר שאם חל חיוב ממון שלא מחמת "רשעה" אזי הדין הוא דלוקה ומשלם. ור"מ סובר דהסברא "לא השם המביאן לידי מכות מביאן לידי תשלומין" אינה הלכה מיוחדת בעדים זוממים, ור"ל דחיוב מלקות דעדים זוממים חל מחמת עבירת הלאו דלא תענה, משא"כ חיוב הממון דעדים זוממים אינו חל מחמת הרשעה ומעשה העבירה. דר"מ סובר דכל חיוב תשלומי ממון אינן חלין מחמת "רשעה" אלא הם חיוב ממון בעלמא, ולכן ס"ל דהדין הוא דלוקה ומשלם. ואילו הרבנן סברי דחל דין קלבד"מ אף בתשלומי ממון שאינם חלין מחמת "רשעה" בתורת עונש. א"נ י"ל דהרבנן סברי דתשלומי ממון דלא תחסום ועדים זוממין נמי חלין מחמת "רשעה" וכעונש על מעשה העבירה, ומשו"ה חל בהו דין קלבד"מ.

אולם עיין בשיטה מקובצת שכתב בשם הרמב"ן (דף צא. ד"ה הא מני ר' מאיר היא) וז"ל איכא דקשיא ליה דהא לא אמר ר"מ דלוקה ומשלם בכהאי גוונא דתנן מעידין אנו באיש פלוני וכו' שלא השם המביאו לידי מכות מביאו לידי תשלומין והכא השם המביאו לידי מכות מביאו לידי תשלומין שלא נתחייב בתשלומין אלא משום לא תחסום. ולי נראה דהכא נמי שני שמות הם שאינו משלם אלא משום והשיב את הגזילה אשר גזל שאף על פי שאלו לא נכתב לא תחסום לא היה כאן תשלומין מכל מקום כשנכתב נמי אין כאן תשלומין אלא משום והשיב את הגזלה אשר גזל הילכך לא השם המביאו לידי מכות מביאו לידי תשלומין, הרמב"ן עכ"ל. ומבואר דהרמב"ן סובר דאף לר"מ חיוב תשלומי מזונות לפרה הויא חלות חיוב ממון שחל משום רשעה, והחיוב ממון הוי עונש על מעשה העבירה, ואינו חיוב ממון בעלמא. אולם ר"מ סובר דלוקה ומשלם משום דלא השם המביאו לידי מלקות מביאו לידי תשלומין - דהאיסור דלא תחסום מחייב מלקות, ואילו החיוב תשלומין חל מחמת איסור גזילה וממצות והשיב את הגזלה אשר גזל. ובביאור דבריו נראה לומר, דהרמב"ן סובר שאם לא נתן מזונות לפרה אזי אסור להשתמש בפרה עצמה ועבר באיסור גזל בהשתמשות הפרה, והא דמשלם ד' קבין לפרה מפקיע את הגזילה, דכל זמן שלא קיים חיוב מזונות לפרה ההשתמשות בפרה הוי גזל. והלאו דלא תחסום אינו מחייב תשלומין מצד עצמו אלא החיוב חל מדין גזילת

תשמישין, ולכן אף בחסימה י"ל דלא השם המביאו לידי מלקות מביאו לידי תשלומין. ונראה דהרמב"ן מפרש דלר"מ עדים זוממים לוקין ומשלמין ד"לא השם המביאו לידי מלקות מביאו לידי תשלומין" ר"ל דהמלקות חלין משום האיסור של הגדת עדות שקר וכעונש על מעשה העבירה, ואילו החיוב ממון דעדים זוממים חל מחמת המציאות דהעידו עדות שקר וחלות השם עד זומם שחל בגברא, ולא מחמת מעשה העבירה והאיסור דעדות שקר, ומשו"ה ס"ל דלוקה ומשלם. וסמוכים לכך משיטת הרמב"ם (פ"כ מהל' עדות ה"ד) וז"ל ואין לעדים זוממים שגגה לפי שאין בה מעשה לפיכך אין צריכים התראה כמו שבאירנו עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א זה הטעם לא ידעתי וכו' א"כ מגדף לדעת חכמים לא יהא צריך התראה עכ"ל. וביאר הגר"ח זצ"ל דהרמב"ם סובר דהמחייב בעדים זוממים אינו מעשה העבירה אלא המציאות וחלות השם עד זומם שחל בגברא הוא המחייב, ולכן ס"ל דחייבין בשוגג ולא בעי התראה, דרק היכא דמעשה העבירה ועבירת הלאו הוא המחייב בעינן התראה[641]. ובדומה לזה י"ל דהרמב"ן סובר דלר"מ החוסם פרה ודש בה לוקה ומשלם משום דהמלקות חלין מחמת עבירת הלאו דלא תחסום, ואילו תשלומי ממון חלין מחמת המציאות שדש בפרה חסומה, דיש איסור גזילה להשתמש בפרה חסומה, ואין הלאו דלא תחסום עצמו מחייב תשלומי ממון, ומשו"ה ס"ל לר"מ דלוקה ומשלם.

תוס' ד"ה בבא לצאת ידי שמים. וא"ת דאמרינן בפרק בן סורר (סנה' עב א) רבא איגניבו ליה דינרי במחתרתא אהדרינהו ניהליה ולא קבלינהו אמר הואיל ויצא מפומיה דרב דאמר הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור דבדמים קננהו, ואמאי לא קבלם והא חייבין לצאת ידי שמים. וי"ל דהם לא רצו לצאת ידי שמים אלא היו סבורין שבדין חייבין להחזיר ולכך לא קבלינהו וכו'.

א.

ביאור שיטת תוס' ורבנו דוד

ובפשטות מבואר דתוס' סובר דבציור דרבא התשלומין היו בטעות דלא רצו לשלם אלא אם כן היו מחוייבין לשלם עפ"י דין ולא רצו לשלם כדי לצאת ידי שמים - ותשלומין בטעות לא הוו תשלומין, ומשו"ה רבא לא קיבל את הדמים. אמנם צ"ע מדוע לא קיבל רבא הדמים מדין תפיסה. ומשמע דהתוס' ס"ל דתפיסה בטעות אינה תפיסה. ולכאורה נחלקו בזה תוס' והרשב"א האם תפיסה בטעות הויא תפיסה, דכתב הרשב"א (שהובא

[641] ועיין לעיל דף צ: בד"ה איתיביה רבי יוחנן וכו' אות ה' בענין יסוד החיוב דעדים זוממים. ועיין עוד בס' רשימות שיעורים עמ"ס שבועות ח"א עמ' קפ"ה - קפ"ז, ובס' רשימות שיעורים למס' בב"ק ח"א עמ' קנ"ט - קס"א שהאריך רבינו בדברי הגר"ח זצ"ל ביסוד המחייב דעדים זוממים.

בשיטמ"ק ד"ה אתנן אסרה תורה) וז"ל אתנן אסרה תורה ואפילו בא על אמו וכו' ונפקא מינה דאי יהיב ליה וכסבור שהוא חייב בתשלומיו והלך זה וקדש בהם את האשה מקודשת, ולומר שאלו לא היה חייב בתשלומין וטעה ושלם אינו ממונו של בעל הפרה והרי זה כמקדש בגזל דאחרים דאינה מקודשת עכ"ל. ומשמע דהרשב"א סובר דתפיסה בטעות מועילה, משא"כ תוס' ס"ל דתפיסה בטעות אינה מועילה. אולם יתכן לומר דתוס' ס"ל דתפיסה אינה מועלת בקלבד"מ, ודלא כרש"י. ועוד יתכן לומר דאף אי תוס' ס"ל דתפיסה מועילה בקלבד"מ, מ"מ י"ל דהציור דבא במחתרת שאני דאינו פטור מדין קלבד"מ בעלמא אלא דבא במחתרת הוי גברא קטילא דאין לו דמים מדין רודף, ובהך דינא ליכא חיוב לצאת ידי שמים ומשו"ה אינו מועיל תפיסה.

ועיין בחידושי הר"ן (סנהדרין דף עב: ד"ה אהדרינהו) וז"ל ותירץ הר"ר דוד ז"ל דלא דמי דהתם גבי אתנן צריך האדם לעמוד בדיבורו אע"פ שלא יתחייב מן הדין, אבל כאן אחרי שקנו הני דיכרי בדמיהן לפי סברתו של רב נמצא שגנבה זו קנויה לגמרי ביד הגנבים ולא ניתנה להשבון, וכך הוא עובר אם הוא מחזיר כמי שאינו מחזיר, שאחר שקנאה אם החזיר מתנה בעלמא הוא דקא יהיב, וגם אינו צריך למחילה של בעל הממון לפי שקנאם בדמו, ולפיכך לא היה לו שום תועלת לגנב בחזרתו אם היה הדין כרב ורבא מדרך חסידות החמיר על עצמו כרב וכו' עכ"ל. ובביאור דבריו יש להקדים ביאור פלוגתת רב ורבא בסוגיא שם בסנה' (עב.) דרב סובר דהבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור אע"פ שהכלים קיימים משום דבדמים קננהו, ונראה לומר דרב סובר שהחיוב להחזיר את הבעין הוא משום "והשיב את הגזלה אשר גזל", ואי פקע חיוב השבה מדין והשיב את הגזילה משום דבדמים קננהו אזי הבעין הוי של הגזלן, ואין חיוב השבה מצד הסברא דממוני גבך. ואילו רבא חולק ע"ז וסובר דמסברא מילתא דרב בששיבר אבל אם הכלי בעין לא, דרבא סובר דמלבד חובת השבה המוטל על הגנב מדין "והשיב את הגזלה אשר גזל" חל עוד דין על הגנב להשיב את הגזלה משום דממוני גבך. ואף אם פקע חובת השבה מדין והשיב מ"מ חל חיוב השבה מדין ממוני גבך. ולפי"ז נראה לומר דהתוס' הקשו מדוע בבא במחתרת אין חיוב להשיב את הבעין מדין לצאת ידי שמים. ותירץ הר"ר דוד ז"ל דהחיוב לצאת ידי שמים חל רק בחיוב ממון שחל מחמת דעת המתחייב כמו באתנן, והיכא דאיכא חלות התחייבות מדעת המתחייב חל חיוב לצאת ידי שמים. משא"כ בבא במחתרת דליכא חלות התחייבות מדעת המתחייב ליכא חיוב לצאת ידי שמים ואינו מועיל תפיסה.

ועוד י"ל בביאור דברי רבנו דוד ז"ל, דהנה יש לחקור האם חל קנין גזילה לגזלן מיד כשגזל החפץ אלא דחל מצות השבת הגזילה להשיב לנגזל את הגזלה שקנויה לגזלן, או"ד דכל זמן שחל מצות השבת הגזילה ליכא קנין גזילה לגזלן, והחפץ הוי עדיין של הנגזל וכשפקע מצות השבה אזי נקנה החפץ לגזלן. וי"ל דאם החיוב השבה הוא ליתן לנגזל את החפץ אשר כבר קנוי לגזלן, דהגזלן קנה ההחפץ מיד בקניני גזילה, א"כ י"ל דאף בבבא במחתרת דבדמים קננהו חל חיוב לצאת ידי שמים ליתן לנגזל החפץ שקנוי להגזלן (מדין בדמים קננהו). אולם נראה דרבנו דוד סובר דהחיוב "והשיב את הגזילה אשר גזל" מונע את קנין הגזילה מלחול, וחל חיוב השבה להשיב להנגזל החפץ שקנוי לנגזל. ובבא במחתרת דחל קנין בחפצא לגזלן משום דבדמים קננהו פקע מצות השבה, דאין חיוב להשיב להנגזל החפץ אשר כבר קנוי להגזלן. ומאחר דליכא חיוב והשיב את הגזילה בדיני אדם דהחפץ כבר קנוי לגזלן ה"נ ליכא מצות השבה לצאת ידי שמים, ומשו"ה ליכא חיוב לצאת ידי שמים בבא במחתרת. ונראה דזוהי כוונת ר' דוד שכתב וז"ל אבל כאן אחרי שקנו הני דיכרי בדמיהן לפי סברתו של רב נמצא שגנבה זו קנויה לגמרי ביד הגנבים ולא ניתנה להשבון, וכך הוא עובר אם הוא מחזיר כמי שאינו מחזיר, שאחר שקנאה אם החזיר מתנה בעלמא הוא דקא יהיב עכ"ל. דמאחר שהחפץ קנוי לגמרי לגנב אי אפשר לקיים מצות והשיב אפילו לצאת ידי שמים. והוא הדין אם הגזלן קנה החפץ בשינוי או ביאוש דשוב ליכא שום קיום ד"והשיב את הגזילה אשר גזל" בין בדיני אדם ובין לצאת ידי שמים. ורבנו דוד מחלק בין חיוב תשלומין לקנינים, דבחיובי תשלומין אפשר לומר שחל חיוב תשלומין לצאת ידי שמים אע"פ שפטור בדיני אדם. משא"כ בקנינים אי אפשר לומר שבדיני אדם החפץ קנוי להגזלן ואילו בדיני שמים החפץ קנוי להנגזל, ואפילו אם מחזיר את החפצא הוי מתנה בעלמא ולא קיים מצות השבת הגזילה.

ב.

בדין בא במחתרת ושיבר את הכלים לאחר זמן

והנה עיין בסוגיא בסנהדרין (דף עב.) ובראשונים שם שפסקו כשיטת רבא אלא דנחלקו האם גזלן הבא במחתרת פטור אף כששיבר בידים את החפצא שגזל לאחר זמן, דהרי"ף והרמב"ם והרמב"ן (במלחמת ה' יז. בדפי הרי"ף ד"ה כתוב בספר המאור) נקטו דבכה"ג הגזלן חייב לשלם, ואילו ורש"י ותוס' (בד"ה מסתברא מילתא דרב) והבעה"מ (דף יז. מדפי הרי"ף ד"ה תמה אני) ס"ל שהגזלן פטור. וצ"ע בשיטת רש"י ותוס' ובעל המאור דלכאורה הפטור של קלבד"מ חל רק בשעה שהוא במחתרת ולענין חיוב גזילה, אבל

כששיבר את החפץ לאחר זמן הו"ל מזיק דעלמא ואמאי יפטר והרי ליכא חיוב מיתה בשעה שהזיק ואין פטור דקלבד"מ. ולכאורה צ"ל דהבעה"מ ודעימיה סברי דמאחר שהגזלן קנה את החפץ בקניני גזילה תו לא מתחייב אח"כ משום מזיק. אולם לכאורה אי אפשר לתרץ הכי, דעיין בגמ' (ב"מ מג א) "אמר רבה האי מאן דגזל חביתא דחמרה מחבריה מעיקרא שויא זוזא השתא שויא ארבעה, תברא או שתיה משלם ד'", ומבואר דחל חיוב מזיק על גזלן שהזיק אחרי הגזילה, וא"כ צ"ע מ"ש דהבא במחתרת שהזיק אח"כ פטור[642].

ועיין בבעה"מ שכתב וז"ל ומסתברא לן דהלכתה כרבא דאמר מסתברא מילתיה דרב בששבר דליתנהו, ואי אמרת אי בששבר מאי קמ"ל מתני' היא היה בא במחתרת ושבר את החבית אם אין לו דמים פטור, יש להשיב דאי ממתניתין הוה אמינא ה"מ בששבר במחתרת עצמה בשעה שנתחייב מיתה, אבל נטל ויצא שכבר נפטר מן המיתה משעה שיצא כרודף שחזר מלרדוף אחר הנרדף שנפטר ממיתה, ואי הוה כלים בעיניהו הוו הדרי למרייהו, כי שבר בתר הכי אשתכח דהשתא דקא גזל להו כדאמרינן במאן דגזל חביתא דחמרא וכו' תברא או שתיא משלם ד', משום דכיון דאילו איתא הדרא בעינא אישתכח דההיא שעתא הוא דקא גזיל ליה, קמ"ל דשאני דין רודף מדין גזלן, דרודף מכי אתי לידיה קננהו בדמיה מההיא שעתא, ולכי תבר לה בתר הכי דידיה קא תבר ופטור מלשלם. ואע"ג דכי איתנהו הדרי בעיניהו חומרא הוא דרמו רבנן עליה דלהדר ממונא למריה כיון דאיתיא בעיניה עכ"ל. וצ"ע במש"כ "ואע"ג דכי איתנהו הדרי בעיניהו חומרא הוא דרמו רבנן עליה דלהדר ממונא למריה כיון דאיתיא בעיניה", דבגמ' משמע דחייב להחזיר את החפץ מדאורייתא[643]. ונראה לבאר דהבעה"מ סובר דיש לגזלן קניני גזילה בחפצא שגזל וכדמוכח מהא דגזלן אינו משלם עבור תשמישי הגזילה, וחייב באחריות דאונסין, ויש לו זכות קנין בחפץ לקנות את החפץ ביאוש ובשינוי. אולם אין הקנין של הגזלן קנין גמור בחפצא שאינו חייב להשיב את הבעין לנגזל, אלא אי איתיה בעינה חייב להחזיר את החפץ שבעין להבעלים מדאורייתא מאחר דיש גם לנגזל קנין בעלות בחפצא, והבעלות של הנגזל שיש לו קנין הגוף בחפץ מחייב את הגזלן להשיב

[642] וכן הקשה הרמב"ן במלחמת ה' (שם) וז"ל ועוד מאי איכא בין נטל ולא שבר לשבר לאחר זמן, כיון שלא קנאו משעה ראשונה ועל אותה שעה פטרו, אם שבר לאחר זמן אמאי פטור הרי על שבירה זו אתה מחייב כדאמרינן במאן דגזל חביתא דמרא במס' ב"ק ומציאה, וה"נ כיון שנפטר ממיתה ועכשיו הוא שובר כליו של חבירו אמאי פטור וכו' עכ"ל.

[643] וכדהקשה הרמב"ן במלחמת ה' וז"ל ומה שאמר בעה"מ דבדמיה קננהו וכי איתנהו דהדרי חומרא דרבנן הוא דברי הבאי שהרי מפורש בגמ' דכי אוקמיה רחמנא ברשותיה ה"מ לענין אונסין אלמא מדינא דאורייתא הדרי, והרי דמוהו בפירוש לשואל וכו' עכ"ל.

את הבעין. ויש לגזלן ולנגזל קנינים בחפץ הגזול וכדאמר ר' יוחנן (ב"מ ז א) "גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו", דהגזלן אינו יכול להקדיש את הגזילה לפי שאינה שלו שאין לו קנין הגוף בחפצא, והנגזל אינו יכול להקדישו לפי שאינה ברשותו דקנין גזילה של הגזלן מפקיע במקצת הבעלות של הנגזל. ולפי"ז נראה לבאר דברי הבעה"מ "דכי איתנהו בעיניהו חומרא הוא דרמו רבנן עליה דלהדר ממונא למריה כיון דאיתיה בעיניה" - דאין כוונתו לומר דחיוב השבת הבעין היא רק חומרא מדרבנן, אלא ר"ל דיש דין בפ"ע שהגזלן חייב להחזיר את הבעין - מאחר שיש לנגזל קנין הגוף בחפץ ולגזלן יש רק קנין זכות תשמיש ואחריות דאונסין, וקנין הנגזל עדיף מקנין גזילה של הגזלן ולכן קנין הנגזל בגוף החפץ מחייב את הגזלן להחזיר את הבעין להבעלים מדאורייתא, דאין לגזלן קנין גמור בחפצא להפקיע חובת השבת הבעין. אולם מכיון שיש לגזלן מקצת קנין בחפץ אי אפשר לחייב את הגזלן מדין מזיק, מכיון שיש לגזלן נמי קנין גזילה לענין אונסין וזכות השתמשות בחפץ, דהבעלות של הנגזל מחייב את הגזלן בהשבת הבעין אבל לא בתשלומי נזק. ולפי הבעה"מ רבא נמי סובר דיש לגזלן קנין גזילה בחפץ כרב, אולם אין הקנין קנין גמור מכיון דיש לנגזל קנין הגוף בחפץ, והמקצת קנין של הנגזל מחייב את הגזלן בהשבת הבעין, אבל אינו מחייבו מדין מזיק. ונראה דהבעה"מ סובר שכל זמן שחל מצות "והשיב את הגזילה אשר גזל" אזי החפץ הוי לגמרי בבעלות של הנגזל ויש לו קנין שלם בחפצא הגזולה, דמצות "והשיב את הגזילה" מונע ומעכב את קנין הגזלן מלחול (וכמו שנתבאר לעיל באות א' אליבא דרבנו דוד), ואין לגזלן אלא חיוב אחריות דאונסין. אמנם בבא במחתרת פקע מצות "והשיב את הגזלה אשר גזל" משום דהוי רודף ובדמים קננהו, ואזי יש לנגזל רק מקצת קנין בחפץ הגזול, אולם אף לגזלן יש מקצת קנין בחפצא ומשו"ה אי אפשר לחייב את הגזלן מדין מזיק, ומכל מקום מכיון שיש לגזלן רק מקצת קנין בהחפץ אם החפץ בעין אזי חייב הגזלן להשיב את הבעין לנגזל. והבעה"מ סובר דהא דמשלם ד' בתברא ושתיא (ב"מ מג א) הוא משום דהתם חל דין "והשיב הגזילה אשר גזל" שמונע ומעכב את קנין הגזלן בחפץ, ובכהאי גוונא יש לנגזל חלות שם בעלים גמורה לחייב את הגזלן משום מזיק, ומשו"ה שפיר חל נמי חיוב מזיק כששברו אח"כ. ולפי"ז י"ל דהרמב"ן חולק על הבעה"מ וסובר שחל חיוב מזיק אף במקום שיש לניזק רק מקצת קנין בחפץ. א"נ י"ל דהרמב"ן ס"ל דאף לאחר שפקע מצות והשיב חל לנגזל קנין שלם בחפץ, דלפי רבא יש לגזלן רק קניני חיוב לענין אחריות דאונסין אבל לא קניני זכות

בחפצא, ומשו"ה הגזלן חייב משום מזיק.[644]

אמנם נראה דיש לפרש שיטת רש"י תוס' והבעל המאור באופן אחר, דאע"פ דהבא במחתרת שגזל פטור מחיובי גזילה מדין קלבד"מ מ"מ קנה קניני גזילה בחפצא, ומשו"ה אם אח"כ שיבר את הכלי שגזל פטור מלשלם ואינו חייב מדין מזיק, דהקנין גזילה שיש לו בחפצא פוטרו מחיוב מזיק. משא"כ גזלן דעלמא ששיבר את הכלי חייב לשלם, אך אין חיוב זה חל מדין מזיק אלא מדין גזילה, כי שבירת הכלי לבסוף הוי המשך של מעשה הגזילה דמעיקרא ומחייב מדין גזילה. ואילו בבא במחתרת מכיון שחל פטור במעשה הגזילה דמעיקרא חל פטור גם על מעשה הגזילה שבשבירה שלבסוף, דהחיוב דתברא ושתיא אינו אלא בתורת המשך למעשה גניבה הראשון, ומאחר שחל פטור על המעשה גניבה הראשון מדין קלבד"מ תו אי אפשר לחייבו על המשך אותה הגזילה[645].

והבעה"מ מחלק בין גזלן דעלמא דחייב ד' בתברא ושתיא משום דהשבירה הוי המשך למעשה הגזילה הראשון, לבין גנב הבא במחתרת דפטור אף אם שיבר את הכלים אח"כ אחרי שיצא מן המחתרת, דמכיון דחל פטור על מעשה הגניבה הראשון תו לא מחייב על השבירה שלבסוף.

והגר"ח זצ"ל הביא ראיה ליסוד זה דהחיוב דתברא ושתיא אינו מדין מזיק אלא מדין גזילה, והשבירה אינו מעשה גזילה חדשה אלא הוי המשך של מעשה הגזילה דמעיקרא, מדברי הרמב"ם (פ"א מהל' גניבה הי"ד) שכתב וז"ל גנב בהמה או כלי וכיוצא בהן ובשעת הגניבה היה שוה ד' ועכשיו בשעת העמדה בדין שוה ב' משלם קרן כשעת הגניבה ותשלומי כפל או ד' וה' כשעת העמדה בדין, היה שוה בשעת הגניבה ב' ובשעת העמדה בדין ד' אם שחט או מכר או שבר הכלי או אבדו משלם תשלומי כפל או ד' וה' כשעת העמדה בדין, ואם מתה הבהמה או אבד הכלי מאליו משלם תשלומי כפל כשעת הגניבה עכ"ל. ומבואר ברמב"ם שאם הכלי נאבד מאליו הגנב משלם כפל כשעת

[644] וכן משמע מלשון הרמב"ן (במלחמת ה') וז"ל ואמר רבא מסתבר לי מילתא דרב דאמר בדמיה קנינהו בששבר במחתרת בעוד שהוא מתחייב בנפשו וכו' אבל נטל חייב ולא מסתבר בה טעמיה דרב וה"ה לשבר הוא חוץ למחתרת דחייב ואע"ג דליתנהו וכו' אלא דלא נחית גמרא השתא להאי דינא אלא למימר אי קנינהו בשהוציאן או לא, ובאמת רב אמרה בכל ענין ואפילו נטל חייב ומשום דקסבר דברשותיה קאי וטעה רב דלא אוקמינהו רחמנא ברשותיה אלא לענין אונסין ולא לענין מיקנא עכ"ל. ומבואר דהרמב"ן מפרש דהמחלוקת בין רב לרבא הוא דאליבא דרב יש לבא במחתרת קנין בנוף החפץ ואינו חייב להחזיר את הבעין, ואילו רבא סובר שאין לגנב קנין בחפצא ואין לגנב אלא חלות חיוב אחריות אונסין בדומה לשואל. אולם הבעה"מ סובר דרב ורבא לא נחלקו האם יש לבא במחתרת קנין בנוף החפצא או לא, דלתרווייהו יש לגנב מקצת קנין ולנגזל מקצת קנין, אלא דרבא ס"ל דהמקצת קנין של הנגזל מחייב את הגזלן בהשבת הבעין אע"פ שאינו מחייבו מדין מזיק. ואילו רב סובר דהמקצת קנין של הגזלן מפקיע נמי חובת השבת הבעין. (רבינו זצ"ל)

[645] עיין ביד רמה סנה' דף עב. ד"ה מתיב (ובהערה 66 שם) שפירש כדברי רבינו זצ"ל. ועיין בקצה"ח סימן שנ"א ס"ק ב'

הגניבה. ומאידך אם הגנב שיבר את הכלי בידים משלם כפל כשעת העמדה בדין. וצ"ע דהתינח דמשלם את הקרן כשעת השבירה מדין מזיק אך אם החיוב דתברא או שתיא חל מדין מזיק מדוע מתחייב לשלם תשלומי כפל או ד' וה' כשעת העמדה בדין. ואמר הגר"ח זצ"ל דמוכח מהרמב"ם דהחיוב דתברא ושתיא חל מדין גניבה, דהגניבה הראשונה נמשכת ונגמרת בשעת השבירה בידים, ומשו"ה משלם כפל על שעת השבירה וכשעת העמדה בדין.[646] והדין דהגונב מן הגנב פטור חל רק כשיש גנב שני שעשה מעשה גניבה שניה, אבל בגנב ראשון שעשה עוד מעשה גניבה המעשה השני מצטרף למעשה הגניבה הראשונה והוי מעשה גניבה אחת, וחייב. ולפי"ז י"ל דרש"י ותוס' והבעה"מ ס"ל דהבא במחתרת ואח"כ שיבר את הכלים פטור משום דמכיון שחל פטור דקלבד"מ על מעשה הגניבה הראשונה אי אפשר להתחייב בתברא או שתיא אח"כ, דהחיוב דתברא ושתיא אינו אלא בתורת המשך למעשה גניבה הראשונה, ומאחר שחל פטור על המעשה גניבה הראשונה תו אי אפשר לחייבו על המשך של אותה הגניבה.

ובביאור שיטת הרמב"ן דהבא במחתרת ואח"כ שיבר את הכלים חייב י"ל דס"ל דגנב שהזיק חייב מדין מזיק דעלמא, ודלא כהרמב"ם. א"נ י"ל דהרמב"ן סובר דמאחר שהגנב הבא במחתרת פטור על מעשה הגניבה מדין קלבד"מ אינו קונה קניני גניבה, כי רק גנב המתחייב בחיובי גניבה קונה קניני גניבה משא"כ גנב שפטור מחיובי גניבה לית ליה נמי קניני גניבה. ומשום כך אם הבא במחתרת הזיק אח"כ את הכלים שנטל חייב מדין מזיק דעלמא מאחר דלית ליה קניני גניבה.[647] ולפי"ז יתכן דהרמב"ם נמי סובר כשיטת הרמב"ן דאם שיבר אח"כ את הכלים יהיה חייב.[648]

ועיין במשנה לעיל (ב"מ מג ב) הטה את החבית ונטל הימנה רביעית ונשברה אינו משלם אלא רביעית ובגמ' (מד.) איתא "אמר רבה לא שנו אלא נשברה אבל החמיצה משלם את כולה מ"ט גירי דידיה הוא דאהנו לה", ופרש"י (בד"ה אבל החמיצה) וז"ל פשיעה היא ומזיק בידים הוא דבשביל שחיסרה החמיצה שכן דרך יין להחמיץ בכלי חסר עכ"ל. ומבואר דאליבא דרש"י החיוב של השומר הוא מדין מזיק וישלם כשעה שהחמיצה. אמנם עיין ברמב"ם (פ"ג מהל' גזילה הי"ג) וז"ל כיצד הטה את החבית

[646] עיין בחידושי רבנו חיים הלוי פ"ז מהל' חובל ומזיק ה"ד, ובפ"א מהל' גניבה הט"ו, ועיין בקצה"ח סימן ל"ד ס"ק ג', ובנתיבות המשפט (לד: ה'), ועיין בס' רשימות שיעורים למס' בב"ק עמ' שס"ט, תי"ז, תקנ"א.

[647] ועיין בנתיבות המשפט (סימן שנ"א ס"ק א') שכתב דהגונב בשבת אינו קונה בשינוי וז"ל דכיון דאין עליו חיוב דמים לגריעותא דידיה אין לו ג"כ קנין הגוף למעליותא עכ"ל.

[648] ועיין במגיד משנה (פ"ג מהל' גניבה ה"ב) שכתב דהרמב"ם חולק על הרמב"ן. אמנם מהרמ"א (סימן שנ"א) משמע דס"ל דהרמב"ם מודה לשיטת הרמב"ן, וכ"כ בביאור הגר"א (שם ס"ק ג'), וכן נקט הב"ח (סימן שנ"א ס"ק ב') ע"פ משמעות פסק הרמב"ם (בפ"ט מהל' גניבה הי"ג ובפ"ג שם ה"ב).

במקומה ונטל ממנה רביעית או יתר וכו' ואם החמיצה משלם את דמי כולה כשעת הגזלה עכ"ל. וצ"ע דאם החיוב דההחמיצה הוי משום מזיק מדוע שמין את היין כשעה שהטה את החבית דלכאורה צריך לשום ולפרוע תשלומי מזיק כשעת ההיזק. ומלשון הרמב"ם "ואם החמיצה משלם את דמי כולה כשעת הגזלה" משמע דההחיוב כשהטה את החבית חל מדין גזילה. ומבואר מהרמב"ם דאם השומר עשה מעשה גזילה במקצת הפקדון וגרם נזק בחפץ כולו הו"ל שולח יד בכולו וחל דין גזילה על כל החפץ. ולכן כשנטל השומר רביעית יין מהחבית ושלח בה יד נעשה גזלן וההיזק שלאח"כ בכל היין מצטרף למעשה הגזילה, וחייב על הכל מדין גזילה. ונראה דדין זה חל רק בשומר מדין שליחות יד, דבגזלן דעלמא אין צירוף בין המעשה גזילה בחלק של החפץ לההיזק שאירע אח"כ בשאר החפץ, משא"כ בשומר שחל עליו חיוב אחריות על כל החפץ ואם גזל חצי הפקדון והיזק בבת אחת שאר הפקדון הרי הוא חייב מדין גזלן על הנזק שבכולו, דההיזק מצטרף למעשה הגזילה. וחזינן דיתכן שמעשה היזק מצטרף למעשה הגזילה והחיוב נזק חל מדין גזילה, ודומה לדין תברא ושתיא אליבא דהרמב"ם.[649]

תוס' ד"ה אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו וז"ל דעיקר אתנן בעריות כתיב דזונה מחייבי כריתות היא וכו'.

ומבואר מדברי התוס' דחל דין אתנן זונה בעריות דחייבי כריתות הן, ולכאורה ס"ל כשיטת הראב"ד דחל דין זונה רק בנבעלה לחייבי כריתות ובמי שאין קידושין תופסים בו. דהנה עיין ברמב"ם (פי"ח מהל' איסורי ביאה ה"א) וז"ל מפי השמועה למדנו שהזונה האמורה בתורה היא כל שאינה בת ישראל או בת ישראל שנבעלה לאדם שהיא אסורה להנשא לו או איסור השוה לכל, או שנבעלה לחלל אע"פ שהיא מותרת להנשא לו וכו' והבא על הנדה אע"פ שהיא בכרת לא נעשית זונה ולא נפסלת לכהונה שהרי אינה אסורה להנשא לו עכ"ל. ועיין בראב"ד וז"ל ליתנהו להני כללי שאין זונה אלא מחייבי כריתות או מעכו"ם ועבד שאין בהן קידושין מיהו כל הפסולים לבא בקהל אם באו עליה פסולה מן הכהונה ומן התרומה ואפילו חלל משום דכתיב ולא יחלל זרעו מה הוא מחלל אף זרעו מחלל אבל ללקות עליה משום זונה לא עכ"ל. ומבואר שנחלקו הרמב"ם והראב"ד בחלות פסול ושם זונה, דהראב"ד סובר דחלות שם זונה תלוי באי - תפיסת קידושין, ולכן סובר דחל פסול זונה בחייבי כריתות ועכו"ם ועבד דלית בהו תפיסת קידושין. ואילו הרמב"ם סובר דחל פסול זונה אף בחייבי לאוין ואע"פ דחל בהו תפיסת קידושין, ועל כרחך צריך לומר דהרמב"ם סובר דחלות שם זונה אינו תלוי באי -

[649] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' ב"ק עמ' צ"א.

תפיסת קידושין. והנה עיין ברמב"ם (פי"ח מהל' איסורי ביאה ה"ג) דגיורת אסורה לכהן משום זונה, ומוכח דס"ל דדין זונה אינו תלוי באי תפיסת קידושין - דחל קידושין בגיורת לכהן. ונראה דלהרמב"ם שם זונה בנוגע לאיסור לכהן תלוי או בביאת איסור (כחייבי לאוין) או בחלות שם זונה שחל בגברא (כגיורת עכו"ם ושפחה). ואילו להראב"ד (פי"ח איסורי ביאה הל"ג) גיורת אינה אסורה לכהן משום חלות שם זונה אלא משום איסור עשה, והראב"ד אזיל לשיטתו דס"ל דפסול זונה תלוי באי תפיסת קידושין, ומאחר דחלין קידושי כהן בגיורת על כרחך דגיורת אינה אסורה לכהן מדין זונה אלא שאסורה לכהן משום איסור עשה דכתיב בתולות מזרע בית ישראל.

אמנם נראה לומר שדין אתנן זונה אינו תלוי בחלות שם פסול זונה בגברא ובגדר דין זונה לגבי איסור זונה לכהן, דעיין ברמב"ם (פ"ד מהל' איסורי מזבח ה"ח) וז"ל איזהו אתנן האומר לזונה הא ליך דבר זה בשכריך אחד זונה כותית או שפחה או ישראלית שהיא ערוה עליו או מחייבי לאוין, אבל הפנויה אפילו היה כהן אתננה מותר, וכן אשתו נדה אתננה מותר אע"פ שהיא ערוה עכ"ל. ויש לדקדק דהרמב"ם השמיט דין אתנן בחייבי עשה, ומשמע דס"ל דלא חל בכה"ג דין אתנן, וצ"ע בזה דבנוגע לכהן פסק הרמב"ם (בפי"ח מהל' איסורי ביאה ה"ב) דאי נבעלה לא' מאיסורי עשה נעשית זונה ואסורה לכהן. וא"כ צ"ע מדוע השמיט דין אתנן זונה בחייבי עשה, דמ"ש דין אתנן זונה מחלות שם זונה לגבי איסור זונה לכהן. וביאר הגר"מ זצ"ל דיש חילוק בין חלות שם זונה הנאסרה לכהן ובין דין אתנן זונה, דחלות שם זונה לגבי איסור זונה לכהן חל מחמת שנבעלה למי שפוגם אותה בביאתו, וכמש"כ הרמב"ם (פי"ח מהל' איסורי ביאה ה"ה) וז"ל הא למדת שאין היותה זונה תולה בבעילה של איסור שהרי הבא על הנדה ועל הקדשה והנרבעת לבהמה נבעלה בעילה של איסור ולא נעשית זונה, ומי שנשאת לחלל נבעלה בעילה של היתר וכו' ונעשית זונה, ואין הדבר תלוי אלא בפגימה ומפי השמועה למדו שאינה פגומה אלא מאדם האסור לה או מחלל עכ"ל. ובנבעלת לחייבי עשה חל פגימה ומשו"ה נעשית זונה לגבי כהן. אולם חלות דין אתנן זונה חל רק כשעצם מעשה הביאה הויא ביאת זנות. והרמב"ם סובר דבחייבי עשה הביאה לא הוי חפצא דביאת זנות דרק בחייבי לאוין וחייבי כריתות חל חפצא של ביאת זנות, ומכיון דבחייבי עשה לא חל חפצא וחלות שם ביאת זנות לכן ליכא בחייבי עשה דין אתנן זונה, ואע"פ שחל פגם בביאה לחייבי עשה לפוסלה לכהן[650].

[650] ועיין עוד בחידושי הגר"מ הלוי פ"א מהל' נערה ובתולה הי"א - יב. אולם עיין במנ"ח מצוה תקע"א אות י' דנקט דהרמב"ם הוא לאו דוקא ואף בחייבי עשה חל דין אתנן מאחר דהוי ביאה אסורה ונעשית ע"י ביאה זו זונה לגבי כהן.

והנה יל"ע במש"כ הרמב"ם (פ"ד מהל' איסורי מזבח ה"ח) "וכן אשתו נדה אתננה מותר אע"פ שהיא ערוה", דלכאורה צ"ע במש"כ הרמב"ם דנדה הויא ערוה, דבפשטות נדה אינה ערוה דהרי תפסי בה קידושין ואין הולד ממזר. ונראה לבאר עפ"י מש"כ הרמב"ם (בפי"ח מהל' איסורי ביאה ה"א) "והבא על הנדה אע"פ שהיא בכרת לא נעשית זונה ולא נפסלת לכהונה שהרי אינה אסורה להנשא לו". ונראה דנדה חלוקה משאר איסורי עריות - דבשאר עריות דחייבי כריתות יסוד האיסור הוא איסור אישות, משא"כ איסור נדה הוי חלות שם איסור ביאה בעלמא. ולכן בשאר עריות דחייבי כריתות לא חלו קידושין דיסוד האיסור בהו הוי איסור אישות והאיסור מפקיע את חלות תפיסת קידושין. וזהו מש"כ הרמב"ם "והבא על הנדה אע"פ שהיא בכרת לא נעשית זונה וכו' שהרי אינה אסורה להנשא לו" דאין בנדה חלות שם זונה משום שאינה אסורה להנשא לו כלומר דאין נדה חפצא של ערוה דחל בה איסור אישות, דנדה לא הוי אלא חלות שם איסור ביאה בעלמא. ונראה להביא ראיה לזה מדברי התוס' ביבמות (דף ב. ד"ה ואחות אשתו) וז"ל אין להקשות דנדה תאסר ליבם אע"פ שמטהרה אח"כ כמו אחות אשתו שאין מתייבמת אפילו מתה אשתו אח"כ דלא דמי דאחות אשה ושאר עריות האיסור עומד על היבם טפי משאר בני אדם אבל נדה לכולי עלמא אסירה עכ"ל. ובביאור דבריהם נראה דתוס' ס"ל דאין איסור כרת בעצמו פוטר את היבמה מיבום וחליצה אלא חלות שם ערוה בגברא, ואע"פ שחל איסור כרת בביאת נדה מ"מ אין הנדה עצמה חפצא של ערוה דהרי היא אסורה לכולי עלמא, ומכיון דנדה לא הוי חלות שם ערוה משו"ה תפסי בה קידושין ואין וולדיה ממזרין (עיין ביבמות דף מט:), ולפיכך נופלת נדה ליבום. ונראה דזה כוונתם במש"כ דנדה שאני משאר עריות דנדה אסורה לכל דהוי חלות שם איסור ביאה, ואילו חלות שם ערוה אוסר את האשה ליבם טפי משאר בני אדם. ומבואר דתוס' נקטו דנדה הוי איסור ביאה בעלמא ואינה חפצא של ערוה, ולא חל בה שם ערוה בגברא[651].

והנה יש לעיין האם חל בנדה דין יהרג ואל יעבור כשאר עריות, דהרי נדה אינה אסורה בחלות שם איסור ערוה בגברא ואינה חפצא של ערוה דתפסי בה קידושין, ורק דהאיסור ביאה הוי איסור כרת כעריות. ועיין בב"י (בטור יו"ד סימן קצ"ה) דנקט דחל דין יהרג ואל יעבור בנדה משום שהיא ערוה (וכ"כ הש"ך יו"ד סימן קצ"ה ס"ק כ' ועיין בביאור הגר"א ס"ק כ'). אמנם הגר"ח זצ"ל הסתפק בזה דשמא י"ל דלא חל דין יהרג ואל יעבור בנדה משום שאינה אלא חלות שם איסור ביאה בעלמא ולא הוי חלות שם איסור ערוה

[651] ועיין במה שביאר בזה רבינו זצ"ל בארוכה בס' רשימות שיעורים למס' יבמות עמ' ל"ה - ל"ז.

בגברא[652]. ונראה להביא ראיה דדין יהרג ואל יעבור תלוי בחלות שם ערוה ולא באיסור ביאה שחייב עליה כרת, דעיין ברמב"ם (פ"ה מהל' יסודי התורה ה"ב) וז"ל אבל שלש עבירות אלו אם יאמר לו עבור על אחת מהן או תהרג יהרג ואל יעבור בד"א בזמן שהעכו"ם מתכוין להנאת עצמו כגון שאנסו לבנות לו ביתו בשבת וכו' או אנס אשה לבועלה וכיוצא בזה וכו' עכ"ל, ומבואר להדיא ברמב"ם שאם עכו"ם אנס בת ישראל ובא עליה להנאת עצמו דליכא דין דיהרג ואל יעבור. ועיין בכס"מ שכתב בשם הנמו"י דעכו"ם הבא על בת ישראל לא הוי בכלל גילוי עריות, אבל ישראל הבא על עבודת כוכבים בכלל ג"ע עריות דקנאין פוגעין בו ואם לא פגעו בו קנאים חייב כרת. ומבואר דאע"פ שמצד האיסור ביאה אין חילוק בין עכו"ם הבא על בת ישראל לישראל הבא על הכותית דבתרווייהו חל איסור ביאה לעכו"ם בשוה, מ"מ חל דין קנאין פוגעין בו ודין יהרג ואל יעבור דוקא בישראל הבא על הכותית, דחל בכותית חלות שם איסור ערוה בגברא, וישראל הבא על הכותית הוי בכלל ג"ע. משא"כ ישראלית הנבעלת לעכו"ם לא הוי בכלל גילוי עריות. ולפי"ז י"ל דאי נדה הוי חלות שם ערוה אזי חל בביאת נדה דין יהרג וא"י, משא"כ אי הוי רק חלות שם איסור ביאה אע"פ שיש בה חיוב כרת ליכא בה דין דיהרג ואל יעבור.

דף צא:

גמ'. אמר ר"נ אמר רבה בר אבוה פועלים עד שלא הילכו שתי וערב בגת אוכלין ענבים ואין שותין יין משהילכו שתי וערב בגת אוכלין ענבים ושותין יין.

יש לעיין בדין שתי וערב האם זוהי הלכה מיוחדת בפועל או בחלות שם יין בכהת"כ. ועיין ברש"י (ד"ה עד שלא) שכתב וז"ל ועד שלא הלכו בשתי וערב אין מלאכתן ניכרת ביין אלא בענבים לפיכך אין שותין יין דהוי ליה עושה במין זה ואוכל במין אחר עכ"ל, ומשמע דהוי שיעור במלאכת ואכילת פועל דמשהילכו הפועלים שתי וערב אזי הוי מלאכתן ביין ואילו לפני כן הפועל עושה מלאכתו בענבים ואסור לו לשתות מהיין דאינו ממין מלאכתו. אולם עיין בשיטה מקובצת (בד"ה אמר רב נחמן) וז"ל פועלים עד שלא הלכו שתי וערב בגת ועדיין לא התחיל היין להמשך אין שותין ממנו כי עדיין בחזקת

[652] ועיין בשו"ע יו"ד סימן קצ"ה סעיף ט"ז - י"ז דהמחבר פסק דאסור ליגע באשתו נדה כשהיא חולה כדי לשמשה והרמ"א מקיל, ויתכן דנחלקו בנדר נדה אי הוי חלות איסור ערוה וחל בה דין יהרג ואל יעבור אף בנגיעה משום אבזרייהו דעריות (עיין בש"ך שם ס"ק כ' ובביאור הגר"א ס"ק כ') או דהויא רק חלות שם איסור ביאה בעלמא ומותר ליגע בה לרפואתה מחליה. וע"ע בריטב"א לפסחים דף כה דס"ל דאין דין יהרג ואל יעבור בנדה דאינה ערוה. אולם מלשון הרמב"ם פ"ד מהל' איסורי ביאה ה"א "נדה הרי היא בכלל שאר העריות" משמע דחל בנדה דין ערוה, ויל"ע בזה.

אוכל הוא ולא משקה אבל הלכו בו שתי וערב כלומר לאורכו ולרחבו של גת ונמשך היין לבור ונעשה בו תורת אוכל ותורת משקה ומותר לאכול מן הענבים ולשתות מן היין ר"ח ז"ל עכ"ל, דס"ל דאינו שותה ממנו עד שידרוך שתי וערב ונמשך היין לבור ונעשה בו תורת משקה. ומשמע דס"ל דהילוך שתי וערב בגת הוי דין בחלות שם משקה דיין בכהת"כ. ולכאורה תהיה נפ"מ לענין יין נסך דלא חל איסור יין נסך אא"כ דרך שתי וערב ונמשך היין לבור. ועיין ברמב"ם (פ"א מהל' טומאת אוכלין הכ"ד) וז"ל ענבים שדרכן משהלך בהן הדורך שתי וערב מתטמאין משקין עכ"ל, ומבואר דחלות שם משקה חל ביין רק אחרי שנדרך שתי וערב. וכן משמע ממה שפסק (בפי"ב מהל' שכירות הי"ב) וז"ל הפועלים שלא הלכו שתי וערב בגת אוכלין ענבים ואין שותין יין שעדיין אין עושין אלא בענבים בלבד ומשידרכו בגת ויהלכו בה שתי וערב יש להן לאכול מן הענבים ולשתות מן התירוש שהרי הן עושין בענבים וביין עכ"ל. ומבואר דכל זמן שלא הלכו שתי וערב בגת ליכא חלות שם משקה דיין. אמנם עיין ברמב"ם (פי"א מהל' מאכ"א הי"א) וז"ל מאימתי יאסר יין העכו"ם משידרוך וימשך היין אע"פ שלא ירד לבור אלא עדיין הוא בגת הרי זה אסור וכו' עכ"ל, וצ"ע דלגבי סתם יין הרמב"ם לא הזכיר שיעור דשתי וערב. ומשמע דהרמב"ם סובר דאע"פ שחל חלות שם משקה דיין בכהת"כ משדרך שתי וערב, אמנם איסור סתם יין אינו חל אא"כ הוי יין שנפרד לעצמו ואינו מעורב בענבים והוי בעין בפני עצמו, ולכן נקט הרמב"ם דחל איסור סתם יין רק משנמשך היין לגת דאזי הוי יין בעין בפני עצמו. משא"כ בפועל אין צריך אלא שיעסוק הפועל במלאכת היין, ולכן אפילו אם אין היין נפרד לעצמו ועדיין מעורב בענבים מ"מ משחל בו שם משקה דיין דכהת"כ משהילך בו שתי וערב הותר לפועל לשתות מן היין, דחשיב עוסק במלאכת היין. ומבואר דלרמב"ם יש שיעור מיוחד בדין סתם יין דהיין נפרד לעצמו, דאזי ראוי הוא לניסוך ע"ג המזבח, ועיין ברמב"ם (פי"א מהל' מאכלות אסורות ה"ט - ה"י) ומשמע ממנו דדין סתם יין בגת תלוי בדין יין הראוי להתנסך ע"ג המזבח.

רש"י ד"ה וכולן לא אמרו וז"ל שיאכל אלא בשעה שהוא עוסק במלאכה ולא שישב לו ויאכל לומר הרי מנעתי עצמי עד כאן לא בטלתי עכשיו אשב לי ואוכל עכ"ל.

ומבואר מרש"י דמותר לפועל לאכול מעט מעט בשעת מלאכתו אבל אסור לו להפסיק ממלאכתו ולישב ולאכול. ונראה דהך איסור אינו משום גזילה וביטול זמן מלאכתו, דיתכן דליכא יותר ביטול זמן כשמפסיק ממלאכתו ויושב לאכול ממה שהיה מבטל זמן כשאוכל מעט מעט בשעת מלאכתו, דסוף כל סוף הזמן שאוכל בו הוא מבטל ממלאכתו, ויתכן שהפועל יעשה חשבון של כמה זמן היה לוקח לו לאכול בשעת מלאכתו ועכשיו

הוא רוצה לשבת ולאכול כשיעור הזמן ההוא, שאומר לעצמו עד כאן לא בטלתי ממלאכה לאכול עכשיו אשב לי ואוכל, ואפילו הכי אסור לו להפסיק ממלאכה לישב ולאכול. וי"ל דחל איסור מסוים שלא יבטל הפועל ממלאכתו וישב לאכול בשיעור זמן גדול, ורק הותר לו ליבטל מעט זמן ולאכול בשעת מלאכתו. אמנם צ"ע מהו השיעור דזמן גדול שאסור לו להתבטל ולאכול ומהו שיעור הזמן מועט שמותר לו להתבטל ולאכול בו.

ועיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"ג) וז"ל המבטל ממלאכתו ואכל או שאכל שלא בשעת גמר מלאכה ה"ז עובר בלא תעשה שנא' וחרמש לא תניף מפי השמועה למדו שכל זמן שהוא עוסק בקצירה לא יניף חרמש לאכילתו עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל ולא מפני ביטול מלאכה אלא שלא יעשה אכילתו קבע כעין מלאכתו עכ"ל. ונראה דהראב"ד סובר שמותר לפועל לאכול בשעת קטיפה ואסור לו להפסיק מלאכתו ולשבת ולאכול, אולם אין האיסור משום ביטול זמן מלאכתו, אלא דכשמפסיק ויושב ואוכל הו"ל אכילת קבע ולא הותר לפועל אלא אכילת ארעי. ואילו כשהפועל אוכל בשעת המלאכה הו"ל אכילת ארעי. ונראה לומר דזה נמי יסוד הדין אליבא דרש"י, דאין האיסור משום ביטול זמן מלאכתו וגזילת זמן מלאכה מהבעה"ב, אלא דכשמפסיק ממלאכתו ויושב לאכול הו"ל אכילת קבע ולא הותר לפועל אלא אכילת ארעי.[653]

משנה. וכולן לא אמרו אלא בשעת מלאכה אבל משום השב אבידה לבעלים אמרו פועלין אוכלין בהליכתן מאומן לאומן.

ופרש"י (ד"ה אמרו) וז"ל כשגמרו שורה זו והולכין להתחיל בחבירתה ואע"ג דההיא שעתא לאו שעת מלאכה היא ניחא ליה לבעל הבית בהא עכ"ל. והנה יש לעיין בזה דבעלמא קיי"ל דהליכה למלאכה נחשבת כהתחלת המלאכה המחייבת בפעולה (וכדפסק הרמב"ם פ"ט מהל' שכירות ה"ד), וא"כ למה אין ההליכה מאומן לאומן חלק ממלאכתו ומותר לפועל לאכול באותה שעה מדאורייתא. ונראה דההליכה למלאכה הוי חלק ממלאכה דעלמא, אך שאני אכילת פועל דצריך להתעסק בגוף החפצא שאוכל ממנו, ובהליכה אינו עוסק במלאכה בגוף החפצא עצמה שרוצה לאכול ממנו ולכן אינו אוכל מדאורייתא אלא מדרבנן.

[653] ומצינו כעין דין זה בהל' קריאת שמע שכתב הרמב"ם (פ"ב מהל' ק"ש ה"ד) וז"ל מי שהיה עוסק במלאכה מפסיק עד שיקרא פרשה ראשונה כולה. וכן האומנין בטלין ממלאכתן בפרשה ראשונה כדי שלא תהא קריאתן עראי והשאר קורא הוא כדרכו ועוסק במלאכתו עכ"ל. ומוכח דאי קורין פועלים ק"ש בשעת מלאכתן הוי קריאת עראי ואילו אם מפסיקים וקורין שלא בשעת מלאכתן הוי קריאת קבע. ונראה דה"ה לגבי פועל דכשאוכל בשעת מלאכתו הו"ל אכילת ארעי ואילו כשמפסיק ממלאכתו ויושב ואוכל הו"ל אכילת קבע ואסור. (רבינו זצ"ל)

והנה אליבא דרש"י פועל אוכל מדאורייתא דוקא בשעת הבצירה ומפני השב אבידה תקנו שיאכל אף בהליכתו מאומן לאומן אחרי שגמר מלאכתו. אמנם עיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"ב) וז"ל והעושה במחובר כגון בוצר וקוצר אינו אוכל אלא כשיגמור עבודתו כגון שיבצור ויתן בסל עד שימלאנו וינפץ הסל למקום אחר ויחזור ויבצור וימלאנו ואינו אוכל אלא עד אחר שימלא את הסל. אבל מפני השב אבידה לבעלים אמרו חכמים שיהיו הפועלין אוכלין בהליכתן מאומן לאומן ובחזירתן מן הגת שלא יבטלו ממלאכתן וישבו לאכול אלא אוכלין בתוך המלאכה כשהן מהלכין ואינן מבטלין עכ"ל. ומבואר דאליבא דהרמב"ם מדאורייתא אוכל הפועל לאחר שגמר מלאכת הבצירה כשהעבנים בסל ומפני התקנה תקנו שיהיה אוכל כשהולך מאומן לאומן לפני שגמר מלאכת הבצירה כדי שלא ישב ויאכל ויבטל ממלאכתו. וצ"ע היאך יפרש הרמב"ם את סוגיין, דלכאורה היא כנגד שיטתו, דהא בסוגיין איתא שיתכן שיאכל מדאורייתא בשעת בצירה מפני שמהלך כעושה מעשה דמי או מפני שעושה בגפן זה אוכל בגפן אחר, וקשה דהא לפי הרמב"ם אין הפועל אוכל קודם גמר המלאכה לפני שמלא את הסל.

ונראה לבאר עפ"י דברי הרמב"ם בפיה"מ שכתב וז"ל ואמנם התיר להם לאכול בהליכתן מאומן לאומן ובחזירתן לגת לפי שבאותה שעה הם בטלים וכיון שא"א להם בלא אכילה טוב הוא לאכול בשעת הבטלה ולא יאכל בשעת (גמר) מלאכה ויתבטלו כל זמן שאוכלין וזה טוב לבעה"ב עכ"ל. ונראה דהפועל הולך עם הסל המלאה לנפץ אותו במקום אחר וחוזר עם הסל כשהוא ריק כדי לבצור עוד. ונראה דהתקנה היתה שיאכל רק אחרי שמנפץ את הסל וחוזר והולך עם סל ריק והולך לאומן חדש כדי לבוצרו. ולפי"ז הסוגיא אתי שפיר דמדאורייתא אוכל מאחר שכבר מלא את הסל אלא שאוכל בחזרתו כשהולך עם סל ריק, ודו"ק.

גמ'. אמר רב שישא בריה דרב אידי במודלית. ופרש"י (בד"ה אמר רב שישא) וז"ל לעולם תרווייהו בעינן ממין וממה והאי דאצטריך למיתני תאנים וענבים ודייקת הא תאנים ותאנים אוכל בתאנה המודלת על הגפן או גפן מודלה על תאנה ואשמועינן היה עושה במין זה לא יאכל במין אחר, ואע"ג דהוי עוסק בשניהם שהרי צריך להגביה ולהפריד הענפים של זה מזה כשהוא חותך ומיהו לא ממין שאתה נותן הוא הא תאנים ותאנים דומיא דהני כגון המודלת על חבירתה אין צריך להבחין מאיזה מהן יאכל דממין שאתה נותן וממה שאתה נותן הוא דבשניהם הוא עסוק עכ"ל. ובביאור דבריו נראה דמכיון דענבים וענבים ממין אחד הם אזי כשהפועל מגביה את הגפן המודלית כדי לבצור את הענבים מהגפן שמתחתיו הו"ל עוסק במלאכה אחת של בצירת ענבים. משא"כ

כשהמודלית היא תאנים שהם מין אחר אזי הגבהתם אינו מצטרף למלאכת בצירת הענבים, ולכן אסור לו לאכול מן התאנים, דהוא עוסק בבצירת ענבים בגפן שלמטה ורק מהם מותר לו לאכול, והגבהת התאנים הו"ל מלאכה אחרת ולא חלק ממלאכת בצירת הענבים.

גמ'. לעולם אימא לך עושה בגפן זה אוכל בגפן אחר ומהלך לאו כעושה מעשה דמי. ונראה דהעושה בגפן זה אוכל בגפן אחר משום דבשניהם יש ענבים שבוצר וחשיב עוסק במלאכת בצירת ענבים, ומשו"ה יש צירוף בין הגפן הראשון לשני ואוכל משניהם. משא"כ כשמהלך דאינו עוסק במלאכה בגוף החפצא של הענבים, משו"ה אינה נחשבת לאותה מלאכת הבצירה ומשו"ה אינו אוכל.

גמ'. עושה בגפן זה אינו אוכל בגפן אחר ומהלך כעושה מעשה דמי. כלומר דמהלך מצטרף לגפן שהולך אליו ואילו עבודה בגפן אחד אינה מצטרפת לגפן שני.

דף צב.

משנה. אוכל פועל קישות אפילו בדינר כותבת ואפילו בדינר ר' אלעזר חסמה אומר לא יאכל פועל יתר על שכרו וחכמים מתירין אבל מלמדין את האדם שלא יהא רעבתן ויהא סותם את הפתח בפניו.

עיין בגמ' "חכמים היינו ת"ק איכא בינייהו אבל מלמדין, לת"ק לית ליה מלמדין לרבנן אית להו מלמדין". ונראה דלכולי עלמא חל איסור על הבעה"ב למנוע את הפועל מלאכול ואפילו לומר לפועל שלא לאכול ג"כ אסור. והחכמים ות"ק רק נחלקו האם מותר לבעה"ב לומר לו עצה לטובתו שלא יהא רעבתן ויהא סותם את הפתח בפניו (ופרש"י "שימנעו לשוכרו למלאכתו"), דת"ק ס"ל אין מלמדין דס"ל שאסור לבעה"ב לומר לפועל שלא לאכול ואפילו אם זוהי עצה לטובתו כדי שלא יהיו נמנעים מלשוכרו. ונראה דמשנה זו היא סמך לשיטת הרמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"א) וז"ל הפועלים שהן עושין וכו' הרי על הבעה"ב מצוה שיניח אותן לאכול ממה שהן עושין בו שנאמר כי תבא בכרם רעך וכו' עכ"ל. ומבואר דמהפסוק כי תבא בכרם רעך לא נלמד רק היתר אכילה לפועל וזכות ממון אלא דיש גם מצוה על הבעה"ב להניח לפועל לאכול, ואם הבעה"ב מונעו מלאכול עבר על איסור עשה. אך מלשון המשנה "אבל מלמדין את האדם שלא יהא רעבתן" משמע דאין זה דין דוקא על הבעה"ב אלא אף על שאר בנ"א, ורק כאן חל היתר ללמדו שלא יאכל יותר מדאי דזוהי עצה לטובתו. וכן כתב השיטמ"ק בשם הר"ר יהונתן (בד"ה מתני') וז"ל אבל מלמדין אותו אוהביו ורעיו שלא יהא רעבתן ויהא

סותם הפתח בפניו, כלומר שלא ימצא אדם שישכור אותו. ואליבא דת"ק אסור ללמד אותו אפילו בדרך עצה שאין לנו לעקור מה שנצטוינו מן התורה והתורה זכתה לו עכ"ל. ומשמע דס"ל דיש מצוה על כולי עלמא שלא למנוע את הפועל מלאכול.

ובביאור המחלוקת האם יכול לאכול יתר על שכרו או לא, נראה לומר דנחלקו במהות זכות אכילת פועל, האם הפועל אוכל משום שהאכילה היא חלק מעצם השכירות, או דהוי זכות אכילה בפני עצמה. ולכאורה אי זכות האכילה היא חלק מעצם השכירות אזי זכות אכילת הפועל היא עד כדי תשלומי השכירות, אבל אי הוי זכות בפ"ע י"ל דמותר לפועל לאכול כל מה שירצה ואפילו יתר מכדי שכרו[654].

והנה עיין בראש"ש (סימן י"ב) וז"ל ונראה לפרש דת"ק אית ליה הך דאיסי דכי היכי דשרי לאכול יותר על שכרו ה"נ מיקל ומתיר לאכול לעושין בסעודתן ופועל משמע כל מי שרוצה לפעול אפילו בסעודתו. ור' אלעזר אומר לא יאכל פועל יותר על שכרו וכ"ש אם אין נותנין לו שכר דלא יאכל כלום. וחכמים מתירין שיאכל פועל יותר על שכרו אבל אם אינו נוטל שכר לא יאכל דלית לן דאיסי עכ"ל. ובביאור דבריו נראה דאי ס"ל כר' אלעזר אזי זכות האכילה היא חלק של השכירות וא"כ בעושין בסעודתן דאין כאן שכירות אין לפועלים זכות אכילה. אולם אליבא דחכמים י"ל דהזכות אכילה הוי זכות בפני עצמה ולכן מותר לפועל לאכול אפילו יתר משכרו, אמנם מ"מ בעינן חלות שם פועל ולכן סברי דהעושה בסעודתן דאינו פועל אינו אוכל. ולפי הת"ק בעושה בסעודתן אע"פ דליכא שכירות מ"מ חל בו שם פועל משום דהבעה"ב מרוויח ממנו ואם הזכות אכילה הוי זכות בפ"ע י"ל דמותר לאכול אף בעושין בסעודתן.

גמ'. א"ל אפילו הכי ניחא ליה לאינש לאנורי אנורי ונקטפיה לפרדיסיה ולא ניתי כולי עלמא ואכלי ליה. וצ"ע דמה נ"מ אי ניחא ליה לבעה"ב או לא, והא מ"מ אין כאן התחייבות שכירות ולכן אינם אוכלים דאינם פועלים. ועיין לעיל בשיעורים (דף צא. ד"ה ת"ר החוסם וכו') שהבאנו שיטת המאירי שהתורה הטילה חיוב מזונות בעצם השכירות כאילו התחייב בעה"ב מדעת המתחייב. ולפי"ז י"ל דה"ה כאן אילו היה ניחא ליה לבעה"ב שיעשו בסעודתן היה חל דין שכירות וזכות אכילה מה"ת כאילו היה דעת המתחייב. אך משום דלא ניחא ליה לבעה"ב לא חל דין שכירות וזכות אכילה.[655]

[654] ואמר רבנו זצ"ל דחקירה זו היא אליבא דמ"ד משלו הוא אוכל אי זכות האכילה היא חלק מעצם השכירות ותוספת שכר השכירות, או דהוי זכות ממון בפ"ע. משא"כ למ"ד משל שמים הוא אוכל אין האכילה זכות ממון של הפועל אלא מתנה דמשמיא קא זכו ליה.

[655] ועיין לעיל בשיעורים (דף כב.) בסוגיית כלך אצל יפות דיתכן שבאומדנא דמוכח דניחא ליה חל דעת מקנה שלא מדעתו.

גמ'. איבעיא להו פועל משלו הוא אוכל או משל שמים הוא אוכל, למאי נפ"מ דאמר תנו לאשתי ובני, אי אמרת משלו הוא אוכל יהבינן להו, אלא אי אמרת משל שמים הוא אוכל לדידיה זכי ליה רחמנא לאשתו ובניו לא זכי להו רחמנא. עיין ברש"י (בד"ה משלו הוא אוכל) שכתב וז"ל תוספת שכר שהוסיפה לו התורה עכ"ל, (ובד"ה או משל שמים) וז"ל במתנת גמילות חסדים כשאר מתנות עניים עכ"ל. ונראה דאליבא דרש"י הגמ' מסתפקת האם דין אכילת פועל הוי חיוב ממון דרמיא על הבעה"ב מדין שכירות או דהיא רק מצוה בעלמא משום גמילת חסדים ליתן לפועל לאכול אבל ליכא התחייבות וחיוב ממון על הבעה"ב ליתן לפועל לאכול. ואי משלו הוא אוכל אזי יש לפועל זכות ממון לאכול והוי כחוב ומשו"ה יכול לומר תנו לאשתי ובני, משא"כ אי משל שמים הוא אוכל דהוי מצוה בעלמא ומתנה כגמ"ח אזי אי אפשר לו ליתן לאשתו ובניו.[656] והנה עיין ברש"י (ד"ה לדידיה זכי ליה רחמנא) וז"ל בצדקה וכל זמן דלא מטי לידיה לא זכי ליה דליתביה לאשתו ובניו עכ"ל. ומבואר דמשבאו הפירות ליד הפועל חל קנין לפועל בגוף הפירות ויכול הוא להקנות הפירות למי שירצה. אמנם עיין בתוס' (ד"ה אי אמרת) וז"ל ואי משל שמים הוא אוכל לא יהבינן להו שלא זיכתה לו הכתוב אלא במה שהוא לועס ואוכל ואין לו כח ליתן כלום עכ"ל. ומבואר דתוס' סברי דלמ"ד משל שמים הוא אוכל יש לפועל רק היתר אכילה במה שהוא לועס ואוכל פירותיו של הבעה"ב אבל אין לו קנין בגוף הפירות ולכן אין לו כח להקנות את הפירות לאחרים אפילו לאחר שבאו לידו, ודלא כרש"י.[657] והנה יש לעיין בסברת רש"י דמשבאו הפירות לידו יכול להקנותם לאחר אף למ"ד משל שמים הוא אוכל, דהרי רש"י נקט דלמ"ד משל שמים הוא אוכל הוי ליה כצדקה, ולכאורה בצדקה אי קיבל עני מעות צדקה אין לו רשות להקנות אותן המעות אח"כ לעשיר אחר, וצ"ע דמאי שנא מפירות דפועל. ונראה דבצדקה הטעם שאין העני רשאי ליתן את המעות אח"כ לעשיר אחר אינו משום חסרון בעלות ודעת מקנה אלא משום דמעות צדקה ניתנו לחלוקה לעניים כמצותן ובזה חל קיום מצות צדקה, ואם העני משתמש במעות צדקה שלא כמצוותן החלוקה בטילה והוי ליה גזל. משא"כ

[656] ונפ"מ אם בעה"ב מונע את הפועל מלאכל האם עובר על איסור ממון דלא תעשוק את רעך, דאי משלו הוא אוכל דיש לפועל זכות ממון לאכול מדין חיובי שכירות י"ל שאם הבעה"ב מונע הפועל מלאכל דקא עבר על לא תעשוק. משא"כ אם משל שמים הוא אוכל והוי מצוה בעלמא דגמ"ח כשאר מתנות עניים אינו עובר בלאו דלא תעשוק. (רבינו זצ"ל)

[657] אמנם עיין בתוס' בפסחים (דף כט. ד"ה בדין) דתוס' ס"ל דהיתר אכילת חמץ של נכרי נותן קנין ממון לזה שאוכל, ואילו רש"י חולק עליו. ולכאורה הם בסברות הפוכות ממה שפירשו בסוגיין, וצ"ע. ונראה דיש לחלק בין ממון הדיוט כגון חמץ של נכרי לבין לפועל דמשל שמים הוא אוכל דהוי רק היתר אכילה בלי קנינים. ונפ"מ לגבי אורח שאכל מצה ברשות ובהיתר האם יצא יד"ח דבעינן לכם, דאם ההיתר אכילה מחיל קנין הוי לכם, ועיין בט"ז סימן תנ"ד ס"ק ד'. (רבינו זצ"ל)

בפועל אפילו אי משל שמים הוא אוכל ליכא בפירות קיום מצות צדקה דניבעי חלוקה כמצותן, ולכן מאחר שבאו הפירות לידו הרי הן שלו לכל דבר ויכול לעשות בפירות כל מה שירצה.

ולפי"ז נתבאר דרש"י ותוס' נחלקו בגדר "משל שמים הוא אוכל", דרש"י סובר דאין על הבעה"ב חיוב ממון ליתן פירות לפועל ויש לבעה"ב רק מצוה משל שמים ליתן פירות לפועל, אמנם מאחר שבאו הפירות ליד הפועל הרי הן שלו לכל דבר, ובשעת אכילה הפועל אוכל פירות שהן ממונו. מאידך תוס' ס"ל דעצם ממון הפירות הן משל שמים ולא רק דהנתינה לפועל היא משל שמים, ויש לפועל היתר לאכול פירות שבדיני ממונות הן משל שמים. ועיין בגמ' להלן (צב:) "ת"ש השוכר את הפועל לעשות בנטע רבעי שלו הרי אלו לא יאכלו ואם לא הודיעם פודה ומאכילן ואי אמרת משל שמים הוא אוכל אמאי פודה ומאכילן איסורא לא זכי להו רחמנא", ובתוס' (ד"ה ה"ג) כתבו בשם הר"ח וז"ל ור"ח פירש אמאי פודה ומאכילן יאכלו בלא פדייה כיון דמשל שמים אוכל ומשני איסורא לא זכי ליה רחמנא עכ"ל, וצ"ב מהו ההו"א שיאכל הפועל נטע רבעי בלא פדיון דלכאורה אין הכוונה דדין אכילת פועל מתיר איסורים דאין שום הוה אמינה שפועל יכול לאכול טבל, וצ"ע מ"ש נטע רבעי דס"ד שיאכלנו בלא פדיון. ונראה דהר"ח מפרש כתוס' דמשל שמים הוא אוכל ר"ל שעצם הפירות הן ממון של שמים, והר"ח סובר דסד"א דאכילת הנטע רבעי דפועל מהוה חלות פדיון, דפדיון נטע רבעי הוא שמפקיע ממון גבוה מהנט"ר, ומכיון שחל לפועל היתר אכילה בממון שמים י"ל דעצם ההיתר לאכול ממון שמים נמי חל להתיר אכילת נט"ר דהוי ממון גבוה כמו שפדיון נט"ר מתיר אכילת נט"ר. אולם לפי שיטת רש"י ד"משל שמים הוא אוכל" היינו דהנתינה היא משל שמים אך הפירות הוי ממון דפועל אי אפשר לפרש כהר"ח דס"ד שיהא מותר לפועל לאכול נטע רבעי בלא פדיון.

והנה במשנה לקמן (דף צג.) איתא ד"קוצץ אדם ע"י עצמו" - דהפועל יכול למחול על זכות אכילתו בקציצה. וצ"ע קצת דאי משל שמים הוא אוכל איך יכול הפועל למחול על אכילתו, דלפי רש"י ד"משל שמים הוא אוכל" היינו דיש מצוה על הבעה"ב ליתן לפועל לאכול איך יכול הפועל למחול ולהפקיע המצוה דרמיא על הבעה"ב. וכמו"כ צ"ע לפי תוס' דס"ל ד"משל שמים הוא אוכל" ר"ל דהוי ממון שמים היאך חלה מחילה. ולכאורה נראה דיש לפרש באופן אחר כוונת הגמ' "משל שמים הוא אוכל" דר"ל דבאמת חל קנין ממון לפועל בגוף הפירות, אולם אי אפשר לו להקנות את הפירות לאדם אחר דליכא לפועל חלות דעת מקנה, דמשמים הקנו את הפירות רק לפועל בלבד ולא לאדם אחר.

אולם מאחר דגם למ"ד משל שמים הוא אוכל חל לפועל קנין ממון בגוף הפירות שפיר מהני מחילתו על זכות אכילתו. ועיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות הי"ג) שכתב וז"ל פועל שאמר תנו לאשתי וכו' מה שאני אוכל אין שומעין לו שלא זכתה תורה אלא לפועל עצמו עכ"ל. ועיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"ג) וז"ל וכן פועל שהוליך בידו ממה שעשה או שלקח יתר על אכילתו ונותן לאחרים עובר בלא תעשה שנא' ואל כליך לא תתן עכ"ל, וצ"ע מדוע בהי"ג כתב רק "דאין שומעין לו" ואילו בהלכה ג' כתב דעובר בלאו ד"ואל כליך לא תתן". וי"ל דעובר בלאו רק כשנתן לאחר יתר מכדי אכילתו ואילו כשנתן לאחר כדי אכילתו ליכא לאו וחל רק דין דאין שומעין לו, ובהי"ג הרמב"ם מיירי באופן שאמר הפועל "תנו לאשתי מה שאני אוכל" דהיינו שיעור דבכדי אכילתו, דלא עבר על הלאו ד"ואל כליך לא תתן" וחל רק דין דאין שומעין לו משום שהתורה לא זיכתה אלא רק הפועל בלבד. משא"כ בהל' ג' מיירי שנתן יתר מכדי אכילתו דעובר על לאו ד"ואל כליך לא תתן". ונראה דהביאור בזה הוא דהרמב"ם פסק כמ"ד משל שמים הוא אוכל אמנם הרמב"ם אינו מפרש "משל שמים" כשיטת התוס' שאין לפועל קנין בעצם הפירות אלא דחל לפועל היתר אכילה בממון שמים, דלכאורה לפי סברת התוס' אין חילוק בין היכא שנתן הפועל לאדם אחר פירות כשיעור מה שהוא היה אוכל לבין אם נתן לאחר יתר מכדי אכילתו, דהפירות אינם ממון של הפועל ואף אם נתן לאחר כשיעור כדי אכילתו עובר בלאו. ועל כרחך צ"ל דהרמב"ם סובר דאף למ"ד משל שמים הוא אוכל חל זכות קנין לפועל בגוף הפירות, אלא דאין לפועל זכות להקנות את הפירות לאחר, דהתורה רק זכתה את הפועל לבדו בזכות אכילה בפירות ואינו יכול להקנות זכות זו לאחרים. אמנם הרמב"ם מחלק בין היכא שנתן הפועל לאחר את מה שהוא היה אוכל לבין כשנתן יתר מכדי אכילתו, דכשנתן לאחר כדי אכילתו לא עבר בלאו ד"ואל כליך לא תתן" דמאחר דהפירות הם ממונו דיש לפועל בהם קנין ממון ליכא איסור גזילה והפסד ממון להבעלים בנתינתם לאחר. והרמב"ם סובר דכי היכי דליכא לאו דגזילה כשנתן פירות בשיעור דכדי אכילתו לאחר, מכיון שיש לו זכות לאכול אותן הפירות לא הוי גזילה דאינו נוטל ממון מבעה"ב ומפסידו, ה"נ ליכא לאו ד"ואל כליך לא תתן", דהלאו ד"ואל כליך לא תתן" הוי לאו נוסף ולאו טפל לאיסור גזילה בדומה ללאו דלא תעשוק את רעך, ואי ליכא איסור גזילה ה"נ ליכא איסור ד"ואל כליך לא תתן". משא"כ ביתר מכדי אכילתו דליכא לפועל זכות אכילה באותן הפירות כלל ואינם ממונו ומשו"ה עובר בלאו ד"ואל כליך לא תתן" דהוי חלות איסור גזילה, והלאו ד"ואל כליך לא תתן"

חל רק ביתר מכדי אכילתו.[658]

אולם יש להעיר ע"ז דלקמן בגמ' (צב.) איתא "ת"ש מנין לפועל שאמר תנו לאשתי ובני שאין שומעין לו שנאמר ואל כליך לא תתן" ומסתימת הגמ' משמע דבין אם אמר תנו מה שאוכל או יתר על כדי אכילתו עובר בלאו ד"ואל כליך לא תתן" וקשה על מש"כ דהרמב"ם סובר דרק בנתן יתר מכדי אכילתו עובר בלאו ד"ואל כליך לא תתן". ויתכן לתרץ דמש"כ הרמב"ם (בפי"ג מהל' שכירות ה"ג) "וכן פועל שהוליך ממה שעשה" ר"ל שנתן שיעור דכדי אכילתו לאחר, ומש"כ "או שלקח יתר על אכילתו ונותן לאחרים עובר בל"ת שנא' ואל כליך לא תתן" ר"ל דלא אכל כל שיעור האוכל שמותר לו לאכול אלא השאיר ממנו ונתנו לאחר. ולפי"ז מבואר דהרמב"ם סובר שעובר באיסור "ואל כליך לא תתן" אף כשנתן הפועל שיעור דכדי אכילתו לאחרים, וכמשמעות הגמרא. ולפי"ז י"ל דיסוד האיסור ד"ואל כליך לא תתן" אינו איסור טפל לאיסור גזילה, אלא הוי חלות איסור ממון בפני עצמו, בדומה לאיסורי רבית ואונאה דהויין חלות שם איסורי ממון בפנ"ע ואינם אסורים מדין גזילה. ומאחר שחל איסור מיוחד ד"ואל כליך לא תתן" בגוונא שנותן הפועל לאחרים את מה שהוא עצמו היה אוכל אע"פ שיש לפועל עצמו זכות לאכול אותן הפירות, סובר הרמב"ם דהוא הדין נמי אף היכא דלקח יותר מכדי אכילתו ונתן לאחרים נמי אסור משום הלאו ד"ואל כליך לא תתן", דהוי איסור ממון בפ"ע ואינו אסור מדין איסור גזילה בעלמא.[659] ומבואר דהנידון אי עבר בלאו ד"ואל כליך לא תתן" כשנתן הפועל פירות כדי אכילתו לאחרים תלוי האם האיסור ד"ואל כליך לא תתן" הוי לאו טפל לאיסור גזילה או חלות שם איסור ממון בפני עצמו.[660]

גמ'. ת"ש אוכל פועל קישות ואפילו בדינר וכו' אי אמרת משלו הוא אוכל אוגיר בדנקא אכיל בזוזא ואלא מאי משל שמים הוא אוכל סוף סוף אוגיר בדנקא אכיל בזוזא, אלא מאי אית לך למימר רחמנא זכי ליה הכי נמי רחמנא זכי ליה. יתכן לפרש דר"ל דכמו דלמ"ד מן השמים הוא אוכל אין הפירות חלק מהשכירות כמו"כ למ"ד משלו הוא אוכל

[658] ולפי"ז מש"כ הרמב"ם (פי"ב מהל' שכירות ה"ג) "וכן פועל שהוליך בידו ממה שעשה או שלקח יתר על אכילתו ונותן לאחרים עובר בלא תעשה וכו'" ר"ל דבשני המקרים נתן הפועל לאחר יותר מכדי אכילתו - שהוליך ממה שבידו יותר מאכילתו ונתן לאחר או שלקח יותר מכדי אכילתו ונתן לאחר, ומשו"ה עובר בלאו ד"ואל כליך לא תתן" דאין לו זכות ממון באותן הפירות ועבר בלאו ד"ואל כליך לא תתן" דהוי לאו טפל לאיסור גזילה (רבינו זצ"ל). ועיין בהגהות הגריי"פ לרס"ג מל"ת רס"ז שדן בדברי הרמב"ם האם ס"ל דעובר בלאו רק כשנתן לאחר יותר מכדי אכילתו או אף בכדי אכילתו.

[659] אך לפי"ז צ"ע הסתירה בדברי הרמב"ם דבה"ג נקט דחל איסור ואל כליך לא תתן כשנתן לאחר שיעור כדי אכילתו ואילו בהי"ג כתב "פועל שאמר תנו לאשתי וכו' מה שאני אוכל אין שומעין לו" ומסתימת לשונו משמע דלא עבר על הלאו, וצ"ע. ועיין בהגהות הגריי"פ לרס"ג ל"ת רס"ז.

[660] ועיין לעיל בשיעורים דף פט: גמ'. ת"ש פועלים אוכלין ענבים בראשי אומניות.

אין אכילת הפירות חלק מהשכירות, והטענה דאוגיר בדנקא אכיל בזוזא הוא רק אם אכילת הפירות הוא חלק מהשכירות, דאינו בדין שתהיה מרובה מעיקר השכר. אך אם אכילת הפועל אינה חלק מהשכירות אלא זכות ממון בפ"ע אזי ליכא טענה זו.

גמ'. ת"ש נזיר שאמר תנו אין שומעין לו ואי אמרת משלו הוא אוכל אמאי אין שומעין לו התם משום לך לך אמרין נזירא סחור סחור לכרמא לא תקרב. עיין ברש"י ד"ה משום וז"ל כלומר קנסא הוא דקנסוהו שימנע עצמו מלהשכיר לענבים עכ"ל. אמנם אילולא דבריו היה נראה לפרש בכוונת הגמ' דאי השכירות אסורה ליכא לפועל זכות אכילה מדאורייתא, ואסור לנזיר להשכיר עצמו לבצור ענבים דסחור סחור אמרינן לנזירא לכרמא לא תקרב, והוא הדין אם השכיר פועל את עצמו לבצור בשבת ליכא לפועל זכות אכילה.

תוס' ד"ה ואי וז"ל וי"ל דלא דמי לחולה דחולה אינו תאב לפירות שלפניו ולהכי לא זכי ליה רחמנא אבל נזיר דתאב זכי ליה כשאר פועל עכ"ל.

ונל"ב דר"ל דיסוד זכות פועל לאכול מיוסד בצערו כשאינו אוכל ובחולה ליכא צער. ועיין בגמ' לקמן (דף צב:) "צעריה דבנו ובתו הקטנים לא זכי ליה רחמנא" דמשמע דיסוד הדין דאכילת פועלים הוא כדי למנוע צער.

דף צב:

גמ'. ואי אמרת משלו הוא אוכל בנו אמאי חייב אמר רבינא משום דמיחזי כמקח. ונראה דאליבא דההו"א כשאומר הפועל ע"מ שיאכל בני בשכרי אין הפועל מקנה את הפירות לבנו אלא שמראה מקום לבנו שיאכל את הפירות במקומו, ולכן אין כאן מקח דהא ליכא הקנאה לבנו אלא רק נתינת רשות לאכול במקום אביו הפועל, ומשו"ה הבן פטור ממעשר. ובתירוץ הגמ' דמיחזי כמקח י"ל דהוי גזירה דרבנן כעין מראית עין משום דמיחזי כמקח. א"נ י"ל דלמסקנת הגמ' הפועל מקנה את זכותו לבנו לאכול ולפיכך הוי מקח (ועיין בשיטמ"ק).

ת"ש השוכר את הפועל לעשות בנטע רבעי שלו הרי אלו לא יאכלו ואם לא הודיעם פודה ומאכילן, ואי אמרת משל שמים הוא אוכל אמאי פודה ומאכילן איסורא לא זכי להו רחמנא, התם משום דמיחזי כמקח טעות וכו'.

נראה לבאר השקלא וטריא שבגמ' דבס"ד הגמ' נקטה דחל מקח טעות רק אם יש טעות בעיקר דעת הקונה ובדעת המקנה דיש חסרון בעיקר דעת המתחייב - וכגון שהקונה חשב שהוא קונה חפץ שלם ואילו המוכר נתן לו חפץ שיש לו חסרון ופגם דאזי יש חסרון

בעצם דעת המתחייב של הקונה לקנות והוי מקח טעות. אולם אם יש טעות בענין צדדי שאינו חלק מעיקר דעת המקנה ודעת הקונה ליכא מקח טעות. ולפי"ז נראה דאי משלו הוא אוכל אזי י"ל דהאכילה היא חלק מעיקר הדעת מקנה ודעת המתחייב דהפועל, דהפועל חשב שיקבל שכר וגם יאכל וחל מקח טעות, ומשו"ה חייב הבעה"ב לפדות הנט"ר ולהאכילם. אמנם אי משל שמים הוא אוכל אזי האכילה אינה חלק מהדעת מקנה ודעת המתחייב דהפועל אלא מתנה היא מן השמים ואינה קובעת מקח טעות באופן דהוי איסורא ואינו יכול לאכול. דאע"פ שהפועל טעה שחשב בדעתו שיוכל לאכול מ"מ אין זה אלא טעות בענין צדדי ולא בעצם השכירות ולא הוי מקח טעות. ועיין בראב"ד בשיטמ"ק וז"ל אי אמרת משלו הוא אוכל ודאי מקח טעות הוא כמי שהתנה לו ארבעה ואינו נותן לו אלא שלשה, אבל משל שמים אינו מן התנאים שלו אלא חסד שמים הוא ואינו בכאן, ושני ליה אפילו הכי משום דמיחזי כמקח טעות הוא וכו' עכ"ל. ונראה דכוונתו כמש"נ. (וע"ע בשיטמ"ק בשם הרא"ש).

ועוד נראה לבאר דיש ב' דיני מקח טעות: א) כשיש אומדנא דמוכח שאינו משתמע לתרי אנפי דע"מ כך נשכרו, דהוי ליה כאילו התנו במפורש שע"מ כן נשכרו, דאזי אף אם הטעות היא בדבר צדדי ולא בדעת מקנה עצמה חל מקח טעות[661]. ב) מקח טעות כשאין אומדנא דמוכח דהו"ל כאילו פירשו להדיא שע"מ נשכרו, אלא דיש אומדנא דיש כאן טעות בסמיכת דעת. והגמ' נקטה בהוה אמינא דמיירי שאין כאן אומדנא דמוכח דחו"ל כאילו התנו בפירוש שאינם נשכרים אא"כ יכולים הם לאכול, אלא דחל מקח טעות משום סמיכת דעת, דיש לפועלים טענה שבעל הבית היה צריך להודיעם שהפירות הם נטע רבעי. והמקח טעות הוא משום דהפועלים סמכו על השוכר שיודיעם והשוכר לא קיים את חובתו להודיעם, ולא משום דיש אומדנא דמוכח דהו"ל כאילו התנו שלא יעבדו אם אינם יכולים לאכול. אולם נראה דמקח טעות כזה חל רק בדבר שהוא מעיקר הדעת מקנה, ולכן אם פועל אוכל משלו והאכילה היא תוספת שכר בנוסף לשכירות אזי י"ל דהפועלים סמכו ע"ז ואם הבעה"ב אינו מודיע לפועלים שהפירות נגמרו מלאכתן למעשר או שהן נט"ר ואסורים באכילה חל מקח טעות, מכיון שלא הודיע בדבר שהוא חלק מהדעת מקנה וההתחייבות. אבל אי משל שמים הוא אוכל אזי ליכא דעת מקנה להקנות זכות אכילת הפירות לפועלים דהוי מתנה מן השמים, ולכן אין חובה על הבעה"ב להודיעם שהפירות נגמרו מלאכתן למעשר או דהפירות נט"ר, ומה

[661] וכגון הציור שבגמ' (קידושין מט א) בההוא גברא דמכר קרקע אדעתיה למיסק לא"י דאם לא עלה לא"י המקח בטל אע"פ שלא התנה כן בפירוש דיש אומדנא דמוכח שמכר קרקעותיו רק ע"מ שיעלה לא"י.

שלא הודיעם לא נחשב למקח טעות. ומסיק הש"ס דמיירי כאן במקח טעות שחל משום אומדנא דמוכח - דהפועלים לא היו נשכרין אילו ידעו שאין להם היתר אכילה. ונראה שזהו כוונת הריטב"א (בשיטמ"ק ד"ה ואם לא הודיען) וז"ל פירוש דמקח טעות הוא שאילו הודיען לא היו נשכרין אצלו וכו' ומהדרינן דאפילו הכי מיחזי כמקח טעות שהרי היו סבורין שימצאו שם מה שיאכלו בתורת צדקה ועל דעת כן נשכרו לו מן הסתם עכ"ל. ומשמע דפירש דבס"ד הגמ' נקטה דחל מקח טעות משום שהיה לו להודיען וחל דין מקח טעות מחמת דיש טעות בסמיכת דעת שסמכו על הבעה"ב שיודיעם ולא הודיעם, וקמ"ל דחל מקח טעות משום דיש אומדנא דמוכח שלא היו נשכרין אילו ידעו שלא יוכלו לאכול.

תוס' ד"ה הכי גרסינן וז"ל ור"ח פ' אמאי פודה ומאכילן יאכלו בלא פדייה עכ"ל. כלומר דאם אוכל משל שמים הא גופא הו"ל כפדיון דשמים מאכילו ומשמע דאזיל כמ"ד מע"ש ממון גבוה, דממון גבוה הוי יסוד האיסור דמע"ש ובכן מכיון שהפועל אוכל משמים הרי צריך להיות מותר במעשר שני גם בלי פדיון, דמדין פועל אוכל מממון שמים בפירות דאכל מעלמא וה"ה דיכול לאכול ממון גבוה דמע"ש, והוא חידוש. והגמ' מתרצת דאיסורא לא זכי ליה רחמנא, כלומר דאיסור נט"ר מונע את חלות זכות והיתר אכילת פועל מעיקרו דלא חל לפועל היתר אכילה כלל בדבר איסור ואפילו במע"ש ונט"ר.

גמ'. השוכר את הפועל לעשות בנטע רבעי שלו הרי אלו לא יאכלו ואם לא הודיעם פודה ומאכילן. לכאורה צ"ע למה נקט המשנה "בנט"ר שלו", דלכאורה הוא הדין אם השכיר א' פועל לעשות בנט"ר של חבירו, ומסתימת לשון המשנה משמע דבנט"ר של חבירו אינו פודה ומאכילו והפועל אינו אוכל. ונראה דבאופן כזה אין חובה על הבעלים לפדות הנט"ר ולהאכיל את הפועל, דהרי הבעלים עצמם לא השכירוהו ולא הטעוהו, והפועל לא סמך בדעתו שיאכל מן הפירות. ועוד י"ל דאם א' השכיר פועל לעשות בשל חבירו שאין הפועל אוכל כלל מהפירות דבעה"ב ואפילו מפירות של היתר דהא הבעה"ב לא השכירו והתורה זכתה לפועל רק כשבעה"ב השכירו אך לא לפועל שאדם אחר השכירו ולא בעה"ב, וי"ל"ע בזה.

גמ'. ת"ש קוצץ אדם על ידי עצמו על ידי בנו ובתו הגדולים וכו' ועל ידי אשתו מפני שיש להם דעת אבל אינו קוצץ לא על ידי בנו ובתו הקטנים ולא על ידי עבדו ושפחתו הקטנים ולא ע"י בהמתו מפני שאין בהן דעת, קס"ד במעלה להן מזונות אי אמרת בשלמא משל שמים הוא אוכל משום הכי אינו קוצץ, אלא אי אמרת משלו הוא אוכל קטנים נמי נקוץ להו, הכא במאי עסקינן בשאין מעלה להן מזונות, אי הכי גדולים נמי, גדולים ידעי

וקא מחלי וכו' צערייהו דבנו ובתו הקטנים לא זכי ליה רחמנא. ועיין ברש"י ד"ה קוצץ ז"ל ליטול מעות ולא יאכל. ע"י עצמו בשביל עצמו. מפני שיש בהן דעת וידעי וקא מחלי עכ"ל. ומבואר דהפועל יכול למחול על זכות אכילתו אף למ"ד משל שמים הוא אוכל. וצ"ע לפי רש"י דמשל שמים הוא אוכל ר"ל דהוי מתנה מן השמים ואינו חוב שהבעל הבית חייב לפועל א"כ איך מועיל בזה מחילה. ועיין במנחת חינוך (מצוה תקע"ו אות ט') שהעיר דלכאורה המחילה חלה רק אליבא דר"י דסובר דמתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו קיים בדבר שבממון, ולפי"ז י"ל דהמחילה חלה בעצם השכירות דשכירות זו אין בה דין אכילת פועל.

והנה עיין בגמ' וז"ל אבל אינו קוצץ לא על ידי בנו ובתו הקטנים ולא על ידי עבדו ושפחתו הקטנים ולא ע"י בהמתו מפני שאין בהן דעת, קס"ד במעלה להן מזונות אי אמרת בשלמא משל שמים הוא אוכל משום הכי אינו קוצץ, אלא אי אמרת משלו הוא אוכל קטנים נמי נקוץ להו עכ"ל. ולכאורה היה נראה לפרש דאי פועל משל שמים הוא אוכל היינו דהוי מתנה לפועל מן השמים א"כ אין האב יכול למחול על זכות בנו ובתו הפועלים, דהאב אינו בעלים על זכות האכילה. אמנם אי משלו הוא אוכל דהאכילה הוי שכר נוסף על דמי השכירות י"ל דכי היכי דהאב הוא הבעלים על שכירות בתו והדמים הם שלו ה"נ יכול למחול על זכות האכילה, (וכן משמע מפרש"י ד"ה אמאי אינו קוצץ וז"ל כי היכי דאגרייהו דידיה אכילתן נמי דידיה עכ"ל). אולם עיין ברש"י (ד"ה אי אמרת משל שמים הוא אוכל משום הכי אינו קוצץ) וז"ל ע"י עבדיו הקטנים דאין לפועל קטן זכות עד שיכניס לתוך פיו עכ"ל. ומשמע דס"ל כשיטת התוס' דהפועל קונה הפירות רק ע"י האכילה, ולפני האכילה ליכא זכות ממון, ולכן אין האב יכול למחול קודם לאכילה. ולכאורה רש"י היה צריך לפרש דאי משל שמים הוא אוכל אזי אין האכילה תוספת שכר אלא זכות בפ"ע שזיכתה התורה לפועל ולכן אין האב יכול למחול. ומרש"י משמע דאי הוי זכות ממון אזי האב או האדון הוי בעלים למחול בין אם הוי תוספת שכר או זכות ממון בפ"ע, אבל בממון שלא זכה בה עדיין אינו יכול למחול. וצ"ע בדברי רש"י דסותר את עצמו דבד"ה אלא אי אמרת משלו הוא אוכל כתב וז"ל דתוספת שכר הוא עכ"ל, דמשמע דאי הוי זכות אכילה בפ"ע אינו יכול למחול, וצ"ע.

ובהמשך הגמ' איתא "דכולי עלמא בשלו הוא אוכל וכו' אי הכי קטנים נמי נקוץ להו, צערייהו דבנו ובתו הקטנים לא זכי ליה רחמנא", ונראה לומר דהגמ' מתרצת דזכות האכילה הוי זכות בפ"ע משום צער, ומשו"ה אין האב יכול למחול. ובהוה אמינא נקטה הגמ' דאי משלו הוא אוכל - האכילה הוי תוספת שכר על השכירות, ולכן האב יכול

למחול, ולבסוף נקטה הגמ' דהוי זכות ממון בפ"ע, ומשו"ה אין האב יכול למחול זכות האכילה. משא"כ עבד דאין לו יד דמה שקנה עבד קנה רבו, ואי משלו הוא אוכל האדון יכול למחול. ואי משל שמים אז לא קנה העבד זכות האכילה ולכן אין האדון יכול למחול. ולפי"ז יתכן לתרץ דברי רש"י, דלעיל הגמ' הקשה דבמשנה איתא דאינו קוצץ אף ע"י עבד קטן ובשלמא אי משל שמים הוא אוכל משו"ה אינו קוצץ אבל אי משלו הוא אוכל מדוע אינו יכול לקצוץ, וכתב רש"י דאי משל שמים הוא אוכל אזי אין לקטן זכות אלא כשנותן לתוך פיו. וצ"ע מדוע לא פירש דאי משל שמים הוא אוכל אזי אין האכילה תוספת שכר ואין בזה מחילה. וי"ל דמיירי אף בעבד קטן ובעבד קיי"ל דמה שקנה עבד קנה רבו וא"כ אף אם הוי האכילה זכות ממון בפ"ע יכול האדון למחול. ולכן הוצרך רש"י לפרש דלא קנה העבד עד שיכניס לתוך פיו ולפני כן ליכא כלל זכות ממון ומשו"ה אין האדון יכול למחול. אולם לענין בתו י"ל דאי משל שמים הוא אוכל אין האכילה חלק מהשכירות ואין האב יכול למחול, וקס"ד דאי משלו הוא אוכל האכילה היא תוספת שכר וחלק מהשכירות ומשו"ה יכול האב למחול. והגמ' מתרצת דאי משלו הוא אוכל האכילה הויא זכות ממון נפרדת בפ"ע משום צער, ולפיכך אין האב יכול למחול זכות אכילת בתו הקטנה.

דף צג.

קוצץ אדם על ידי עצמו על ידי בנו ובתו הגדולים וכו' אבל אינו קוצץ על ידי בנו ובתו הקטנים וכו' ולא על ידי בהמתו מפני שאין בהן דעת.

מבואר במשנה שאי אפשר לקצוץ בבהמה שלא תאכל, וצ"ע לגבי מה סלקא דעתין דחלה מחילה בבהמה, דלכאורה בבהמה יש רק איסור לאו ד"לא תחסום שור בדישו" אבל אין לבהמה זכות ממון לאכול דתהני ביה מחילה, ודין אכילה דבהמה אינו אלא חלות איסור ומעשה עבירה דלא תחסום שור בדישו וא"כ איך ס"ד דתהני בזה מחילה. ועל כרחך צ"ל דאע"פ דדין אכילת בהמה הויא חלות איסור בלבד מ"מ האיסור דלא תחסום חל מחמת עצם השכירות, דהשכירות קובעת את האיסור. ודין קציצה ומחילה חל על עצם השכירות - שהשכירות תחול מבלי לחייב באיסור לא תחסום, ומהני מדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה. אמנם צ"ע דלכאורה לפי ר' יהודה דמועיל מתנה ע"מ שכתוב בתורה רק בדבר שבממון י"ל דלא יועיל קציצה בבהמה דהוי תנאי בנוגע לאיסור, ועוד צ"ע דבבהמתו ליכא חלות שכירות וא"כ בבהמתו לא יפקע האיסור לא תחסום ע"י קציצה. וצ"ל דאה"נ בבהמתו דליכא חלות שכירות אין האיסור נפקע ע"י קציצה, אמנם

בבהמת חבירו חל קציצה דחל חיוב ממון דמזונות ד' קבין לפרה והאיסור תלוי בחיוב ממון, והיכא שפקע החיוב ממון מדין מחילה פקע נמי האיסור. אולם לפי"ז מבואר דאף בבהמה חל זכות ממון לאכילה, ודלא כמש"כ הגר"ח זצ"ל בספרו בהל' מעילה (פ"ח ה"א) דבבהמה חל חלות איסור בעלמא, ורק לפועל חל זכות ממון. ולכאורה לפי"ז י"ל דעצם החיוב מזונות לפרה היה חל ביה מחילה דהוי חיוב ממון והא דקיי"ל במשנתנו דליכא קציצה בבהמה הוא משום שאי אפשר להפקיע את האיסור. ועיין ברמב"ם (פי"ב מהל' שכירות הי"ד) וז"ל פועל שהיה עושה הוא ואשתו ובניו ועבדיו והתנה עם הבעל הבית שלא יאכלו ממה שהן עושין לא הוא ולא הם הרי אלו אינם אוכלין במה דברים אמורים בגדולים מפני שיש בהם דעת והם מחלו אבל קטנים אינו יכול לפסוק עליהם שלא יאכלו שאינן אוכלין משל אביהם או משל אדוניהם אלא משל שמים עכ"ל. ויש לדקדק דהרמב"ם השמיט את ההלכה שאין קוצצין בבהמה. ויתכן דהרמב"ם סובר דבבהמה חלה מחילה על חיוב הממון ולא על האיסור והוי הלכה מיוחדת בבהמה שחל בה איסור דלא מהני בה מחילה, ולכן לא כלל הרמב"ם דין בהמה בהלכה זו בהדי הלכתה דמחילה בבניו. ולפי"ז י"ל שאם קצץ ועבר וחסם דעובר רק על הלאו דלא תחסום, אולם אינו חייב לשלם ד' קבין לפרה דהועילה המחילה עכ"פ לענין החיוב ממון. ועוד יתכן לפרש דקס"ד דתועיל מחילה לענין חיוב מזונות דד' קבין לפרה וג' לחמור דהוי חיוב ממון, וקמ"ל מתני' דהחיוב ממון תלוי בהאיסור ומאחר שאי אפשר למחול ולהפקיע את האיסור ד"לא תחסום שור בדישו" הוא הדין נמי דאי אפשר למחול החיוב ממון דמזונות לפרה, דחיוב הממון הוא תוצאה מהאיסור. ועיין בשיטמ"ק שכתב בשם הרשב"א (דף צ"ב: ד"ה וז"ל הרשב"א ולענין פסק הלכה וכו') וז"ל ולענין פסק הלכה אסיקנא דמשל שמים הוא אוכל והלכך אם אמר תנו לאשתי ובני אין שומעין לו. וקשיא לי דא"כ היכי קתני בברייתא לעיל החוסם את הפרה ודש בה משלם ד' קבין לפרה וג' קבין לחמור דהא לגבי פרה וחמור מאי דהוה הוה דכי זכי להו רחמנא לאכול אינהו בשעת מלאכה, וכיון דלא אכלי איסורא דעבד עבד ואמאי משלם לבעלים דהא לא גזל משל בעלים כלום. וליתא דודאי בדכוותה בעבדו ושפחתו אם חסמן בעל כרחם משלם הוא להם וכל שמשלם הוא להם תשלומין דבעלים נינהו ואפילו למ"ד משל שמים הוא אוכל שהרי לא אכל והוא הדין והוא הטעם בבהמתו עכ"ל. ונראה דבקושייתו נקט הרשב"א דאי משל שמים הוא אוכל אזי ליכא זכות ממון לפועל או לבהמה לאכול ואי חסמם לא יצטרך לשלם כלום, דרק עבר על איסור. והרשב"א מתרץ דאפילו למ"ד משל שמים הוא אוכל חל זכות ממון לפועל ולבהמה לאכול, ואי חסם את הפועל או את

הפרה חייב לשלם מה שהיו ראויין לאכול[662]. ומבואר מדבריו דחל זכות ממון לאכול אף בבהמה, והלאו דלא תחסום אינו רק חלות איסור בלבד אלא כולל נמי חיוב ממון לבעל הבהמה. ולפי"ז יתכן לפרש משנתנו דקמ"ל דאי אפשר למחול הך זכות ממון משום דזכות הממון תלוי בהאיסור, ומאחר שאי אפשר להפקיע את האיסור אף זכות הממון נמי לא פקע ע"י המחילה. ולפי"ז י"ל דלפי הרשב"א אי קצץ ועבר וחסם הבהמה ודש בה ילקה וישלם.

והנה לעיל (דף צא.) אמר רב פפא "משעת משיכה איחייב לה במזונות ומילקא לא לקי עד שעת חסימה" וכן פסק הרמב"ם (פי"ג מהל' שכירות הי"ב), ומשמע דס"ל דחיוב ממון חל בפני עצמו משעת השכירות ואינו תלוי באיסור. ולפי"ז י"ל שהבעלים יכולים למחול על הממון אך לא על האיסור, ודלא כמש"כ בדעת הרשב"א. אולם יתכן לומר שגם לרב פפא האיסור מחייב הממון, אך ר"פ סובר דלוקה ומשלם משום שאין החיובים חלין בב"א ואע"פ דהלאו מחייב המלקות והממון ושניהם תלויים במחייב אחד. ואילו אביי ס"ל דמאחר שיש כאן מחייב אחד הדין הוא דאינו לוקה ומשלם ואע"פ שחיוב הממון וחיוב המלקות אינן חלין בב"א. וכן מבואר מדברי הריטב"א (דף צא. ד"ה רב פפא אמר) שכתב וז"ל וכיון שאין חיוב המלקות באין כאחד חייב בשתיהן עכ"ל. ומשמע דס"ל דלרב פפא יש מחייב אחד של האיסור והממון, והא דלוקה ומשלם הוא משום שהחיובים אינן חלין בבת אחת. וע"ע בריטב"א (שם) דהשיעור דד' קבין לפרה הוי יותר משיעור מזונות של הפרה אלא היא שיעור מה שהיתה אוכלת כל היום כשהיא דשה בלא חסימה. ומזה נמי משמע דהמחייב של חיוב הממון הוא האיסור ומשו"ה חייב לשלם שיעור מזונות דכל היום ולא רק שיעור מזונות דשעת המלאכה, דאם החיוב מזונות הוא משום שכירות י"ל דאינו חייב אלא בשיעור מזונות שהיתה אוכלת בשעת דישה. ולפי"ז י"ל שאין הבעלים יכולים למחול על הממון כמו שאינם יכולים למחול ולהפקיע את האיסור, דחיוב הממון חל מחמת האיסור.

גמ'. שומרי פירות אמר רב לא שנו אלא שומרי גנות ופרדסין אבל שומרי גיתות וערימות אוכלין מן התורה קסבר משמר כעושה מעשה דמי. ושמואל אמר לא שנו אלא שומרי גיתות וערימות אבל שומרי גנות ופרדסין אינן אוכלים לא מן התורה

[662] ואמר רבינו זצ"ל דמבואר מדברי הרשב"א דס"ל דאף למ"ד פועל משל שמים הוא אוכל דחל זכות ממון לפועל בהפירות ולכן כתב דאי עבר וחסמן בעל כרחם משלם להם, וצ"ל דהרשב"א סובר דאי משל שמים הוא אוכל אע"פ שיש לפועל קנין וזכות ממון בגוף הפירות מ"מ אי אפשר לפועל להקנות הפירות לאחרים דהתורה זיכתה זכות ממון לפועל בלבד. ועוד אמר רבינו זצ"ל דמבואר מדברי הרשב"א דחל זכות ממון לבהמה לאכול ודלא כדברי הגר"ח זצ"ל.

ולא מהלכות מדינה קסבר משמר לאו כעושה מעשה דמי. יש לעיין במחלוקת בין רב ושמואל דהרי בכל התורה קיי"ל דשומר הוי פועל וצ"ע מהו המחלוקת אי משמר כעושה מעשה דמי או לא. ונראה דכדי לאכול מן הפירות צריך שיהא הפועל מתעסק במלאכת הפירות - דיש צירוף בין מלאכתו לפירות, ובזה נחלקו האם משמר כעושה מעשה דמי או לא. ולפי"ז מבואר הדמיון שבגמ' לפרה דרק המתעסק בגוף הפרה מתטמא ומשו"ה דין הטומאה דשומר פרה תלוי במחלוקת שבין רב ושמואל.

גמ'. מתיב רב אחא בר רב הונא המשמר את הפרה מטמא בגדים ואי אמרת משמר לאו כעושה מעשה דמי אמאי מטמא בגדים אמר רבה בר עולא גזירה שמא יזיז בה אבר.

יש לעיין ביסוד הדין דטומאת פרה - האם הפרה הוה המטמא או"ד דחל טומאה מאליה על מי שעוסק בפרה - דעוסק בפרה נטמא מעצמו. ולכאורה י"ל דמהשואת הש"ס לדין פועל דקא פריך דמפרה מוכח דמשמר כעושה מעשה דמי - מוכח דחל טומאה מאליה במי שעוסק בפרה אדומה, דאי הפרה עצמה הוה חפצא המטמא אזי אין לדמות דין זה לשומר פירות - דהנידון בשומר פרה הוא האם הפרה מטמאה רק כשנוגע בה או אף אם עוסק בה ואינו נוגע בה וזה נידון מסוים בדין טומאת פרה, ולכאורה לפי"ז אין לדמות דין פרה לשומר פירות - דבשומר פירות הנידון הוא אם נחשב לעוסק במלאכת הפירות שיחול דין אכילת פועל או לא והם ב' נידונים שונים. דבפרה מספק"ל האם הפרה מטמאה רק בנגיעה או אף שמטמאה מי שעוסק בה בשמירתה, ואילו בשומר פירות דנים האם הוי עוסק במלאכה ליחשב פועל לענין היתר אכילה, ומהו הדמיון בין שומר פרה לשומר פירות. אלא על כרחך מוכח שהעוסק בפרה נטמא מאליו, והגמ' מביאה ראיה דכי היכי דשומר הפרה נחשב לעוסק בפרה להיות טמא - דחל צירוף בין השומר לפרה וחל בו חלות שם עוסק בפרה ועי"ז נטמא מאליו, הוא הדין דחל צירוף בשומר פירות בין השומר לפירות דנחשב לעוסק במלאכת הפירות וחל ביה דין אכילת פועל. דדין אכילת פועל תלוי בעסק - דפועל אוכל מפירות שעוסק בהם.

ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' פרה ה"ב) וז"ל כל מקום שנאמר בתורה בטומאות יכבס בגדיו לא בא ללמדנו שהבגדים שעליו בלבד הם טמאים אלא ללמד שכל בגד או כלי שיגע בו הטמא הזה בשעת חיבורו במטמאיו הרי הם טמאים אבל אחר שיפרוש ממטמאיו אינו מטמא בגדים וכו' עכ"ל, ומבואר דחל בטומאת פרה דין טומאה בחיבורין ולכאורה משמע דהפרה עצמה מהוה המטמא וע"כ חל דין טומאה בחיבורין. אמנם י"ל דבאמת דין טומאה בחיבורין אינו תלוי במטמא אלא דכל זמן שיש חיבור להתחלת הטומאה חל דין טומאה בחיבורין, ואין הטומאה חלה מחמת חיבור להפרה שהיא עצמה המטמא

אלא הגברא הוא המטמא דטומאה בחיבורין וטומאת הגברא חלה מאליה. וכן משמע מלשון הרמב"ם (שם) וז"ל וכן כל העוסקין בפרה אם נגע בבגד או בכלי בשעת שחיטה או בשעת שריפה הרי הן טמאין, אבל אחר שיפרוש ממעשיה אע"פ שעדיין לא טבל אם נגע בכלי אינו מטמאו מפני שהוא ולד הטומאה והפרה עצמה אינה מטמאה לא אדם ולא כלים שנגעו בה אלא המתעסק בה בלבד הוא הטמא וטעון טבילה ומטמא בגדים כל זמן שעוסק בה עכ"ל.

משנה. ארבע שומרים הן שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר שומר חנם נשבע על הכל והשואל משלם את הכל ונושא שכר נשבעים על השבורה ועל המתה ומשלמין את האבידה ואת הגניבה.

מבואר במשנה דשומר חנם חייב בפשיעה, ושומר שכר בגניבה ואבידה, ושואל חייב אף על האונסין. והנה יש לחקור ביסוד גדר החיוב דשומר לשלם עבור הפסד הפקדון האם משלם עבור אחריות החפצא - דשומר מקבל על עצמו אחריות להשיב החפצא לבעלים, או"ד דמשלם עבור המעשה שעשה שגרם להפסד הפקדון. ולכאורה פשיטא דיסוד החיוב דשואל הוא משום חיוב אחריות - דהרי שואל חייב באונסין ועל כרחך דחיובו אינו מחמת שמעשיו גרמו ההיזק, דהרי כשאירע אונס לא גרמו מעשיו את ההיזק ומ"מ שואל חייב, ומוכח דחיובו מדין קבלת אחריות. אולם יש לחקור לגבי שאר שומרים מהו יסוד המחייב לשלם - דין אחריות או מעשה השומר שגרם את ההיזק. ועיין בתוס' במס' ב"ק (דף נז. ד"ה כגון שטענו) דלשיטת הר"י שומר שכר חייב בגניבה ואפילו אי אירע הגניבה באונס גמור ומוכח דס"ל דיסוד חיוב ש"ש הוא מדין אחריות ולא מחמת מעשיו. ונראה לומר דספק זה תלוי במחלוקת הראשונים (עיין ברא"ש מס' פסחים פ"ק סימן ד') האם דוקא ש"ש שקיבל אחריות על חמצו של נכרי עובר בב"י וב"י או דאף שומר חנם עובר בב"י וב"י. ויתכן דיש חילוק בין חיוב דשומר חנם לחיוב דשומר שכר, דיסוד החיוב דש"ח הוא משום מעשיו דחייב רק על פשיעה, דעיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ג) שפסק דפושע מזיק הוא וז"ל יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן שאם היה שומר חנם על מטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה וכו' אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא וכו' עכ"ל. ונראה דאליבא דהרמב"ם שומר חנם חייב לשלם משום מעשיו שפשע וגרם להפסיד את הפקדון ופטור אי עביד שמירה פחותה דהמחייב דידיה הוא מדין מזיק דפושע כמזיק, ובשמירה פחותה פטור דתו לא הוי פושע ולא נחשב כמזיק. אמנם נראה דבשומר שכר

המחייב הוא הקבלת אחריות על החפצא. ולפי"ז י"ל דרק שומר שכר חייב בב"י וב"י דמאחר דחיובו משום אחריות החפצא אזי נחשב כאילו החפצא של החמץ ברשותו וחייב בב"י וב"י, משא"כ בשומר חנם שחיובו מחמת מעשה הפשיעה יתכן דלא חשוב הפקדון ברשותו לחייבו בב"י וב"י. ולפי"ז יתכן שיש עוד נפ"מ בין החיוב דשומר חנם לבין החיוב דשומר שכר, דשומר חנם חייב לשלם משעת הפשיעה ואילו שומר שכר דחיובו חל משום קבלת אחריות משלם משעת משיכה.[663]

והנה יש לעיין מדוע לא קתני במשנה דשואל פטור במתה מחמת מלאכה. ובאמת יש לעיין בטעם הפטור דמתה מחמת מלאכה האם פטור מדין טענת פטור דלאו לאוקמא בכילתא שאילתה (עיין בגמ' צו ב), דהתורה פטרה שואל ממתה מחמת מלאכה דומיא דפטרה ש"ש מאונסין, או"ד דחל תנאי בהתחייבות שמירה דשואל מדין אומדנא דמוכח - דלא התחייב להיות שומר כלל כשמתה מחמת מלאכה. ועיין ברמב"ם (פ"א מהל' שאלה ופקדון ה"ב) וז"ל השואל בהמה מחבירו ומתה וטען השואל שבשעת מלאכה מתה אם היה המקום ששאלה לילך בו מקום שבני אדם מצויין שם יביא ראיה שמתה או נאנסה בשעת מלאכה ולא שינה בה ויפטר ואם לא הביא ראיה משלם, שאלה ממנו למלאות בה עפר שבחורבתו שאין העדים מצויין שם וכו' אם הביא ראיה יפטר אף משבועה ואם לאו ישבע השואל שבועת השומרים שמתה בשעת מלאכה ויפטר וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. ומבואר דחל חלות דין שבועת השומרים דנשבע שמתה מחמת מלאכה, ולכאורה מוכח דהוי טענת פטור דאם הפטור במתה מחמת מלאכה הוא משום דנחשב כאילו התנה דלא הוי שומר אי מתה מחמת מלאכה א"כ טענת מתה מחמת מלאכה היא טענה שאינו שומר, וליכא דין שבועה לישבע דלא הוי שומר. ולכאורה מוכח דהתורה פטרה שואל כשמתה מחמת מלאכה והוי טענת פטור ומשו"ה חל דין שבועה לישבע שמתה מחמת מלאכה. והנה עיי"ש ברמב"ם (פ"א מהל' שאלה ופקדון הל' א') וז"ל השואל כלים וכו' ואבד או נגנב אפילו נאנס אונס גדול וכו' חייב לשלם הכל וכו' בד"א כשנאנס שלא בשעת מלאכה אבל אם שאל בהמה מחבירו לחרוש בה ומתה כשהיא חורשת הרי זה פטור, אבל אם מתה קודם שיחרוש בה או אחר שחרש בה או שרכב עליה או דש בה ומתה כשהיא דשה או בשעת רכיבה הרי זה חייב לשלם

[663] ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ח"ב עמ' קצ"ב - קצ"ד, ובקצות החשן סימן רצ"א ס"ק א'. ועוד אמר רבנו זצ"ל דיתכן לחלק בין המחייב דשומר שכר למחייב דשומר חנם, דהמחייב דשומר שכר הוי אי קיום שמירה ופטור רק אם קיים חובת שמירה ומשו"ה ש"ש חייב בשמירה מעולה דבהכי חל קיום שמירה, משא"כ המחייב דשומר חנם הוא שגרם הפסד להבעלים דפושע כמזיק דמי ולכן אי עביד ש"ח שמירה פחותה פטור דלא נחשב פושע ואינו חייב משום מזיק.

וכן כל כיוצא בזה וכו' עכ"ל. ועיין במגיד משנה שכתב וז"ל וכבר השיגוהו בזה הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל והדין עמהם דודאי כל שלא עשה בה מלאכה יותר מדאי ולא שינה בה למלאכה אחרת ומתה מחמת המלאכה אפילו שלא בשעת מלאכה פטור שאל"כ היה להם להזכיר בגמ' מתה בשעת מלאכה ועיקר עכ"ל. ויתכן לומר דהרמב"ם הרמב"ן והרשב"א נחלקו בגדר הפטור דמתה מחמת מלאכה דלשיטת הרמב"ם מתה מחמת מלאכה הוי טענת פטור כאונס לשומר שכר, והרמב"ם סובר דהתורה רק פטרה את השואל אי מתה מחמת מלאכה בשעת המלאכה. משא"כ הרמב"ן והרשב"א ס"ל דמתה מחמת מלאכה הויא הפקעה של התחייבות שמירה דחל מדין תנאי (שחל מדין אומדנא דמוכח) שהתנה דאי מתה מחמת מלאכה לא הוי שומר, ומשו"ה ס"ל דחל הפטור אף כשמתה מחמת מלאכה שלא בשעת המלאכה עצמה.

גמ'. אמר רב נחמן בר יצחק ארבע שומרים ודיניהם שלשה. עיין בנימוקי יוסף (דף נז. מדפי הרי"ף ד"ה כך תיקנו משיכה בשומרים) וז"ל איכא מ"ד דכי מהניא משיכה בשומרים דוקא בשואל ובשוכר שכיון שהם משתמשין בגופו של כלי הו"ל כמכירה ליומיה ודין הוא שתקנה להם משכיתם כיון שהם זוכים בגופו של דבר, אבל ש"ש וש"ח שאין להם זכיה כלל בגופו של כלי ל"ל דתקנה להם משיכה עכ"ל. ונראה דיש חילוק בין המחייב דשוכר למחייב דשומר שכר, דבש"ש דאין לו זכיה בגוף החפץ המחייב הוי קבלת אחריות שמירה בשכר. משא"כ בשוכר המחייב הוא מדין בעלים דיש לשוכר זכיה וזכות השתמשות בגוף החפץ. ונראה לומר דאף בשואל אין המחייב קבלת אחריות דלמ"ד שואל שלא מדעת שואל הוי חל חלות דין אחריות דשאלה בלא קבלת אחריות שמירה דהרי הוא שואל שלא מדעת. ומוכח לכאורה דחל דין אחריות מדין בעלים - דמכיון דיש לשואל זכות השתמשות בחפץ הו"ל כבעלים וחייב באחריות.

והנה יש לעיין בהא דקיי"ל דשומר שכר פטור באונסין דמדוע הוצרך ללמוד דין זה מגזה"כ דשבורה ומתה והרי קיי"ל בכהת"כ דאונס רחמנא פטריה מקרא ד"ולנערה לא תעשה דבר". ונ"ל דהפטור דאונס בכהת"כ הוא מחיוב שחל מחמת "רשעה" ומדין עונש דאזי נקטינן דאונס פטור דאין כאן "רשעה". משא"כ בחיוב תשלומין דשומר שאינו חל בתורת רשעה ועונש אלא מחמת קבלת אחריות ודעת מקנה ליכא פטור אונס דכהת"כ. אמנם לכאורה צ"ע בזה דעיין בגמ' בנדרים (דף כז.) "ההוא גברא דאתפיס זכוותאי בבי דינא ואמר אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלון הני זכוותאי איתניס ולא אתא אמר רב הונא בטיל זכוותיה אמר ליה רבא אנוס הוא ואנוס רחמנא פטריה דכתיב ולנערה לא תעשה דבר". ומבואר דחל פטור אונס אף לגבי דעת מקנה - דמחילה חלה מדין דעת

מקנה, ומאחר שנאנס ולא בא לא חלה המחילה, וחזינן שחל פטור אונס דכהת"כ אף לגבי התחייבות שחלה מדין דעת מקנה. ונראה לתרץ דהסוגיא בנדרים דנה על קיום התנאי באונס בשב ואל תעשה - וקיום התנאי באונס בשב ואל תעשה לא חשיב קיום. אולם אם קיום התנאי היה ע"י מעשה בקום ועשה י"ל דאף אם נתקיים התנאי באונס חשיב קיום התנאי. דיש ב' דינים בדין אונס: א) אונס חל כפטור עונשים אמנם אף באונס חל מעשה עבירה - ודין זה חל במעשה בקום ועשה שנעשה באונס. ב) אונס מהוה הפקעה מחלות שם מעשה עבירה - ודין זה חל כשנעשה המעשה עבירה באונס בשב ואל תעשה. ונראה דהסוגיא בנדרים מיירי בקיום התנאי בשב ואל תעשה ע"י אונס ואזי האונס מפקיע את עצם המעשה ולא חשיב שנתקיים התנאי, ועל כן יש טענת אונס ולא בטיל זכוותיה. ולפי"ז י"ל דבאונס בשב ואל תעשה חל דין אונס להפקיע דעת מקנה. והגר"ח זצ"ל היה רגיל לומר דאונס הוי מעשה עבירה והדין דאונס רחמנא פטריה אינו אלא פטור עונשין[664], ונראה לומר דזה נכון כשנעשה העבירה באונס בקום ועשה אמנם בשב ואל תעשה פקע שם מעשה מיניה ולא חשיב שנעשה מעשה עבירה בכלל.

דף צג:

גמ'. אי הכי מאי איריא שומר שכר אפילו שומר חנם נמי דהא מר הוא דאמר שומר חנם שהיה לו להקדים ברועים ובמקלות ולא קידם חייב, שומר חנם בחנם שומר שכר בשכר ועד כמה עד כדי דמיהן.

צ"ב מדוע שומר חנם חייב להקדים ברועים ובמקלות רק בחנם, ומהו הנפ"מ בין שומר חנם לשומר שכר לענין הוצאת דמים להציל את הפקדון, דלכאורה הבעלים חייב לפרוע לשומר את הוצאותיו ואי חייב השומר חנם להקדים ברועים מדוע אינו חייב להקדים ברועים ובמקלות בשכר, ומ"ש שומר שכר משומר חנם.

והנה עיין ברמב"ם (פ"ג מהל' שכירות ה"ו) וז"ל רועה שהיה לו להציל הטריפה או השבויה ברועים אחרים ובמקלות ולא קרא רועים אחרים ולא הביא מקלות להציל הרי זה חייב אחר שומר חנם ואחד שומר שכר אלא שש"ח קורא רועים ומביא מקלות בחנם ואם לא מצא פטור אבל ש"ש חייב לשכור הרועים והמקלות עד כדי דמי הבהמה כדי

[664] ועיין ברשימות שיעורים למס' בב"ק ח"א דף כח: ד"ה אונס הוא (עמ' קצ"ט, ר"א, ועמ' רי"ג - רי"ד), ואמר רבנו זצ"ל דיש להביא ראיה לדברי הגר"ח זצ"ל דאונס הוי רק פטור עונשים ואינו הפקעה ממעשה העבירה ממש"כ הרמב"ם פ"ה מהל' יסוה"ת ה"ד וז"ל כל מי שנאמר בו יהרג ואל יעבור ועבר ולא נהרג וכו' מפני שעבר באונס אין מלקין אותו ואצ"ל שאין ממיתין אותו בבית דין עכ"ל. ויל"ע מדוע הרמב"ם כתב שאינו נענש משום שעבר באונס ולא משום פקוח נפש וצ"ל דפקוח נפש חל מדין מתיר, והיכא דחל דין יהרג ואל יעבור ליכא מתיר דפקוח נפש. משא"כ אונס אינו מתיר אלא הוי פטור עונשין ולכן אף בנ' עבירות דיהרג ואל יעבור חל דין אונס לפטור מעונש.

להציל וחוזר ולוקח שכרן מבעל הבית, ואם לא עשה כן והיה לו לשכור ולא שכר הרי זה פושע וחייב עכ"ל. ומשמע דהרמב"ם סובר דאם היה יכול להציל ברועים ולא שכר רועים אחרים הרועה פשע וחייב לשלם דמי הפקדון. והשיג עליו הראב"ד וז"ל דבר זה צריך פירוש שאינו משלם כל דמי הבהמות אלא מנכין לו השכר שהיה צריך לשכור הרועים להציל ואם אותו השכר עולה עד כדי דמיהם אומדין כמה אדם רוצה ליתן ולא יטרח לקנות בהמות יפות כאלה וישלם לו האומד עכ"ל. ונראה דהרמב"ם סובר דשומר שכר פורע עבור אי קיום השבת הפקדון ולא עבור ההפסד להבעלים, דבכה"ג הבעלים רק הפסידו את דמי הפקדון פחות מדמי הצלת הפקדון, ומאחר דהשומר משלם עבור אי קיום השבת הפקדון יתכן לחייבו לשלם עבור כל דמי הבהמה. דיש לבעלים זכות לתבוע החזרת הפקדון ואפילו אם דמי ההצלה שווים עד כדי דמיהם מ"מ חל חיוב השבת הפקדון להבעלים דנפ"מ לבעלים לכושרא דחיותא. ולכן פסק הרמב"ם דאם פשע השומר ולא שכר רועים להציל הפקדון דחייב לשלם עד כדי דמיהן, מחמת אי קיום חובת השבת הפקדון. משא"כ הראב"ד סובר דהא דאיתא בגמ' "דנפ"מ לכושרא דחיותא" הוי שיעור בתשלומי ממון, דבין אם נאמר דש"ש משלם עבור ההפסד או משום אי קיום חובת ההשבה מ"מ שיעור התשלומין נמדד בשיעור של הפסד ממון, ומשו"ה סובר שאינו משלם כל דמי הבהמות אלא מנכין השכר שהיה צריך לטרוח להשכיר רועים להצלת הבהמה. ולפי"ז נראה דאין חילוק בחובת אחריות שמירה בין שומר חנם לשומר שכר אבל יש חילוק ביניהם לענין החיוב השבת הפקדון, דשומר חנם אינו חייב בהוצאת דמים לקיים חובת השבת הפקדון ואילו שומר שכר חייב בהוצאת דמים לקיים חובת השבת הפקדון. ומשו"ה קיי"ל דשומר חנם בחנם וש"ש בשכר עד כדי דמיהן.

ולפי"ז נל"ב דברי הגמ' "רב חסדא ורבה בר רב הונא לא סבירא להו הא דרבה דאמרי להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא", ונראה דר"ל דאע"פ שמצד חובת אחריות שמירה אין חילוק בין ש"ח לש"ש ואי מועיל שמירה כדנטרי אינשי בש"ח לכאורה ה"ה דמועיל לש"ש (כסברת רבה) מ"מ חל בש"ש מחייב נוסף דהשבת החפץ, ולכן אין הש"ש יכול לפטור עצמו בטענה דנטרי כדנטרי אינשי. ויש ב' מחייבים בשומר: א) השתעבדות לאחריות שמירה, ואי שמר כדנטרי אינשי יצא יד"ח חובת אחריות שמירה, ב) התחייבות להשבת החפץ - ובשומר שכר החיוב השבת החפץ חל אף אי נטרי כדנטרי אינשי דלהכי יהבי ליה אגרא לנטורי נטירותא יתירתא, ולכן אינו פטור אא"כ היה אונס גמור.

ועוד יש להביא ראיה דיש חילוק בין ש"ח לש"ש לגבי חיוב השבת הפקדון מהא דאיתא בגמ' "איבו איפקיד כיתנא בי רוניא אזל שבו שמטיה מיניה לסוף הוכר הגנב אזל לקמיה דר"נ חייביה לימא פליגא דרב הונא בר אבין דשלח רב הונא בר אבין נגנבה באונס ואח"כ הוכר הגנב אם שומר חנם הוא רצה נשבע רצה עושה עמו דין, אם שומר שכר הוא עושה עמו דין ואינו נשבע", ועיין ברש"י שפירש דמיירי בנגנבה באונס דהיה הגנב לסטים מזויין, ומבואר דלרב הונא בר אבין ש"ח פטור מלשלם דיכול לומר הרי שלך לפניך ואילו ש"ש חייב לשלם. וצ"ב דמיירי בגניבה באונס ולכאורה אף ש"ש יהא פטור מלשלם. ונראה דמצד אחריות שמירה בין ש"ח ובין ש"ש תרוויהו פטורין דהא נגנבה באונס וליכא חסרון בקיום שמירה. אמנם רב הונא בר אבין ס"ל דמאחר דהיה הש"ש יכול לטרוח ולהציל מידי הלסטים דחייב לשלם ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך מחמת חיוב מיוחד דיש לש"ש להשיב החפצא להבעלים או לשלם. דיש לש"ש חיוב מיוחד מדין חיוב השבת החפץ להבעלים בנוסף לחיוב אחריות שמירה על החפץ.

תוס' ד"ה אי הכי. וז"ל א"ת לאביי נמי דמוקי לה בעידנא דעיילי אינשי מי ניחא והא מ"מ אם היה יכול להציל חייב אלמא תחילתו בפשיעה הוא, וי"ל דלא חשיב ליה פשיעה אלא גניבה ואבדה ויש ללמוד מכאן דתחילתו דכעין גניבה ואבידה וסופו באונס דפטור וכו' עכ"ל.

שיטת התוס' היא דבתחילתו כעין גניבה ואבדה וסופו באונס פטור. ולכאורה נראה לבאר דבריהם עפ"י שיטת הרי"ף (דף כ. בדפי הרי"ף) דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אפילו אם אין האונס בא מחמת הפשיעה, ובביאור שיטתו נראה דהיכא דחל חיוב שמירה אזי השומר חייב אף על האונסין אא"כ נתקיים קיום שמירה מעלייתא - דקיום שמירה מהוה פוטר. ולמשל בשומר חנם דפטור על גניבה ואונסין אין הפשט דש"ח בעצם אינו מחוייב על גניבה ואונסין - דבעצם מחמת חלות דין שומר חייב השומר אף על האונסין, דמסירת החפץ מהבעלים להשומר מחייבת באחריות ואף באונסין כדין גזלן וכדין שומר שחייב בשמירת נזקין, אלא דקיום שמירה מהוה פוטר. ולכן מאחר דהש"ח קיים את חובת השמירה המוטלת עליו - דלא פשע - הקיום שמירה פוטרתו מלשלם עבור גניבה ואבדה ואונסין. ולפי"ז נראה דבתחילתו בפשיעה - דלא נתקיים השמירה כתיקונה - חייב השומר אף על אונס ואפילו אם אין האונס בא מחמת הפשיעה, דהאונס עצמו הוי המחייב וליכא קיום שמירה לפוטרו. וא"כ י"ל דהיכא דחל קיום שמירה דשומר שכר דלא פשע לגמרי באופן שלא שמר כלל אלא דלא שמר כראוי לגבי גניבה ואבדה אזי חל קיום שמירה במקצת ומשו"ה פטור על האונס שלבסוף. אמנם

צ"ע דהרי שיטת התוס' (דף עח. ד"ה הוחמה בהר פטור) היא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב רק כשהאונס בא מחמת הפשיעה, ולשיטתם י"ל דהפשיעה מהוה המחייב - דבתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב מחמת הפשיעה ולכן חייב רק על אונס שבא מחמת הפשיעה. ומבואר דהרי"ף ותוס' נחלקו האם למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב החיוב הוא על האונס (הרי"ף), או דחייב על הפשיעה (תוס'). ולפימש"נ דתוס' ס"ל דהתחילתו בפשיעה מחייבת, א"כ צ"ע בתוס' דידן דס"ל דבשומר שכר תחילתו בגניבה ואבדה וסופו באונס פטור, דלכאורה לשיטתם י"ל דאף בגנו"א נימא דיתחייב מחמת שתחילתו בגניבה ואבדה, ואי האונס בא מחמת שלא שמר לגנו"א יהא חייב מחמת דתחילתו בגניבה ואבדה, וצ"ע.

והנה עיין ברמב"ם (פ"ג מהל' שכירות ה"ט) וז"ל וכן רועה שהעביר הבהמות על הגשר ודחפה אחת מהן לחברתה ונפלה לשיבולת הנהר הרי זה חייב שהיה לו להעבירן אחת אחת שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה והואיל ופשע בתחלה והעבירן כאחד אע"פ שנאנס בסוף בעת הנפילה הרי הוא חייב עכ"ל. וצ"ב דאי מיירי בש"ש הו"ל להתחייב משום גניבה ואבדה ומדוע נקט הרמב"ם דחייב משום פשיעה. ונראה לבאר דברי הרמב"ם בב' אופנים: א) י"ל דהרמב"ם חולק על תוס' וס"ל דתחילתו בגניבה ואבדה וסופו באונס חייב. ומש"כ "הואיל ופשע בתחילה" ר"ל שלא קיים השומר חובת שמירתו, והוי כעין גניבה ואבידה וס"ל דאע"פ שסופו באונס חייב ודלא כתוס'. ב) ועוד י"ל דהרמב"ם סובר דחייב מדין פשיעה, דאין בש"ש פטור דנטרי כדנטרי אינשי, דבשומר שכר שמירה כדנטרי אינשי נחשב לפשיעה ואע"פ שלענין ש"ח לא הוי פשיעה. והביאור בזה דיש ב' דינים בפשיעה: א) פשיעה מחמת חיוב אחריות דשמירה, ואי נטרו כדנטרי אינשי לא הוי פשיעה בתורת חיוב אחריות בין לגבי ש"ח ובין לגבי ש"ש. ב) דין פשיעה מחמת חיוב השבת החפצא. ויתכן דש"ש יש לו חיוב מסוים דפשיעה מחמת חיוב השבה, משום שיש לש"ש חיוב מיוחד להשיב החפצא להבעלים, וזהו כוונת הגמ' "להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא" דחל דין פשיעה מסוים בשומר שכר אע"פ דנטרו כדנטרי אינשי מחמת חיוב השבת החפצא. ויש חילוק בין ש"ש לש"ח, דבנוגע לש"ש דחייב בשמירה מעולה אי נטריה כדנטרי אינשי הוי פשיעה, ואילו ביחס לש"ח לא נחשב לפשיעה מכיון דש"ח חייב לשמור בשמירה פחותה בלבד.

ועיין ברמב"ם (פ"ג מהל' שכירות ה"ו) וז"ל רועה שהיה לו להציל הטריפה או השבויה ברועים אחרים ובמקלות ולא קרא וכו' שומר שכר חייב לשכור הרועים והמקלות עד כדי דמי הבהמה וכו' ואם לא עשה כן וכו' הרי זה פושע וחייב עכ"ל. ומבואר דאע"פ דלא

הוי פשיעה בנוגע לשומר חנם מ"מ חיוב ההשבה דש"ש קובע את זה לפשיעה מיוחדת בדין שומר שכר.

תוס' ד"ה איבעי לך לעבורי. וז"ל נראה דלא חשיב לה פשיעה מהאי טעמא אלא כעין גניבה ואבידה ומחייב מטעמא דאדעתא דהכי יהבי לך אגרא דתינטר נטירותא יתירתא כדר' חסדא ורבה בר רב הונא וכו' וסבר רב פפא דהכא כרבא בפרק הכונס (ב"ק נח א) **דאמר משום דאיבעי לך לעבורי חדא חדא לאו פשיעה היא ולא כרב כהנא דאמר התם דהוי פשיעה גבי נפלה לגינה עכ"ל.**

ומבואר דרב כהנא ורבא נחלקו לענין שמירת נזקיו, ובדחפה אחת לחברתה והזיקה לרבא דס"ל דהבעלים פטורים מנזקין אזי בנוגע לשמירת גופו ש"ח נמי פטור, והא דחייב ש"ש בשמירת גופו הוא משום דהוי כעין גניבה ואבדה, ואילו אליבא דרב כהנא דהוי פשיעה לענין נזקין אף ש"ח חייב בשמירת גופו. ולכאורה צ"ע בשיטת הרמב"ם, דבהל' שכירות (פ"ג מהל' שכירות ה"ט) סובר דש"ש חייב בתורת פשיעה אע"פ דש"ח פטור, דיש דין פשיעה מסוים לש"ש. אמנם הרמב"ם (פ"ג מהל' נזקי ממון הי"א) פסק דבדחפה אחת לחברתה הוי פשיעה בהל' נזקין (כסברת רב כהנא), וצ"ע דא"כ אף שומר חנם יהא חייב בשמירת גוף החפץ וא"כ למה פסק הרמב"ם (בפ"ג מהל' שכירות ה"ט) דרק ש"ש חייב וש"ח פטור.

ונראה דיש ב' דיני פשיעה - דין פשיעה דשוה בש"ח ובש"ש דהוי דין פשיעה מצד אחריות שמירה ויש דין פשיעה מסוים לש"ש מחמת חיוב השבת החפצא. ונ"ל דדחפה אחת לחברתה הוי פשיעה לגבי ש"ש אבל אינו נחשב לפשיעה לגבי ש"ח. ויש הבדל בין ש"ש לש"ח לא רק לענין אחריות אלא אף לגבי איכות השמירה שלהם, דחל דין פשיעה בנוגע לש"ש אע"פ שלענין שומר חנם לא הוי פשיעה, דש"ש חייב בשמירה מעולה ואילו שומר חנם חייב רק בשמירה פחותה. ובדחפה אחת לחבירתה אע"פ דלגבי ש"ח לא הוי פשיעה בשמירת גופו מ"מ זה נחשב כפשיעה לענין שמירת גופו לגבי ש"ש - דחייב בשמירה מעולה. אמנם לענין נזקין י"ל דאי הוי פשיעה לגבי ש"ש לגבי אחריות גוף החפץ אזי חשיב כפשיעה אף לגבי ש"ח לענין נזקין, דזהו השיעור דשמירה פחותה דבעינן לענין שמירת נזקין שלא תהיה פשיעה אפילו בנוגע לשומר שכר לענין שמירת גופו, ומשו"ה פסק הרמב"ם (פ"ג מהל' נזקי ממון הי"א) דבדחפה אחת לחבירתה חייב בנזקין. אמנם אם נפרש מש"כ הרמב"ם (פ"ג מהל' שכירות ה"ט) "הואיל ופשע" דר"ל שהשומר לא מילא חובתו לענין גניבה ואבידה אזי עדיין צ"ע בסתירת דבריו. אמנם לפימש"כ דיש דין פשיעה מסוים בש"ש מחמת חיוב השבת הפקדון ניחא.

ועיין ברמב"ן (ד"ה איבעי לך לעבורי חדא חדא) וז"ל דכי אמרינן דשמירת נזקין כשמירת שומר חנם ה"מ לענין דסגי ליה כשנעל בפני בהמתו כראוי, אבל לענין זה כיון דשכיח שדוחפות זו לזו חייבין בעלים לשמרן מזה כדי שלא יזיקו וזה בכלל שמירה פחותה היא, אלא דבשומר חנם בלחוד הוא שהקלו בשמירתו שלא לחייבו כיון דנטרו כדנטרי אינשי, ותדע דעל בעידנא דעיילי אינשי פטור בש"ח לדברי הכל ואילו יצא באותה שעה שורו והזיק חייב עליו ודאי עכ"ל. ומבואר דהרמב"ן מחלק בין פשיעה לגבי בעלים ופשיעה לגבי נזקין, דלגבי נזקין אינו מועיל שמירה פחותה דנטרי כדנטרי אינשי אע"פ שמועיל לענין שמירת גופו וחובת אחריות דשמירה. דבש"ח הוי פשיעה בשמירת גופו רק אי לא נטרי כדנטרי אינשי, אבל בנזקין חל פשיעה אף אם נטריה כדנטרי אינשי. ולכן בדוחפות זו לזו חייב לענין נזקין דהוי פשיעה אע"פ שלענין הבעלים ביחס לשמירת גופו יש קולא דלא נחשב לפשיעה, דיש דין לגבי הבעלים דאי נטרי כדנטרי אינשי לא הוי פשיעה משא"כ לענין נזקין דהוי פשיעה. והרמב"ן מתרץ דיש חילוק בין פשיעה דש"ח לענין בעלים ובין פשיעה לענין נזקין, והרמב"ם נמי ס"ל כרמב"ן דיש לחלק בין שמירת נזקין לשמירת גופו דבשמירת נזקין ליכא פטור דנטרי כדנטרי אינשי (פ"ג מהל' נזקי ממון הי"א). אולם לענין שמירת גופו הרמב"ם (פ"ג מהל' שכירות ה"ט) מחלק בין ש"ח לש"ש דבש"ח אי נטרי כדנטרי אינשי לא הוי פשיעה משא"כ לגבי ש"ש הוי פשיעה בשמירת גופו דש"ש חייב בשמירה מעולה, ויש דין פשיעה מסוים בש"ש מחמת חיוב השבת הפקדון.

משנה. הלסטים הרי זה אונס וכו' אמתי בזמן שבאו מאליהן אבל הולכין למקום גדודי חיה ולסטים אינו אונס מתה כדרכה הרי זה אונס ספגה ומתה אינו אונס.

מבואר במשנה דשומר שהכניס עצמו לתוך אונס חייב דהוי פושע. והנה יש לעיין מה הדין בכהת"כ במכניס עצמו למצב של אונס האם חייב או לא, ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' יסוה"ת ה"ד) שאם א' עבר על ג' עבירות דיהרג וא"י ולא נהרג אינו נענש משום שעבר באונס ואין מלקין וממיתין אלא לעובר עבירה ברצונו ובעדים והתראה שנא' ולנערה לא תעשה דבר, והרמב"ם מוסיף "אבל אם יכול למלט נפשו ולברוח מתחת יד המלך הרשע ואינו עושה הנה הוא ככלב שב על קיאו והוא נקרא עובד עכו"ם במזיד והוא נטרד מן העוה"ב ויורד למדרגה התחתונה של גהינום". ומבואר דהמכניס עצמו למצב של אונס חייב דנקרא עובד ע"ז במזיד. אמנם נראה דהציור שברמב"ם שאני דמאחר שהיה יכול לברוח י"ל דלא חשיב מכניס עצמו לאונס כלל אלא הוי מזיד. אולם עיין בבעל המאור (שבת פ"ק דף ז.) דמפליגין בספינה ג' ימים לפני השבת שמותר לאדם

להכניס עצמו למצב של פקו"נ. אמנם נראה דפקו"נ לא דמי לאונס - דלדברי הגר"ח זצ"ל אונס הוי מעשה עבירה אלא דפטור מעונשים, משא"כ פקו"נ הוי מתיר. אמנם יש להעיר בדברי הבעה"מ עצמו ממש"כ הבעה"מ בפ' ר"א דמילה (נג.) דאם נשפכו החמין מלפני המילה דוחין את המילה לאחר השבת (ודלא כשיטת הרמב"ן שסובר דמאחר שחל דחייה על מילה בשבת מותר להכניס עצמו לפקו"נ ולהחם המים). ולכאורה צ"ע דמשמע דס"ל דאסור להכניס עצמו למצב שידחה שבת משום פקו"נ, וצ"ע דלכאורה סותר מש"כ לגבי מפליגין בספינה דמותר להפליג יותר מג' ימים לפני השבת. וי"ל דיש חילוק בין לפני השבת לשבת עצמה, דלפני השבת מותר לעשות מעשה שיגרום שיהא במצב של פקו"נ בשבת משא"כ בשבת עצמה אסור לעשות מעשה שיגרום מצב של פקו"נ שיצטרך לדחות שבת[665]. ועוד י"ל דמפליגין בספינה לא הוי ברי היזקא ואינו מצב שבודאי יהיה במצב של פקו"נ שיצטרך לחלל שבת משא"כ במילה היכא דאישתפיך חמימיה דבודאי יצטרך לחלל שבת. ולפי"ז יתכן לומר דאי באו הלסטים מאליהן הרי זה אונס משא"כ אם הביא הבהמה למקום ליסטים לא הוי אונס דברי היזקא. ועיין ברמב"ם (פ"ג מהל' שכירות ה"ד והל' ט') וז"ל הארי והדוב והנמר והברדלס והנחש הרי אלו אונסין, אימתי בזמן שבאו מאליהן אבל אם הוליכם למקום גדודי חיות ולסטים אין אלו אונסין וחייב לשלם וכו' תקפתו ועלתה לראשי צוקין ותקפתו ונפלה הרי זה אונס. העלה לראשי צוקין או שעלתה מאליה והוא יכול למנעה ולא מנעה אע"פ שתקפתו ונפלה ומתה או נשברה חייב שכל שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב וכו' עכ"ל. וצ"ע דבה"ד כתב דהוליכה למקום גדודי חיות ולסטים אין אלו אונסין ומשמע דחייב משום דהוי פשיעה גמורה, ואילו בה"ט כתב דבהעלה לראש צוקין ותקפתו ונפלה חייב משום דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב וצ"ע מ"ש העלה לראשי צוקין מהוליכה למקום גדודי חיות ולסטים. ונראה דבהוליכה למקום גדודי חיות ולסטים ברי היזקא ומשו"ה הו"ל פשיעה גמורה, משא"כ בהעלה לראשי צוקין לא ברי היזקא והו"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס. אך קצת צ"ע בדברי הרמב"ם שכתב בה"ט הדין ד"סגפה ומתה אינו אונס", ביחד עם הדין דהעלה לראשי צוקין דהו"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס, וצ"ע דלכאורה סגפה ומתה הוי ברי היזקא והו"ל פשיעה גמורה ולמה כלל הרמב"ם דין זה בה"ט ולא הביאו בה"ד יחד עם ההלכה דהוליכה למקום גדודי חיות ולסטים. וי"ל הרמב"ם אינו מפרש כפרש"י (בד"ה סיגפה) וז"ל עינה ברעב או העמידה בקיץ בחמה ובחורף בצינה לענות נפש עכ"ל, דאזי הו"ל ברי היזקא, אלא כדפירשו התוס' (בד"ה

[665] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' יבמות (עמ' ק"י - קי"ג).

סיגפה) וז"ל וי"ל דקמ"ל דאפילו יש לתלות ולומר שמתה גם בשביל דבר אחר אפילו הכי חייב דלא היה לו לסגפה עכ"ל, דמיירי בסגפה ומתה מחמת דבר אחר דלא הוי ברי היזקא וחייב משום דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, ולכן הביא הרמב"ם דין זה בה"ט ביחד עם ההלכה דהעלה לראשי צוקין ונפלה חייב.

גמ'. איבעיא להו ליסטים מזויין ורועה מזויין מהו מי אמרינן אוקי גברא להדי גברא או דילמא האי מסר נפשיה האי לא מסר נפשיה מסתברא דהאי מסר נפשיה והאי לא מסר נפשיה. יל"ע מדוע יש חיוב לש"ש להכניס עצמו לספק סכנת נפשות להציל ממון הבעלים והרי יש דין פקו"נ. ולכאורה נראה דזהו חידוש דנלמד מדין הבא במחתרת דמותר להורגו משום דחזקה אין אדם מעמיד עצמו על ממונו והאי מימר אמר אי אזלינא קאי לאפאי ולא שביק לי ואי קאי לאפאי קטלינא ליה והתורה אמרה הבא להרגך השכם להורגו (סנהדין דף עב.), ואע"פ שאפשר לבעה"ב לוותר על ממונו ולא להכניס עצמו לסכנה ולעמוד כנגד הגנב להציל את ממונו מ"מ התורה התירה לבעל הבית להכנס לספק סכנה כדי להציל את ממונו מהגנב. וה"ה לשומר דמותר לו להכניס את עצמו לספק סכנה להציל את ממון הבעלים מהלסטים. אמנם עדיין צ"ע דנהי דיתכן למילף מבא במחתרת דמותר לשומר לסכן את עצמו כדי להציל את הפקדון, אמנם מהיכא תיתי שחייב לסכן את עצמו. ונראה דאה"נ עפ"י דיני פקו"נ אין השומר חייב לסכן את עצמו, אולם י"ל דשומר שכר התחייב בדיני ממונות לשמור על הפקדון ואפילו בסכנת חייו ואם לא עשה כן משלם, ואע"פ שמדיני סכנת נפשות ופקו"נ אינו חייב לסכן את עצמו מ"מ פקו"נ לא הוי פוטר לגבי שומר שכר. והא דשומר שכר פטור מלשלם כשבאו לסטים הוא משום דהלסטים הם יותר אלימים ממנו ואין לו היכולת ללחום כנגדם ולהציל מהם הפקדון והריהו אונס. וכן משמע ממש"כ הרמב"ם (פ"ג מהל' שכירות ה"ד) וז"ל לסטים מזויין הרי הוא אונס ואפילו היה הרועה מזויין ובא לו לסטים אחר מזויין הרי זה אונס שאין הרועה מוסר נפשו כלסטים עכ"ל. ומשמע דהרועה פטור משום דהוי אונס דהלסטים הן יותר אלימים ממנו אך לא מטעם דהוי פקו"נ וחל פטור משום פקו"נ. ולכאורה מבואר מזה דהרמב"ם סובר דפקו"נ הוי פטור מעונשים אבל אינו פוטר ש"ש מלשלם.[666] והנה קיי"ל דהמציל עצמו בממון חבירו חייב לשלם (עיין בגמ'. ב"ק דף קיז: וברמב"ם פ"ח מהל' חובל ומזיק ה"ב), ונראה דפשיטא שמותר לו להציל עצמו בממון חבירו משום פקו"נ, ולישנא דגמ' "ס"ל אסור להציל עצמו בממון חבירו" לאו דוקא הוא,

[666] אך עיין ברש"י (ד"ה האי מסר נפשיה) וז"ל הלסטים ע"מ כן באו או ליהרג או להרג ויקח ממון אבל הרועה אין לו למסור נפשו על כך עכ"ל. ומשמע דס"ל דפקו"נ פוטר את השומר מלשמור ומלשלם אף בדיני ממונות.

אלא ר"ל דחייב לשלם. וכן משמע מדברי הרמב"ם (שם) שכתב "המציל עצמו בממון חבירו חייב לשלם" ולא כתב דאסור להציל את עצמו בממון חבירו, ולפי"ז י"ל דה"ה נמי בשומר שחייב לשלם ממון, ואע"פ שמדיני הצלת נפשות פטור מלהסתכן כנגד הלסטים אבל חיובי ממון דשומר אינם תלויים באיסורים ובמצות סכנת נפשות, דחל התחייבות ממון דשומר שכר לשלם.

דף צד.

משנה. מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם וכו'. לכאורה אי אפשר לפרש דהש"ח התנה שפטור מלשלם דא"כ אינו שומר כלל ופשיטא דפטור אלא היה נראה לפרש המשנה דש"ח התנה להיות פטור משבועה דר"ל דבעלמא שבועת השומרים חלה ע"י טענת ספק ויכול השומר להתנות דיהיה שומר חנם המחוייב לשלם אפשיעה אלא שאינו נשבע ע"י טענת ספק והתנאי מועיל לפטור השומר חנם מלישבע ע"י טענת ספק. וכן מבואר מדברי ה"ר יהונתן (בשיטמ"ק ד"ה מתנה שומר חנם וכו') וז"ל כלומר אם תגנב או תאבד וכו' או שתמות על ידי מלאך המות שהצריכתו תורה לישבע עליהן ולא האמינה אותו תורה אלא בשבועה ואם התנה עתה עם בעל הבהמה שיאמניהו בדיבורו הקל כשאירעו לבהמתו אונסין כאלו תנאו תנאי, אבל לא קתני להיות פטור מתשלומין כמו דתני בשואל לפי שאין שטות כזו עולה על דעת אדם שיתנה שיהיה פטור מפשיעה שאם כן לא נקרא שומר אלא מזיק ולא מסרה לו כי אם לשמרה, אלא עלה על דעתו שיפטרנו מדבר שבא על ידי אונסין וכו' אבל אי פשע בהן אין כל א' מכל אלו ארבעה שומרים שיתנה לפטור עצמו עכ"ל. ומבואר מדבריו דבשומר חנם חל התנאי בדין נאמנות שהשומר נאמן בטענתו ואינו צריך לישבע, משא"כ בשואל ובנושא שכר חל פטור תשלומין ע"י התנאי - דהתנאי חל על חיובי ממון של השואל וש"ש, דהוי שומר לשלם אפשיעה אלא שאינו מחוייב כשואל לשלם על אונסין או לשלם כש"ש על גניבה ואבדה. אבל אי אפשר לקבל על עצמו להיות שומר ולהתנות שיהיה פטור מפשיעה דזה הוי תרתי דסתרי דיסוד קבלת שמירה הוא שישמור את החפץ ושישלם אם יפשע, ואי הוי שומר על כרחך שחייב בפשיעה, והתנאי בשומר חנם אינו אלא בנאמנות שיאמניהו בדיבורו ולא יצטרך לישבע.

גמ'. אמאי מתנה ע"מ שכתוב בתורה הוא וכל המתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו בטל הא מני ר' יהודה דאמר בדבר שבממון תנאו קיים. הנה נתבאר מדברי ה"ר יהונתן (הנ"ל) דלגבי שומר חנם חל התנאי לגבי נאמנות - דמתנה ש"ח להיות נאמן בטענה

קלה ואינו צריך לישבע, וצ"ע א"כ אמאי מקשה הגמ' דהו"ל מתנה ע"מ שכתוב בתורה והרי בכהת"כ חל תנאי על נאמנות ולא הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה, דעיין ברמב"ם (פט"ו מהל' מלוה ולוה ה"ג - ה"ד) וז"ל התנה המלוה על הלוה שיהא נאמן בכל עת שיאמר שלא פרעו ה"ז נוטל בלא שבועה אע"פ שטען שפרעו וכו' התנה עליו שיהיה המלוה נאמן כשני עדים אע"פ שהביא עדים שפרעו הרי זה גובה ממנו בלא שבועה שהרי האמינו כשני עדים ואפילו הביא מאה עדים שפרעו הרי גובה ממנו בלא שבועה שהשנים כמאה עכ"ל. ומבואר דחל תנאי לגבי נאמנות ולא הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה, וא"כ צ"ע מהי קושיית הגמ'. ויתכן דהגמ' כאן מקשה רק משואל ושומר שכר דחל בהם התנאי לגבי ההשתעבדות וחיובי ממון, ולא הקשה הגמ' משומר חנם שתנאו חל לענין נאמנות. ועוד נראה לומר דתלוי מה היה התנאי - דאם התנה שיהא שומר ומתנה רק שטענתו יהא נאמן כשבועה או כמאה עדים אזי לא הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. דשבועה חלה בתורת נאמנות ואם המפקיד (או המלוה) מקבל טענת השומר ומאמינה אזי הוי טענת השומר כשבועה ולא נחשב למתנה ע"מ שכתוב בתורה. אבל אם התנה שהשמירה לא מחייבת שבועה אזי הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה - דהתורה קבעה דש"ח חייב לישבע שלא פשע. וע"כ הקשה הגמ' דהוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה - דמיירי שהתנה השומר חנם שעצם השמירה לא תחייב אותו לישבע.

גמ'. כולה ר"מ היא ושאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשיה. עיין ברש"י (ד"ה אפילו תימא) וז"ל והאי לאו מתנה ע"מ שכתוב בתורה הוא אלא שאמר לו אי אפשי להיות שומר שלך אלא בכך, ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך לבהמה והאי כי משיך כבר פירש על מנת שאין לו עליו שבועה ולא שיעבד נפשיה לירד בתורת שומרין אלא למקצת ולמה שירד ירד, אבל המקדש את האשה מכי אמר לה הרי את מקודשת לי איתקדשה לה וכי אמר לה על מנת שאין לך עלי מתנה ע"מ שכתוב בתורה דאין אישות לחצאין, וכי תפיס קדושין לגמרי תפיס והוה מתנה ע"מ שכתוב בתורה עכ"ל. ומבואר מרש"י דיש שמירה לחצאין ולכן לא הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה כשמתנה להיות פטור משבועה אבל בקידושין אם התנה הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה משום דאין קידושין ואישות לחצאין, וצ"ב מהו יסוד החילוק בין שמירה לקידושין דמאי טעמא חל תנאי בשומר לגרוע מדין שמירתו.

ועיין בשטמ"ק (ד"ה אפילו תימא בא"ד) וז"ל והפירוש הנכון בעיני דהא דשומרים לא דמי לאידך דאיתמר בהו מתנה ע"מ שכתוב בתורה, דבכלוהו אידך אזהר רחמנא בהדיא, דבאונאה כתיב אל תונו ובשביעית כתיב לא יגוש ובשאר וכסות כתיב לא יגרע ובאלו

רחמנא קפיד בהו הלכך כל שמתנה כנגד זה מתנה ע"מ שהקפידה התורה אבל בדיני שומרים לא גלי קרא קפידא ולא אזהר עליה שלא יפטר מדיני שומרים אלא שגזר הכתוב על השומרים שמקבלים שמירה סתם מה יהא דינם אבל כל שפירש לגרוע מחיובו ולא נחית להכי לא קפיד רחמנא כלל וכשמתנה לגרוע מחיובו או להוסיף אינו מתנה על דין תורה עכ"ל. ומבואר דהשיטמ"ק סובר דמתנה ע"מ שכתוב בתורה חל דוקא כשיש איסור והתנה לעקור את האיסור.

אמנם יש עוד ביאור בראשונים דהיינו דבקידושין יש פרשה אחת של אישות ואילו בשומרים יש ד' דיני שומרים מה"ת ולכן יכול להתנות בשומרים דין שמירה בפני עצמה, וכן מבואר מדברי התוס' בכתובות (דף נו: ד"ה הרי זו) וז"ל וי"ל דשאני התם כיון שריבתה התורה שומרים הרבה שומר חנם והשואל נושא שכר וכו' יכול נמי כל א' לפי תנאו עכ"ל. וכ"כ הראב"ד שבשיטמ"ק (ד"ה וז"ל הראב"ד) וז"ל אלא כולה ר"מ היא ושאני הכא דמעיקרא לא שעביד נפשיה אבל גבי קידושין כיון דאמר לה הרי את מקודשת מיד אישתעבד לה בשאר כסות ועונה לפי שאין אשה לחצאין וכיון שהיא אשתו לכל דבר גם הוא משועבד לה בכל דברי אישות וכי אמר לה על מנת לאו כלום קאמר לה, אבל לענין שמירה הרי השמירות חלוקות זו מזו הלכך הכל לפי תנאו עכ"ל. ועיין בשיטה מקובצת שכתב בשם הרא"ש (ד"ה וז"ל הרא"ש מעיקרא לא שעביד נפשיה) וז"ל והתורה לא חייבה השומרים אלא כל אחד לפי הנאתו ודעתו ולא דמי לכל דוכתא דחשבינן מתנה ע"מ שכתוב בתורה היינו היכא דחייבתו תורה על ידי דבר אחר לא מחמת שהעלה בדעתו ליתן כגון שאר כסות ועונה דחייבה תורה לכל מקדש אשה בסתם עכ"ל. ובביאור דבריו נראה דבקידושין חל דעת מקנה לקנין האישות והחיוב דשאר כסות ועונה וכתובה חל ממילא ע"י קנין האישות, דעצם הקידושין וחלות האישות היא שהאשה אסורה לעלמא ומותרת לו, ואין חיובי שאר כסות ועונה וכתובה חלין מחמת דעת המתחייב מסוימת לשכו"ע, אלא דחלה התחייבות דשאר כסות ועונה ממילא מחמת חלות האישות. ולכן אי אפשר לקדש אשה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה דאין אישות לחצאין - דמאחר שחל חלות האישות אזי ממילא חל נמי חיוב שאר כסות ועונה, ואי אפשר להתנות שתחול חלות אישות בלי חיוב שאר כסות ועונה משום דאין אישות לחצאין. משא"כ בשומר י"ל שאין השומר חייב מחמת דעת המתחייב שמקבל על עצמו חלות שם שומר וממילא מתחייב בדיני שומר - אלא דבשמירה חלה דעת המתחייב מסוימת על כל חיובי הממון. דהאומר הנך לפני להיות ש"ח קיבל על עצמו התחייבות ממון להתחייב על פשיעה, וכן המקבל על עצמו להיות ש"ש התחייב מדעת

בנגיבה ואבדה כי בשומר חלה דעת המתחייב על חיובי הממון, וע"כ היכא דמעיקרא לא שעביד נפשיה לא חלה התחייבות הממון ולא הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה.
ולפימש"נ בדברי הרא"ש נראה לבאר מש"כ רש"י "ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך לבהמה והאי כי משיך כבר פירש על מנת שאין לו עליו שבועה ולא שיעבד נפשיה לירד בתורת שומרין אלא למקצת ולמה שירד ירד", דר"ל דאם היתה חלה אחריות שמירה באמירת "הנך לפני" גרידא אזי י"ל דחל "בהנך לפני" חלות שם שומר וחלות קבלת שמירה סתם וממילא חלה ההתחייבות דחיובי ממון, דהא ליכא מעשה קנין מצד השומר להתחייב בחיובי תשלומי שומר, ד"הנך לפני" חל להחיל עליו חלות שם שומר וממילא חל חיוב תשלומין, ואזי דין שומר היה שוה לקידושין - דמאחר דחל חלות אישות אי אפשר להתנות שלא יחולו חיובי שאר כסות ועונה דאין אישות לחצאין, והוא הדין בשומר דמאחר שחל חלות דין שומר ממילא חלין חיובי ממון דשמירה וא"כ לא יחול התנאי דהוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. אולם מהא דשומר בעי קנין משיכה מוכח דבשומר חל דין דעת המתחייב מסוימת להתחייב בחיובי הממון, דמשו"ה בעי קנין משיכה כדי להתחייב בחיובי ממון דשומר - דכשם שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים - דקנין משיכה בשומרים הוי קנין ממון להתחייב בחיובי ממון, ומשו"ה לא הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה, דחיובי השומר תלויים בהתחייבות השומר מדעתו ואינן חלין ממילא מחמת חלות שם שומר.
ועיין ברמב"ן (בשיטמ"ק ד"ה וז"ל הרמב"ן) וז"ל אפילו תימא רבי מאיר שאני הכא דמעיקרא לא שעביד נפשיה. פירוש לא נעשה שומר שכר שלו ולא שואל אלא הפקיד אצלו ולא קבל זה עליו להיות שומר כאילו אמר הנך לפני ואני שומר שלך ולא על כרחו הוא חייב לשמור, משא"כ גבי הרי את מקודשת ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה שאם היא מקודשת אי אפשר שלא יתחייב בשאר כסות ועונה עכ"ל, ונראה דהרמב"ן נמי סובר דהחיובים דשאר כסות ועונה אינן חלין מחמת התחייבות ודעת המתחייב אלא הן חלין ממילא מחמת חלות שם אישות וחלות הקידושין, ומשו"ה חל בהו דין מתנה ע"מ שכתוב בתורה. משא"כ בחיובי שומר דהחיוב תלוי בהתחייבות השומר ובדעת המתחייב ולכן אם השומר מתחייב על פחות ממה שכתוב בתורה אינו חייב אלא על מה שנתחייב בו ולא הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה.
ונראה דכל זה נכון אליבא דמסקנת הגמ' דכולה ר"מ היא, אמנם לפי התירוץ שבגמ' דמשנתנו אזלה אליבא דר"י - דבתנאי שבממון מתנה ע"מ שכתוב בתורה, י"ל דבשומר

נמי חל חלות קבלת שמירה בעלמא וממילא חלין חיובי ממון והתחייבות דשמירה, וליכא חלות דעת המתחייב על חיובי ממון, וע"כ הוי בכלל מתנה ע"מ שכתוב בתורה. **גמ'. ומתנה שומר שכר להיות כשואל במאי בדברים אמר שמואל בשקנו מידו ור' יוחנן אמר וכו' בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשיה.** עיין בשיטמ"ק בשם הרשב"א (ד"ה הקשה הראב"ד) וז"ל הקשה הראב"ד ז"ל כיון שתנאי בשעת משיכה הוא למה לי קניה והא כל תנאי שהוא בשעת מעשה מתקיים בלא קנין, ונשאר לו ז"ל בקושיא. ונראה לי שאין כאן קושיא שלא מצינו שיתחייב אדם אלא מחמת שנהנה מחבירו בהלואה או שנעשה לו שומר שכר או שואל שהנאה שלו וכיוצא בזה או שהתנה לאחר על פיו כקבלן וערב דבשעת מתן מעות, ואי נמי בקנין שהוא כחליפין וכו' ואדרבה יש לתמוה שומר חנם שחייבה תורה בפשיעה אלא שכיון שקיבל על עצמו וזה נשען על שמירתו ונאבד בפשיעתו הרי זה קרוב למזיק אבל להתחייב באונסין במה יתחייב והילכך לשמואל בשקנו מידו ולר' יוחנן משום דחשיב כמקבל הנאה להתחייב על ידה והוא שיוצא עליו שם אדם נאמן עכ"ל.

ובביאור דבריו נראה דהראב"ד הקשה דמאחר דעשה השומר חנם קנין משיכה מדוע צריך לעשות עוד מעשה קנין כדי שיתחייב כשואל דאמאי אינו מועיל התנאי שהתנה בשעת המשיכה להתחייב כשואל. והרשב"א מתרץ דהקנין משיכה מועיל רק לחייב את השומר בחיובי שמירה שהטילה עליו התורה, אולם אם השומר רוצה להתחייב בחיובי שמירה יותר ממה שהטילה עליו התורה וכגון ש"ש דמתנה להיות כשואל אזי אין התחייבות חלה אלא ע"י קנין חליפין או דמשעבד נפשיה עבור הנאה. דקנין משיכה מועיל בשומר כדי לגמור את ה"הנך לפני" דהיינו דע"י המשיכה הפקדון נמסר מרשות הבעלים לרשות השומר וחלה לחייבו בדין שומר כפי דין התורה ולא לחייבו יותר ממה שחייבתו התורה. והא דחל שעבוד והתחייבות יתירה דשמירה הוא רק ע"י קנין חליפין דהוי קנין השתעבדות או ע"י שמקבל הנאה. דיש ב' דינים בקנין חליפין - א) קנין חליפין דחל בתורת קנין החפצא, ב) קנין חליפין דחל בתורת קנין שעבודים.

ובהמשך דבריו כתב וז"ל ואדרבה יש לתמוה שומר חנם שחייבה תורה בפשיעה אלא שכיון שקיבל על עצמו וזה נשען על שמירתו ונאבד בפשיעתו הרי זה קרוב למזיק אבל להתחייב באונסין במה יתחייב והילכך לשמואל בשקנו מידו ולר' יוחנן משום דחשיב כמקבל הנאה להתחייב על ידה והוא שיוצא עליו שם אדם נאמן עכ"ל, ונראה דהרשב"א הקשה דאם המשיכה אינה מחייבת וכדחזינן דבעי עוד קנין כדי להתחייב כשואל א"כ אמאי מתחייב שומר חנם בפשיעה ע"י משיכה. והרשב"א מתרץ דרק בשומר חנם חלה

ההתחייבות בפשיעה ע"י המשיכה ואמירת "הנך לפני" - דמאחר שקיבל השומר על עצמו לשמור והבעלים סמכו דעתם עליו חייב בפשיעה - דפושע כמזיק. אמנם נראה דהרשב"א סובר דרק בש"ח חל התחייבות דפשיעה ע"י "הנך לפני" ומשיכה, משא"כ בש"ש ההתחייבות לגניבה ואבידה חלה ע"י הנאת ממון ובשואל ע"י הנאת תשמיש, ולכן אי ש"ח רוצה לחייב את עצמו כש"ש או כשואל צריך לעשות עוד מעשה קנין דחליפין בפ"ע. ויוצא אליבא דהרשב"א דהמסירה לשמירה בהנך לפני מחייבת רק בפשיעה וש"ש שחייב בגנו"א הוא מחמת שמקבל דמי השכירות ושואל שחייב באונסין הוא מחמת דכל הנאה שלו.

ועיי"ש בשיטמ"ק שכתב בשם הראב"ד (ד"ה בשקנו מידו) וז"ל קשיא לי כיון דתנאי בשעת מעשה למה לי קנין והלא כל תנאי שהוא בשעת מעשה מתקיים בלא קנין. ולאו קושיא היא דכל תנאי שהוא בשעת מעשה תנאו קיים ואם לא יתקיים תנאו תהיה השמירה בטלה ומשיכתה לשומר בטלה וכל שכן שיהיה פטור לפיכך צריך קנין עכ"ל. ונראה לומר דהראב"ד מתרץ דבעלמא היכא דחל תנאי אם נתקיים התנאי אזי המעשה קיים ואם לא נתקיים התנאי אזי המעשה בטל, דהתנאי הוא מעשה גברא שבקיומו או ביטולו תלוי החלות. אולם התנאי כאן אינו מעשה גברא שבקיומו או ביטולו תלוי החלות אלא דהתנה הש"ש שיחול עליו חלות חיובי שואל, דאם אינו יכול להתנות להיות כשואל אזי לא חלה השתעבדות שמירה כלל אף להיות כשומר חנם ואינו שומר כלל, ועל כן צריך לעשות קנין חליפין להתחייב. דכדי ששומר חנם יתחייב בשעבודים וחיובים נוספים להיות כשואל דהוי התחייבות יותר ממה שחייבה אותו התורה צריך לעשות ע"ז מעשה קנין נפרד, ואפילו לר' יהודה דבדבר שבממון תנאו קיים בעינן קנין כדי להתחייב יותר ממה ששעבדה התורה. אמנם אם התנה ש"ש להיות פטור מגניבה ואבדה דמתחייב פחות ממה שחייבה התורה חלה ההשתעבדות ע"י התנאי בשעת קבלת שמירה לפי ר' יהודה דס"ל דבדבר שבממון תנאו קיים, דיכול להתנות ע"מ שכתוב בתורה לפטור מחיובי התורה אך א"א להתנות תנאי להתחייב יותר ממה שחייבה התורה. דיש כח להתנות לגרע מזכות התורה אך א"א לחייב יותר מדין תורה, והוא חידוש בדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ולפי"ז אע"פ דאליבא דר' יהודה יכול אדם לקדש אשה ע"מ שאין לו שאר כסות ועונה י"ל דא"א לו לקדשה ע"מ שיתחייב כפל מהסכום דשאר כסות ועונה, דהתורה נתנה לו רק רשות לגרע מחיובי קידושין ולא להוסיף עליהם.

אך עדיין צ"ע דבגמ' מבואר דחיובי שומר תלוי בהתחייבותו ובשעבוד נפשיה וא"כ מהי הנ"מ דמדיני תנאים א"א לו להתנות להתחייב יותר עמ"ש בתורה, דלמה אינו יכול להוסיף ולשעבד את עצמו ע"י קנין משיכה בלבד בלי קנין חליפין. וצ"ל דהראב"ד סובר דקנין משיכה אינו יכול להוסיף על חיובי התורה דשומר בעלמא, ואילו לגרע מחיובי התורה יכול השומר להשתעבד במשיכה לבדה משום דלא שעבוד נפשיה אלא לפחות ממה שחייבתו התורה, ואילו אם רוצה השומר להוסיף על דיני התורה צריך הוא לעשות קנין חליפין. ויוצא דלהראב"ד יש חלות שם שמירה לדיניה וא"א להוסיף עליהם בלי קנין נוסף דחליפין. אך השומר יכול לגרע מדיני התורה ע"י קנין משיכה בלבד, דאין חיובי השומר חלין בעל כרחו של השומר דלא רצה להשתעבד כל כך כפי דיני התורה. ומשו"ה יכול השומר לגרע מדיני שומר בלי קנין נוסף אך א"א לו להוסיף על דיני התורה אא"כ עשה קנין חליפין. ונמצא דהראב"ד והרשב"א נחלקו בזה, דלפי הרשב"א שומר יכול להוסיף על חיובו אך קנין משיכה אינו אלא התחייבות לפשיעה בלבד. ואילו הראב"ד סובר דמשיכה הוי קנין התחייבות דשומרים אך אינה מועילה להוסיף על דיני השומר.

גמ'. גמיר ומשעבד נפשיה. עיין בתוס' לעיל (דף נח. ד"ה אמר ר' יוחנן בשקנו מידו) שכתבו וז"ל וא"ת דבפ' הפועלים תנא מתנה ש"ח להיות כשואל להתחייב באונסין ופריך במאי מתנה בדברים ומשני אמר שמואל בשקנו מידו ור' יוחנן אמר אפילו תימא לא קנו מידו בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה א"כ מאי בעי קנין וי"ל דהכא דפטור אפילו משבועה לא משעבד נפשיה בלא קנין. א"נ התם כיון שמתחייב כשואל סבורים העולם שהשאיל לו בההיא הנאה משעבד נפשיה עכ"ל. ונראה לבאר דאליבא דהתירוץ הראשון בתוס' מזה דליכא שבועת השומרים בקרקע ופטור השומר אף מפשיעה בקרקע, מוכח דליכא חלות שמירה בקרקע כלל. ובזה נחלקו התוס' על הרמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ג) דס"ל דשומר שפשע בקרקע חייב משום דהפושע מזיק הוא. וביאר הגר"ח זצ"ל דהרמב"ם סובר שחל דין מסוים בשומר דפושע הוי מזיק ואילו בעלמא פשיעה לא הוי אלא גרמא בנזקין דפטור, ומוכח דהרמב"ם סובר דחלה חלות שמירה על הקרקעות. ונראה דהתוס' חולקים על הרמב"ם וס"ל דליכא חלות שמירה בקרקע כלל ומשו"ה צריך השומר לעשות קנין להתחייב בשמירת קרקעות. משא"כ כשמתנה ש"ח להיות כשואל מאחר שחל עליו חלות דין שמירה בתורת שומר חנם יכול הוא להתחייב להיות כשואל בלי קנין בההיא הנאה בלבד דגמר ומשעבד נפשיה להיות כשואל. ובתירוץ השני ס"ל להתוס' דדוקא הנאה דהוי שואל נחשבת לקנין ולא הנאה דהוי שומר בעלמא. ולכאורה תירוץ זה צ"ע קצת דלקמן (דף צו.) בעי רמי בר חמא האם

שאלה ליראות בה הו"ל שואל ופרש"י שם שההנאה היא שיהא נראה כעשיר, ולכאורה זוהי עצם ההנאה דמיירי בה בתירוץ התוס', ובשלמא אם ליראות בה הוי שואל ניחא תירוץ התוס' אך אם ליראות בה אינו שואל קשה קצת למה הוי שואל כאן.

ונראה דשאני הכא דלפחות הוי שומר חנם ורוצה להתחייב יותר ולהיות חייב כשואל דאזי אף ההנאה ליראות בה מועלת להוסיף על התחייבותו כש"ח להיות כשואל. משא"כ בספק דרמי בר חמא שאינו שומר כלל ורוצה לשאול הפרה כדי ליראות בה דיתכן דבאופן כזה לא חלה שמירה כלל. והנה מצינו בכמה מקומות "דבההוא הנאה גמר ומקנה" וכגון באחין שחלקו (ב"ב דף קו:). אמנם נראה דהתם נמי חלה החלוקה עכ"פ מטעם ירושה אלא ד"בההיא הנאה" חל נמי חלות דין קנין של לקוחות להוסיף על הקנין דיורשים, ואכמ"ל.

ועיין בקצות החשן (סימן ש"מ ס"ק א') שנסתפק בשואל המתחייב לשלם במתה מחמת מלאכה אם צריך קנין ע"ז או לא. (ועיין מש"כ בזה בשיעורים לקמן דף צו: ד"ה אלא אמר רבא).

גמ'. כל שאי אפשר לו לקיימו בסופו והתנה עליו מתחילתו אינו אלא כמפליגה וכשר.

ומבואר בגמ' דאם התנה תנאי שא"א לקיימו אזי התנאי בטל והמעשה קיים. וה"ה בכל משפטי התנאים כגון תנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה שאם לא התנה התנאי כדין ובמשפטי התנאים התנאי בטל והמעשה קיים. ועיין ברמב"ם (פ"ג מהל' זכייה ומתנה ה"ז - ה"ח) וז"ל כבר ביארנו שכל תנאין שיש במתנות או במקח וממכר צריך שיהיה תנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה ויהיה תנאי שאפשר לקיימו, ואם חסר אחד מאלו התנאין בטל וכאילו אין שם תנאי. וכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואינו צריך לכפול התנאי. כך הורו מקצת הגאונים ולזה דעתי נוטה. ורבותי הורו שאין צריך לכפול התנאי ולהקדים הן ללאו אלא בגיטין ובקידושין בלבד ואין לדבר זה ראיה עכ"ל. והשיג הראב"ד וז"ל אע"פ שאין ראיה לדבר זכר לדבר דטעם גדול יש לדבר ואיך יתכן דזה מוכר קרקע או נותנו לו או מוכר אא"כ יעשה לי כך וכך ונוציא אותה מידו ולא עשה בו מה שהתנה עליו, אבל בגיטין וקידושין אומדן דעתה הוא מכיון שנתן דעתו לגרש או לקדש אינו אלא כמפליג בדברים וקירוב הדעת וריחוק הדעת אין תנאי מועיל בו לרחק או לקרב אא"כ חזקו בכפילו ובכל הענינים שנתפרשו בו כי כולם חיזוק התנאי הם וכו' עכ"ל. ונראה דהרמב"ם והראב"ד פליגי בדיני ממונות דלפי הראב"ד גם בלי חלות דין משפטי התנאים גופא של הדעת מקנה מותנה בקיום התנאי דבלי קיום התנאי ליכא דעת מקנה כלל. ואילו להרמב"ם עצם דעת המקנה ישנה גם

בלי קיום התנאי ודוקא מחמת חלות שם תנאי מותנה חלות המעשה בקיום ובביטול התנאי. ואילו בגיטין וקידושין הראב"ד מסכים לשיטת הרמב"ם דעיקר הדעת לקדש או לגרש אינו תלוי בקיום התנאי, דבכל אופן ואף אם נתבטל התנאי יש דעת לקדש ולגרש, אלא שחלות דין תנאי חל לקיים או לבטל את המעשה, ולכן צריך להתנות את התנאי כפי משפטי התנאים, דבלי משפטי התנאים ליכא חלות שם תנאי. אך נראה דכ"ז נכון בשאר משפטי התנאים, אך בדין תנאי שאי אפשר לקיימו גם הראב"ד מסכים להרמב"ם דבכל אופן התנאי בטל והמעשה קיים ואף בדיני ממונות, דאינו אלא כמפליג בדברים, והתנאי אינו שייך לעיקר דעת הגברא להקנות כי התנאי הוא דברי הבל ושטות. אמנם לפי"ז צ"ע בשיטת רבנן דס"ל דתנאי שא"א לקיימו הוי תנאי לבטל את המעשה, וצ"ע דלכאורה אינו אלא כמפליג בדברים ואינו תנאי כלל. וי"ל דס"ל דכמו שבגיטין וקידושין אם התנה כמשפטי התנאים התנאי קיים ואע"פ שמפליג בדבריו דה"ה בתנאי שא"א לקיימו דאע"פ שהוא מפליג בדברים טפי מ"מ אם התנה את התנאי כפי משפטי התנאים התנאי חל כדי לקיים או לבטל את המעשה.

סליק פרק השוכר את הפועלים

משנה. השואל את הפרה ושאל בעליה עמה וכו' שאל הבעלים או שכרן ואחר כך שאל את הפרה ומתה פטור שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם.

בדין בעליו עמו לא ישלם

יש להסתפק בביאור ההלכה שבמשנה, האם נאמרה הלכה אחת - דאם היו בעליו עמו במלאכתו בשעת השאלה אזי השומר פטור, ולא שנא אי נתחייבו הבעלים למלאכה בשעת מסירת הפרה לשאלה או שנתחייבו למלאכה לפני השאלה, מ"מ אי חלה התחייבות הבעלים בשעת השאלה חל פטור דבעליו עמו. או"ד דקתני במשנה שתי הלכות נפרדות: א) דין פטור דבעליו עמו היכא דחלה התחייבות הבעלים בשעת השאלה - דהיינו היכא שחלה השאלה והתחייבות הבעלים למלאכה בבת אחת, ב) דין פטור דבעליו עמו היכא שהתחילו הבעלים במלאכה לשואל לפני חלות השאלה, דמכיון דהבעלים היו עמו במלאכתו בשעת השאלה חל פטור דבעליו עמו, והן ב' דינים נפרדים. ועיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שאלה ופקדון ה"א) וז"ל השואל בבעלים אפילו נגנב או אבד בפשיעה פטור שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם. ובלבד שישאל הבעלים תחילה עם החפץ. ואחד השואל את הבעלים או ששכרן ואחד ששואל את הבעלים לאותה המלאכה או ששאלן ושכרן למלאכה אחרת וכו' אפילו אמר לחבירו השקיני מים ושאל ממנו בהמתו והשקהו ונתן לו את הבהמה הרי זו שאלה בבעלים ופטור. משך את הבהמה

בתחלה ואח"כ השקהו אינה שאלה בבעלים וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. ולכאורה מלשון הרמב"ם משמע קצת דיש שני דיני פטור בדין שמירה בבעלים: א) דין בעליו עמו כשחלה התחייבות הבעלים במלאכה בב"א אם שאילת החפץ, וכמש"כ "ובלבד שישאל הבעלים תחילה עם החפץ". ב) דין פטור בפ"ע דבעליו עמו במלאכתו כשהתחילו במלאכה ואח"כ חלה השאלה וכמש"כ "אפילו אמר לחבירו השקיני מים וכו' והשקהו ונתן לו את הבהמה ה"ז שאלה בבעלים", ומלשון הרמב"ם משמע דמיירי אף בגוונא דהשקהו מים ולאחר שגמר להשקותו מים נתן לו בהמתו בשאלה ואעפ"כ פטור משום דחלה מלאכת הבעלים קודם לשאלה. אמנם יעויין בלשון השו"ע (חו"מ סימן שמ"ו סעיף א') שכתב המחבר "והשאיל לו פרתו בעוד שהוא משקהו", דמשמע שצריך שהבעלים יהא עסוק במלאכה בשעת השאלה בכדי שיחול הפטור דבעליו עמו, ולכאורה צ"ל כן אף בדעת הרמב"ם. ולפי"ז נמצא דישנן שתי דינים בפטור דשמירה בבעלים: א) דין פטור היכא שנתחייבו הבעלים במלאכה בבת אחת עם משיכת החפץ, ב) דין פטור דעמו במלאכתו שחל היכא שהבעלים עוסקים במלאכה לשואל ואח"כ שאל את החפץ.

והנה עיין בגמ' (דף צד:) "פרה במשיכה ובעלים באמירה", דמבואר דחל הדין דבעליו עמו בשעת משיכת הפרה לשאלה, ולכאורה צ"ע בזה דהרי רוב הראשונים ס"ל דא"צ משיכה בכדי להתחייב באונסים (עיין בתוס' דף צט. ד"ה כך וברא"ש סימן ט"ו וברמ"א חו"מ סימן ש"מ סעיף ד'), דס"ל דחלה אחריות דשמירה משעת סילוק הבעלים בשעה שאמר השומר "הנך לפני", והא דבעינן משיכה היינו רק בכדי שלא יוכלו הבעלים לחזור בהם, וא"כ צ"ע מדוע אינו חל הפטור דבעליו עמו בשעת חלות האחריות של השואל דהיינו משעת סילוק הבעלים (כשאמר השומר הנך לפני), ומדוע תלוי הפטור דבעליו עמו בשעת משיכה.

ונראה דחלות דין פטור דבעליו עמו תלוי בקנין השואל לשאלה ובחלות קניני שאלה ולא בחלות חיוב אחריות דשאלה גרידא. והטעם בזה הוא משום דצריך שיחול צירוף בין התחייבות הבעלים למלאכתם ושאלת הפרה, דאם חל מעשה אחד של שאלת הבעלים והפרה בב"א אזי חלה הפקעה בעצם המחייב של חובת שמירה. וע"י המסירה של הפרה מהבעלים ומשיכת השומר חלין בב"א דעת מקנה של התחייבות הבעלים למלאכה ביחד עם דעת מקנה שלהן להשאיל את בהמתן - וחל צירוף בין התחייבות הבעלים למלאכה וחלות שאלת הפרה - וחלה הפקעה בעצם המחייב דשאלה מדין בעליו עמו, משום דחשיב חד מעשה דשאלת הבעלים והפרה ביחד - דבשעת מסירת הפרה התחייבו הבעלים נמי למלאכה. אולם חלות קבלת אחריות דאונסים דחלה כשאמר השואל "הנך

לפני" חלה ממילא ע"י סילוק הבעלים ואינו מצטרף לשאלת הבעלים למלאכה דליכא מעשה אחד לצרפם, ומשו"ה דין בעליו עמו תלוי בשעת משיכה ולא בשעת סילוק הבעלים דרק ע"י מסירת הבעלים בשעת משיכה חל מעשה אחד של שאלת הבעלים והפרה בב"א וחלה הפקעה מחיובי שמירה. אולם נראה דכ"ז נכון לגבי הדין דבעליו עמו שחל בב"א עם שאלת החפץ, דהפטור חל מחמת התחייבות הבעלים למלאכה בבת אחת עם השאלה, דכשחלה התחייבות הבעלים במלאכה בב"א עם שאלת הפרה אזי פקע המחייב דשמירה. משא"כ לענין הדין דעמו במלאכתו - דהיינו שאם הבעלים היו עסוקים במלאכה בשעת השאלה אזי השומר פטור מלשלם, י"ל דדין זה תלוי בקבלת אחריות בלבד, דאין הפטור חל מחמת התחייבות הבעלים ביחד עם השאלה, דהרי הבעלים נתחייבו לעשות מלאכה לפני שעת השאלה ויסוד הפטור חל משום שהיו הבעלים עסוקים עמו במלאכה בפועל, ולפי"ז יתכן דאף אם היו עסוקים במלאכה בשעת סילוק הבעלים כשאמר השואל "הנך לפני" דהוי שעת חלות חיוב אחריות נמי חל דין פטור דעמו במלאכתו[667].

והנה עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ג) שפסק דשומר שפשע בקרקעות חייב מדין מזיק, וז"ל יראה לי שאם פשע השומר וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן וכו' אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין וכו' עכ"ל. והקשה עליו הראב"ד (שם) דאי פושע מזיק הוא צ"ע מדוע פשיעה בבעלים פטור (וכדפסק הרמב"ם בפ"א מהל' שכירות ה"ג). ותירץ מרן הגר"ח זצ"ל דחלוק הדין של עבדים שטרות וקרקעות מהדין דבעליו עמו, דבעצם חל דין שמירה בעבדים, שטרות, וקרקעות אלא דחל בעבדים שטרות וקרקעות דין פטור מתשלומין. ומשו"ה קיי"ל דפשיעה בקרקעות מחייבת את השומר, דתשלומי הפשיעה אינם תשלומי שומר שחלין מדין אחריות שמירה בעלמא, אלא דהוי חלות חיוב תשלומין מדין מזיק, ואע"פ שבקרקע שומר פטור מתשלומים מדין שמירה מ"מ חייב לשלם תשלומין שחלין מדין תשלומי מזיק. משא"כ הפטור דבעליו עמו מהווה חלות הפקעת דין שמירה - דלא חלה חלות חיוב שמירה היכא דבעליו עמו. ומשו"ה קיי"ל דבעינן שהבעלים יהיו עמו במלאכה דוקא בשעת התחלת השאלה וליכא פטור דבעליו עמו אם היו הבעלים עמו במלאכה רק בשעת אונסים (וכדמבואר בגמ' דף צו. "אי לאו שאלה שבורה ומתה במאי

[667] דאם מתה הפרה לפני המשיכה השומר פטור מלשלם מכיון שחל פטור דעמו במלאכתו משעת סילוק הבעלים, ויל"ע בזה.

עביד"), דמכיון דיסוד הפטור דבעליו עמו מהווה הפקעת חלות שמירה בעינן שיהיו הבעלים עמו במלאכה בשעת השאלה דאזי פקע כל המחייב דשמירה מעיקרא ולא חל דין שמירה על השואל כלל. משא"כ אי היה הפטור דבעליו עמו רק חלות פטור מתשלומין מסתבר דאף אם היו עמו בשעת אונסים היה חל דין פטור תשלומין. ומוכח דהפטור דשמירה בבעלים מהווה חלות דין הפקעה דפקע מהשומר חלות דין שמירה ואינו חלות דין פטור תשלומין בעלמא[668]. ולפי"ז אמר הגר"ח זצ"ל דיש ליישב את קושיית הראב"ד דאע"פ דקיי"ל דפושע כמזיק הוא מ"מ פשיעה בבעלים פטור, משום דיסוד הדין דפושע כמזיק הוי דין מסוים בשומר, דבעלמא פשיעה אינה מחייבת מדין מזיק דלא הויא אלא גרמא בעלמא ואינה היזק בידיים, אלא דנתחדש דין מיוחד בשומר דפשיעה מחייבת שומר מדין מזיק, וחלות דין פושע כמזיק תלוי בחלות שם ודין שומר. ויסוד הדין דפשיעה בבעלים פטור הוא משום דבבעליו עמו חל הפקעה בחלות שם שומר, ומשו"ה אינו מתחייב מדין פשיעה כמזיק[669]. אמנם לפי"ז י"ל דאי השומר פשע בקרקע הריהו חייב לשלם, דמכיון דחלה חלות דין שמירה בקרקע והפטור דשמירה בקרקע לא הוי אלא חלות פטור מתשלומי שמירה בעלמא י"ל דכשפשע השומר בקרקע חייב הוא לשלם מדין תשלומי מזיק לשלם אף בקרקעות. והגר"ח זצ"ל הוסיף דלפי"ז י"ל דתהא עוד נפ"מ בין דין פטור דשמירה בבעלים לדין פטור דקרקעות, דבשמירה בבעלים חל הפטור רק היכא שהיו הבעלים במלאכה בשעת משיכת השומר (וכדמבואר ברמב"ם פ"א מהל' שכירות ה"ג), משום דחלה מדין הפקעת שמירה מעיקרא. משא"כ דין קרקע דהוי חלות פטור תשלומין בעלמא י"ל דתלוי בשעת אונסים בלבד, ואם מסרו בעלים קרקע לשומר ואח"כ נעשה תלוש, ומשנתלש נאבד י"ל דהשומר יתחייב בתשלומין, דחיוב התשלומין חל בשעת האבידה ובאותה שעה היתה תלושה.[670]

[668] ועיין בקצה"ח (סימן רצ"א ס"ק י"ח) ובנתיבות המשפט (סימן רצ"א ס"ק ל"ד, ובסימן ש"א ס"ק א') דנקטו דפטור דבעליו עמו מהווה חלות פטור תשלומין ואינה הפקעת שמירה ודלא כדברי הגר"ח זצ"ל. והקצות נקט דשומר דבעליו עמו חייב לישבע שבועת השומרים, ולכאורה לפי"ד הגר"ח זצ"ל י"ל דאינו נשבע שבועת השומרים. ועיין לקמן בשיעורים לדף צה. בענין פשיעה בבעלים שדן רבנו זצ"ל באריכות בדברי מרן הגר"ח זצ"ל. ועיין בס' שיעורי רבנו חיים הלוי (ב"מ דף צה. ד"ה איתמר פשיעה בבעלים).

[669] עיין לקמן בשיעורים (דף צה.) בענין פשיעה בבעלים, ובשיעורי רבנו חיים הלוי ד"ה איתמר פשיעה בבעלים, ובס' ברכת שמואל עמ"ס ב"מ סימן מ"ז אות ג'.

[670] ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ח"ב עמ' עב - ע"ג. והנה בנוגע להקדש פסק הרמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ה) וז"ל הפקיד הקדש ואח"כ פדהו והרי הוא חולין בעת שנטלו מיד השומר או שהשאילו חולין ואח"כ הקדיש והוא ביד השואל וכן עכו"ם שהפקיד ואח"כ נתגייר כל אלו אין בהן כל דיני השומרין עד שתהא תחילתן וסופן נכסי הדיוט ונכסי ישראל עכ"ל. ומבואר דחל פטור שמירה בהקדש היכא דהוי הקדש בשעת מסירה לשואל אע"פ שבשעת אונסים הוי חולין. ואמר הגר"ח זצ"ל דמשמע איפוא דהפטור דהקדש חל מדין הפקעת שמירה דתלויה היא בשעת המסירה לשמירה, ודומה לדין בעליו עמו דהוי הפקעת שמירה מעיקרא. ולפי"ז י"ל אע"פ

אולם יש להעיר על דברי הגר"ח זצ"ל דבגמ' (דף מא:) איתא דשליחות יד בבעלים חייב ועל כרחך דאע"פ דבעליו עמו חל ביה חלות דין שומר ומשו"ה חייב על שליחות יד, ולכאורה מוכח דחל חלות שמירה ובעליו עמו אינו אלא פטור תשלומין[671]. ונראה דאף לדברי הגר"ח זצ"ל דבבעלים מהווה חלות הפקעת שמירה לא התכוון הגר"ח זצ"ל לומר דבבעליו עמו לא חל בשומר חלות שם שומר וליכא דין שמירה כלל, אלא ר"ל דחל הפקעה בהמחייב של שמירה - דבבעליו עמו פקע המחייב דחיובי שומר, משא"כ בשליחות יד דחל החיוב מדין גזילה קיי"ל דהשומר חייב בבעליו עמו דאע"פ שהיו בעליו עמו וחלה הפקעה מהמחייב דחיובי שומר מ"מ חל חיוב דשליחות יד משום דהוי חיוב מדין גזילה[672].

ולפימש"נ דיש ב' דינים דבעליו עמו: א) דין בעליו עמו דשאלה כשחלה התחייבות השאלה והבעלים בב"א, ב) דין בעליו עמו במלאכה שחל היכא שהתחילו הבעלים במלאכה ואח"כ שאל את החפץ, יתכן לומר דחלוקים הם ביסוד דינם, דכשנתחייבו הבעלים במלאכה בשעת השאלה אזי חלה הפקעה בעיקר דין שמירה דלא חל על השומר חיובי שמירה, משא"כ הדין דבעליו עמו במלאכה שהתחילו הבעלים במלאכה קודם לשאלה ואח"כ שאל את החפץ דלא הוי אלא חלות פטור תשלומין בעלמא. ולפי"ז י"ל דהיכא שהתחילו הבעלים במלאכה לפני השאלה אזי אם פשע השומר הריהו חייב לשלם, דפושע כמזיק וחייב בתשלומין מדין מזיק, ואע"פ דהוי פשיעה בבעלים. דבכה"ג חל דין בבעלים רק מדין פטור תשלומין, ואינו פוטר מתשלומין שחלין מדין תשלומי מזיק.

והנה עיין בגמ' (דף צד:) דאיתא "ובעלים באמירה", ופרש"י וז"ל משאמר לו הרי פרתי ואני נשאלין לך הוי גופו שאול לו ופרה אכתי מיחסרא משיכה וכו' עכ"ל, ומשמע דהתחייבות הבעלים במלאכה אינו תלוי בדין התחייבות של פועלים בעלמא דהתחייבות פועלים בעלמא למלאכה חלה רק בהתחלת מלאכה, ואילו לרש"י התחייבות דבבעלים חלה באמירה בלבד. אמנם עיין בשיטמ"ק (צד ב ד"ה עמה) שכתב בשם הראב"ד וז"ל האי אמירה לאו אמירה בלחוד היא דהא בעיא התחלה במלאכה או בהליכה למלאכה אלא כיון שאמר לו השאילני פרתך ותשאל לי עמה כיון שהתחיל ללכת עם פרתו אע"פ שעדיין לא יצא מביתו כבר התחיל בשאלתו. אי נמי הא דבעינן

דהרמב"ם סובר דשומר שפשע בקרקע חייב מ"מ פשיעה בהקדש פטור, דהקדש מופקע מחלות שמירה, משא"כ דין קרקע הוי פטור תשלומין גרידא, עכ"ד הגר"ח זצ"ל.

[671] ועיין בקצה"ח סימן שמ"ו ס"ק א' ובנתיבות סימן רצ"א ס"ק ל"ד.

[672] ויש לעיין האם שומר שבעליו עמו נשבע שבועה שלא שלח בו יד או לא.

התחילו או הלכו ה"מ לאחיובי ממונא אבל תרעומת מיהא אית להו משום דשלא כדין עבדי, אלמא כל היכא דלא הדרי בהו באמירה בעלמא שאולין נינהו וכו' עכ"ל. ונראה לבאר דבתירוץ השני ס"ל להראב"ד דגם בפועלים חלה התחייבות פועלים באמירה לענין דין תרעומת, וס"ל דדין תרעומת הויא דין ממון ואינו חלות דין איסור בלבד. ומבואר מדברי הראב"ד (בתירוץ השני) דדין בעליו עמו חל באמירה ואינה תלויה בהתחייבות פועלים למלאכה דעלמא דחלה בהתחלת המלאכה. משא"כ לפי התירוץ הראשון בראב"ד דין בעליו עמו תלוי בהתחלת המלאכה דהוי קנין פעולה ואינו חל באמירה בעלמא. אמנם עכ"פ לפי ב' הפירושים שבראב"ד א"צ התעסקות ממש במלאכה להחיל דין בעליו עמו אלא רק התחייבות בלבד - דעמו במלאכתו חל או ע"י התחייבות דהתחלת המלאכה (התירוץ הראשון) או ע"י התחייבות דאמירה (התירוץ השני). אולם יעויין בתוס' (דף צד. ד"ה פרה) וז"ל וי"ל דלאו דוקא בעידן עבדתייהו אלא בשעת הליכתן או אפילו מזמנים עצמן ללילך ולעשות חשיב בעידן עבדתייהו אבל ודאי משעת אמירה של קודם פסק מלאכה לא חשוב שאלה בבעלים וכו' עכ"ל. ונראה דהתוס' חולקים על שיטת רש"י והראב"ד וס"ל דדין בבעלים אינו חל בהתחייבות הבעלים למלאכה אלא דבעינן התעסקות במלאכה והזמנה למלאכה חשיבא כהתעסקות במלאכה ממש. ובביאור פלוגתתם י"ל דרש"י והראב"ד ותוס' נחלקו האם במשנה יש רק הלכה אחת - דהיכא דבעליו עמו במלאכה חל פטור דבעליו עמו דאזי יסוד הפטור תלוי בהתעסקות במלאכה ממש (וכדס"ל להתוס'), או"ד דבאמת יש שני דינים במשנה: א) דין בעליו עמו שחל בהתחייבות הבעלים במלאכה בב"א עם חלות השאלה, ב) דין בעליו עמו במלאכתו - שחל היכא דהתעסקו הבעלים במלאכה לפני שחלה שאלת הפרה. ונראה דדין בעליו עמו שחל בב"א עם שאלת החפץ חלוק מדין בעליו עמו היכא שנשאלו הבעלים לפני שאלת החפץ, דדין בעליו עמו שחל בב"א עם השאלה תלויה בהתחייבות הבעלים למלאכה, דבעינן צירוף בין התחייבות הבעלים ושאלת החפץ, דעי"ז שחלה התחייבות הבעלים והשאלה בב"א פקע מהשומר דיני שמירה. ואזי י"ל שדין בעליו עמו חל בהתחייבות הבעלים למלאכה ולא בהתעסקות הבעלים ממש במלאכה וכשיטת רש"י והראב"ד. משא"כ דין בעליו עמו במלאכה תלוי בהתעסקות הבעלים במלאכה ממש.

אמנם באמת צ"ע בשיטת רש"י אי ס"ל דדין בעליו עמו תלוי בהתחייבות למלאכה או בהתעסקות במלאכה ממש, דהנה עיין ברש"י לקמן (דף צז. ד"ה כשאלה בבעלים דמו) וז"ל אם משהיה זה במלאכתו שאל הימנה בהמה באותה שעה ומתה פטור עכ"ל.

ומשמע דחל הפטור דבעליו עמו רק כשהבעלים עוסקים במלאכה ממש בשעת השאלה ואין הפטור חל בהתחייבות למלאכה בלבד. ומאידך עיין ברש"י לעיל (דף פא. ד"ה איגלאי מילתא) וז"ל ולא היה במלאכתן שעדיין לא התחיל לאפות ונמצא שבשעה שנעשו הן שומרין לא מסר עצמו להיות מלאכתן עליו אבל אם נתעסק מיד לאפות ולאחר שאפה שתא שכרא ובאותה שעה אבדה טליתו פשיעה בבעלים נמי הויא הואיל וכשנעשו שומרין היו במלאכתן עכ"ל. וממש"כ "ולא היה במלאכתן שעדיין לא התחיל לאפות וכו' ונמצא שבשעה שנעשו הן שומרין לא מסר עצמו להיות מלאכתן עליו", משמע קצת דס"ל דחל דין בבעלים ע"י התחייבות לעשות מלאכה ולא בעינן שיעסוק ממש במלאכה (ודלא כדנקטו התוס' בדף צד. ד"ה פרה בהך סוגיא). וכן משמע נמי מרש"י (דף צד. ד"ה בעלים באמירה) וז"ל משאמר לו הרי פרתי ואני נשאלין לך הוי גופו שאול עכ"ל. ולפי"ז צ"ע מ"ט נקט רש"י בשתלא דמתא דדין בבעלים תלוי בהתעסקות ממש במלאכה ומדוע ליכא דין בבעלים בשתלא דמתא גם שלא בעידן עבדתייהו מחמת שחלה התחייבות הבעלים למלאכה.

וי"ל דהיכא דחלה התחייבות כללית לעשות מלאכה לכל בני העיר אזי לא חל דין בבעלים אא"כ הריהו עוסק במלאכה ממש עבור השואל עצמו. דהתחייבות לציבור אינה התחייבות גמורה לעבודה משום דלגבי כל יחיד ויחיד יכול הבעלים לטעון שהוא יעבוד עבור אדם אחר ואינו משעובד לו לעבודה, ומשו"ה לא הוי שאלה בבעלים אא"כ הבעלים עוסק ממש במלאכת השואל. א"נ י"ל דרש"י סובר דדין בבעלים דהתחייבות חל רק כשהתחייב בשעת השאלה ואילו הכא חלה ההתחייבות לפני השאלה ומשום הכי מוקמינן לה דמיירי שהיו עוסקים ממש במלאכה בשעת השאלה דאזי חל פטור בבעלים אע"פ שהתחייבו למלאכה לפני השאלה. ולפי"ז יוצא דרש"י חולק על תוס' דסברי דדין בעליו עמו חל רק בהתעסקות במלאכה ולא בהתחייבות גרידא. דלרש"י לפעמים חל דין בבעלים בהתחייבות ולפעמים חל בהתעסקות, וי"ל עוד בשיטתו, וצ"ע.[673]

תוס' ד"ה פרה

א.

האם דין בעליו עמו תלוי בהתעסקות במלאכה או בהתחייבות למלאכה

[673] עיין בחו"מ (שמו: ג) דפסק המחבר וז"ל השאיל לו בהמתו או השכירה לו למשוי והלך עמה לסעדה ולהטעינה הוי שאלה בבעלים אע"פ שמעצמו נשאל לו עכ"ל. והשיג הרמ"א וז"ל ודלא כיש חולקין בזה עכ"ל. וכוונתו לשיטת המרדכי שהובא בב"י (סימן שמ"ו) וז"ל דאין נקרא עמו במלאכתו אלא דשואל בקש מהמשאיל עשה לי דבר פלוני אבל אם עשה מעצמו אין זה עמו במלאכתו עכ"ל. וי"ל דפליגי בזה דהמחבר סובר דהתעסקות בלי התחייבות נמי הויא בבעלים ואילו הרמ"א והמרדכי ס"ל דרק התחייבות הויא בבעלים, אך התעסקות לבדה אינה מהווה בבעלים. ומשו"ה צריך להתחייב לבקשת השואל דאל"ה לא הוי בעליו עמו.

יש לעיין בדין בעליו עמו במלאכתו האם הוא תלוי בהתעסקות הבעלים ממש במלאכה בשעת השאלה או דחל פטור בעליו עמו בהתחייבות בעלמא למלאכה בשעת השאלה - ואפילו בלי התעסקות במלאכה. והנה כתבו התוס' (ד"ה פרה) וז"ל דלא דוקא בעידן עבדתייהו אלא בשעת הליכתן או אפילו מזמנים עצמן לילך ולעשות חשוב בעידן עבדתייהו, אבל ודאי משעת אמירה של קודם פסק מלאכה לא חשוב שאלה בבעלים כדאמרינן בס"פ האומנין (פא.) לסוף איגלאי מילתא דההיא שעתא שכרה הוי שתי ולא הוי פשיעה בבעלים עכ"ל. ונראה דתוס' ס"ל דרק התעסקות במלאכה פוטרת ולא התחייבות למלאכה בעלמא, ומשו"ה ס"ל דחל פטור בעליו עמו אם התחילו הבעלים לזמן את עצמן למלאכה או שהתחילו ללכת למלאכתן, דעי"ז נחשב שהבעלים מתעסקים במלאכה - וע"י ההתעסקות במלאכה חל פטור דבעליו עמו. והתוס' הוכיחו שיטתם מהגמ' (לקמן צז א) "מקרי דרדקי שתלא טבחא ואומנא ספר מתא כולהו בעידן עבדתייהו כשאלה בבעלים דמו" דמשמע דחל פטור ע"י התעסקות במלאכה ממש. וכן הביאו ראייה מהגמ' (לעיל פא א) "הנהו אהלויי דכל יומא הוי אפי לה חד מינייהו, ההוא יומא אמרו ליה לחד מינייהו זיל אפי לן, אמר להו נטרי לי גילמאי אדאתא פשעו בה ואגנוב, אתו לקמיה דרב פפא חייבינהו, אמרו ליה רבנן לרב פפא אמאי פשיעה בבעלים היא וכו', לסוף איגלאי מילתא דההוא שעתה שכרא הוי קא שתי", ופרש"י בד"ה איגלאי מילתא וז"ל ולא היה במלאכתן שעדיין לא התחיל לאפות ונמצא שבשעה שנעשו הן שומרין לא מסר עצמו להיות מלאכתן עליו, אבל אם נתעסק מיד ואפה ולאחר שאפה שתי שכרא ובאותה שעה אבדה טליתו פשיעה בבעלים נמי הויא הואיל וכשנעשו שומרין היה במלאכתן וכו' עכ"ל. ומבואר מהגמ' דמאחר שלא היה עוסק במלאכה בשעת התחלת השמירה דליכא פטור דבעליו עמו, ומוכח דדין בעליו עמו תלוי בהתעסקות במלאכה ולא בהתחייבות למלאכה גרידא.

והנה בדין שתלא וטבחא דמתא נחלקו רש"י ושאר הראשונים, דרש"י (לקמן צז. בד"ה כשאלה) נקט דמיירי שהטבח עסוק במלאכת השואל עצמו, שכתב וז"ל אם משהיה זה במלאכתו שאל הימנה בהמה באותה שעה ומתה פטור עכ"ל, ומשמע דרש"י סובר דהתחייבות בעלמא למלאכה לא סגי לשוויה בעליו עמו. ועיין בשיטמ"ק (ד"ה האי שתלא) וז"ל כולהו בעידן עבידתא שאלה בבעלים הוו והשואל מהן פטור מלשלם, והטעם מפני שכל אלו נוטלין שכרן מבני העיר כאחת והרי הן במלאכה אצל כל בני העיר ואפילו כשעושין מלאכה לאחד מהן כאילו עושין לכולן כי לכולן הן נשכרין וכו' עכ"ל. ונ"ל דהשיטמ"ק נמי סובר דיסוד הפטור דבעליו עמו חל מחמת שמתעסק במלאכה ולא

מחמת ההתחייבות למלאכה, ואפילו הכי סובר דאע"פ שעוסק במלאכה רק לא' מבני העיר חל פטור בעליו עמו לכל בני העיר, דמכיון שבני העיר משלמין לו שכרו עפ"י דין נחשב כאילו עוסק במלאכה לכל בני העיר.[674]

אמנם עיין ברא"ש (סימן ו') וז"ל ובעידן עבדתייהו פירש הראב"ד ז"ל בזמן הראוי למלאכה קאמר ואע"פ שאין עוסק בה, לפי שאין רשאי להשמט מן המלאכה ההוא. ר"ל כיון שהוא שכור לכל בני העיר למלאכה זו בכל עת שהם צריכים לו בכל עת ובכל שעה הויא שאלה בבעלים לכל בני העיר כיון שאם יצטרך לו מחוייב לעשות מלאכתו עכ"ל. ונראה דלפי הראב"ד הפטור דבעליו עמו חל מחמת ההתחייבות למלאכה וא"צ התעסקות במלאכה כלל, ומשו"ה חל פטור בעליו עמו לכל בני העיר מאחר שחלה התחייבות לכל בני העיר לעשות מלאכה אם יצטרכו לו. ועיין בפלפולא חריפתא (אות כ') שחילק בין אמירה בעלמא דאינה מחילה חלות דין בעליו עמו לבין טבחא דמתא דחל דין בעליו עמו מחמת ההתחייבות למלאכה אף בלי התעסקות במלאכה ממש. ונל"ב דבאמירה בעלמא ליכא התחייבות גמורה דהרי יכול לחזור בו, ולכן ליכא חלות בעליו עמו באמירה גרידא. משא"כ בטבחא דמתה דהוי שכיר ומחוייב בחיוב גמור לעבוד עבור בני העיר חל בו דין בעליו עמו אף בלי התעסקות.[675]

ועיין בשיטמ"ק (דף צד: ד"ה עמה ממש מי משכחת לה פרה במשיכה ובעלים באמירה) שכתב בשם הראב"ד וז"ל האי אמירה לאו אמירה בלחוד היא דהא בעיא התחלה במלאכה או בהליכה למלאכה, אלא כיון שאמר לו השאילני פרתך ותשאל לי עמה כיון שהתחיל ללכת עם פרתו אע"פ שעדיין לא יצא מביתו כבר התחיל בשאלתו. אי נמי הא דבעינן התחילו או הלכו הני מילי לאחיובי ממונא אבל תרעומת מיהא אית להו משום דשלא כדין עבדי. אלמא כל היכא דלא הדרי בהו באמירה בעלמא שאולין נינהו, אבל הפרה אינה נשאלת עד שתצא מרשותו לסימטא ואז היא נקנית לו במשיכה לימי שאלתה ולהתחייב באונסיה ובמזונותיה. ואע"פ שבעל הפרה יכול לחזור בו משאלת גופו שאפילו בחצי היום יכול לחזור בו מכל מקום כל זמן שלא חזר בו אם מתעסק בשמשו עם פרתו נשאל הוי עכ"ל. ונראה דבתירוץ הראשון נקט הראב"ד דהפטור דבעליו עמו תלוי בהתעסקות ממש במלאכה אלא דס"ל דמשהתחיל ללכת למלאכה חשיב

[674] ועיין לעיל בשיעורים ד"ה השואל וכו' מש"כ בשיטת רש"י.

[675] ואע"פ שאף טבחא דמתא יכול לחזור בו מ"מ אם חוזר בו הריהו חייב לשלם וידו על התחתונה, משא"כ באמירה בעלמא אם הפועל חוזר בו פטור מלשלם ואין עליו אלא תרעומת.

כאילו התחיל במלאכה וכשיטת התוס'[676]. ואילו בתירוץ השני נקט הראב"ד דדין בעליו עמו חל באמירה דחלה התחייבות באמירה מדין תרעומת (וכדמבואר בגמ' לעיל עו ב). ומבואר מדברי הראב"ד דדין תרעומת אינה טענה בעלמא אלא דחל מחמת תרעומת חיוב ממון, ומכיון שחל התחייבות ממון משו"ה חל נמי דין בעליו עמו.

אמנם יש לעיין בדברי הראב"ד דמה הסברא לחלק בין קנין הפרה לשאלה שאינה חלה אלא במשיכה לבין שאלת הבעלים לפעולה שאמירה מחייבת. ונל"ב דאמירה מחילה חלות התחייבות ממון אולם האמירה רק מחילה התחייבות לענין חיוב פעולה דבאמירה חלה התחייבות לעבוד, משא"כ בקנין פרה דבעינן שיחול חלות קנין בגוף הפרה אין הקנין חל אלא במשיכה, דלא שייך התחייבות להקנות חפצא שהוא בעין דבעינן קנין ממש, ואמירה אינה קנין[677]. משא"כ לגבי שעבוד פועל לעבודה חלה התחייבות באמירה בלבד. ועוד י"ל דאפילו אם בעלמא שייך להחיל חלות התחייבות להקנות חפצא שבעין באמירה בלבד היינו היכא שחל קנין גמור בחפץ, אך שאלה מהוה נמי חלות דין שמירה, וחלות שמירה לא חל אא"כ החפץ נמצא ברשות השומר, דאי אפשר להתחייב להיות שומר, ולכן אמירה אינה מועילה ואין השאלה חלה עד שימסר את הפרה לרשות השואל, ולכן בעינן משיכה.

והנה בסוף דבריו כתב הראב"ד וז"ל ואע"פ שבעל הפרה יכול לחזור בו משאלת גופו שאפילו בחצי היום יכול לחזור בו מכל מקום כל זמן שלא חזר בו אם מתעסק בשמשו עם פרתו נשאל הוי עכ"ל. ודבריו צ"ב דממש"כ "אם מתעסק בשמשו עם פרתו נשאל הוי" משמע דס"ל דהפטור דבעליו עמו תלוי בהתעסקות ממש, ואילו מדבריו לעיל משמע דס"ל דחל הפטור דבעליו עמו בהתחייבות למלאכה. ונ"ל דהראב"ד סובר דדין בעליו עמו תלוי בהתחייבות למלאכה וגם בהתעסקות במלאכה, דמכיון שיכול לחזור בו מההתחייבות לעשות מלאכה אין ההתחייבות חלה אא"כ עסק לבסוף בפועל במלאכה דשוב אינו יכול לחזור בו ולבטל למפרע אמירתו והתחייבותו לעבוד. ומשו"ה כתב ד"אם מתעסק בשמשו נשאל הוי" דאזי חלה ההתחייבות לגמרי. ולכאורה נפ"מ בזה שאם התחייב למלאכה בקנין סודר דא"א לחזור בו מההתחייבות אזי י"ל דחל דין בעליו עמו מבלי שיתעסק במלאכה מאחר שחל התחייבות גמורה לעבוד[678].

[676] אולם יש לדחות דהראב"ד ס"ל דדין בעליו עמו תלוי בהתחייבות למלאכה אלא דס"ל דבעינן התחייבות גמורה למלאכה דחלה בהליכה למלאכה המהווה קנין התחייבות דפועל.

[677] לכאורה צ"ע בזה מדין דברים יש בהם משום מחוסרי אמנה (לעיל דף מט.) ועיי"ש בשיעורים.

[678] דבקנין סודר חל התחייבות ממון לעבוד דא"א לחזור ממנה בלי לשלם ולכן התחייבות אלימתא כזו מהווה בעליו עמו גם בלי שיעבוד הבעלים בפועל ממש. משא"כ אמירה דאינה אלא התחייבות קלישא לענין תערומת

ב.

שיטת הרמב"ם בדין בבעלים - התחייבות או התעסקות

יש לעיין בשיטת הרמב"ם בדין בעליו עמו האם ס"ל דדין בעליו עמו תלוי בהתחייבות למלאכה או בהתעסקות במלאכה. ועיין ברמב"ם (פ"א מהל' שכירות ה"ג) וז"ל המפקיד אצל חבירו בין בחנם בין בשכר או השאילו או השכירו, אם שאל השומר את הבעלים עם הדבר שלהן או שכרן הרי השומר פטור מכלום, אפילו פשע בדבר ששמר ואבד מחמת הפשיעה הרי זה פטור שנא' אם בעליו עמו לא ישלם וגו', בד"א בששאל הבעלים או שכרן בעת שנטל החפץ אע"פ שאין הבעלים שם עמו בעת הגניבה והאבידה או בעת שנאנס. אבל אם נטל החפץ ונעשה עליו שומר תחלה ואחר שבא לרשותו שכר הבעלים או שאלן אע"פ שהיו הבעלים עומדין שם בעת שנאנס הדבר השמור הרי זה משלם שנא' בעליו אין עמו שלם ישלם, מפי השמועה למדו היה עמו בשעת השאלה אע"פ שאינו בעת הגניבה והמיתה פטור, לא היה עמו בשעת השאלה אע"פ שהיה עמו בעת המיתה או השביה חייב, והוא הדין לשאר השומרים שכולן בבעלים פטורין אפילו פשיעה בבעלים פטור עכ"ל. ומבואר מדברי הרמב"ם דחל דין בבעלים רק היכא ששאל השומר את הבעלים למלאכתו בבת אחת עם התחלת שמירת הפקדון, ואם השומר התחיל לשמור ואח"כ שאל הבעלים למלאכתו השומר חייב וליכא פטור דבעליו עמו. וצ"ע דלכאורה אף אם הבעלים התחייבו לעבוד עבור השואל לפני מסירת הפקדון נמי הוי בעליו עמו, וא"כ צ"ע מדוע הרמב"ם דקדק דהתחייבו הבעלים במלאכה בבת אחת עם מסירת הפקדון לשמירה. ועוד צ"ע דממה שכתב "אם שאל השומר את הבעלים עם הדבר שלהן או שכרן הרי השומר פטור מכלום" משמע קצת דס"ל דהפטור דבבעלים חל רק כשהבעלים עובדים במלאכתם יחד עם הפקדון וכגון שהבעלים מחמר אחר חמורו שהשאיל, וכדעת רב המנונא (צה.) דאמר "לעולם הוא חייב עד שתהא פרה וחורש בה חמור ומחמר אחריה ועד שתהא בעלים משעת שאילה עד שעת שבורה ומתה". ולכאורה הרמב"ם פסק כוותיה במקצת וסובר דבעינן שהבעלים יהיו עוסקים במלאכה עם הדבר השאול. אמנם צ"ע בזה מדברי הרמב"ם (פ"ב מהל' שאלה ופקדון ה"א) שכתב וז"ל השואל בבעלים אפילו נגנב או אבד בפשיעה פטור שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם, ובלבד שישאל הבעלים תחלה או עם החפץ כמו שביארנו. ואחד השואל את הבעלים או שכרן ואחד השואל את הבעלים לאותה המלאכה או ששאלן ושכרן למלאכה אחרת

דיכול לחזור בו לא חשיב בעליו עמו אא"כ עוסק במלאכה בפועל דאזי למפרע הוי בבעלים משעת ההתחייבות למלאכה דהויא התחייבות גמורה.

או לשום דבר בעולם אפילו אמר לחבירו השקני מים ושאל ממנו בהמתו והשקהו ונתן לו את הבהמה הרי זו שאלה בבעלים ופטור וכו' עכ"ל. ומבואר להדיא דאף כשעוסקים הבעלים במלאכה אחרת לפני השאלה חל פטור דבעליו עמו ואינם צריכים להתחייב לעבוד בב"א עם השואל באותה מלאכה, וצ"ע.

ונראה דיסוד שיטת הרמב"ם היא דדין בבעלים חל רק כשהתחייבות הבעלים למלאכה מצטרפת לדעת הבעלים להפקיד פקדונם לשמירה, וכמו שכתב בהל' שכירות "ששאל את הבעלים או שכרן בעת שנטל החפץ", אמנם הרמב"ם סובר דאף כשהתחייבו הבעלים למלאכה לפני מסירת הפקדון חל נמי דין בבעלים - דהוי כאילו התחייבו הבעלים בבת אחת עם מסירת הפקדון לשמירה. והביאור בזה הוא דמאחר שפועל יכול לחזור בו מההתחייבות למלאכה בכל שעה, משו"ה י"ל דכל זמן שהבעלים לא חזרו מהתחייבותם לעבוד הוי כאילו התחייבו עכשיו באותה שעה בהתחייבות חדשה לעבוד בכל רגע ורגע. ולכן בשעת מסירת הפקדון מכיון שהבעלים המשיכו התחייבותם למלאכה ולא חזרו בהם חשיב כאילו ההתחייבות חלה בב"א עם מסירת הפקדון לשמירה, וההתחייבות למלאכה מצטרפת לתחילת חלות השמירה וחל דין בעליו עמו. ולפי"ז י"ל דאילו הבעל היה מתחייב למלאכתו לפני שעת מסירת הפקדון באופן שאינו יכול לחזור בו מההתחייבות לעבוד לא חל דין בבעלים. דלפי הרמב"ם דין בבעלים חל דוקא כשיש צירוף בין דעת ההתחייבות למלאכה ודעת המסירה לשמירה, והתחייבות שאינו יכול לחזור בו אינה מתחדשת בכל רגע ורגע ומשו"ה אינה מצטרפת לדעת המסירה לשמירה, ולא חל דין בעליו עמו בכהאי גוונא. ונפ"מ לשיטות הראשונים (עיין בשיעורים ריש פרק השוכר את האומנים) דס"ל דאם פועל נתחייב במלאכה בקנין סודר אי אפשר לחזור בו מההתחייבות למלאכה, והא דפועל יכול לחזור בו מיירי כשהתחייב ע"י התחלת המלאכה. ולפי"ז י"ל דאם הבעלים נתחייבו למלאכתם בקנין סודר לפני שעת מסירת הפקדון לשמירה דלא יחול דין בבעלים, דאין ההתחייבות למלאכה מצטרפת למסירת הפקדון לשמירה. אמנם הרמב"ם עצמו לא ס"ל כהנך ראשונים וסובר דאף כשהתחייב הפועל למלאכתו בקנין סודר יכול לחזור בו, וא"כ לשיטתו ההתחייבות לפני השאלה חלה בבת אחת עם שעת מסירת הפקדון.[679]

ועיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שאלה ופקדון ה"ב) וז"ל השאיל בהמתו או השכירה למשוי ויצא עמה לסעדה עם השואל או השוכר ולטעון עמו במשאו הרי זה שמירה בבעלים

[679] ואליבא דהרמב"ם פשיטא דעבד עברי אינו בבעלים עם אדוניו דהא בין אם גופו קנוי בקנין הגוף ובין אם חל בו קנין איסור אין צירוף בין חיובי עבד עברי ובין מסירת הפקדון לשמירה (רבינו זצ"ל).

עכ"ל. וצ"ע דמה חידש הרמב"ם בהלכה זו, דכבר פסק דין בעליו עמו בהל' א' שם. ונראה דהרמב"ם מחדש דחל דין בעליו עמו אף כשלא התחייבו הבעלים לעבוד אלא דהבעלים הם מתעסקים באותה מלאכה ממש עם הפקדון משעת המסירה לשומר. ומבואר לפי"ז דלהרמב"ם יש ב' דיני בעליו עמו: א) בהתחייבות למלאכה ואף אם התחייב למלאכה אחרת, ב) בהתעסקות ממש כשעוסק במלאכה אחת עם הדבר הנשאל.

אמנם יש לדקדק בלשון הרמב"ם (בפ"ב הל' שאלה ופקדון ה"א) וז"ל אמר לחבירו השקני מים ושאל ממנו בהמתו והשקהו ונתן לו את הבהמה הרי זו שאלה בבעלים ופטור עכ"ל, וצ"ע ל"ל להשקהו ולמה לא מספיק התחייבותו להשקות לו מים כדי להחיל פטור דבעליו עמו. ומשמע דהרמב"ם סובר דבהתחייבות גרידא בלי התעסקות ממש במלאכה לא חל דין בבעלים. אולם יתכן דהרמב"ם סובר שדין בעליו עמו אינו חל מחמת עצם ההתעסקות, אלא דהתעסקות מהוה שיעור ותנאי בהתחייבות דלאחר שהתעסק במלאכה הויא התחייבות גמורה, ודין בעליו עמו תלוי בהתחייבות גמורה למלאכה.

ועיין (בהל' ג') שם וז"ל מלמד תינוקות והנוטע לבני המדינה והמקיז להם את הדם וכו' ביום שהוא יושב בו לעסוק במלאכתן אם השאיל או השכיר לאחד מאלו שהוא עוסק במלאכתן ה"ז שמירה בבעלים עכ"ל. ויתכן דהרמב"ם סובר דדין בעליו עמו תלוי בהתעסקות וחל פטור בבעלים עבור א' מבני העיר שהפועל עסוק במלאכתו. והרמב"ם אזיל לשיטתו בהשקני מים דמצריך התעסקות ביחד עם התחייבות. ועוד י"ל דהרמב"ם אינו ר"ל דמתעסקים אלא דהשאיל ביום שחייב לעבוד וחל דין בבעלים אף בלי התעסקות, ויוצא דבשתלא דמתה הוי בבעלים לגבי כל א' מבני העיר מכיון דמשועבדים הם למלאכה לכל בני העיר ול"צ התעסקות ממש כדי שיחול הפטור דבעליו עמו. משא"כ בציור דהשקני מים ס"ל להרמב"ם דחל דין בעליו עמו רק ע"י שמשקהו מים דמאחר דליכא בכה"ג התחייבות למלאכה משו"ה ס"ל דרק ע"י התחלת מלאכה חל דין בבעלים.

ועיין בשיטמ"ק (צז א ד"ה נימא) שפירש ה"ר יהונתן דהשקהו מים מאותו כלי שהשאילו. וצ"ע דלכאורה זהו כפי שיטת רב המנונא ולמסקנא לא קיי"ל כוותיה. וי"ל דמיירי שהשקהו מבלי התחייבות למלאכה דאזי ההתעסקות לבדה פוטרת, ומשו"ה בעינן שהשקהו מאותו כלי שהשאיל לו, וכדנתבאר בדעת הרמב"ם. ולפימש"נ לעיל בשיטת הרמב"ם דבעינן שיצטרף דעת ההתחייבות למלאכה עם מסירת הפקדון לשמירה י"ל דבשתלא דמתה חל פטור בבעלים רק כשאחד מבני העיר שאל ממנו והפועל עוסק ממש במלאכה עבורו, דאזי חל הצטרפות בין ההתחייבות למלאכה ובין מסירת הפקדון לאותו בן העיר. ואילו להראב"ד דס"ל דההתחייבות עצמה פוטרת י"ל

דבשתלא דמתה דחל התחייבות ושעבוד מלאכה לכל בני העיר חל דין בבעלים לכל בני העיר.[680]

ג.

בדין בבעלים בקבלנות ובעבדות

והנה יש לעיין האם חל דין בעליו עמו רק כשהבעלים עובדים בתורת פועל או אף כשהן עובדים בתורת קבלן, ומלשון הרא"ש (בסימן ו') "ר"ל כיון שהוא שכור לכל בני העיר למלאכה זו בכל עת שהם צריכים לו בכל עת ובכל שעה הויא שאלה בבעלים לכל בני העיר כיון שאם יצטרך לו מחוייב לעשות מלאכתו", משמע דליכא דין בעליו עמו בקבלנות, דהרי קבלן אינו שכור לעבוד בכל עת ובכל שעה אלא רק ליצור שבח בחפצא והקבלן משתלם בסוף עבור השבח ולא עבור השעות שעסק במלאכה. ולפי"ז יתכן לומר דיש לדחות ראיית התוס' מהסוגיא (לעיל פא א) ד"איגלאי מילתא דההיא שעתא שכרה הוי שתי" דבעינן התעסקות ממש במלאכה לדין בעליו עמו, די"ל דהתם מיירי בקבלן דהוי בעליו עמו רק בשעה שעוסק ממש במלאכה, דאילו מצד ההתחייבות אין הקבלן מתחייב לעבוד בכל עת ובכל שעה דנימא דההתחייבות משוויה לבעליו עמו, ורק ההתעסקות ממש במלאכה מחילה דין בעליו עמו. אמנם יש לדון בזה דיתכן לומר דבקבלן ליכא חלות דין בעליו עמו אף בשעה שמתעסק במלאכה לשואל, משום דקבלן אינו משתלם עבור ההתעסקות במלאכה אלא משתלם עבור השבח שיצר לבסוף מלאכתו. וא"כ י"ל דאף בשעת המלאכה אינו עובד עבור הבעה"ב אלא דעובד עבור עצמו, ולפיכך י"ל דליכא דין בעליו עמו בקבלנות דאינו נחשב שעובד עבור השואל אלא עבור עצמו. ולפי"ז י"ל דהסוגיא דההוא שעתא שכרא הוי שתי (פא.) מיירי בפועל ולא בקבלן, ומאחר דההוא שעתא לא עסק במלאכה ליכא דין בעליו עמו אע"פ שחלה התחייבות לעבוד באותה שעה, ומזה הוכיחו התוס' דדין בעליו עמו תלוי בהתעסקות במלאכה ממש ולא בהתחייבות למלאכה.

והנה יש לעיין האם חל דין בעליו עמו בעבד עברי וכנון ששאל ממנו פרתו וקנאו להיות עבד עברי בבת אחת האם חל דין בעליו עמו או לא. ועיין בגמ' קידושין (דף טז.) "עבד

[680] והנה בפועלי העיר חלה התחייבותם לפני שעת השאלה והרמב"ם פוטרם כאילו התחייבו בבת אחת עם השאלה. וצ"ע קצת דהרי ביארנו דלרמב"ם רק התחייבות שאפשר לחזור ממנה פוטרת כשחלה לפני השאלה, ובפשטות פועלי העיר אינם יכולים לחזור בהם מהתחייבותם. ויתכן דאע"פ שאינם יכולים לחזור בהם לגמרי כי קנו מידם להתחייב אך עיקר יום פעולתם ושעות פעולתם הריהם בידם לחזור בהם, ולכן הם דומין לפועל בעלמא דיכול לחזור בו מהתחייבותו מאחר שהן יכולים לבחור לעבוד ביום אחר. ועוד י"ל דהתחייבותם הוא לכל בני העיר, ורק כשמתחילים לעבוד עבור א' מבני העיר אזי חלה ההתחייבות לעבוד בשבילו והשאילו בשעה שעבדו בשבילו ולכן ההתחייבות אליו חלה בב"א עם שעת השאלה.

עברי גופו קנוי", ונחלקו הראשונים האם כוונת הגמ' היא דחל קנין ממון בגוף העבד או רק קנין איסור, וכדי להפקיע את הקנין איסור בעינן שטר שחרור. ויתכן לומר דאם יש לאדון קנין ממון בגוף העבד ליכא דין בעליו עמו בעבד עברי, דהאדון לוקח את המלאכה מעבדו בתורת שלו, ואין העבד כפועל שנותן מלאכתו לבעל הבית. דאין לבעה"ב קנין בגוף הפועל אלא רק זכות שעבוד שיעבוד הפועל עבורו. אך אם ננקוט דאין לאדון קנין ממון בגוף העבד עברי למלאכה ויש לו רק זכות שעבוד ממון שיעבוד העבד עברי עבורו א"כ י"ל דע"ע שוה לפועל וחל בו דין בעליו עמו, וצ"ע[681].

ונראה דעבד כנעני בודאי אינו בבעלים עם אדונו משום דהעבד קנוי לאדונו כשורו וחמורו ומלאכת העבד קנויה מעיקרא לאדונו וא"א לומר שהעבד נותן את מלאכתו לאדונו כמו שפועל נותן מלאכתו לבעה"ב, אלא שהאדון בעצמו לוקח את מלאכת העבד בע"כ של העבד מכיון דהמלאכה מעיקרא של האדון היא, ופשיטא שאין כאן חלות דין בבעלים, שלא כמו בפועל.

דף צד:

גמ'. פרה במשיכה.

א.

בעליו עמו בשעת משיכה

בגמרא מבואר דחל דין בעליו עמו בשעת משיכת הפרה לשאלה, ולכאורה צ"ע בזה דהרי רוב הראשונים ס"ל דא"צ משיכה להתחייב שואל באונסין (עיין בתוס' דף צט. ד"ה כן וברא"ש סימן ט"ו וברמ"א חו"מ סימן ש"מ סעיף ד') דס"ל דחל אחריות דשמירה משעת סילוק הבעלים בשעה שאמר השומר "הנך לפני", והא דבעינן משיכה היינו רק כדי שלא יוכלו הבעלים והשומר לחזור בהם, וא"כ צ"ע מדוע אינו חל הפטור דבעליו עמו בשעת חלות האחריות של השואל דהיינו משעת סילוק הבעלים כשאמר השומר "הנך לפני". ונראה לבאר עפי"מ שנתבאר לעיל בשיטת הרמב"ם (פ"ב מהל' שאלה ופקדון ה"א) דיש ב' דינים בדין בבעלים: א) דין התחייבות כשיש צירוף לדעת אחת להשאיל את החפצא לשואל והתחייב בב"א למלאכתו, ב) דין התעסקות בפועל במלאכה בשעת השאלה.[682] ונראה דחלות דין פטור בעליו עמו דהתחייבות תלוי בחלות קניני שאלה ולא

[681] יש לעיין מ"ש עבד עברי מאשה העובדת עבור בעלה והו"ל בעליו עמו (כדמבואר בגמ' צו ב). וי"ל דאשה מתחייבת בשעבוד הגוף לעבוד בשביל בעלה בביתו וע"כ חל בזה דין בעליו עמו, משא"כ עבד עברי דאינו מתחייב בשעבוד הגוף לעבוד עבור אדונו אלא דגופו קנוי לאדוניו בקנין הגוף וממילא מחוייב הוא לעבוד עבור אדונו ומשו"ה לא הוי בעליו עמו.

[682] עיין בשיעורים לריש פרקין ד"ה השואל את הפרה.

בחלות חיוב אחריות שאלה. והטעם בזה הוא משום דצריך שיחול צירוף בין התחייבות הבעלים למלאכתם ושאלת הפרה, דאם חל מעשה אחד של שאלת הבעלים והפרה בב"א אזי חלה הפקעה בעצם המחייב של חובת שמירה. דע"י התחייבות למלאכה בשעת משיכת השומר חלין בב"א דעת מקנה של התחייבות הבעלים למלאכה ביחד עם דעת המקנה שלהם להשאיל את בהמתן וחל צירוף בין התחייבות הבעלים למלאכה וחלות שאלת הפרה, וחלה הפקעה בעצם המחייב דשאלה מדין בעליו עמו, משום דחשיב לחד מעשה של שאלת הבעלים והפרה ביחד - דבשעת מסירת הפרה התחייבו הבעלים נמי למלאכה. אולם חלות קבלת אחריות דאונסים ב"הנך לפני" חלה ממילא ע"י סילוק הבעלים ואינו מצטרף לשאלת הבעלים למלאכה, דליכא מעשה קנין לצרפם, ומשו"ה חלות דין בעליו עמו תלוי דוקא בשעת המשיכה ולא בשעת סילוק הבעלים ב"הנך לפני" דרק ע"י מסירת הבעלים בשעת משיכה חל מעשה אחד של שאלת הבעלים והפרה ביחד וחלה הפקעה מחיובי השמירה.[683]

וי"ל דכ"ז נכון לגבי הדין של בעליו עמו שחל בב"א עם השאלת החפץ, דהפטור חל מחמת התחייבות הבעלים למלאכה בבת אחת עם השאלה, דכשחלה התחייבות הבעלים למלאכה בב"א עם שאלת הפרה אזי פקע המחייב דשמירה. משא"כ לענין הדין דבעליו עמו במלאכתו שאם הבעלים עסוקים במלאכה ממש בשעת השאלה אזי השומר פטור מלשלם, י"ל דדין זה תלוי רק בקבלת האחריות בלבד, דאין הפטור חל מחמת התחייבות הבעלים ביחד עם השאלה, ויסוד הפטור חל משום שהיו הבעלים עסוקים עמו במלאכה בפועל ממש, ולפי"ז יתכן דאף אם היו עסוקים במלאכה כשאמר "הנך לפני" בשעת סילוק הבעלים וחלות חיוב האחריות נמי חל דין פטור דבעליו עמו, וצ"ע.

ב.

הנך לפני ומשיכה בשומרים

עיין בגמ' ב"ק (דף עט.) "כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים" וצ"ב בהשוואת הגמ' להשוות בין תקנת משיכה בלקוחות ותקנת משיכה בשומרים. ונראה דר"ל שבלקוחות תקנו שאין מעות קונות אלא משיכה, דהיינו שמעשה קנין כסף

[683] לכאורה יש להקשות דבשלמא בשואל שעת המשיכה הוי שעת הקנאה ויש צירוף בשעת המשיכה בין הדעת להקנות את החפצא לשאלה ובין דעת הבעלים להתחייב במלאכה. אך קשה בשומר חנם ובש"ש איזה הקנאה חלה במשיכה והרי שמירתם אינה אלא חלות חיוב אחריות בעלמא. וי"ל עפי"מ דמבואר כמה פעמים בשיעורים בשם מרן הגר"ח זצ"ל דגם בשומר חנם וש"ש חל מסירת הפקדון לרשותם ולא רק דחל חלות חיוב אחריות בלבד, והמסירה לרשותם מהוה חלות הקנאה, ודעת המקנה לרשותם חלה בשעת המשיכה ולא בשעת "הנך לפני".

דעלמא אינו מועיל אלא בעינן שיכניס הקונה את הדבר הנקנה לרשותו ע"י משיכה, וה"ה בשומר תיקנו שאין השומר חייב עד שיכניס את הפקדון לרשותו ע"י משיכה.
והנה נחלקו הראשונים בביאור הגמ', דפרש"י (בד"ה תיקנו) וז"ל שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך עכ"ל, ומשמע דס"ל שהשומר חייב באחריות רק ע"י משיכה. מאידך מהרמב"ם משמע שבהנחת הפקדון לפני השומר חייב באחריות אף בלי משיכה, דכתב הרמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ח) וז"ל כדרך שתקנו חכמים משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים האומר לחבירו שמור לי זה ואמר לו הנך לפני הרי זה שומר חנם עכ"ל. ומשמע דהרמב"ם משווה דין "הנך לפני" לדין משיכה. ונראה דהרמב"ם סובר שאין תקנת משיכה בשומרים חלות דין קנין דא"כ היאך יועיל "הנך לפני" בלי מעשה קנין, אלא המחייב של שומר הוא שהפקדון מסור לו לשומרו. ולפיכך מתחייב השומר ב"הנך לפני" שבכך הפקדון מסור לרשותו לשמור, וכמו"כ משיכה מכניסה את הפקדון לרשות השומר ומחייבו באחריות. ולפי"ז מבואר דלהרמב"ם תקנת משיכה בשומרים אינה תקנה דבעי קנין, אלא שכל מסירת פקדון לרשות השומר מחייבת אותו בשמירה, ולכן השומר חייב בין במשיכה ובין ב"הנך לפני". ונראה דלפי הראשונים דס"ל דקנין משיכה מעכב בחיוב השומר, יש לשומר מקצת קנין בגוף הפקדון, והקנין הזה של השומר מחייב אותו. ויש להביא ראייה דיש לשומר מקצת קנין בגוף הפקדון מהא דקיי"ל שהשומר חמץ בפסח עובר בבל יראה ובל ימצא (פסחים דף ה:), ומשמע דיש לשומר קנין הגוף בפקדון ומשו"ה חייב הוא בב"י וב"י.
והנה בגדר הקנין שיש לשומר בפקדון נראה דמצינו ב' דיני קנין: א) שלו, ב) ברשותו (ב"ק סט א), דדבר הגזול הוי שלו של הנגזל אך אינו ברשותו. וי"ל דחלות דין קנין דשומר היינו דהפקדון הוי ברשותו אך אינו שלו. ולפי"ז ביאר הגר"מ זצ"ל דיש לחלק בין שומר לבין בעל קרבן, דבסוגיא בפסחים (דף ה:) מבואר דשומר עובד בב"י וב"י אפילו למ"ד גורם לממון לאו כממון דמי. ואילו בנוגע לקרבן איתא בירושלמי (פ"ב פסחים ה"ב) שדין ב"י וב"י תלוי בדין גורם לממון. וקשה מ"ש בעל קרבן משומר. וי"ל דאחריות השומר חלה מחמת הקנין שיש לו בגוף הפקדון, ולכן חייב הוא לכו"ע. משא"כ אחריות דבעל קרבן חל מחמת נדרו ולא מחמת שיש לו קנין בקרבן ולפיכך דין ב"י וב"י תלוי בדין גורם לממון כממון דמי.[684]

[684] לכאורה צ"ע בדברי הירושלמי מסוגית הגמ' ב"ק (דף עו.) הקובעת דבקרבן מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן, ומשמע שיש קנין בעלים בקרבן וכדהוכיח הגר"ח זצ"ל, (עיין בס' רשימות שיעורים למס' ב"ק דף סב: ד"ה יצא הקדש, ובשיעורים לדף עו. ד"ה מעיקרא תורא דראובן), וא"כ למה לא יעבור בב"י וב"י מחמת קנין

והנה שיטת הרא"ש (אות ט"ו) שאחריות דשומר חלה ב"הנך לפני" אלא שיכול לחזור בו עד שימשוך. וז"ל דמשעה שמשך לא מצי למיהדר ביה, אבל להתחייב באונסין אפילו קודם משיכה נמי וכו' וסברא גדולה לחלק בין חיוב חזרה לחיוב אונסין, דלענין חזרה ברשות הבעלים קיימא כ"ז שלא עסק בה השומר דבר הקונה וכו' אבל לענין חיוב אונסין מיד שסלק בעל בהמה שמירתה מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה עכ"ל. ויוצא דלפי הרא"ש יש ב' דינים בשומר: א) חיוב אחריות שחל בקבלת התחייבות על עצמו בלי קנין ובעלות בחפצא, ב) חלות קנין ובעלות בחפצא ע"י משיכה וכשחל קנין השומר בחפצא של הפקדון אינו יכול לחזור בו.

ועיין בתוס' לקמן (דף צט. ד"ה כך) שכתבו וז"ל ש"ח בלא משיכה חייב בפשיעה וכו' דהנך לפני ש"ח וה"ה ש"ש גניבה ואבידה, ואי אשואל קאי מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה וכו' אלא לענין חזרה קאמר דשוכר ושואל מיד שמשכו הבהמה אין הבעלים יכולים עוד לחזור עכ"ל. ומבואר דס"ל דש"ח וש"ש מתחייבים באחריות משעת קבלת השמירה על עצמם ואילו שואל מתחייב באונסים רק במשיכה. ונראה דתוס' ס"ל דשואל שאני משומרים דעלמא כי השואל חייב באונסין מחמת קנין השאלה שיש לו בחפצא ולא מחמת התחייבות בעלמא ולפיכך צריך לעשות קנין משיכה כדי להתחייב באונסין.[685]

ועיין בנימוקי יוסף (לקמן דף צט. דף נז. בדפי הרי"ף) וז"ל ואיכא מ"ד דכי מהניא משיכה בשומרים דוקא בשואל ובשוכר שכיון שהם משתמשין בגופו של כלי הו"ל כמכירה ליומיה ודין הוא שתקנה להם משיכתם כיון שהם זוכים בגופו של דבר, אבל ש"ש וש"ח שאין להם זכיה כלל בגופו של כלי ל"ל דתקנה להם משיכה וכו' עכ"ל. הנ"י מיירי לענין חזרה ושיטה זו סוברת שרק בשוכר ושואל יש חלות קנין ולפיכך אחרי קנין המשיכה אין להם זכות חזרה אבל בש"ח וש"ש אין חלות קנין ולפיכך לעולם יכולים לחזור בהם כפועלים אחרים.

ועוד כתב הנ"י וז"ל מהני משיכתו למשכיר שאין שוכר יכול לחזור בו אבל בשואל לא הוה מסתברא הכי דנהי דמשמשך אין משאיל יכול לחזור בו שואל מיהא יכול לחזור בו דעיקר שאלה לצורכו הוא וכדאמרינן דכל הנאה שלו. אבל הרא"ה ז"ל כתב שאף בשואל השוו מדותיהן ואינו יכול לחזור בו וכו' עכ"ל. לפי הרא"ה חיוב השואל באונסין הוי זכות שקיבל המשאיל בשעת השאלה תחת זכות הקנין שהקנה לשואל להשתמש

זה, וצ"ע. ויתכן לתרץ דבעלות דבעל הקרבן מוגבלת היא רק לענין הקרבתו בלבד דמ"מ הקרבן אינו ברשותו לשאר דינים. משא"כ שומר שקנינו משווה את הפקדון לדבר שברשותו.

[685] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' ב"ק (דף יא.) בענין אין שמין לשואל.

בחפצא. לפיכך אין השואל יכול לחזור בו כי חיוב אונסים הוי זכות של המשאיל שקנה בעצם השאלה ודומה לזכות המשכיר בדמי השכירות. מאידך לפי הדיעה הראשונה אין למשאיל קנין לאונסים בעצם השאלה אלא שכ"ז שמשתמש השואל בשאלה וכל ההנאה שלו חייב באחריות אונסים. ולכן אם השואל חוזר בו מהשתמשותו פטור מאונסים.

גמ'. מסתברא שניה בשומר שכר שכן חייב בגניבה ואבידה, אדרבה ראשונה בשומר שכר שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת גנב, אפילו הכי קרנא בלא שבועה עדיפא מכפילא בשבועה. ומבואר בגמ' דס"ד דפרשה ראשונה חמורה ואיירי בש"ח מכיון דמצינו דחייב כפל בטט"ג אף דפטור בגניבה ואבידה, ומסקינן דחיוב גניבה ואבידה יותר חמור מחיוב כפל בטט"ג, כיון דחיוב כפל אינו בא אלא ע"י שבועה, וחיוב קרן דגניבה ואבידה חל בלא שבועה.

והנה יש להסתפק בדין טט"ג דחייב בתשלומי כפל האם החיוב חל מדיני שמירה ופרשת השומרים - דאע"פ דש"ח פטור מגניבה אם הוא עצמו גנב החפץ ונשבע לשקר חייב בכפל מדין חיובי שמירה, והוי חיוב מיוחד מהלכות שומרים. או"ד דבטט"ג חשיב השומר כגנב עצמו וחייב בכפל מדין גניבה בעלמא. ולכאורה מהא דס"ד בגמ' דהדין דש"ח חייב בכפל כשטוען טענת גנב הוי חומרא בפרשת שמירה דש"ח ביחס לש"ש, משמע דחיוב כפל בטט"ג הוי חיוב דחל מדין שמירה ומהלכות שומר ואינו חיוב כפל דחל מדין גנב בעלמא. דאי היה חיוב שחל מדיני גניבה ליכא להוכיח מזה דש"ח חייב לשלם כפל בטט"ג דחיוב שמירה דש"ח חמור יותר מחיוב שמירה דש"ש. ומשמע דחיוב כפל דטט"ג חל מדיני שמירה. אכן י"ל דבהא גופא קא שקלי וטרי בגמ', האם חיוב כפל דטוען טענת גנב חל מדין חיוב שומרים וחמור מחיוב קרן דש"ש דחל מדיני שמירה, או דטט"ג חייב מדין גנב בעלמא ולא מדין שומר ולכן קרנא דש"ש עדיפא. ולפי זה יוצא דלמסקנא דאמרינן דקרנא עדיפא החיוב דטט"ג חל מדין גנב ולא מדין שומר.

ולכאורה תהא בחקירה זו כמה נפ"מ להלכה: א) יל"ע האם ש"ח יכול להתנות שלא יתחייב בטט"ג או לא, דבגמ' לעיל (דף צד.) איתא דמתנה ש"ח להיות פטור משבועה משום דמעיקרא לא שעבד נפשיה, ונראה דאי חיוב דטט"ג חל מדין שומר ומחיובי שמירה אזי י"ל דשפיר יכול להתנות שלא יתחייב בטט"ג דמעיקרא לא שעבד נפשיה. משא"כ אם החיוב חל מדין גניבה בעלמא אי אפשר להתנות תנאי שלא יתחייב דהוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ב) עיין בגמ' ב"ק (דף ה.) דשומר נמנה כאחד מכ"ד אבות נזיקין דמשלם מן העידית. אולם הרמב"ם השמיט דין זה, ומשמע דס"ל דשומר משלם מן הבינונית (וכן הוא שיטת המהרי"ט (חו"מ סי' מז) הובא בקצה"ח סי' שפח סק"ז), ואילו

גנב משלם מן העידית, (כדפסק הרמב"ם פ"ג מהל' גניבה הי"א). וא"כ תהא נפ"מ האם טט"ג משלם כפל מן העידית כדין גנב דעלמא, דאם חיוב כפל בטט"ג חל מדין גניבה דעלמא אזי הטט"ג ישלם כפל מן העידית. משא"כ אי הוי חיוב מדין חיובי שומרים י"ל דמשלם מן הבינונית כדין שומר. ג) עיין בקצה"ח (סימן רצ"א ס"ק א') שנחלקו הראשונים מתי חל שעבוד נכסים בנכסי השומר אם משעת המשיכה או משעת פשיעה, ולפי"ז י"ל בטט"ג האם חל שעבוד נכסים על השומר משעת המשיכה או משעה שנשבע, ולכאורה זה תלוי בחקירה הנ"ל דאם החיוב חל מדין חיובי שומר אזי י"ל דחל שעבוד הנכסים משעת המשיכה כשאר שעבודי נכסים דחיובי שומר. משא"כ אי הוי חיוב מהל' גניבה י"ל דלא חל שעבוד הנכסים עד שנשבע דזוהי שעת הגניבה. ד) עוד י"ל דנפ"מ לענין אי חל פטור דבעליו עמו בטט"ג דאי החיוב חל מדיני שומר אזי חל פטור דבעליו עמו, משא"כ אם החיוב הוא מדין גניבה דהשומר עצמו הוי גנב י"ל דליכא פטור דבבעלים בטט"ג[686], (ועיין בתוס' ב"ק דף נז: ד"ה נמצא שנסתפקו האם חל דין פטור דבעליו עמו בטט"ג[687]).

ועיין ברש"י במס' ב"ק (דף נז: ד"ה קרנא) וז"ל שואל עדיף שמתחייב בשבורה ומתה בלא שום שבועת שקר משומר שכר שפטור עליהן ואע"פ שיש בשומר שכר כפל בטוען טענת ליסטים מזויין אין זה חומר דכפל אינו בשומרין עד שישבע לשקר שנגנבה הימנו ואח"כ באו עדים וכו' הלכך קנסא משום שבועה הוא דקנסיה רחמנא עכ"ל. וממש"כ רש"י דהוי קנס מחמת שנשבע לשקר משמע דחיוב כפל בטט"ג אינו חיוב מדיני שמירה אלא חיוב מהל' גניבה. אמנם עיין ברמב"ם (פ"ד מהל' גניבה ה"א) וז"ל הטוען שנגנב מביתו הפקדון אם נשבע ואחר כך באו עדים ששקר טען ושהפקדון הוא אצלו הרי זה משלם תשלומי כפל שהרי הוא עצמו הגנב עכ"ל. ויש לדייק דמזה שהביא הרמב"ם הלכה זו בהל' גניבה משמע דס"ל דהמחייב דכפל חל מדין גנב, וכן משמע ממש"כ "שהרי הוא עצמו הגנב". ועיין בגמ' (ב"ק דף קו:) דשומר שטט"ג וטבח ומכר חייב בד' וה', ומשמע דחיוב דטט"ג חל מדין גניבה בעלמא דמשו"ה אי טבח ומכר הריהו מתחייב בד' וה' כדין גניבה בעלמא. אולם עיין במשנה בשבועות (מט.) "היכן שורי, ואמר לו נגנב, משביעך אני, ואמר אמן, והעדים מעידים אותו שגנבו, משלם תשלומי כפל". וכתבו התוס' (שם ד"ה והעדים) וז"ל ואר"י הא דלא תנא טבח ומכר משלם ד' וה' אף על גב דאמת הוא,

[686] דהרי שומר בבעלים ששלח בו יד חייב לשלם דשליחות יד מחייב מדין גזילה והפטור דבעליו עמו אינו פוטר אלא מחיובי תשלומין דחלין מדין שמירה.

[687] ועיין בס' רשימות שיעורים למס' ב"ק דף נז: בתוס' ד"ה נמצא (עמ' שכ"א - שכ"ב) שביאר רבינו הספק שבתוס' באופן אחר.

משום דבקרא לא כתיב ד' וה' אלא בגנב עצמו עכ"ל. ומבואר דתוס' דייקו מדוע לא קתני במשנה דטט"ג שטבח ומכר חייב בד' וה' משום דבקרא לא כתיב ד' וה' אלא בגנב עצמו. ודברי התוס' צ"ב דהרי מבואר ברמב"ם דשומר חייב כפל בטט"ג משום שהוא עצמו הגנב וא"כ מדוע לא קתני במשנה חיוב ד' וה' בשומר שטט"ג וטבח ומכר. ועכצ"ל דתוס' ס"ל דשומר חייב כפל בטט"ג מדין חיוב שומר ומשו"ה לא קתני חיוב ד' וה' במשנה. ועוד נראה דמהא דילפינן חיוב ד' וה' בטט"ג מהקישא (עיי"ש בסוגיא ב"ק דף קו:) נמי משמע דחיוב כפל אינו מדין גנב בעלמא אלא הוי חיוב מיוחד מהלכות שומרים, דאל"ה לא בעי הקישא. ויסוד ההיקש הוא דמכיון דמחוייב בתשלומי כפל (אף אם החיוב הוא מדיני שומר) א"כ הריהו מחוייב נמי בתשלומי ד' וה'.

ודרך אגב יש לעיין בסוגיית הגמ' ב"ק (דף קז:) בדין טט"ג, וז"ל אמר ר' חייא בר יוסף הטוען טענת גנב בפקדון אינו חייב עד שישלח בו יד, מ"ט ונקרב בעל הבית אל האלוקים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו מכלל דאי שלח בה יד מיחייב, למימרא דבשלח בו יד עסקינן אמר להו ר' חייא בר אבא הכי אמר ר' יוחנן בעומדת על אבוסה שנו א"ל ר' זירא לר' חייא בר אבא דוקא בעומדת על אבוסה קאמר אבל השולח בה יד קנה ושבועה לא מהניא ביה כלום או"ד אפילו עומדת על אבוסה קאמר וכו' כיוצא בה שמעתי וכו' הטוען טענת אבד ונשבע וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור מ"ט לאו משום דקנה בשבועה ראשונה, א"ל לא הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה וכו' עכ"ל. ולכאורה היה נראה לומר בביאור סברת ר' חייא בר יוסף דס"ל שהטט"ג אינו חייב כפל אא"כ שלח בו יד משום שסובר שחיוב כפל אינו חל אא"כ עשה מעשה גניבה - דהיינו שטען ט"ג - וחלו נמי קניני גניבה ע"י ששלח בו יד. אמנם עיי"ש ברש"י (ד"ה בששלח) וז"ל דנמצא רשע בכך שנשבע לשקר שהרי שלח בו יד עכ"ל, דרש"י מבאר דלר' חייא בר יוסף שומר שטט"ג אינו חייב בכפל אא"כ שלח בו יד דאזי נמצא שנשבע לשקר כשנשבע שבועת השומרים שלא שלח בו יד (מלבד השבועה שנשבע לשקר שאינו ברשותו), ומשמע דהמחייב דכפל הוא משום שנשבע לשקר.

ובביאור תירוץ הגמ' "לא הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה" כתב רש"י (ד"ה לא) וז"ל התם לאו משום דקמה ליה ברשותיה הוא אלא הואיל ויצא שומר זה ידי בעלים בשבועה ראשונה שמבית דין ראשון נסתלק מידם ושבועה אחרונה זו לאו שבועת הדיינם לחייבו כפל דכיון דנשבע בתחילה שוב לא היה מחוייב שבועה לבעלים עכ"ל. ומבואר דרש"י סובר שחייב לישבע שבועת השומרים רק פעם אחת בלבד ולכן השבועה השנייה שנשבע דנגנבה לא הויא שבועת השומרים המחייבת בכפל. אמנם עיין ברמב"ם

(פ"ד מהל' גניבה ה"ב - ג) וז"ל אבל אם שלח בו יד וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור מן הכפל שכיון ששלח יד נתחייב בו וקנהו. וכן הטוען טענת אבידה בפקדון ונשבע וחזר וטען טענת גנב ונשבע ואח"כ באו עדים פטור מן הכפל שכבר יצא הפקדון מידי הבעלים בשבועה ראשונה עכ"ל. ודברי הרמב"ם צ"ב דמשמע דס"ל דבטען טענת אבידה ונשבע ואח"כ טען טענת גניבה ונשבע ובאו עדים אינו חייב כפל משום שקנה השומר את החפץ דיצא מרשות הבעלים בשבועה הראשונה, וצ"ע דא"כ מדוע צריך לישבע בפעם הראשונה כדי ליפטר מכפל, והרי אף בלא שבועה יפטר מכפל דהרי קיי"ל דהכופר בפקדון הוי גזלן וקם ליה ברשותיה (עיין ברש"י שם ד"ה מ"ט וכו') וקנה הפקדון מחמת עצם הכפירה בפקדון בלי שבועה. והו"ל כמו מי ששלח בו יד ואח"כ טען טענת גנב דפטור מכפל משום דמששלח בו יד קנה החפץ.

ונראה לבאר דחלין ב' דיני גזילה: א) דין מעשה גזילה, וב) חלות קניני גזילה. ונראה דיש נפ"מ בין הכופר בפקדון בלבד בלי שבועה דאזי חל רק מעשה גזילה וחיובי גזילה, אך לא קנה קניני גזילה בפקדון. ואילו בכופר בפקדון ע"י שבועה חלין נמי קניני גזילה. ולפי"ז יש לבאר את פסק הרמב"ם, דבשליחות יד חל מעשה גזילה וקניני גזילה, דהשולח יד בפקדון הוציא את החפץ מרשות הבעלים וקנה את החפץ בקניני גזילה. ומשו"ה פסק הרמב"ם שאם השומר שלח יד בפקדון ואח"כ טען טענת גנב פטור הוא מכפל משום שקנה את החפץ משלח בו יד. ומכיון שקנה את החפץ בקנין גזילה ויצא החפץ מרשות הבעלים פקעה השמירה ומשו"ה אם טט"ג אח"כ הריהו פטור מכיון דאינו שומר. משא"כ הכופר בפקדון גרידא בלי שבועה דחל רק מעשה גזילה וחיובי גזילה בלי קניני גזילה, ולכן הכופר בפקדון אינו נפטר מן הכפל דטט"ג אא"כ כפר בפקדון ע"י שבועה, דרק כשכפר ע"י שבועה חלין נמי קניני גזילה ופקעה השמירה, ולכן אם אח"כ טט"ג פטור מכפל. וי"ל דזוהי כוונת הרמב"ם במש"כ "שכבר יצא הפקדון מיד הבעלים משבועה ראשונה" - דכדי ליפטר מן הכפל בעינן שיחולו קניני גזילה ורק ע"י כפירה בשבועה חלין קניני גזילה. וזוהי נמי כוונת הרמב"ם במש"כ "וכן הטוען טענת אבידה בפקדון ונשבע וחזר וטען טענת גנב ונשבע ואח"כ באו עדים פטור מן הכפל", דהרמב"ם השווה הכופר בפקדון בשבועה ואח"כ טט"ג למי ששלח בו יד ואח"כ טט"ג דבתרווייהו ליכא כפל משום שקנה את הפקדון וחלו קניני גזילה.

ויש להביא ראייה דכופר בפקדון בעלמא חלוק משליחות יד, דבכופר בפקדון גרידא ליכא חלות קניני גזילה ממש"כ רש"י (סנהדרין ב א ד"ה גזילות) וז"ל כופר בפקדון דמששלח בו יד הוי גזלן וכו' עכ"ל. ודבריו צ"ע דמדוע נקט רש"י שהכופר בפקדון נמי

שלח בו יד והרי אף הכופר בפקדון בלבד הוי גזלן וחייב בחיובי גזילה. ונראה דרש"י סובר דאע"פ דהכופר בפקדון הוי גזלן מ"מ בכפירה בפקדון בלחוד ליכא חלות קניני גזילה, והדין דדיני גזילות בשלשה חל רק בגזילה שחלו בה קניני גזילה, ומשו"ה נקט רש"י דמיירי ששלח בו יד - דאזי חלין נמי קניני גזילה ומשו"ה בעי ב"ד של ג' מומחין. משא"כ בכופר בפקדון בלחוד לא בעי ב"ד של ג' מומחין מכיון דלא חל בכה"ג קניני גזילה ועדיין חל בחפץ חלות שם פקדון, והתביעה הוי חלות שם תביעת פקדון מהשומר דאינו נידון בג' מומחין כגזילות וחבלות.[688]

אמנם הראב"ד (פ"ד מהל' גניבה ה"ב) חולק על הרמב"ם וסובר דאם שלח בו יד ואח"כ טט"ג חייב בכפל כדין הכופר בפקדון בלי שבועה ואח"כ טט"ג. ונראה דס"ל דכוונת הגמ' "הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה" הוא כדפרש"י שמכיון דכבר נשבע שבועת השומרים בטענת אבידה ליכא כפל כשטט"ג ונשבע, דכבר נשבע שבועת השומרים שנאבדה ולכן אינו נשבע שבועת השומרים פעם שנית שנגנבה ואין כפל אלא בשבועת השומרים. וי"ל דלשיטת הראב"ד אין חילוק בין הכופר בפקדון בלבד ובין כופר בפקדון ע"י שבועה דבתרווייהו חל קניני גזילה, וס"ל דקניני גזילה אינו מפקיע מחיוב כפל דטט"ג, משום דלא פקע מהחפץ חלות שם פקדון מחמת שחל בו קניני גזילה, ודלא כהרמב"ם.[689]

גמ'. ומה גניבה שקרובה לאונס משלם אבידה שקרובה לפשיעה לא כל שכן. יש לחקור בגדר ההלכה דשומר שכר חייב בגניבה ואבידה האם יסוד חיובו הוא משום שקיבל השומר על עצמו חיוב אחריות על הפקדון להתחייב בגניבה ואבידה, וחייב מחמת חלות חיוב אחריות, או"ד דחייב משום שביטל חובת השמירה המוטלת עליו, דשומר שכר חייב בשמירה מעולה יותר משומר חנם. והנה לגבי שואל דחייב באונסין נראה דיסוד חיובו הוא משום קבלת אחריות על החפצא של הפקדון ולא מטעם שביטל חובת השמירה המוטלת עליו, דהרי הנזק אירע באונס וא"כ קיים השואל את חובת השמירה המוטלת עליו. ועל כרחך צ"ל דחייב מחמת קבלת אחריות וחיוב השבת הפקדון להבעלים. מאידך בשומר חנם דחייב רק על פשיעה י"ל דחייב משום שביטל את חובת השמירה המוטלת עליו. אולם יל"ע מהו יסוד החיוב דשומר שכר בגניבה ואבידה האם חייב משום קבלת אחריות בדומה לשואל או דחייב מחמת ביטול חובת שמירה בדומה לשומר חנם. ולכאורה מהגמ' שלפנינו משמע דהחיוב דגניבה הוא משום קבלת

[688] ועיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק עמ' ש"כ - שכ"א שהאריך רבינו זצ"ל בביאור דין מעשה גזילה וקניני גזילה. וע"ע שם (בעמ' תר"ע - תרע"א) מש"נ בשיטת הרמב"ם והראב"ד. וע"ע בס' שיעורי הרב למס' סנה' (דף:).

[689] וע"ע ברשימות שיעורים לב"ק בענין טט"ג (עמ' שט"ו - שכ"ב).

אחריות עבור הפקדון דאמרינן דגניבה קרוב לאונס, ולכאורה אי הוי קרוב לאונס אזי לא חשיב כביטול חובת שמירה, (דהרי כתבו התוס' לעיל דף פב: ד"ה וסבר דבכה"ג אדם המזיק פטור, ועל כרחך דלא הוי ביטול חובת שמירה דאזי אדם המזיק היה מתחייב כשהזיק באופן שקרוב לאונס), וצ"ל דחייב משום קבלת אחריות. ואילו לגבי אבידה אמרינן בגמ' דקרובה לפשיעה, ומשמע דהחיוב דשומר שכר באבידה הוא משום ביטול חובת שמירה.

אמנם עיין ברמב"ם (פ"א מהל' שכירות ה"ב) וז"ל השואל משלם הכל בין שאבד דבר השאול או נגנב בין שארעו אונס גדול מזה כגון שמתה הבהמה השאולה או נשברה או נשבית וכו' נושא שכר או השוכר שניהם דין אחד יש להן אם נגנב או נאבד הדבר השכור וכו' הרי אלו משלמין ואם אירע אונס גדול מזה כגון שהיתה בהמה ומתה וכו' הרי אלו נשבעין שנאנסה ופטורין עכ"ל. ומלשונו "ואם אירע אונס גדול מזה וכו'" משמע דס"ל דגניבה ואבידה נמי הוי אונס - אלא דמיתה הוי אונס גדול מזה. וא"כ י"ל דסובר דיסוד החיוב דש"ש בגניבה ואבידה חל משום קבלת אחריות ולא משום ביטול חובת שמירה. וכן מבואר משיטת הר"י (שהובא בהגהות מיימוניות שם אות ג') דש"ש חייב בגניבה אף היכא דהיה אונס גמור, ועל כרחך דאין חיובו חל משום שביטל חובת השמירה המוטלת עליו דהרי הוא חייב אף באונס גמור, ומוכח דהר"י סובר דש"ש חייב בגניבה ואבידה מחמת קבלת אחריות. ויש לחקור אי חיוב שמירה שוה בכל הד' שומרים והחילוק ביניהם לענין גניבה ואבידה וכו' הוא משום דחלוקים מהדדי בדין קבלת אחריות או"ד דחל על הד' שומרים חיובים שונים של חיובי שמירה. ולפי מה שנתבאר דגניבה ואבידה נמי הוי אונס וש"ש חייב משום קבלת אחריות לכאורה מבואר דכל הד' שומרים חייבים באותה דרגה של חיוב שמירה ורק חלוקים מהדדי לענין קבלת אחריות. אולם עיין ברמב"ם (פ"ד מהל' נזקי ממון ה"ד) וז"ל המוסר בהמתו לשומר חנם או לנושא שכר וכו' נכנסו תחת הבעלים ואם הזיקה השומר חייב בד"א בזמן שלא שמרוה כלל אבל אם שמרוה שמירה מעולה כראוי ויצאת והזיקה השומרין פטורין והבעלים חייבים וכו' שמרה שמירה פחותה אם שומר חנם הוא פטור ואם שומר שכר או שוכר או שואל הוא חייבין עכ"ל. ומבואר דשומר חנם פטור אם שמרו שמירה פחותה ואילו שאר השומרים חייבין, ומוכח דחלוקים הד' שומרים מהדדי בעצם חובת שמירה שחל עליהן. וכן משמע נמי מהגמ' לעיל (לה:) בסוגיא דשומר שמסר לשומר עיי"ש.

והנה עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ג) שפסק וז"ל יראה לי שאם פשע השומר וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה

ומתה וכיוצא בהן וכו' אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין וכו' עכ"ל. ודבריו צ"ב דהרי פשיעה אינה אלא גרמא בעלמא דפטור מחיובי מזיק. וביאר מרן הגר"ח זצ"ל דדוקא בשומר חל דין מסוים דפושע כמזיק הוא[690]. ונראה להוסיף דיסוד החילוק בין חיוב דשומר בפשיעה לבין חיובו בגניבה ואבידה הוא דבפשיעה יסוד החיוב הוא משום שביטל את חובת השמירה המוטלת עליו, משא"כ יסוד החיוב דגניבה ואבידה חל מחמת קבלת האחריות של השומר על החפצא של הפקדון, שקיבל על עצמו אחריות לשלם אם הפקדון נגנב או נאבד. ונראה דזהו יסוד החילוק בין פשיעה בקרקע לשאר חיובים דגנו"א ואונסין, דהתורה מיעטה קרקע מאחריות שומרים אך לא מיעטה קרקע מחיובי שמירה. ומאחר שחל חלות דין שמירה בקרקע וחיובי שמירה השומר שפשע בקרקע חייב משום דפושע כמזיק. אמנם ש"ש ושואל פטורין הן מחיוב דגנו"א ואונסין בקרקע משום דלא חל בקרקע חיובי אחריות דשומר.

גמ'. אלא שבויה בשואל מנא לן וכי תימא ניליף משבורה ומתה מה לשבורה ומתה שכן אונסיה דסליק אדעתא הוא תאמר בשבויה שכן אונסא דלא סלקא אדעתא הוא. כתב רש"י (ד"ה שכן) וז"ל ועל מנת כן שייליה מדלא אתני על מנת שלא אתחייב בשבורה ומתה תאמר בשבויה דלא הוי ליה לאסוקי אדעתיה ולאתנויי עכ"ל. ומבואר בגמ' דילפנין מריבוי הקרא דשואל חייב על השבויה אע"פ דלא אסיק אדעתיה להתנות להיפטר משבויה. ועיין בגמ' לעיל (צד.) דשומר חנם מתנה להיות כש"ש ולא הוי מתנה על מה שכתוב בתורה משום דמעיקרא לא שעבד נפשיה, ופרש"י שם (ד"ה אפילו תימא) וז"ל רישא דקתני מתנה שומר חנם להיפטר משבועה ר"מ והאי לאו מתנה על מה שכתוב בתורה הוא, אלא שאמר לו אי אפשי להיות שומר שלך אלא בכך, ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך לבהמה, והאי כי משיך כבר פירש על מנת שאין לו עליו שבועה ולא שיעבד נפשיה לירד בתורת שומרין אלא במקצת ולמה שירד ירד, אבל המקדש את האשה מכי אמר לה הרי את מקודשת לי איתקדשה לה, וכי אמר לה על מנת שאין לך עלי מתנה על מה שכתוב בתורה, דאין אישות לחצאין וכי תפיס קידושין לגמרי תפיס והוה ליה מתנה על מה שכתוב בתורה עכ"ל. ודברי רש"י צ"ב דמדוע הדגיש דשומר לא נחית לשמירה עד שימשוך, ומכיון שמשך ע"מ שלא להתחייב בשבועה חל תנאו דלא ירד בתורת שומרין אלא במקצת, דמאי איכפת לן דאין שומר נכנס לשמירתו אלא ע"י משיכה ומשך ע"מ שלא להתחייב, הרי מ"מ שינה מדיני התורה ואמאי תנאו קיים.

[690] עיין להלן בשיעורים דף צה. בענין פשיעה בבעלים.

ומהו ההבדל בין תנאי שחל בפרשת שומרים לתנאי דהרי את מקודשת ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה.
ונראה לבאר דהחיובים דשאר כסות ועונה חלוקים מחיובי שומר, דבקידושין אין צריך דעת מיוחדת להתחייב בחיוב דשאר כסות ועונה, דחיובי שכו"ע אינן חלין ע"י קבלתו, אלא הם נכללים בעצם חלות האישות, דחיוב שאר כסות ועונה הוי חלק מעצם חלות הקידושין. וע"י שנתכוון לקידושין חל עליו ממילא חיוב דשאר כסות ועונה. ולפיכך המקדש אשה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה הוי מתנה על מה שכתוב בתורה, דהריהו רוצה לשנות את עצם חלות הקידושין. משא"כ בשומר דחיוב האחריות אינו חל ממילא מחמת שהשומר מקבל דין שמירה על עצמו, דע"י שחל עליו שם שומר ממילא חל עליו חיובי שומר וחייב בפשיעה וכדומה, אלא השומר צריך לקבל על עצמו התחייבות מיוחדת בעד כל אחד ואחד מחיובי התשלומין בפנ"ע, ואיכא דעת המתחייב לכל חיובי שמירה בפנ"ע, וחיובי שומר אינם חלים ממילא בקבלת השם שומר בלבד. ומשו"ה כשהתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, ולא התחייב בחיובי שומר חנם כפי דיני התורה לא הוי מתנה על מה שכתוב בתורה. ורש"י הוכיח יסוד זה ממה דצריך משיכה בעד חיוב אחריות דשומר, דחזינן דבעינן קנין כדי להתחייב בחיובי שומר, דאי היו החיובים חלין ממילא ע"י קבלת שם שומר אזי לא היה צריך קנין, דהיו חלין ממילא מחמת קבלת שמירה כשאמר "הנך לפני" והא דבעינן קנין הוא משום שחל התחייבות מיוחדת לכל חיוב וחיוב שמירה בפ"ע.
אמנם לפי"ז צ"ע מדוע שואל חייב באחריות דשבויה והא לא אסיק אדעתיה, ולא חלה קבלה מיוחדת להתחייב ע"ז. ונראה דעיין בשיטמ"ק (צד. ד"ה אפילו תימא) שפירש באופן אחר החילוק בין המתנה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה לש"ח שהתנה להיות פטור משבועה וכתב וז"ל והפירוש הנכון בזה בעיני דהא דשומרים לא דמי לאידך דאיתמר בהו מתנה על מה שכתוב בתורה, דבכולהו אידך אזהר רחמנא בהדיא דבאונאה כתיב אל תונו ובשביעית כתיב לא תגוש ובשאר כסות ועונה לא יגרע ובאלו קפיד רחמנא בהו, הילכך כל שמתנה כנגד זה מתנה על מה שהקפידה תורה, אבל בדיני שומרים לא גלי קרא קפידא ולא אזהר עליה שלא יפטר מדיני שומרים אלא שגזר הכתוב על השומרים שמקבלים שמירה סתם מה יהא דינם, אבל כל שפירש לגרוע מחיובו ולא נחית להכי לא קפיד רחמנא כלל וכשמתנה לגרוע מחיובו או להוסיף אינו מתנה על דין תורה עכ"ל. ומבואר לפי"ד השיטמ"ק דלא בעינן קבלה מיוחדת להתחייב בחיובי שומר, דחיובי שומר חלין ממילא ע"י שקיבל על עצמו לשמור, והטעם דאינו מתנה ע"מ

שכתוב בתורה כי התורה לא כתבה איסור לשנות מדיני השומרים. ולפי"ז מיושב מדוע שואל מחוייב בשבויה ובשאר אונסים דלא אסיק אדעתיה דאין צריך התחייבות מיוחדת על כל חיוב וחיוב. ועוד כתב השיטמ"ק (שם) בשם הראב"ד וז"ל ושאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשיה אבל גבי קידושין כיון דאמר לה הרי את מקודשת מיד אישתעבד לה בשאר כסות ועונה לפי שאין אשה לחצאין, וכיון שהיא אשתו לכל דבר גם הוא משועבד לה בכל דברי אישות, וכי אמר לה לאו כלום קאמר לה, אבל לענין שמירה הרי השמירות חלוקות זו מזו הילכך הכל לפי תנאו עכ"ל[691]. ונל"ב דר"ל דיש רק חלות שם אחת של קידושין בתורה, ואם התנה שלא להתחייב בשאר כסות ועונה הרי שינה מדין קידושין ואישות הכתוב בתורה. משא"כ בשומרים דאיכא בתורה ד' מיני שומרים ולכן אם שינה ש"ח להיות כש"ש לא חשיב מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ולפי"ז י"ל דחל חיוב אחריות על השומר ממילא מאחר שקיבל על עצמו להיות ש"ח או ש"ש וכו', ואין צריך קבלה מיוחדת על כל חיוב וחיוב, ומשו"ה השומר חייב אף באונסים דלא אסיק אדעתיה.

ויתכן דתהא נפ"מ בין הראב"ד והשיטמ"ק לענין האם יכול שומר להתנות להיות חייב רק בזמן מסוים וכגון שהתנה להיות פטור ביום המעונן, די"ל דלפי"ד השיטמ"ק (הנ"ל) חל תנאי להתחייב בשמירה רק בזמן מסוים, משום דחיוב שמירה תלוי בקבלתו, ואין זה מתנה ע"מ שכתוב בתורה דהתורה לא הקפידה שלא יגרע משמירתו. משא"כ לפי"ד הראב"ד י"ל דאינו חל תנאי להיות שומר רק בזמן מסוים משום דהוי חלות שמירה לחצאין, והא דשומר חנם יכול להתנות להיות כש"ש הוא רק משום שקיבל על עצמו חלות שמירה שלימה דשומר שכר, דנאמר בתורה ד' פרשיות בפ"ע של דין שומר. ולפי"ז י"ל דהא דש"ח מתנה להיות פטור משבועה הוא משום דכה"ג אשכחינן מדאורייתא בש"ח דקרקע דחייב בפשיעה (כדפסק הרמב"ם פ"ב מהל' שכירות ה"ג) ופטור משבועה[692]. ויתכן עוד נפ"מ האם בעינן שיתנה תנאי לפי משפטי התנאים כשמתנה ש"ח להיות כש"ש, דלפי שיטת הראב"ד שחל תנאו ולא הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה משום דיש בתורה ד' מיני שומרים י"ל דבעינן משפטי התנאים כדי שיחול התנאי. משא"כ לפי השיטמ"ק שביאר דהתורה לא הקפידה בשומרים אם מגרע או מוסיף על חיובן, ומעיקרא שעבד נפשיה לכך דקיבל על עצמו אחריות להיות כש"ש, י"ל דחל קבלת אחריות זו בלי משפטי התנאים, ולא בעינן תנאי כפול.

[691] וכ"כ התוס' בכתובות דף נו: ד"ה הרי הו מקודשת וכו'.

[692] וקשה דהרי הראב"ד עצמו חולק על הרמב"ם וס"ל דהפושע בקרקע פטור מלשלם. וי"ל דיתכן ציור דש"ח שהאמינו בעל הפקדון כבי תרי דאזי פטור הוא משבועה אולם אם פשע חייב לשלם.

ומבואר דנחלקו הראשונים האם שומר צריך לקבל על עצמו כל חיוב וחיוב בפ"ע (שיטת רש"י) או דיכול רק לקבל על עצמו חלות שם שומר וממילא מתחייב הוא בדיני שומר (שיטת הראב"ד והשיטמ"ק). ובשלמא להנך ראשונים דס"ל דלא בעינן קבלה מיוחדת נראה דמה"ט קיי"ל דשואל חייב אף באונסים דלא אסיק אדעתיה, דחל אחריות שאלה עליו ממילא מחמת קבלת שם שואל. אמנם לפי רש"י צ"ע מדוע מתחייב שואל באונסים דלא אסיק אדעתיה. ונראה לבאר דאע"פ דרש"י סובר שצריך השומר לקבל כל חיוב וחיוב של אחריות בפ"ע, ויכול לקבל על עצמו להיות פטור מאונס או משבועה משום דחיוב אחריות חל מחמת דעת המתחייב, מ"מ צריך לקבל על עצמו חלות דין שומר כפי גדרי חיובי שומר שבתורה. אבל אין בידו לחלק בין אונס לאונס, ובין גניבה לגניבה, דמכיון שקיבל על עצמו חיוב אונסים כל האונסים הן בכלל קבלתו. דהרי פשיטא דאין בידו לומר דאם תשבר הרגל הימנית של הפרה יהיה חייב ואילו אם נשברה הרגל השמאלית יהיה פטור, דאפי' לרש"י אין בידו לחלק בין אופני החיוב, אלא דבידו לקבל על עצמו עיקר החיוב או לא. ולפי"ז נראה דבסוגין ילפינן מקרא ד"או" לרבות את השבויה - דשבויה הוי בכלל חיוב אונסין, ומאחר שקיבל השואל על עצמו חיוב אונסין ממילא הריהו מתחייב נמי באונס דשבויה ואע"פ דלא סליק אדעתיה, דמאחר שקיבל על עצמו דין שואל להתחייב באונסים הרי כל האונסים בכלל קבלתו, דאינו צריך קבלה מיוחדת להתחייב על כל אופן ואופן של אונס בפ"ע.[693]

דף צה.

גמ'. איתמר פשיעה בבעלים פליגי בה רב אחא ורבינא חד אמר חייב וחד אמר פטור וכו'.

בענין פשיעה בבעלים

א.

ביאור השגת הראב"ד בפ"ב מהל' שכירות ה"ג

כתב הרמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ג) וז"ל יראה לי שאם פשע השומר וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן וכו' אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין וכו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א ואם אמת הוא זה שומר חנם למה אינו נשבע על טענתו שלא פשע שהרי אם פשע משלם, ואם נפשך לומר הלא מודה במקצת שאם יודה ישלם ואעפ"כ אינו נשבע הרי אמרה תורה כלל

[693] ועיין לעיל בשיעורים דף צד. ד"ה מתנה.

ופרט בשומר חנם וכלל ופרט בש"ש מה ש"ש מיעט את אלו מעיקר התשלומין ולא מן השבועה לבדה אף ש"ח שמיעט את אלו אף מעיקר התשלומין מיעטן ולא מן השבועה לבדה, ואין פושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין פושע דומה למזיק עכ"ל. ונראה לבאר השגתו דהקשה דאם שומר שפשע בעבדים שטרות וקרקעות חייב לשלם מדין מזיק א"כ צ"ע מדוע אינו חייב לישבע על טענתו שלא פשע. דהראב"ד סובר דהא דקיי"ל דאין נשבעין על הקרקעות אין הכוונה דאין שבועה חלה על קרקע כלל, דהרי קיי"ל דנשבעין על הקרקעות בגלגול שבועה (עיין במשנה קידושין כו. ובגמ' לעיל ד א), ועל כרחך דחלה חלות שבועה על קרקע, אלא דליכא חיוב שבועה על קרקע משום דחלות חיוב שבועה תלוי בחלות שם טענה ותביעה וכדחזינן מהא דאין נשבעין אלא על טענת שתי כסף, ואין טענת קטן כלום. ונראה דאין חלות שם טענה המחייבת שבועה חלה בקרקע ומשו"ה ליכא חיוב שבועה על הקרקעות. אמנם נשבעין על הקרקעות בגלגול שבועה משום דחל דין שבועה מכח השבועה הראשונה בלי המחייב של טענה ותביעה. ולכן הקשה הראב"ד דא"כ מדוע אינו נשבע בקרקע שבועת השומרים שלא פשע, דשבועת השומרים חלה בלי חלות שם טענה דהרי נשבעין שבועת השומרים בטענת שמא של המפקיד, וטענת שמא לא הויא טענה, וכי היכי דנשבעין על הקרקע בגלגול שבועה הו"ל נמי לישבע על קרקע שבועת השומרים שלא פשע, דשבועת השומרים חלוקה משבועת מודה במקצת דשבועת מודה במקצת חלה מחמת טענה ותביעה, משא"כ שבועת השומרים חלה בלי חלות שם טענה וא"כ צ"ע מדוע שומר אינו נשבע שלא פשע בקרקע. ועל כרחך הוא משום דחל בקרקע פטור מפשיעה וגניבה ואבידה. וצ"ע בפסק הרמב"ם דשומר שפשע בקרקע חייב לשלם משום דפשיעה כמזיק.

אמנם יעויין ברמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ז) וז"ל קטן שהפקיד ביד גדול או השאילו הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן. הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת קטן כדי שנאמר אין נשבעין על טענת קטן שכל השומרים שבועתן שבועת שמא היא עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל ורבותי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפילו היסת שאין נתינת קטן כלום ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן, ואפילו באבידה אינו דאבידה אתיא מכח בן דעת, ותמה על עצמך דכולה פרשתא עיקר בשבועת השומרים ועלה קאמר איש פרט לקטן, ועוד על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דנשבעין שבועת השומרים לקטן, ואין זה נחשב לנשבעין על טענת קטן דשבועת השומרים חלה בלי טענה וחלות שם תובע, דהרי נשבעין שבועת

השומרים על טענת שמא - אע"פ דטענת שמא לא הוי חלות שם טענה ותביעה, וה"נ נשבעין שבועת השומרים לקטן. והראב"ד חולק על הרמב"ם מכמה טעמים: א) דילפינן מגזה"כ "וכי יתן איש פרט לקטן" דאין נתינת קטן כלום ואינו נחשב לשומר כלל, ואילו הרמב"ם סובר דהדין דאין נתינת קטן כלום הוא דין מסוים לגבי טט"ג בפקדון של קטן וכדפסק בפ"ד מהל' גניבה (ה"ט) וז"ל הטוען טענת גנב בפקדון של קטן אע"פ שנתן לו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול ונשבע ואח"כ באו עדים הרי זה פטור מן הכפל שנא' כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום וצריך שתהיה נתינה ותביעה שוין בגדול עכ"ל, אולם אף במסירת קטן לשומר חלה חלות שמירה. והראב"ד הוסיף שאין להוכיח מהא דחל דין שמירה בשומר אבידה דלא בעי מסירה לשמירה בכדי להיות שומר וא"כ אף מסירת קטן מועילה לשוויה לשומר, די"ל דאבידה שאני משום דמ"מ אתיא האבידה מכח בן דעת, משא"כ מסירת קטן לשומר לא הוי מסירה כלל, "ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן". ב) הגזה"כ "איש פרט לקטן" מיירי בשבועת השומרים. ג) ועוד הוסיף הראב"ד להקשות וז"ל על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין עכ"ל, דר"ל דהרי קיי"ל דאין נשבעין שבועת מודה במקצת בטענת קטן וא"כ י"ל דק"ו הוא שאין נשבעין שבועת השומרים על טענת שמא של קטן. והשגתו צ"ע דלכאורה שבועת השומרים חלה בלי טענה וכדמוכח מהא דנשבעין אף על טענת שמא, משא"כ שבועת מודה במקצת בעי טענה וטענת קטן לא הויא טענה. ועל כרחך צ"ל דהראב"ד סובר דאין לומר דחל חיוב שבועת השומרים בלי טענה, דבאמת אף שבועת השומרים בעי טענה - אלא דבנוגע לחיוב שבועת השומרים חידשה התורה דטענת שמא של המפקיד שמה טענה ומחייבת שבועה. ולכן כשהמפקיד הוא גדול ובר טענה הריהו מחייב את השומר לישבע מחמת טענת שמא שלו. משא"כ קטן שאינו בר טענה כלל ואף אינו בר טענת שמא אינו מחייב את השומר לישבע. וצ"ע דלכאורה דברי הראב"ד סתרי אהדדי, דבפ"ב מהל' שכירות (ה"ג) הקשה הראב"ד דכי היכי דנשבעין גלגול שבועה על הקרקעות אע"פ דליכא טענה ותביעה הכי נמי הו"ל לישבע שבועת השומרים שלא פשע דחלה שבועת השומרים בלי חלות שם טענה ותביעה דהרי נשבעין על טענת שמא. ואילו בפ"ב מהל' שכירות (ה"ז) נקט הראב"ד דאף שבועת השומרים בעי טענה אלא דהתורה חידשה בשומרים דטענת שמא חשיב טענה ותביעה. ולפי"ז צ"ע בהשגת הראב"ד בהל' ג' דהו"ל לישבע שבועת השומרים שלא פשע בקרקעות די"ל דליכא חלות שם טענה בקרקע ומשו"ה אינו נשבע. ונראה לומר דכוונת הראב"ד במש"כ בפ"ב מהל' שכירות (ה"ז) "על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין" היינו דקיי"ל דאין נשבעין לקטן, ואין זה משום דיש חסרון בחלות

שם טענה ותביעה דהרי שבועת השומרים לא בעי טענה, אלא דיש דין דהשבועה צריכה לחול כנגד הבעל דבר, וקטן לא הוי בעל דבר לחייב שבועה כנגדו. ולפי"ז הדין דאין נשבעין לקטן הוא דין בעצם השבועה ולא מחמת חסרון בטענה ובתביעה. ויש להביא ראייה דהראב"ד סובר דחלה שבועת השומרים בלי חלות שם טענה ותביעה ממה שפסק הרמב"ם (פ"ג מהל' טוען ונטען ה"ו) וז"ל העיד עליו עד אחד אפילו לא כפר אלא פרוטה הרי זה נשבע, שכל מי ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה, וכן שבועת השומרים אפילו הפקיד אצלו פרוטה או שו"פ וטען שאבדה נשבע וכו' עכ"ל. ומבואר ברמב"ם דחל דין שבועת השומרים אפילו על שו"פ ולא בעינן ב' כסף, ולא השיג עליו הראב"ד ומשמע דהראב"ד נמי סובר דליכא דין דבעינן טענת ב' כסף בשבועת השומרים דשבועת השומרים חלה בלי חלות שם טענה ותביעה. ולפי"ז שפיר השיג הראב"ד בהל' ג' דצ"ע מדוע אין נשבעין שבועת השומרים דלא פשע בקרקעות דחל חיוב שבועת השומרים בלי טענה.

ב.

בגדר דין בבעלים ובדין פושע מזיק הוא

ובסוף דבריו הקשה הראב"ד (פ"ב מהל' שכירות ה"ג) וז"ל ואין פושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין פושע דומה למזיק עכ"ל. ובכתבי מרן הגר"ח זצ"ל משיעוריו בוואלאזין למס' ב"מ (עיין בס' שיעורי רבנו חיים הלוי לב"מ דף צה. ד"ה איתמר פשיעה בבעלים) כתב הגר"ח זצ"ל וז"ל וקיי"ל דפטור. והנה לעיל (דף נז:) דאמעוט קרקעות ועבדים ושטרות מחיובי שומרין פסק הרמב"ם (פ"ב הל' שכירות ה"ג) דעל פשיעה חייבין משום דפושע מזיק הוא, וכבר הביא הר"ן בשבועות מב: דהרי"ף והר"י מגאש חולקין עליו, וכן הראב"ד וס"ל דפושע לא הוי מזיק. וכבר הביא הראב"ד (בהל' שכירות שם) דאם פושע מזיק הוא למה פטור בבעלים.

ונראה ליישב דעת הרמב"ם עפ"י מה שכתב הרמב"ם (בפ"ה מהל' טוען ונטען ה"א) דהא דאין נשבעין על עבדים ושטרות וקרקעות היינו משום דילפינן לה משומר חנם והר"י מגאש ס"ל דאיכא ע"ז קרא בפ"ע. ונראה דמדעת הרמב"ם מוכרח דאין הפטור משום שמירת הקרקעות, דא"כ אין זה שייך כלל למודה במקצת ועד אחד, אלא ודאי דגזה"כ הוי דאין החיובים חלין על עבדים ושטרות וקרקעות. ולדעת הר"י מגאש הפטור הוי משום שמירת דברים האלו, וע"כ צריך קרא על מודה במקצת ועד אחד. והנה גבי שאלה בבעלים הא קיי"ל דהיה עמו בשעת שאלה א"צ להיות עמו בשעת שבורה ומתה. ומפרש במ' דף צו משום דאי אין שאלה אונסין מאי קעביד, הרי להדיא דהתם תלוי הפטור מצד

השמירה. והנה זה פשוט דמה שכתב הרמב"ם דפושע הוי מזיק הא לא הוי זאת אלא בשומר ולא באחריני. ולפי"ז בבעלים דפטור מצד שמירתו ממילא לא הוי מזיק כלל. אכן כ"ז הוא היכא דהפטור תלוי מצד השמירה, משא"כ בקרקעות ועבדים ושטרות דהפטור אינו מצד שמירה כלל ממילא הוי מזיק. אכן כ"ז הוא לדעת הרמב"ם שהבאנו אבל לדעת הר"י מגאש דגם בקרקע עבדים ושטרות ג"כ הוי הפטור מצד שמירה, וע"כ שפיר הוכיח הראב"ד דאין זה בכלל מזיק עכ"ל.

הגר"ח זצ"ל ביאר דיש לעיין האם חלה שמירה על קרקעות או לא, והביא ראייה מדברי הרמב"ם (פ"ה מהל' טוען ונטען ה"א) וז"ל ואלו דברים שאין נשבעין עליהן מן התורה הקרקעות והעבדים השטרות וההקדשות אע"פ שהודה במקצת או שיש עליו עד אחד או ששמר וטען טענת השומרים הרי זה פטור שנא' כי יתן איש אל רעהו פרט להקדש כסף או כלים פרט לקרקעות ולעבדים שהוקשו לקרקעות וכו' עכ"ל. ומבואר דילפינן מהא דאין נשבעין שבועת השומרים על הקרקעות דהוא הדין דאין נשבעין שבועת מודה במקצת ועד אחד על הקרקעות, והנה אי נימא דלא חלה שמירה כלל על הקרקעות ומשו"ה אין נשבעין על הקרקעות שבועת השומרים צ"ע איך ילפינן מיניה דה"ה דאין נשבעין שבועת מודה במקצת ועד אחד על הקרקעות. ועכצ"ל דהגזה"כ "כי יתן איש כסף או כלים פרט לקרקעות" אינה ממעטת קרקע מחלות שמירה אלא ממעטת קרקע מחיובי שומר דהיינו משבועת השומרים ומחיובי תשלומי שומר, ושפיר ילפינן דכי היכי דנתמעט קרקע מחיוב שבועת השומרים ה"ה דאין נשבעין על הקרקע שבועת מודה במקצת ועד אחד. ומבואר מזה דחל דין שמירה בעבדים, שטרות, וקרקעות אלא דחל בעבדים שטרות וקרקעות דין פטור מתשלומין ומשבועה. אולם הר"י מגאש סובר דיש גזה"כ נפרדת למעט קרקע משבועת מודה במקצת ועד א' ולא ילפינן לה מהא דאין נשבעין שבועת השומרים על הקרקעות. ונראה דהר"י מגאש סובר דאין חלות שמירה חלה על הקרקעות כלל, ומשו"ה ס"ל דאי אפשר למיליף מהא דאין נשבעין שבועת השומרים על הקרקעות לשבועת מודה במקצת ועד א' ומשו"ה בעינן גזה"כ מיוחדת דאין נשבעין שבועת מודה במקצת ועד א' על הקרקעות.

והנה נראה דיסוד הדין דפושע מזיק הוא הוי דין מסוים בשומר, דבעלמא פשיעה אינה מחייבת מדין מזיק דלא הויא אלא גרמא בעלמא ואינה היזק בידיים, אלא דנתחדש דין מיוחד בשומר דפשיעה מחייבת שומר מדין מזיק, וחלות דין פושע כמזיק תלוי בחלות שם ודין שומר. ומשו"ה קיי"ל דאף פשיעה בבעלים פטור, דבבעליו עמו חל הפקעה בחלות שם שומר, ומשו"ה קיי"ל דבעינן שהבעלים יהיו עמו במלאכה דוקא בשעת

התחלת השאלה וליכא פטור דבעליו עמו אם היו הבעלים עמו במלאכה רק בשעת אונסים (וכדמבואר בגמ' דף צו. "אי לאו שאלה שבורה ומתה מאי עביד"), דמכיון דיסוד הפטור דבעליו עמו מהווה הפקעת חלות שם שומר בעינן שיהיו הבעלים עמו במלאכה בשעת השאלה דאזי פקע המחייב דשמירה ולא חל דין שמירה על השואל כלל. משא"כ אי היה דין דבעליו עמו רק חלות דין פטור מתשלומין אזי מסתבר לומר דאף אם היו עמו בשעת אונסים היה חל דין פטור תשלומין. ומוכח דהפטור דבבעלים מהווה חלות דין הפקעה דפקע השמירה ואינו רק דין פטור תשלומין, ומשו"ה פשיעה בבעלים פטור ואינו מתחייב מדין פשיעה כמזיק. משא"כ שומר שפשע בקרקע חייב לשלם, דמכיון דחלה חלות דין שמירה בקרקע והפטור דשמירה בקרקע אינו אלא חלות דין פטור תשלומין י"ל דכשפשע דחייב לשלם תשלומי מזיק ומשו"ה חייב השומר לשלם אף בקרקעות, ולפי"ז מיושבת שפיר השגת הראב"ד. משא"כ לפי הר"י מגאש דליכא חלות שמירה בקרקע כלל אף שומר שפשע בקרקע פטור מלשלם ואינו מתחייב מדין מזיק, עכת"ד מרן הגר"ח זצ"ל.

אולם יש להעיר על דברי הגר"ח זצ"ל דבגמ' (דף מא:) איתא דשליחות יד בבעלים חייב ועל כרחך דאע"פ דבעליו עמו חל ביה חלות דין שומר ומשו"ה חייב על שליחות יד, ולכאורה מוכח דחל חלות שמירה ובעליו עמו אינו אלא פטור תשלומין. ונראה דאף לדברי הגר"ח זצ"ל דבבעלים מהווה חלות הפקעת שמירה לא התכוון הגר"ח זצ"ל לומר דבבעליו עמו לא חל בשומר חלות שם שומר וליכא דין שמירה כלל, אלא ר"ל דחל הפקעה בהמחייב של שמירה - דבבעליו עמו פקע המחייב דחיובי שומר, משא"כ בשליחות יד דחל החיוב מדין גזילה קיי"ל דהשומר חייב בבעליו עמו - דאע"פ שהיו בעליו עמו וחלה הפקעה מהמחייב דחיובי שומר מ"מ חל חיוב דשליחות יד דהוי חיוב מדין גזילה. אך עדיין צ"ע בזה דהא שומר שפשע חייב בתורת חיוב מזיק ומ"מ פטור בבעליו עמו משום דפקעה השמירה והחיוב מזיק הוא דין מסוים בשומר ותלוי בחלות שמירה, וכשבעליו עמו פקעה השמירה דה"נ י"ל אף לענין שליחות יד, דהוי חיוב גזילה מיוחד מהלכות שומרים, וא"כ צ"ע מדוע חל חיוב שליחות יד אף בבעליו עמו דמאי שנא מחיוב פושע כמזיק דפטור בבעליו עמו. וביאר הגר"ח זצ"ל דמש"כ הרמב"ם דשומר שפשע מזיק הוא אין הכוונה דחייב מדין אדם המזיק בעלמא, דהרי משום אדם המזיק הו"ל גרמא בנזקין, אלא הוי חיוב מזיק מיוחד משום שומר. ונראה דהביאור בזה הוא דבשומר חלין ב' חיובים: א) חיובי אחריות דחלין מחובת השבה ופרשת השומרים, וכגון שואל דחייב באונסין וש"ש דחייב בגניבה ואבידה, ב) חיוב שחל מחמת ביטול

חובת השמירה וכגון שומר שפשע. וי"ל דשומר שפשע בקרקע פטור מחיוב אחריות דחל מפרשת השומרים ומ"מ חייב לשלם כשפשע משום ביטול חובת שמירה המוטלת עליו. אמנם כ"ז הוא לגבי קרקע דחל בה חלות דין שמירה אך אינה נמסרת לרשות השומר די"ל דמאחר שהקרקע אינה נמסרת לרשות השומר משו"ה ליכא בקרקע חלות חיוב אחריות דשומר ומשו"ה פטור בה השומר מגניבה ואבידה ואונסין, וחייב בפשיעה בקרקע מחמת שביטל את חובת השמירה המוטלת עליו. משא"כ בבעליו עמו דפקע המחייב של חיובי שומר אזי פטור השומר אף מפשיעה דחיוב פשיעה חל מחמת ביטול חובת השמירה המוטלת עליו, ובבעליו עמו פקע מהשומר חיובי שמירה. אמנם לענין שליחות יד בבעלים השומר חייב לשלם משום דחיוב שליחות יד חל מדין גזילה בעלמא ולא הוי חלות שם חיוב מיוחד מדין שומר כמו חיוב פשיעה, ומשו"ה שליחות יד בבעלים חייב ואילו פשיעה בבעלים פטור, ודו"ק.

ועיין בשיעורי רבנו חיים הלוי (ב"מ דף נו.) שכתב הגר"ח זצ"ל וז"ל והנה בהך כלל ופרט דכי יתן איש אל רעהו כסף או כלים יש לבאר בו תרי גווני. או דהתורה מיעטתו מדין שמירה, או דנימא דהתורה מיעטתו דאינו ניתן לשמירה כלל ומקרי שלא קיבלו להחפץ לשמור. ועיין בב"ק (דף קיז) דממעטינן לקרקעות ועבדים ושטרות ג"כ מדין גזילה מכלל ופרט דוכחש בעמיתו בפקדון. ושם הרי פשוט דהמיעוט הוי שאינו נגזל ולא מיעוטא מחיוב גזילה, אלא דכל אלו אינן נגזלין כלל. וראיה לזה מהא דמבואר בב"מ (דף ז.) דבקרקע דאינה נגזלת לא חשיב דבר שאינו ברשותו, ואם נימא דנגזלת אלא דממעטינן לה מדין חיוב גזילה, א"כ מאי ענין זה לקרקע דאינה נגזלת, אלא ודאי דהמיעוט הוי דאינה נגזלת כלל, וא"כ שפיר חשיב ברשותו. ולפי"ז נוכל לומר דהרמב"ם סובר דגם הכא הוי המיעוט כן, דדוקא דבר המטלטל וגופו ממון חשיב כי יתן איש אל רעהו, פרט לעבדים ושטרות וקרקעות והקדשות, דאין נקחין כלל ולא קיבלם לרשותו עדיין. ולפי"ז שפיר חילק הרמב"ם דדוקא על שארי אונסין וגניבה ואבידה הוא דמפטר, דהואיל וכל חיובם הוא מדין השבה, ומאחר שלא קיבלם כלל ע"כ לא שייך גביה חיוב השבה. משא"כ על חיוב פשיעה מאחר שחייב גם מדין היזק חסרון שמירתו, א"כ לא איכפת לנו אם לא באו הדברים לרשותו, מ"מ הוא חייב שקיבלם לשמור עכ"ל.

ובביאור דבריו נראה דילפינן הדין דקרקע אינה נגזלת בגזילה דעלמא מהא דקרקע אינה מחייבת בשבועת הפקדון. והנה אי נימא דאין חלות שמירה על הקרקעות כלל, צ"ע איך ילפינן מהא דאין נשבעין שבועת הפקדון על הקרקע לדין גזילה דעלמא דקרקע אינה נגזלת. ועל כרחך צ"ל דחל חלות שמירה אף הקרקעות והא דאין נשבעין שבועת הפקדון

על הקרקעות הוא משום דקרקע אינה נגזלת כלומר דאינה יוצאת מרשות הנגזל ועדיין היא ברשותו, ומשו"ה שפיר ילפינן מינה לדין גזילה בעלמא דקרקע אינה נגזלת. דילפינן מגזה"כ דגזילה חלה רק בדבר המטלטל שהגזלן מוציא את החפץ מרשות הנגזל. משא"כ קרקע אינה נגזלת שאינה יוצאת מרשות הנגזל ואינה מחייבת את הגזלן בחיובי גזילה. והרמב"ם סובר דהוא הדין דהגזה"כ דכי יתן איש כסף או כלים לשמור מחדשת דדין שמירה מדין חובת אחריות דשומר אינה חלה על הקרקע משום שאינה יוצאת מרשות המפקיד לרשות השומר. ולכן לא חל על שומר קרקע חיוב השבת הפקדון לבעלים דלא נכנסה הקרקע לרשות השומר, ומשו"ה שומר קרקע פטור מחיובי אחריות דאונסין וגניבה ואבידה שחלין מחמת חיוב השבה. דכי היכי דילפינן שאין חיוב השבה לקטן שמסר פקדון לשמירה דאין מסירת קטן כלום, דרק בדבר המסור מהמפקיד לנפקד חל חיוב השבה הוא הדין דליכא בקרקע חיוב השבה. אמנם אעפ"כ חל בקרקע חלות דין שמירה שמחייב את השומר בפשיעה, דחיוב שמירה שלא יפשע בה אינו תלוי בחיוב השבה ובחלות דין אחריות דשומר, ואע"פ שלא נמסרה הקרקע לרשות השומר מ"מ הריהו חייב לשמור אותה ושלא יפשע בה, ואם ביטל את חובת השמירה ופשע בה הריהו חייב לשלם מדין מסוים דשומר הוי מזיק. אולם לפי"ז י"ל דיסוד הדין דבעליו עמו הוי דין פטור תשלומין, ומשו"ה אף בפשיעה בקרקע שביטל חובת שמירה אי היו בעליו עמו פטור מתשלומין, עכת"ד הגר"ח זצ"ל.

ג.

כמה הערות בדברי מרן הגר"ח זצ"ל

א) והנה הגר"ח זצ"ל העיר דצ"ע מדוע השמיט הרמב"ם (בפ"ב מהל' שכירות ה"ג) דין פשיעה בשומר הקדש ופסק רק דשומר הפושע בשטרות עבדים וקרקעות חייב משום דפושע מזיק הוא, ואילו בהקדש משמע דשומר שפשע פטור. ותירץ הגר"ח זצ"ל דיעויין ברמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ה) וז"ל הפקיד הקדש ואח"כ פדהו והרי הוא חולין בעת שנטלו מיד השומר או שהשאילו חולין ואח"כ הקדישו והוא ביד השואל וכן עכו"ם שהפקיד ואח"כ נתגייר כל אלו אין בהן כל דיני השומרין עד שתהא תחילתן וסופן נכסי הדיוט ונכסי ישראל עכ"ל. וכתב המגיד משנה שם וז"ל במכילתא (פ' משפטים) וכי יתן איש אל רעהו וכתיב ישלם שנים לרעהו ולא להקדש ולא לאחרים. פי' בעינן לרעהו בשעת נתינה ובשעת תשלומין עכ"ל. וביאר הגר"ח זצ"ל דמהא דנאמרו ב' מיעוטים ילפינן דהשומר פטור בין אם היה הקדש בשעת השאלה או דהיה הקדש בשעת האונס, ומוכח דליכא בהקדש חלות דין שמירה כלל. משא"כ בעבדים שטרות

וקרקעות שנתמעטו ממיעוט אחד (עיין ברמב"ם פ"ב מהל' שכירות ה"א) י"ל דחל בהם רק דין פטור תשלומין גרידא, ומשו"ה חל בהו דין פושע כמזיק. משא"כ בהקדש ליכא חלות דין שמירה כלל ומשו"ה לא הביא הרמב"ם דין פשיעה כמזיק בהקדש. והקדש דומה לדין בבעלים דחל הפקעה בעצם השמירה. אמנם נראה דיש חילוק בין הפטור דבבעלים לפטור דהקדש, דהפטור דבעליו עמו חל בשעת המסירה לשמירה דהיינו בשעת המשיכה ואילו הפטור דהקדש חל כשהיה הקדש בין בשעת משיכה ובין בשעת אונסין. ובביאור יסוד הדין דליכא חלות שמירה בהקדש י"ל דהוא משום דקיי"ל בהקדש דכל היכא דאיתא ביה גזא דרחמנא איתא ולפיכך י"ל דאין החפצא נכנסת לרשות השומר לשמירה. ועוד י"ל דאין בהקדש גברא שהוא בעלים למסור את החפץ לשמירה. וע"כ בהקדש חל הפקעה בדין השמירה[694] משא"כ בעבדים שטרות וקרקעות דחל חלות שמירה ולא הוי אלא חלות דין פטור תשלומין. ונראה דלפי מה שנתבאר בשם מרן הגר"ח זצ"ל ביסוד דין שמירה בקרקעות דהוי חלות דין פטור תשלומין שחל בשעת אונסין א"כ י"ל דאם מסרו הבעלים קרקע לשומר ואח"כ נתלשה ונאבדה השומר חייב בתשלומין מכיון דבשעת חלות החיוב הוי תלוש[695].

אמנם יש להעיר ע"ז דבתוס' במס' ב"ק (דף סב: ד"ה יצאו) מבואר דאם הפקיד קרקע ונתלשה וטען טענת גנב דפטור, ומוכח שהפטור דקרקע תלוי בשעת השאלה ולא בשעת אונסין, ולכאורה מוכח מזה שלא כדברי הגר"ח זצ"ל דמשמע דאף בקרקע חל פטור והפקעת דין שומר[696]. ויש ליישב עפי"מ שמתבאר מדברי הרמב"ם שפסק דליכא חיוב טט"ג בשמירה לקטן שכתב (בפ"ד מהל' שכירות ה"ט) וז"ל הטוען טענת גנב בפקדון של קטן אע"פ שנתן לו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול ונשבע ואח"כ באו עדים הרי זה פטור מן הכפל שנאמר כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום וצריך שתהיה נתינה ותביעה שוין בגדול עכ"ל. ומשמע קצת דסובר דליכא חלות שמירה לקטן. אולם עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ז) שכתב וז"ל קטן שהפקיד ביד גדול או השאילו הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן. הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת הקטן שנאמר אין

[694] ברם שאני הקדש מבעליו עמו דהקדש מפקיע השמירה גם בשעת אונסין ואילו בעליו עמו מפקיע השמירה דוקא כשבעליו היו עמו בשעת המשיכה. וי"ל דדין בעליו עמו חל בשעת המשיכה כי עיקר יסוד דינו הוא דמפקיע את חלות המסירה מהבעלים לשומר ולכן חל דוקא בשעת המסירה דהיינו בשעת משיכה. משא"כ הקדש הוי הפקעת שמירה מהחפצא ולכן חל פטור הקדש אף בשעת אונסין.

[695] ועיין עוד בס' רשימות שיעורים למס' בב"ק ח"א עמ' שיב - שיג ובהערה 54.

[696] ולפי"ד הגר"ח זצ"ל דקרקע הוי רק דין פטור תשלומין לכאורה היה חל פטור קרקע בשעת אונסין ולא בשעת משיכה. אולם אם ננקוט דיסוד הדין בקרקע הוא דקרקע אינה נמסרת לרשות השומר ומשו"ה אינו חייב באחריות דגניבה אבידה ואונסין י"ל דדין פטור דקרקע חל דוקא בשעת המסירה ולא בשעת אונסין, ואין כאן קושיא. ועיין לעיל בשיעורים בדברי הגר"ח זצ"ל.

נשבעין על טענת קטן שכל השומרין שבועת שמא היא עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד שם וז"ל א"א ורבותי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפילו היסת שאין נתינת קטן כלום, ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן, ואפילו כאבידה אינו דאבידה אתיא מכח בן דעת. ותמה על עצמך דכולה פרשתא עיקר בשבועת השומרים ועלה קאמר איש פרט לקטן וכו' עכ"ל. ומבואר דנחלקו הרמב"ם והראב"ד האם חלה חלות דין שמירה בנכסי קטן, דהראב"ד סובר דמגזה"כ דאיש פרט לקטן ילפינן דאין שמירה לקטן ולא חלה חלות שמירה בנכסי קטן. ואילו הרמב"ם סובר שחלה חלות שמירה בנכסי קטן וחייב השומר לישבע שבועת השומרים. ולפי"ז צ"ל דהרמב"ם (בפ"ד מהל' גניבה ה"ט) מפרש דהגזה"כ דאיש פרט לקטן דילפינן מיניה דאין נתינת קטן כלום הוי הלכה מיוחדת לענין חיוב דטט"ג, דליכא חיוב דטט"ג בנכסי קטן. אמנם הרמב"ם סובר דשאר דיני שמירה חלים בנכסי קטן דחלה חלות דין שמירה בנכסי קטן (וכמבואר ממה שפסק בפ"ב מהל' שכירות ה"ז). ולפי"ז י"ל דהוא הדין בנוגע לקרקע דחל בה דין פטור מיוחד מחיוב דטט"ג, אע"פ שבעצם חלה דין שמירה בקרקעות. ומיושב היטב דברי הגר"ח זצ"ל דבעצם חלה דין שמירה בקרקע והפטור דקרקע הוי רק חלות פטור תשלומין, והא דאין בקרקע חיוב דטט"ג ותלוי בשעת השאלה הוי פטור מיוחד בקרקע.

ואמר הגר"מ זצ"ל דנל"ב שיטת הרמב"ם עפ"י דברי הירושלמי (פ"ד ממעשר שני ה"ג) דיליף מהא דאין נתינת קטן כלום בנוגע לשמירה לכל התורה כולה שאין לקטן כח הקנאה וז"ל הכל מודים שאין מתנתו מתנה דכתיב כי יתן איש, מתנת איש מתנה ואין מתנת קטן מתנה עכ"ל. ולפי"ז י"ל דחל דין מסוים בטט"ג דחל דין טט"ג רק היכא דחלה הקנאה מהמפקיד לשומר ומכיון דקטן אינו בר הקנאה ליכא דין טט"ג בשומר לקטן. ויוצא דיסוד הפטור דטט"ג בקטן חל משום דחסרה "נתינה" דקטן לאו בר הקנאה ואינו יכול למסור את הפקדון לרשות השומר וחיוב טט"ג תלוי במסירה לרשות השומר, ולפי"ז י"ל דה"ה בקרקע דחסרה מסירה ונתינה לרשות השומר ומשו"ה טט"ג בקרקע פטור, והפטור תלוי בשעת מסירה לשאלה ולא בשעת הטענה. אלא דצ"ע דחסרון נתינה בקרקע מפקיע אחריות דגניבה ואבידה ואונסין וגם מטט"ג, ואילו חסרון נתינה דקטן פוטר רק מטט"ג ועדיין חייב השומר בגניבה ואבידה ואונסין, וצ"ב מ"ש קטן מקרקע. ונראה דשאני קטן דליכא דעת מקנה למסור את הפקדון לרשות השומר, אך מ"מ במציאות מסר הקטן את הפקדון לשומר, ולכן ההפקעה מוגבלת לטט"ג אך חלה מסירה לחייב באחריות החפצא לגבי גנו"א ואונסין. משא"כ בקרקע דליכא היכי תימצי

דנתינה ומסירה לרשות השומר לא חלה מסירה כלל ולא חל בה אחריות דגנו"א ואונסין וחיוב דטט"ג.

ב) והנה עיין בתוס' (ב"ק דף נז: ד"ה נמצא) דנסתפקו האם יש פטור מחיוב טט"ג בבעליו עמו, ולכאורה מוכח מזה דס"ל דחלה חלות שמירה אף כשבעליו עמו (ודלא כדברי הגר"ח זצ"ל), דאל"ה היאך נשבע שנגנבה הימנו, דחיוב טט"ג חל רק כשנשבע הנפקד שבועת השומרים בב"ד, דאי קפץ ונשבע אינו חייב כפל (כדמבואר בגמ' ב"ק דף ק"ו.), ועל כרחך דמיירי שנשבע שבועת השומרים, וחזינן דחלה דין שמירה אף בבעליו עמו. אמנם עיין בקצה"ח (ס' רצ"א ס"ק י"ח) שדחה די"ל דמיירי דנשבע שנגנבה ע"י גלגול שבועה דמתחייב כפל בטט"ג אף ע"י גלגול שבועה. ולפי"ז יש ליישב את דברי התוס' אף לפי"ד הגר"ח זצ"ל, דהפטור דבעליו עמו מהווה הפקעה משמירה, ומ"מ מתחייב כפל בטט"ג בבעלים משום דמיירי שנשבע ע"י גלגול[697]. ברם עיי"ש בקצה"ח שכתב דהפירוש הנ"ל דחוק בלשון התוס', דלא הזכירו התוס' דמיירי דנשבע מדין גלגול שבועה, והקצה"ח נקט דהפטור דבעליו עמו הוי פטור תשלומין בלבד ואינה הפקעת חלות דין שמירה וכדמשמע מלשון הקרא "אם בעליו עמו לא ישלם", ושומר בבעלים חייב לישבע שבועת השומרים[698].

ג) ועוד יש להעיר על דברי הגר"ח זצ"ל, דעיין ברמב"ם (פ"א מהל' שכירות ה"ד) וז"ל אין השוכר רשאי להשכיר וכו' שהרי זה אומר לו אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר וכו' לפיכך אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני ה"ז השומר הראשון פטור מלשלם וכו' והוא שלא ימעט שמירתו. כיצד ימעט שמירתו כגון שהיה מופקד אצלו בשכר והפקיד אצל אותו השני בחנם או שהיה שאול אצלו והפקיד אצל אותו השני בשכר הואיל ומיעט שמירתו פושע הוא ומשלם, אע"פ ששאל או ששכר בבעלים הרי הוא הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר וכו' עכ"ל. ומבואר שאם ש"ש בבעלים מסר הפקדון לש"ח הוי מיעוט שמירה וחייב. ויש להקשות דלפי"ד הגר"ח זצ"ל דבעליו עמו מהווה הפקעת דין שמירה צ"ע מדוע ש"ש בבעלים שמסר לש"ח הוי מיעוט שמירה, דלכאורה מכיון דהיו בעליו עמו לא חלה על השומר הראשון חלות שמירה כלל, ומסירתו לשומר השני לא הוי מיעוט שמירה. וצ"ל דאף לפי"ד מרן הגר"ח

[697] צ"ע דאם אינו שומר אפילו שנשבע בגלגול מ"מ צ"ל פטור מטט"ג דרק שומר שטט"ג חייב כפל. וצ"ל דלגבי חיוב טט"ג הוי שומר דחיוב טט"ג חל בתורת חיוב גניבה בדומה לחיוב שליחות יד דחל מדין חיוב גזילה וגם שומר בבעלים חייב בשליחות יד.

[698] לכאורה צ"ע דאיזה שבועה ישבע שהרי הוא פטור מפשיעה. ונראה דנשבע שבועה שאינו ברשותו ושלא שלח בו יד ונשבע שנגנב כחלק משבועתו שאינו ברשותו.

זצ"ל חלה חלות שם שומר בבעליו עמו - דהשומר חייב בשמירת החפץ וחלה הפקעה רק מחיובי שמירה. ומשו"ה שפיר פסק הרמב"ם דש"ש בבעלים שמסר לש"ח הוי מיעוט שמירה.[699]

ד.

בדין בעליו עמו בשומר אבידה

והנה הגאון ר' מאיר שמחה זצ"ל ומרן הגר"ח זצ"ל נפגשו פעם בוורשא ודנו בשאלה האם חל פטור בבעלים בשומר אבידה, והגאון ר' מאיר שמחה טען דליכא פטור בעליו עמו בשומר אבידה, די"ל דהפטור דבעליו עמו חל בשמירה בעלמא דהשמירה חלה בשעת משיכת השומר, ואי הבעלים הם במלאכת השומר בשעת המשיכה המחייבת חל פטור דבעליו עמו. אולם בשומר אבידה ליכא שעה אחת המחייבת בהשבת האבידה ושמירתה דכל שעה ושעה מחייבת במצות השבת אבידה. ומשום כך ליכא פטור דבעליו עמו בשומר אבידה ואף אם היו הבעלים במלאכתו בשעת מציאת האבידה ויפטרו את השומר אבידה באותה שעה, מ"מ כל רגע ורגע הוי מחייב חדש בפ"ע דהשבת אבידה, ומתחייב השומר בהשבת ושמירת האבידה ברגע שהבעלים עזבו את מלאכתם. אולם הג"ר מאיר שמחה זצ"ל הוסיף דיש להעיר ע"ז דבגמ' (לקמן צח ב) נסתפקו בדין שאלה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים האם שכירות בשאלה מישך שייכי או לא, ומשמע דשאלה בשאלה בודאי מישך שייכי ופטור. וא"כ י"ל דה"ה בשומר אבידה דאע"פ שיש מחייב של שמירה בכל רגע ורגע כשאלה בשאלה דמי ופטור.

אמנם הגר"ח זצ"ל נקט דחל דין פטור דבעליו עמו אף בשומר אבידה כבשאר שומרים. והגר"ח זצ"ל סבר דשעת המציאה היא השעה המחייבת בהשבה, ואם היו בעליו עמו באותה שעה הריהו פטור. והגר"ח זצ"ל הביא ראייה דשעת מציאת האבידה היא השעה המחייבת ואין החיוב חל בכל רגע ורגע שהמציאה נמצאת ביד מוצא האבידה, דבגמ' לעיל (דף כו:) איתא "נטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוון לגוזלה עובר משום השב תשיבם, המתין לה עד שנתיאשו הבעלים ונטלה אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד", ומבואר דשעת מציאת האבידה היא השעת המחייבת בהשבה ובמצות השב תשיבם. ולפיכך י"ל דאם הבעלים היו עם השומר אבידה בשעת מציאת

[699] ולפי"ז יוצא דש"ש בבעלים חייב לשמור בשמירה מעולה ואע"פ שאם פשע הריהו פטור מלשלם, ואילו ש"ח שלא בבעלים חייב לשמור בשמירה פחותה. והוי מיעוט שמירה כשהש"ש בבעלים מסר הפקדון לש"ח שלא בבעלים, ועיין במגיד משנה ובכס"מ שם.

האבידה חל פטור דבעליו עמו, דהפטור חל בשעת המחייב - בשעת המציאה[700].
אולם הגר"מ זצ"ל אמר דלכאורה ליכא פטור דבעליו עמו בשומר אבידה, דהפטור דבעליו עמו חל רק היכא דהשומר הוי שומר דהבעלים, דהיינו דחלה השמירה ע"י מסירת הבעלים. אמנם שומר אבידה נעשה שומר משום דרחמנא שעבדיה, וכדחזינן מהא דאמר רב יוסף (ב"ק דף נו:) דשומר אבידה הוי כש"ש דרחמנא שעבדיה בעל כורחיה, ואינו נחשב לשומר של הבעלים. ומשו"ה י"ל דאין בשומר אבידה פטור דבעליו עמו. ועוד יש לומר דאין פטור דבעליו עמו חל בשומר אבידה, דהפטור דבעליו עמו תלוי במסירה לשמירה ובחלות קנין שמירה, כדאיתא בגמ' (צד:) דבעלים באמירה ופרה במשיכה, ומבואר דחל הדין דבעליו עמו בשעת משיכת הפרה לשאלה, ולכאורה צ"ע בזה דהרי רוב הראשונים ס"ל דא"צ משיכה כדי להתחייב באונסים (עיין בתוס' דף צט. ד"ה כך) ולרוב הראשונים חלה אחריות דשמירה משעת סילוק הבעלים כשאמר השומר "הנך לפני", והא דבעינן משיכה היינו רק כדי שלא יוכלו הבעלים לחזור בהם, וא"כ צ"ע מדוע אינו חל הפטור דבעליו עמו בשעת חלות האחריות דשאלה דהיינו משעת סילוק הבעלים. ונראה דחלות דין בעליו עמו תלוי בקנין השואל לשאלה ובחלות קניני שאלה ולא בחלות התחייבות באונסים גרידא, דצריך שיחול צירוף בין קנין השואל בשאלת הפרה ושאלת הבעלים למלאכה, ורק ע"י דעת מקנה וחלות קנין של השואל במשיכת הפרה חל צירוף בין קנין התחייבות הבעלים למלאכה וקנין שאלה דהפרה. ולפי"ז י"ל דחל פטור דבעליו עמו רק בשומר שחל בשמירתו קנין שמירה, ואילו בשומר אבידה ליכא מעשה קנין המחייב שמירה דרחמנא שעבדיה וחל עליו חובת שמירה בלי מעשה קנין, וע"כ אין פטור דבעליו עמו חל בשומר אבידה.[701]
ועוד י"ל דנדון זה תלוי בחקירה אי דין בעליו עמו חל מדין פטור תשלומין (וכדנקט הקצה"ח הנ"ל) או דמהווה חלות הפקעת חיוב שמירה (כדברי הגר"ח זצ"ל), די"ל דאם בבעלים הוי פטור תשלומין גרידא אזי חל דין זה אף בשומר אבידה כבשאר שומרים. משא"כ אי נימא דבעליו עמו הוי חלות הפקעת חיוב שמירה יתכן לומר דדין הפקעת שמירה חל רק בשמירה שחלה ע"י מסירת הבעלים, דאם היו הבעלים עמו במלאכה

[700] עיין בשיעורים לעיל (דף כז.) ד"ה ת"ר אשר תאבד דרבינו זצ"ל ביאר מחלוקת הראשונים האם אבידה צ"ל שוה פרוטה רק בשעת המציאה בלבד או עד שעת ההשבה. ויתכן דפליגי בזה דאם שעת המציאה היא המחייבת בהשבה אזי דין שו"פ חל רק בשעת מציאה. משא"כ אם המחייב דהשבה חל בכל רגע ורגע שנמצאה האבידה בידו אזי צ"ל שו"פ עד שעת ההשבה.

[701] ולפי"ז יוצא דמשיכת האבידה אינה מעשה קנין בעלמא אלא מחייב מסוים בהשבת האבידה דרחמנא שעבדיה והמשיכה הויא שעת מציאת האבידה שמחייבתו בהשבה. ולפי"ז יל"ע האם חלין כל ההלכות דקנין משיכה (כגון משיכה בצדי רה"ר בסימטא וברשות המקנה) במשיכת האבידה או לא, וצ"ע.

בשעת המסירה ומשיכה אזי אין המסירה מחייבת בחיובי שמירה. משא"כ בשומר אבידה דחל עליו חובת שמירה בלי מסירת הבעלים דהתורה רמיא עליה חיוב שמירה י"ל דלא חל בו הפקעת שמירה משום בעליו עמו. אולם עיין בגמ' (ב"ק דף קו:) "רב אשי אמר לא דמי אבידה קא אתיא מכח בן דעת" ומשמע דרב אשי סובר דאף בשומר אבידה חל חיוב שמירה מדין מסירה מהבעלים, דעפ"י דין שעת מציאת האבידה חשיבא כמסירה מהבעלים, וא"כ י"ל דחל פטור בעליו עמו אף בשומר אבידה[702].

ה.

בעליו עמו בשומר משכון

עיין בגמ' שבועות (דף מד:) "מר סבר מצוה קא עביד וכו'", ומבואר בגמ' דאי ס"ל דמצוה קא עביד דין שומר משכון שוה לדין שומר אבידה והוי שומר שכר. והנה רב יוסף סובר דשומר אבידה הוי ש"ש משום "בההיא הנאה דלא בעיא למיתב ליה ריפתא לעניא" (ב"ק דף נו:). ועיין במס' נדרים (דף לג:) דנחלקו ר' אמי ור' אסי אם אסור להחזיר אבידה כשנכסי בעל האבידה אסורין על המחזיר משום דקא מהני ליה פרוטה דרב יוסף או"ד דמותר משום דפרוטה דר' יוסף לא שכיח. ונראה לבאר פלוגתתם דשומר אבידה אינו נעשה שומר מחמת קבלת אחריות כשאר שומרים בעלמא, אלא התורה שעבדיה בעל כורחיה (עיין בגמ' ב"ק דף נו:). ופרוטה דרב יוסף אינה דומה לשכר שמשלמין לשומר שכר דעלמא, שהרי בעל האבידה אינו משלם לו פרוטה זו, אלא מרויח השומר אבידה פרוטה זו ממילא מן השמים מדין עוסק במצוה פטור מן המצוה. ורב יוסף ס"ל דמאחר שהנאת פרוטה זו קיימת לשומר אבידה מן השמים התורה הטילה עליו דין שומר שכר. דכמו שהשמירה חלה עליו מן השמים בעל כרחו גם השכר מגיע אליו מן השמים וקובע שהוא שומר שכר. אמנם יתכן דכ"ז נכון לגבי חלות דין השומר אולם בנוגע לאיסור נדר מאחר שאין הפרוטה משתלמת מבעל האבידה אך באה ממילא מן השמים אין איסור נדר חל על המחזיר להשיב את האבידה אפילו כשהוא מודר הנאה מבעל האבידה. וכוונת הגמ' "דלא שכיח" ר"ל דאין התשלומין באופן ישיר וע"כ אם אינו שכיח הריהו מותר באסה"נ דנדרים. ולפי"ז יש לבאר נמי דברי התוס' ב"ק (דף נו: ד"ה בההיא) וז"ל

[702] אמנם עיי"ש בשיטמ"ק שכתב בשם הראב"ד וז"ל דשאני הכא משום דלא אתיא לידיה מכח בן דעת שהוא עצמו לא היה יודע לשמור ממונו איך יתחייב אדם בפקדונו משום שמירה אבל אבידה הרי באה לידו מכח בן דעת כלומר ממונו של בן דעת שיודע לשמור ממונו הלכך כל אדם חייב בשמירתו כשיבא לידו עכ"ל. ונראה דלפי הראב"ד אין בעל האבידה נחשב כמפקיד, אלא שהוטל על שומר האבידה חיוב שמירה משום שהוא צריך לשמור את החפץ כמו בעל האבידה. ולכאורה תהיה נפ"מ בזה לענין אבידת קטן דלפי הראב"ד י"ל דלא חלה שמירה בנכסי קטן. אולם יתכן לומר דלפי"ד הגר"ח והגר"מ זצ"ל דחל דין שומר אבידה בנכסי קטן, משום דקטן מופקע רק משמירה שחלה מחמת מסירת הפקדון ואילו דין שומר אבידה חל אף בלי מסירה מהבעלים לשמירה וא"כ חלה אף באבידת קטן.

דגם רבה מודה לרב יוסף דעוסק במצוה פטור מן המצוה אלא דס"ל דלא נעשה שומר שכר בכך ומ"מ הוא נהנה לכך אסור למודר אבל לא הוה שומר שכר עכ"ל. ונראה דתוס' ס"ל דאף אם נאסור הפרוטה דרב יוסף כהנאה המגיעה מנכסי בעל האבידה למחזיר האבידה ואסור לו ליהנות ממנה משום דהוי מודר הנאה מ"מ אליבא דרבה אין הך פרוטה דר' יוסף מועילה לשוויה לשומר שכר. דהואיל והשמירה לא חלה מחמת קבלת אחריות מדעת השומר אלא התורה שעבדתו, אין הנאת הפרוטה דר' יוסף קובעתו לש"ש לפי שאין הנאת השכר באה במישרין מבעל האבידה אלא באה לו ממילא מן השמים. ולפיכך סובר רבה דהתורה הטילה על המחזיר אבידה דין שמירה פחותה כשומר חנם. ויתכן לומר דה"ה במשכון, אין חלות הדין של שמירת משכון חלות דין שמירה דעלמא דחלה מחמת קבלת אחריות אלא התורה שעבדה את המלוה לשמור את המשכון בדומה לשומר אבידה. וכי היכי דשומר אבידה הוי ש"ש מדין פרוטה דר' יוסף ה"ה דהמלוה הוי ש"ש על המשכון מדין פרוטה דר' יוסף.

והנה התוס' ביארו דפרוטה דר' יוסף מתהוה בשעת ניעור ושטיחת האבידה לצורכה דבשעה זו עוסק במצוה. וצ"ע דהתינח באבידה שמקיים בה מצות "והשבותו לו" (דברים כב: ב) ודרשו חז"ל "ראה היאך תשיבנו לו" (עיין ברמב"ם פי"ג מהל' גזלה ואבדה הי"א), אמנם במשכון איזה מצוה מקיים המלוה בשעת ניעור ושטיחת המשכון. ועוד יל"ע דמאי שנא שומר משכון משאר שומרים דעלמא, דהרי ש"ח נמי שוטח את הפקדון ואינו נחשב משום כך לעוסק במצוה דלהוי ש"ש מדין פרוטה דר' יוסף, ומ"ש שומר משכון משומר פקדון דעלמא. ונראה להוכיח מכאן דשמירת משכון אינה חלות דין שמירה דעלמא שחלה מחמת קבלת אחריות, אלא הויא חלות דין שמירה מיוחדת שהתורה הטילה על המלוה. ונראה דהמלוה מקיים מצות הלואה בעת שמירת המשכון וכשמטפל בו. וכן מתבאר מדברי הנימוקי יוסף (סוף פרק האומנין דף נא. מדפי הרי"ף) בשם הראב"ד וז"ל וקשה היכי דמי הלואה שנעשית מצותה משעה שהלוה לשומר אבידה שעושה מצוה כל זמן השמירה. ופריק וז"ל דה"נ הוי ש"ש כל שעתא מפני שממתין לו ואינו מוכר המשכון ליפרע ממנו וכו' עכ"ל. ומבואר דהמלוה מקיים מצוה כל זמן שהמשכון ברשותו ואינו מוכרו, דכשם שבאבידה קיימת מצוה תמידית בשמירתה הוא הדין דבשמירת משכון יש מצוה תמידית. ולפי"ז נראה דשטיחת המשכון מהוה מעשה מצוה וחל בה דין עוסק במצוה פטור מן המצוה. ומסתבר דמשכון שוה לאבידה דחל במשכון דין שמירה מן השמים ודין שמירה הוא מדיני ההלואה ולא מדעת המתחייב של השומר. וראייה לזה שהרי דין שמירת המשכון חל גם במשכון שלא בשעת הלואה דגבה ב"ד בעל כרחו של

הלוה, ובכה"ג ליכא מסירת המפקיד מדעת לשמירה ומ"מ הוי ש"ש. ועל כרחך צ"ל דהתורה שעבדיה בדין שמירה מיוחדת ממצות הלואה בדומה לדין שומר אבידה. ועיין בשיטמ"ק (ב"מ דף פב ד"ה דכו"ע) שכתב בשם הריטב"א וז"ל וא"ת מאי איריא מלוה על המשכון אפילו שומר פקדון יהא ש"ש מן הסתם דהא מחויב לנערו ומשתכר בפרוטה דר"י. וי"ל דגבי שומר כיון דמיד בעלים בא לו וכל עיקר לא נחת אלא לשמירה דעלמא וקבלו סתם אנן סהדי דלא נחת אלא להיות שומר חנם וכו' אבל באבידה שבאה לו שלא לדעת הבעלים ולא באה לו משום שמירה אלא משום מצוה, וכן במלוה על המשכון שלא באה לו אלא משום מצוה אני אומר דדעתו להיות ש"ש בפרוטה דר"י וכו' עכ"ל. ומבואר מדברי הריטב"א דחלות שמירה באבידה ובמשכון חלה מן השמים ולא מחמת מסירת הבעלים, ומשו"ה חל דין פרוטה דר"י לשוויה לש"ש.[703]

והנה יש לעיין האם חל דין בעליו עמו בשומר אבידה ובשומר משכון. והגר"מ זצ"ל אמר דהואיל דבמשכון ובאבידה אין השמירה חלה מחמת מסירת המפקיד אלא היא חלה מאליה מן השמים, י"ל דהפטור של בעליו עמו לא חל, דהפטור דבבעלים תלוי הוא בחלות שמירה שחלה מחמת מסירת הבעלים, וליכא פטור דבעליו עמו בחלות שמירה שחלה מאליה. ולפי"ז יש ליישב תמיהת העולם דמאחר דכל ש"ח דעלמא מקיים מצות שמירה ומקיים גמילות חסד בשמירתו למה אינו נהפך להיות ש"ש מדין פרוטה דר"י. וי"ל דרק באבידה ובמשכון שלא היתה קבלת שמירה וחלות השמירה חלה מן השמים קיימת מצות צדקה בשמירה עצמה - שכך היא מצותן של אבידה ומשכון לשומרם ולקיים בהם מצות צדקה וחסד, ומשו"ה הו"ל כש"ש. משא"כ בשומר פקדון דעלמא אע"פ שהשומר גומל חסד בשמירת הפקדון מ"מ הרי קיבל את הפקדון מדעת המתחייב שלו ואין המצוה ועשיית חסד חלק מעצם השמירה ומשו"ה דינו כשומר חנם. ועוד י"ל דבאבידה ופקדון דחלה דין שמירה ממילא מן השמים גם הפרוטה דר' יוסף שבאה אליו מן השמים נחשבת לשכר השמירה ונעשה השומר ש"ש. משא"כ בשומר חנם דעלמא אפילו היכא שנהנה מפרוטה דר' יוסף אינו נהפך להיות ש"ש מאחר שהפרוטה לא הגיע אליו מן המפקיד אלא מן השמים, וכדי שיעשה ש"ש בעינן ששכרו יגיע אליו ישיר מן המפקיד, ולכן נשאר שומר חנם.

ו.

שיטת הראב"ד בפשיעה בבעלים

[703] אולם צ"ע בדברי הריטב"א שכתב בסו"ד "דדעתו להיות ש"ש בפרוטה דר' יוסף" דלכאורה השמירה חלה מן השמים וגם הפרוטה דר"י דשווייה ש"ש מן השמים הוא ואינו תלוי בדעתו וברצונו, וצ"ע. (רבינו זצ"ל)

יש לעיין בשיטת הראב"ד בדין בבעלים דבפ"ב מהל' שכירות (ה"ג) השיג עמש"כ הרמב"ם דהפושע בקרקע חייב מטעם מזיק, וז"ל ואין פושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין פושע דומה למזיק עכ"ל. ומבואר דהראב"ד סובר דהפטור דבבעלים אינו חל לפטור מחיוב מזיק אלא רק לפטור מחיובי שומר דחלין מדין אחריות שמירה בלבד. וא"כ צ"ע דהרמב"ם פסק (בפכ"א מהל' אישות ה"ט) וז"ל האשה ששברה כלים בעת שעשתה מלאכותיה בתוך ביתה פטורה ואין זה מן הדין אלא תקנה שאם אין אתה אומר כן אין שלום בתוך הבית לעולם אלא נמצאת נזהרת ונמנעת מרוב המלאכות ונמצאת קטטה ביניהם עכ"ל. (ועיין במגיד משנה שציין שפסק הרמב"ם מיוסד בירושלמי פ' הכותב). והשיג עליו הראב"ד (שם) וז"ל לא מן השם הוא זה אלא מפני שהיא פשיעה בבעלים שהוא שמור לה בכל שעה עכ"ל. וצ"ע דהרי אשה ששברה כלים הוי מזיק והרי הראב"ד בעצמו כתב (בפ"ב מהל' שכירות ה"ג) דליכא פטור דבעליו עמו לגבי חיוב מזיק וס"ל דמזיק בבעלים חייב וא"כ היאך כתב דחל פטור בבעלים לגבי אשה ששברה כלים בעת שעשתה מלאכותיה בבית[704].

והנה עיין ברמב"ם (פ"ו מהל' חובל ומזיק ה"א - ג) וז"ל המזיק ממון חבירו חייב לשלם בין שהיה שוגג בין שהיה אנוס וכו' בד"א ברשות הניזק אבל ברשות המזיק אינו חייב לשלם אלא אם הזיק בזדון וכו' וכן אם היה שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והזיק מהן ממון חבירו שלא בכוונה פטור עכ"ל. וכתב הראב"ד וז"ל דאפילו שניהם ברשות ולא הוה ידע ביה אם הזיקו חייבין אבל הוזקו זה בזה פטורין עכ"ל. ובביאור מחלקותם נראה לבאר דיש לחקור ביסוד המחייב דאדם המזיק האם החיוב חל מחמת אי שמירת גופו וביטול חובת שמירה שעליו או"ד דיסוד חיובו משום עצם המעשה היזק שעשה. ונראה דהרמב"ם סובר דיש ב' דינים בחיוב אדם המזיק: א) דחל חיוב מחמת חסרון שמירת גופו והמחייב של אדם המזיק הוא ביטול חובת שמירה המוטלת עליו, ב) חיוב שחל מחמת מעשה ההיזק. ולפי"ז י"ל שאם היה ברשות והזיק שלא בכוונה הריהו פטור, דמאחר דהזיק ברשותו אינו חייב לשמור את עצמו ולכן אם הזיק שלא בכוונה הריהו פטור. אולם אם הזיק בכוונה חייב אע"פ שהזיק ברשות המזיק משום שחל חיוב מחמת מעשה ההיזק שעשה. אמנם כשהזיק שלא בכוונה ליכא חיוב דמעשה מזיק אלא

[704] ולכאורה יש לתרץ שיטת הראב"ד עפ"י שיטת הרמב"ן (ב"מ דף פב: ד"ה ואתא) דס"ל דאדם המזיק באונס גמור חייב ומ"מ טבח אומן שקלקל פטור (ב"מ צט ב) וז"ל שאין באומן הטועה במלאכתו משום מזיק עכ"ל. ובביאור דבריו נראה לומר דמסירת הבעלים לאומן לעסוק במלאכתו פוטרת את האומן מדין מזיק אלא דחייב לשמור מלאכתו מדין פועל שיעשה מלאכתו כהוגן וכמנהג הפועלים. ואם קלקל כדרך הפועלים הריהו פטור. ולכאורה י"ל דה"ה לגבי אשה דיש לה דין פועל במלאכת הבית ומשו"ה אין לה חיוב מזיק ורק חיוב מדין פועל ושומר ושפיר חל ע"ז פטור בבעלים.

רק חיוב מחמת חסרון שמירה שפשע בשמירת גופו, וברשות המזיק לא חל עליו חיוב שמירת גופו ולכן אם הזיק שלא בכוונה ברשותו הריהו פטור. מאידך הראב"ד חילק בין הזיק בקום ועשה לבין הוזקו זה בזה דפטורין, ונ"ל דבהזיק בקום ועשה חל המחייב דמעשה מזיק ולכן המזיק חייב אע"פ שהזיק ברשותו. משא"כ כשהוזקו זה בזה דחל ההיזק בשב ואל תעשה ליכא מחייב דמעשה מזיק וחל רק המחייב דשמירת גופו, ולכן כששניהם ברשות דלא חל חובת שמירת גופו והוזקו זה בזה שניהם פטורין[705]. ולפי"ז יתכן לומר דבאשה ששברה כלים בתוך הבית מיירי דההיזק אירע בשב ואל תעשה וכגון שנפל הכלי מידה ונשבר, והמחייב אינו מעשה ההיזק אלא חסרון שמירת גופה וביטול חובת שמירה שעליה, ומכיון שהיא בביתה הו"ל שניהם ברשות והמזיק פטור (אליבא דהראב"ד). אולם מ"מ יש לאשה דין שומר על כלי הבית השייכים לבעלה, וא"כ בדין שתתחייב לשלם מדין אחריות דשומר וע"ז כתב הראב"ד דמ"מ היא פטורה משום שבעלה עמה במלאכתו.
ע"כ ענין פשיעה בבעלים

דף צה:

גמ'. אמר רב המנונא לעולם הוא חייב עד שתהא פרה וחורש בה חמור ומחמר אחריה ועד שיהו בעלים משעת שאלה עד שעת שבורה ומתה.
ונראה לבאר דרב המנונא ס"ל דדין בעליו עמו אינו חלות פטור תשלומין בלבד אלא דמהווה חלות הפקעת שם שואל ומשו"ה סובר שבכדי שיחול הדין דבעליו עמו בעינן שהבעלים יהיו עמו במלאכה משעת שאלה עד שעת שבורה ומתה, וכן בעינן שיהיו הבעלים באותו מלאכה עם הפרה. דלכאורה אי הוי דין פטור תשלומין בלבד צ"ע מדוע ס"ל לרב המנונא דבעינן שיהיו הבעלים עמו באותה המלאכה עם הפרה עצמה, די"ל דבכל גוונא חל דין פטור תשלומין. ונראה דמאחר שהבעלים עדיין משתמשים עם פרתם מוכח שלא נמסר פרתם לשאלה, דחלות שם שאלה חל רק היכא דיש לשואל בלבד זכות השתמשות בחפץ השאול. אולם יש להעיר ע"ז דבגמ' לקמן (דף צו.) מיבעיא "שאלה ליראות מהו וכו'" ולכאורה הספק הוא אם חל דין שאלה מחמת הנאה מהחפץ או משום השתמשות בחפץ, וא"כ איך ס"ל לרב המנונא דדין שאלה תלויה בהשתמשות של השואל. ונראה לומר דיתכן דחלות דין שאלה תלוי בהנאה מהחפץ, ובציור דרב המנונא

[705] ועיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק עמ' ב' - ג'.

ליכא מחייב דשאלה משום דמכיון שהבעלים במלאכה עם הפרה חשיב הנאה מהבעלים ולא הנאה מהפרה, דאין ההנאה באה לשואל מחמת קניני השאלה שיש לו בפרה.
ויש להעיר דלכאורה לפי רב המנונא לא שייך דין בעליו עמו בשומר חנם וש"ש, דהא אין להם זכות להשתמש בפקדון, ולא שייך בהו בעליו עמו באותה מלאכה. והרי רב המנונא סובר דכדי שיחול הדין דבעליו עמו בעינן שיהיו הבעלים עובדים ביחד עם השומר במאלכת הפרה. ונראה דלרב המנונא איכא ב' פטורים של בעליו עמו: א) לגבי שואל חל דין הפקעת שם שומר דאינו נעשה שואל כשבעליו עמו באותה מלאכה עם הפרה, ב) דין פטור תשלומין דחל אף בשומר חנם וש"ש, ולזה לא בעינן שיהיו עמו באותה מלאכה, דבש"ח וש"ש חל עליו דין שומר גם כשבעליו עמו, אך חל בבעליו עמו דין פטור תשלומין. ויתכן דבשואל אינו מועיל דין פטור תשלומין גרידא לפטור את השואל מתשלומין, משום דיסוד החיוב דשואל באונסין אינו חל משום קבלת האחריות של השואל, אלא דחל עליו חיוב אונסים משום דכל הנאה שלו, דהוי מחייב בפני עצמו. ומשו"ה שואל פטור רק היכא שחלה הפקעה בעצם השמירה דהיו הבעלים עמו באותה מלאכה עם הפרה, דאזי לא חלה מסירה לשמירה כלל ופקע המחייב דכל הנאה שלו ופטור.

דף צו.

גמ'. וז"ל שאלה לרבעה מהו כדשיילי אינשי בעינן ולהכי לא שיילי אינשי או"ד טעמא מאי משום הנאה והאי נמי הא אית ליה הנאה. שאלה ליראות בה מהו ממונא בעינן והאיכא או"ד ממונא דאית ליה הנאה מיניה בעינן וליכא עכ"ל.
וברש"י (ד"ה מהו) פירש וז"ל מחייב באונסיה או לא עכ"ל. והיינו דמספק"ל אי הוי שואל להתחייב באונסין או לא. אולם עיין ברמב"ם (פ"ב משאלה ה"ט) וז"ל השואל את הבהמה בבעלים לרבעה וכו' הרי כל אלו ספק שאלה בבעלים עכ"ל, ומבואר שהרמב"ם ביאר דהספק שבגמ' הוא לענין הפטור דבעליו עמו, ומשמע קצת דס"ל דבכל הנך גוונא הוי שואל גמור להתחייב באונסין. וצ"ע דאי הויא שואל לענין חיוב אונסין מהו הספק אם חל בו פטור דבעליו עמו דהרי זה בכלל הכתוב דכי ישאל איש מעם רעהו וגו' אם בעליו עמו לא ישלם[706].
ונראה לפרש דלהרמב"ם ג"כ הספק הוא בדין השאלה עצמה האם נחשב לשואל בכה"ג או לא, ומ"מ הרמב"ם סובר דלאחר שנשתמש בה לכך הרי הוא בודאי חייב באונסין,

[706] וכן הקשה בלחם משנה שם.

דחל חיוב אונסין משום דכל הנאה שלו, וחייב באונסין כמו שואל שלא מדעת. ולכן אף אי ליכא חלות שם שואל משום דליכא מעשה שאלה בכך, מ"מ הריהו חייב באונסין מכיון שנהנה. ומספק"ל להגמ' אי חל חלות שם מעשה שאלה ומסירת הבעלים לשמירה בהנך גווני מכיון שאין דרך שאלה בכך, ונ"מ לענין דין שמירה בבעלים - דהפטור דבעליו עמו תלוי בחלות שם מעשה שאלה ומסירת הבעלים לשמירה - דבכדי שיחול פטור דבעליו עמו בעינן קניני שמירה ודעת מקנה. ולכן אף אי נימא דחייב הוא באונסין כדין שואל שלא מדעת וחל ביה שם שואל מחמת שנהנה מהחפץ, מ"מ כיון דליכא חלות שם מעשה שאלה אינו נפטר בבעליו עמו. ולפי"ז י"ל דה"ה דליכא דין בעליו עמו בשומר אבידה ובשואל שלא מדעת, מכיון דחסר בהו חלות שם מעשה שאלה - דליכא דעת מקנה ומסירת הבעלים לשאלה.

ועוד י"ל דמספק"ל אם הפטור דבעליו עמו חל רק היכא שיש צירוף בין מלאכת הבעלים ומלאכת הפרה או לא, ובהנך גווני מכיון שיש חסרון במלאכת הפרה לא חל צירוף למלאכת הבעלים ולכן ליכא פטור דבעליו עמו או"ד דלא בעי צירוף. ומ"מ הוי שואל לענין חיוב אונסין.

גמ'. שאל משותפין ונשאל לו אחד מהן מהו כולו בעליו בעינן והא ליכא או דילמא מההוא פלגא דידיה מיהא מיפטר. בפשטות הספק בגמ' הוא האם חל דין בעליו עמו לפטור את השומר מחצי התשלומין (דפטור מלשלם לשותף שהיה עמו במלאכה) או לא - דחייב לשלם הכל. אולם יתכן לפרש דמספק"ל האם חל פטור מלשלם אף לשותף השני ופטור מתשלומין לגמרי או לא. והביאור בזה די"ל דמספק"ל האם הפטור דבעליו עמו הווה חלות דין פטור תשלומין בלבד או חלות הפקעת שם שומר (ועיין לעיל בשיעורים דנחלקו בזה הקצה"ח והגר"ח זצ"ל), דאי הויא רק חלות פטור תשלומין אזי י"ל דחל פטור תשלומין רק על חצי - דחל פטור תשלומין רק כלפי השותף שהיה עמו במלאכה, דשייך פטור תשלומין על כל פלגא ופלגא בפ"ע. אולם אי נימא דהוי חלות הפקעת שם שומר י"ל דמכיון דלגבי השותף הא' לא פקע ממנו שם שומר אזי מכיון דהוי מעשה שאלה אחת חל ביה שם שומר לגמרי אף כלפי השותף הב', דרק אם הוי כל הבעלים עמו במלאכה חל הפקעת שם שומר.

ועוד י"ל דמספק"ל האם הוי חדא שאלה או ב' שאלות נפרדות, דאי הוי ב' שאלות נפרדות י"ל דחל דין בעליו עמו לגבי שותף א' אע"פ שחייב השומר לשלם לשותף השני. ואילו אי הוי חלות שם מעשה שאלה אחת י"ל דליכא פטור דבעליו עמו כלל דכולו בעליו בעינן.

ועיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שאלה ופקדון ה"ח) וז"ל שאל מן השותפין, ונשאל לו אחד מהן, וכן השותפין ששאלו, ונשאל לאחד מהן, הרי זה ספק אם היא שאלה בבעלים, או אינה, לפיכך אם מתה, אינו משלם, ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם, פשע בה השומר הרי זה משלם עכ"ל. ומבואר מדברי הרמב"ם דס"ל דהאיבעיא בגמ' בשאל מן השותפין ונשאל לו א' מהן הוא האם חל פטור דבעליו עמו לגמרי אפי' על החלק של השותף הב' שלא היה עמו במלאכה, או"ד דליכא כלל פטור דבעליו עמו וחייב לשלם לשני השותפין. ונראה דאליבא דהרמב"ם דין בעליו עמו מהווה חלות הפקעת שמירה, ומספק"ל האם חל הפקעת שם שומר לגמרי דמאחר דלגבי א' מהבעלים חל דין בעליו עמו הוא הדין דחל הפקעת שם שומר מדין בעליו עמו אף לגבי השותף הב' משום דהויא מעשה שאלה אחת, ומכיון שא' מהבעלים היה עמו במלאכה פקע מיניה חלות שם שומר לגמרי. או"ד דלא פקע חלות שם שומר אא"כ כל הבעלים הויין עמו במלאכה, וחייב לשלם אף לשותף הא' שהיה עמו במלאכה. אולם אי נימא דחלות דין בעליו עמו מהווה דין פטור תשלומין גרידא י"ל דמ"מ חל פטור תשלומין כלפי הבעלים שהם עמו במלאכה, ועל כרחך מוכח דהרמב"ם סובר דיסוד הדין דבעליו עמו מהווה חלות הפקעת דין שמירה.[707]

ועיין בנימוקי יוסף (דף נה. בדפי הרי"ף ד"ה מן השותפין) וז"ל פרה של שניהם ונאנסה מי אמרינן בעליו עמו קרינן לגבי חלק שותף זה ופטור שואל מאותו חצי של אותו שותף עכ"ל. ונראה דהנמו"י ס"ל דהפטור דבעליו עמו מהווה דין פטור תשלומין ולכן מספק"ל האם חל דין פטור תשלומין לגבי שותף הא'. ומספק"ל אי הוי ב' שאלות נפרדות ולכן חל פטור תשלומין לשותף הא', או"ד דכולו בעלים בעינן דהוי חלות שם שאלה אחת וליכא פטור אא"כ איכא כל הבעלים במלאכה.

גמ'. שותפין ששאלו ונשאל לא' מהן מהו כולו שואל בעינן וליכא או"ד בההיא פלגא דשיילי מיהת מיפטר. עיין בנימוקי יוסף (דף נה. בדפי הרי"ף ד"ה לכוליה שואל בעינן, וד"ה תיקו) וז"ל משאיל צריך שיהיה נשאל להשואל ולא לחצי שואל, מכאן יש לדקדק דאין כל אחד מהם חייב בכולה אלא בפלגא כדין בעל חוב ואידך פלגא אינו חייב אלא מדין ערב, דאי חייב כל אחד בכוליה ממונא א"כ הרי נשאל לכוליה שואל. ונפקא מינה לשנים שלוו מאחד דאע"פ שלא כתבו אחראין וערבאין זה לזה, אחראין וערבאין זה לזה כדאיתא בירושלמי, לאו דליחייב כל אחד מינייהו בכוליה ממונא כדין בע"ח, אלא

[707] אמנם צ"ע בפסק הרמב"ם שפסק דבספק בעליו עמו אם פשע משלם דמ"ש מגניבה אבידה ואונסין דמספק פטור מלשלם. ומשמע דלענין גנו"א ואונסין דין בעליו עמו חל כמפקיע והו"ל ספק אם נתחייבתי דפטור ואילו בנוגע לפשיעה דין בעליו עמו חל בתורת פטור תשלומין והו"ל כספק אם פרעתי דחייב, וצ"ע.

בפלגא דממונא כדין בע"ח ובאידך פלגא כדין ערב וכו' כתב הרמב"ם פ"ב מהל' שאלה אם מתה אינו משלם ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם הרי שהרב ז"ל לא כתב אם מתה אינו משלם אלא פלגא כמו שמשמע מהלכה זו, וגם הרי"ף ז"ל כתב סתם וצריך עיון שנראה שדעתם ז"ל שאינו משלם כלום דיהבינן ליה דין שואל בבעלים בכוליה מספק, ומלישנא דגמרא דאמר בפשיטות והא ליכא לא משמע הכי, ואם נאמר דהם ז"ל סומכים יותר על פשט הירושלמי דאמר דהם אחראין וערבאין דמשמע להו דכל אחד חייב מבתלמוד דידן בענין כזה וכו' ועלתה בתיקו ומ"מ כיון דאיכא שואל אחרינא בהדיא לאו כוליה שואל הוא ומשום הכי מסופק גם להם בירור הדין ואם כן צ"ל שגם בפלגא לאו כוליה שואל הוא דמאן פלג לך חד פלגא מאידך פלגא וכו' עכ"ל. ומבואר דהנמו"י מדייק מסוגיין דמספק"ל בשותפין ששאלו ונשאל הבעלים לא' מהם אי הוי שמירה בבעלים לגבי אותו שואל לפטור מחצי תשלומין דבשנים שלוו כ"א מחויב רק על חצי החוב מדין בע"ח וחייב לשלם החצי השני רק מדין ערב דאל"ה להוי בעליו עמו לפטור את הכל. אולם עיין ברא"ש שבועות (פ"ב ס"ב) שהביא דעת הרמב"ן ששניהם חייבין בכל, ויכול המלוה לגבות ממי שירצה. וחולק עליו אבי העזרי וסבר דכל אחד חייב רק בחציו, אך דכל אחד נעשה ערב לחברו היכא שאין לו מה לשלם (ועיין בזה בטוש"ע חו"מ סי' עז ס"א). ומבואר דהרמב"ן סובר דב' שלוו כאחת חלה הלואה אחת לשניהם כאחד, ולכן יכול המלוה לגבות את כל החוב ממי שירצה, משא"כ האבי העזרי סובר דהוי כב' הלואות, ולכן אינו יכול לגבות אלא חציו מכל אחד. וצ"ע לרמב"ן מסוגיין דלשיטתו לכאורה הו"ל בעליו עמו לפטור את הכל. ונראה לתרץ דבשנים שלוו אע"פ שחל לכל א' קנין הוצאה רק בחצי המעות, דכל א' מהשותפין יכול להוציא רק את חצי המעות, מ"מ חלה מעשה הלואה אחת, והמחייב בתשלומין הוי מעשה ההלואה, ומשו"ה שניהם חייבים בכל מדין לוה. משא"כ בשואל קיי"ל דשותפין ששאלו חייבים באחריות רק על החצי שלהם - משום דיסוד האחריות דשואל חל מחמת שכל הנאה שלו, ומכיון שחל קניני שאלה לכל שותף ליהנות רק מחצי הריהו מתחייב באחריות שואל רק בחצי.[708]

ועוד יתכן לפרש דבאמת בשותפין ששאלו הרי הן חייבין כל א' באחריות על הכל, דחלה קבלת אחריות מחמת מעשה השאלה כמו בהלואה, והוי מעשה שאלה אחת ושניהם חייבים באחריות על הכל, ומ"מ דין בעליו עמו אינו חל אלא על חצי, דהדין דבעליו

[708] ע"ע בר"ן לנדרים ריש פרק השותפין.

עמו אינו תלוי בחיוב האחריות אלא בקניני שאלה, ומכיון דיש לכל א' מהשותפין קנין שאלה רק על חצי השאלה חשיב חצי שואל לעניין בעליו עמו.

גמ'. שאל מן האשה ונשאל בעלה עמה אשה ששאלה ונשאל לבעל מהו קנין פירות כקנין גוף דמי או לא. יש לדקדק דלא נסתפקו בגמ' מה הדין כששאל מן האשה ונשאלה האשה במלאכה, וצ"ע דלכאורה אי קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי י"ל דבכה"ג הוי האשה בבעלים, ומשמע דאין האשה נחשבת לבעלים לפוטרו מדין בעליו עמו, וצ"ע (ועיין בשיטמ"ק).

ונראה דאע"פ שבנכסי מלוג כשהפרה נאנסה השואל משלם תשלומי הפרה לאשה, מ"מ הבעל שיש לו את קנין הפירות להשתמש בפרה הוא זה שמקנה את זכות ההשתמשות להשואל, וחלות שם בעלים לענין בעליו עמו תלוי בהמקנה דהיינו בבעל ולא באשה. והאשה אינה אלא המחייב - דהפרה היא שלה, אמנם דין בעליו עמו תלוי במקנה ולא בהמחייב. וכן באשה ששאלה האשה היא המתחייבת בתשלומין אם יאנס החפץ אולם בעלה הוא הקונה את זכות ההשתמשות דיש לבעל קנין פירות, ומספק"ל אי הוי בעליו עמו משום דקנין פירות כקנין הגוף דמי או לא. ומשמע דאם נשאל לאשה ליכא פטור דבעליו עמו דאע"פ דהאשה היא המתחייבת מ"מ דין בעליו עמו תלוי במי שנהנה - והבעל הוי הנהנה דיש לו קנין וזכות השתמשות.

אולם יש להעיר ע"ז דבגמ' לקמן (צו:) איתא דאם שכרה האשה פרה מעלמא ואח"כ נישאה הוי שאלה בבעלים לשיטת הרבנן (בדף לה:) דס"ל דהמשכיר פרה לחבירו והשאילו לאחר נשבע השוכר לבעלים והשואל משלם לשוכר, ואילו לר' יוסי לא הוי בעליו עמו. ובשלמא לרבנן האשה הוי הבעלים לענין הפטור דבעליו עמו מכיון דהיא הויא המקנה שמוסרת הפרה לבעלה (דהוי שואל), אמנם לר' יוסי צ"ע מדוע אין כאן פטור דבעליו עמו דהבעלים הראשונים אינם אלא המחייב והאשה היא המקנה ולכאורה הדין של בבעלים תלוי בהמקנה. ונראה דלר' יוסי השוכר לא הוי בעלים דאע"פ דיש לשוכר זכות השתמשות בחפץ מ"מ זה ברור דאין לשוכר קנין הגוף בחפץ ולא אמרינן בשוכר קנין פירות כקנין הגוף[709], ומשו"ה פשיטא דלר' יוסי ליכא פטור דבעליו עמו. משא"כ לרבנן הוי השוכר בעלים מכיון דהשואל משלם לשוכר. ועוד י"ל דר' יוסי סובר שאין השוכר רשאי להשאיל מדעתו וחלה השאלה רק משום שהבעלים נתנו לו רשות להשאיל, ומשו"ה אין השוכר נחשב למקנה ולכן אין בו דין בעלים לענין בעליו עמו. משא"כ הבעל הוי בעלים משום שיכול להשאיל מעצמו. ואילו רבנן ס"ל דהשוכר הוי

[709] עיין בשיעורים לעיל דף נו: ד"ה בענין שכירות ביומיה מכירה היא אות ב'.

חלות שם בעלים לענין בעליו עמו דהוא הוי המקנה ואע"פ שאינו יכול להשאיל אא"כ נתנו לו הבעלים רשות היינו רק כדי שלא יהיה נחשב השוכר פושע בשמירתו, דהבעלים יטענו "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" ומשו"ה בעינן רשות הבעלים להשאיל. ברם השוכר הוי המקנה ומשו"ה הוא הוי בעלים לענין הפטור דבעליו עמו. מאידך ר' יוסי סובר שאין השוכר יכול להקנות אא"כ נתנו לו הבעלים רשות משום דאין לשוכר קנין בכדי להקנות וההקנאה חלה ע"י המשכיר ומשו"ה אין לשוכר שם בעלים לענין בעליו עמו.

גמ'. האומר לשלוחו צא והשאל לי עם פרתי מהו בעליו ממש בעינן וליכא או דלמא שלוחו של אדם כמותו ואיכא. יש לעיין מהו יסוד הספק בגמ'. ולכאורה היה נראה לפרש עפ"י מה דיש לחקור בדין בעליו עמו אי הוי פטור דממילא - דהיינו שחל הפטור ממילא מחמת זה שהבעלים במציאות הם עוסקים במלאכת השואל. או דלמא דבעליו עמו חל מחמת חלות שם מעשה מלאכה של הבעלים עבור השואל, די"ל דאם הפטור דבבעלים חל ממילא עי"ז שבמציאות הבעלים עוסקים במלאכת השואל אזי א"א לחול דין פטור ע"י שליח, דהרי אין הבעלים עצמם עוסקים במלאכת השואל. משא"כ אם הפטור חל מחמת חלות שם מעשה בעלים שנעשה עבור השואל אזי יתכן שחל אף ע"י שליח.[710] ויתכן דיש עוד נפ"מ בזה לענין האם חל פטור דבעליו עמו ע"י מלאכה בטעות או באונס, דאם נאמר דהפטור חל ממילא מחמת עצם המציאות שהבעלים עוסקים במלאכת השואל אזי י"ל דחל אף ע"י מלאכה באונס ובטעות. משא"כ אם הפטור חל מחמת מעשה מלאכה של הבעלים והבעלים הם פועלים את הפטור אזי י"ל דלא חל ע"י מלאכה באונס או בטעות. וכן נפ"מ אי חל דין בעליו עמו בקטן שהשאיל את עצמו למלאכה או לא, דלכאורה מעשה קטן אינו חלות שם מעשה בעלים אבל אם הפטור חל ממילא י"ל דחל אף בקטן[711]. אולם עיין בגמ' דמדמינן לה להפרת נדרים, וצ"ע דהתם בודאי החלות חלה ע"י מעשה הפרה דהבעל.

ונראה לפרש הגמ' באופן אחר דלכו"ע הבעלים הויין הפוטרים - שחל הפטור מחמת מעשה מלאכה של הבעלים ואין הפטור דבבעלים פטור דחל ממילא, אלא דמספק"ל אי שייך בזה שליחות או דהויא כמו מצוה שבגופו - שאין מלאכת הבעלים נתפסת

[710] דשליחות אינה חלה בחלות שחלה ממילא דדין שליחות חל רק היכא שהחלות תלוי במעשה בעלים (עיין בחידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם הל' יבום וחליצה).

[711] ועיין במנחת חינוך מצוה ס' אות י' שדן האם חל דין שאלה בבעלים בקטן שהשאיל את עצמו לגדול.

בשליחות כמו שאין שליחות במצוה שבגופו.[712] אי נמי י"ל דמספק"ל האם שליחות חל רק היכא דאיכא דעת מקנה ובמלאכת הבעלים והפרה ליכא דעת מקנה ולכן ליכא חלות שליחות, או"ד דאף בלי דעת מקנה חל דין שליחות. ברם אם חל דין שליחות במצוות כגון בבדיקת חמץ א"כ מוכח דלא בעינן דעת מקנה לחלות דין שליחות, צ"ל דליכא חלות שליחות בדין בעליו עמו ובהפרה מגזה"כ מיוחדת (ועיין בתוס' ד"ה שליח)[713].

גמ'. המוכר שדה לחבירו לפירות ר' יוחנן אמר מביא וקורא ריש לקיש אומר מביא ואינו קורא. ר' יוחנן אמר מביא וקורא קנין פירות כקנין הגוף דמי וריש לקיש אמר מביא ואינו קורא קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי. עיין ברמב"ם (פ"ד מהל' ביכורים ה"ו) שכתב וז"ל המוכר שדה לפירות הלוקח מביא ואינו קורא שקנין פירות אינו כקנין הגוף אבל מביא אדם מנכסי אשתו ביכורים וקורא אע"פ שאין לו גוף הקרקע שנא' אשר נתן לך ה' אלוקיך ולביתך עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם פסק כריש לקיש, והנה מסתימת לשון הרמב"ם משמע דהלוקח שדה לפירות מביא ואינו קורא מדאורייתא. וכן משמע ממה שחילק הרמב"ם בין בעל בנכסי אשתו שמביא וקורא מדאורייתא לבין לוקח שדה לפירות דבקנין פירות מצות הבאת ביכורים היא מדאורייתא. והנה עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' ביכורים הי"ב) שפסק וז"ל האריסין והחכירין וכו' והגזלנין אינן מביאין ביכורים ואפילו נתייאשו הבעלים שנא' ביכורי אדמתך עכ"ל. והקשה הגר"ח זצ"ל שהרי לאריס יש קנין פירות וא"כ למה פסק הרמב"ם שאינו מביא ביכורים דמ"ש מהלוקח שדה לפירות שמביא ביכורים. וכן הקשה מהקונה אילן בתוך שדה חבירו שאינו מביא לפי שאין לו קרקע (שם הי"ג), וצ"ע דהרי יש לו קנין פירות וא"כ למה אינו מביא.

ותירץ הגר"ח זצ"ל דיש שני מיני קנין פירות: א) כשקונה את גוף הקרקע לפירותיה, ב) כשקונה קנין פירות לבדו אבל לא קונה את הגוף לפירות. ונראה דכשהלוקח קונה את הגוף לפירות מביא ביכורים. מאידך אם יש לאדם קנין פירות בלבד בלי קנין בגוף הקרקע אינו מביא ביכורים כלל. ולפיכך האריס החוכר והקונה אילן אינם מביאים ביכורים דאע"פ שיש להם קנין פירות מ"מ אין להם קנין בגוף הקרקע לפירותיה ולפיכך אינם מביאים. אולם הלוקח שדה לפירותיה קונה את גוף השדה לפירות ומאחר שקנינו בפירות הוא בגוף הקרקע לפיכך מביא ואינו קורא.

ואמר הגר"ח זצ"ל שחילוק זה מבואר ברמב"ם שפסק (בפכ"ג מהל' מכירה ה"ח) וז"ל ומה הפרש יש בין הקונה שדה זו לפירותיה ובין השוכר שדה מחבירו, שהקונה שדה

[712] והדמיון להפרה הוא דגם בהפרה יתכן דהוי כעין מצוה שבגופו דאינה נתפסת בשליחות. ועיין בקצה"ח חו"מ סימן קפ"ב ס"ק א', ועיין בשיעורים לעיל דף נו. בענין מכירת שטר חוב אות ט'.

[713] ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"ב (עמ' רצ"ב דף עב: ד"ה ת"ל אישה).

לפירותיה יש לו לנטעה או לזרעה כל זמן שירצה או להובירה, והשוכר אינו כן כמו שיתבאר בענין שכירות, ואין השוכר רשאי להשכיר אבל הקונה מקנה לאחרים כל מה שקנה עכ"ל. וביאר הגר"ח זצ"ל דהרמב"ם מחלק בין הקונה שדה לפירות ובין השוכר, דבקונה שדה לפירות חל קנין בגוף השדה לפירותיה ויש לו קנין גוף לפירות בגוף השדה עצמה משא"כ השוכר אינו קונה את הגוף לפירות ורק קונה את קנין הפירות בעצמו בלי קנין גוף כלל. ומשו"ה קנין השוכר הוא מוגבל יותר מהקונה שדה לפירותיה, דאינו רשאי להשכיר משא"כ הקונה שדה לפירותיה יכול להקנות מה שקנה לאחרים. והנה עוד כתב הרמב"ם (שם ה"א) וז"ל מקנה אדם הגוף לפירותיו וכו' ואין זה מקנה דבר שלא בא לעולם שהרי הגוף מצוי ומקנה לפירות הא למה זה דומה לשוכר בית או שדה לחבירו שלא הקנה לו הגוף אלא הנאת הגוף עכ"ל. ונראה שכוונת הרמב"ם היא לומר דשוכר שאין לו קנין הגוף אינו קונה את הגוף לפירות ורק את עצם קנין הפירות עצמו והנאתו, וכמו שחל לשוכר קנין פירות בעצמו ה"ה שחל קנין הגוף לפירות. אבל שני קנינים שונים הם - כי השוכר קונה רק את קנין הפירות בלבד ולא את גוף הקרקע, ואילו הקונה גוף הקרקע לפירותיו קונה את גוף הקרקע בשביל הפירות. וממשיך הרמב"ם (שם ה"ה - ה"ו) וז"ל המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב הרי זה מכירה ומשתמש הלוקח בגוף כחפצו ואוכל הפירות כל זמן המכירה ובסוף תחזור לבעליה. ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה, שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם מבחין בין המוכר לזמן קצוב ובין המקנה שדה לפירות, דבשניהם הקונה קנה קנין בגוף הקרקע אלא שבקנין לזמן יש לקונה רשות לבנות או להרוס את גוף הקרקע לכל דבר שירצה כי יש לו קנין הגוף, והוא מוגבל רק לגבי זמן אבל לא בנוגע לדברים אחרים. ואילו בקונה גוף לפירות הרי גוף הקרקע קנוי לו לפירות בלבד אבל לא לדברים אחרים, ולכן אסור לו לשנות את הקרקע ולהרסה.

ועל פי יסודו של הגר"ח זצ"ל נראה שהמחלוקת בין ר"י ור"ל אי קנין הפירות כקנין הגוף דמי או לא קיימת רק בקנין הגוף לפירות, אבל בקנין פירות לבדו כבשוכר כו"ע מודי דלאו כקנין הגוף דמי. ובכך נראה לבאר דברי התוס' ביבמות (דף לו: ד"ה קנין פירות) שהקשו אליבא דר"י דס"ל דקנין פירות כקנין הגוף דמי למה יש צורך בתקנת אושא שהרי גם בלי התקנה בדין הוא שהבעל יוציא המקח מידי הלקוחות כי יש לו קנין הפירות שכקנין הגוף דמי. ותירצו התוס' וז"ל קנין הגוף דאשה עדיף שאין לבעל

פירות אלא מכחה ועוד דאין לבעל פירות אלא בתקנתא דרבנן עכ"ל. ולפי"ד הגר"ח זצ"ל נראה דר"ל דשאני קנין הפירות דבעל בנכסי אשתו שאינו קנין גוף לפירות אלא קנין פירות דעלמא בלי קנין בגוף הנכסים כלל (מהטעמים שכתבו התוס'). ולפיכך לכו"ע לא אמרינן קנין הפירות דבעל כקנין הגוף דמי, וכמו דלא אמרינן כן בנוגע לקנין הפירות דשוכר, ומשו"ה בעינן תקנת אושא כדי לזכות את הבעל בזכות ביטול המכירה.

ולפי"ז נמי מבואר למה המשכיר שדה לחבירו יכול למוכרו לאחר ולא אמרינן שקנין הפירות דשוכר כקנין הגוף דמי אליבא דר' יוחנן ויעכב את המשכיר מלמכור. דמכיון שאין להשוכר קנין בגוף השדה לפירות אלא קנין פירות לבדו, קנין הפירות שלו לאו כקנין הגוף דמי, ואינו יכול לעכב את המשכיר מלמכור.[714]

גמ'. א"ל רב עיליש לרבא האומר לעבדו צא והשאל עם פרתי מהו וכו' תיבעי למ"ד שלוחו של אדם כמותו הני מילי שליח דבר מצוה הוא אבל עבד דלאו בר מצוה הוא לא. יש לעיין בביאור הגמ', דהרי עבד בר שליחות הוא בדיני ממונות (עיין ברמב"ם פ"ב מהל' שלוחין ה"ב ובכס"מ שם) ואינו שליח בגיטין וקידושין משום שאינו בתורת גיטין וקידושין (גיטין כג ב), ומ"ש דין בעליו עמו דאינו שליח משאר דיני ממונות ומהו כוונת הגמ' "דלאו בר מצוה הוא". ועיין ברש"י ד"ה עבד דלאו בר מצוה הוא וז"ל ושליחות נפקא לן מאתם גם אתם לרבות שלוחכם דבעינן דומיא דמשלח שיהיו דיניו נוהגים בו וזה אין דין שואל וגם משאיל נוהגים בו שאין לו כלום בלא רבו עכ"ל. ודבריו צ"ב.

ונראה דיסוד דין שלוחו של אדם כמותו חל כשהשליח הוי בעל המעשה, דבתורת בעל המעשה עושה את השליחות עבור המשלח, והמעשה דידיה מתייחס למשלח מחמת חלות דין שליחות. והנה הרמב"ם והטור נחלקו בדין מינה שליח להוליך גט לאשתו ונשטתה הבעל, דהרמב"ם (פ"ב מהל' גירושין הט"ו) פסק דפסול רק מדרבנן ואילו הטור (אה"ע סימן קס"א) סובר דפסול מדאורייתא. ונראה דהרמב"ם סובר דמדאורייתא השליח הוי בעל המעשה ומשו"ה שפיר יכול לגרש את האשה מדאורייתא אע"פ שנשטתה הבעל. ואילו הטור סובר דהשליח אינו בעל המעשה לגרש את האשה כשנשטתה הבעל.[715] ולפי"ז י"ל דא"א לעבד כנעני להיות שלוחו של רבו לגבי דין בעליו עמו, דהא מלאכת העבד אינה שלו וא"א שיתמנה העבד להיות שליח רבו למלאכה דהא כלפי רבו אין העבד בעלים על המלאכה שעשה, ואינו יכול להשוות דין בעליו

[714] עיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק עמ' תקל"ב - תקל"ג. ועיין לעיל בשיעורים דף נו: ד"ה בענין שכירות ביומיה מכירה היא אות ב', וע"ע ברשימות שיעורים למס' יבמות דף לו: בענין קנין פירות וקנין הגוף.

[715] ועוד י"ל דהטור ס"ל דאם נשטתה המשלח תו אי אפשר לצרף אליו את מעשה השליח, דמאחר שנשטתה הבעל וא"א לו לפעול ולגרש א"א לצרף אליו את מעשה השליח אע"פ שהשליח הוי חלות שם בעל המעשה.

עמו. דרק מי שהוא בעלים על המלאכה שעושה יכול להשוות דין בעליו עמו במלאכתו. ולכן דוקא לענין בעליו עמו אין רבו יכול למנות את עבדו להיות שלוחו לעשות מלאכה עם השואל, דאין העבד בעלים על המלאכה שעושה. משא"כ בשאר דיני ממונות כגון להיות שליח לעשות קנין עבור אדם שני שאינו רבו שפיר הוי עבד בר שליחות ונחשב לבעל המעשה.

גמ'. או"ד אפ' למ"ד אין שלוחו של אדם כמותו ה"מ שליח אבל עבד יד עבד כיד רבו. הגמ' מחוסרת ביאור. ויתכן לפרש דר"ל דאע"פ דלא אמרינו שלוחו של אדם כמותו לגבי בעליו עמו דהוי כמו מצוה שבגופו דבעינן שגוף הבעלים עצמם יעסקו במלאכת השואל, אך שאני עבד דידו כיד רבו דמי והו"ל כגוף הבעלים עצמם ויכול העבד להיות שליח הבעלים לגבי דין בעליו עמו. אך לכאורה זה אינו נכון דדין יד עבד כיד רבו דמי הוי הלכה בהלכות קנינים ומהיכי תיתי דלהוי כגוף הבעלים לענין בעליו עמו. וי"ל הגמ' באופן אחר דלא חל דין שליחות בעבד לענין בעליו עמו, שאין גוף העבד כגוף רבו אלא הגמ' ר"ל דמכיון דיד עבד כיד רבו דמי לפיכך חל בעבד דין בעליו עמו בלי דין שליחות. והוא משום שמלאכת העבד קנויה לרבו מדין יד עבד כיד רבו, ולכן כשהעבד עוסק במלאכת השואל נמצא שהשואל מקבל את מלאכתו מהבעלים, וזה גופא שמקבל השואל מלאכת הבעלים משווה דין בעליו עמו, דלדין בבעלים לא צריך שהבעלים עצמם יעסקו בגופם במלאכת השואל אלא רק שהשואל מקבל מלאכה מהבעלים, וע"י מלאכת העבד מקבל השואל מלאכה מהבעלים, דיד עבד כיד רבו דמי, ומלאכת העבד הוי מלאכת הבעלים.[716] בעי רמי בר חמא, בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי וכו' אמר רבא בעל לא שואל הוי ולא שוכר הוי אלא לוקח הוי וכו' באושה התקינו האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות.

יש לעיין מה קמספק"ל להגמ' אי שואל הוי או שוכר הוי, דהרי קיי"ל בכתובות (נ:) דלוקח הוי. וי"ל דאף מעיקרא סברא הגמ' דהבעל לוקח הוי אלא דמספק"ל אי יש לו גם חיוב אחריות דשואל או"ד חיוב אחריות דשוכר. ונראה דשאלה זו תלויה באם יש לבעל קנין פירות בלבד או קנין גוף לפירות, דאם יש לו קנין גוף לפירות אינו שומר ושואל כלל דהרי החפצא היא שלו. ואילו אם יש לו קנין פירות בלי קנין הגוף י"ל דהוי שומר עבור

[716] ועיין בשיטמ"ק (ד"ה או) דילמא שביאר הגמ' כדברי רבינו זצ"ל, שעבד בלבד משווה חלות דין בבעלים אך לא מדין שליח דעלמא דגם עבד לא הוי שליח לענין בעליו עמו. ועיין בתוס' רי"ד גיטין (דף כג: ד"ה אמר רב אסי) שכתב וז"ל אבל עבד דאשה הוי שליח לקבלה דיד עבד כיד אשה דמיא וכשקבלו העבד כאילו קבלתו האשה ועבד דאיש נמי הוי שליח להולכה דידו כיד רבו דמי וכו' אבל לאו מילתא היא דאע"ג דאמרינן דעבד כיד רבו דמיא לא שיהיה שלוחו אלא כחצירו דומה וכו' עכ"ל, ומבואר דיש ב' דיעות בתוס' רי"ד האם דין יד עבד כיד רבו חל מדין שליחות בניטין או לא.

האשה. והגמ' מוכיחה מהא דהבעל גובה מהלקוחות שאין לבעל קנין פירות בעלמא דא"כ היאך גובה את גוף הקרקע מהלקוחות, ועל כרחך דיש לבעל קנין הגוף לפירות, ומשו"ה הבעל יכול להוציא מידי הלקוחות. ולפי"ז אין הבעל דומה לשואל או לשוכר דיש להן רק זכות השתמשות בחפץ וקנין פירות בעלמא, דיש לבעל קנין הגוף לפירות ולכן הבעל פטור מלשלם מדין שומר דהחפץ קנוי לו. (ועיין בתוס' הרא"ש דחל קנין הגוף לבעל למפרע). ובס"ד הגמ' נקטה דיש לבעל רק זכות לפירות ומספק"ל האם חייב משום כך באחריות כשוכר משום דחייב בפרקונה או דהוי כשואל. ונראה דדין זה תלוי האם נכסי מלוג ופרקונה נתקנו כתשלומין זה תחת זה או לא, דאם הויין תשלומין י"ל דהויין תשלומי שכירות והבעל הוי שוכר. אך אם ליכא תשלומין הוי שואל. ולמסקנא נקטינן דיש לבעל קנין גוף לפירות ומשו"ה אינו שומר כלל לא שואל ולא שוכר.

והנה עיין בגמ' לקמן (דף קג.) שואל אדם בטובו לעולם והוא דקני מיניה, וברש"י שם פירש "אבל לא קני מכי אהדריה כלתה קנייה דמשיכה ראשונה", והיינו דלרש"י בעינן קנין כדי שלא תהא כלתה השאלה בחזרה. אולם הראב"ד בשיטמ"ק (ד"ה הא דאמר רב נחמן) פירש דהא דבעי קנין הוא כדי שיחול השאלה לזמן שאינו מוגבל. וכן מבואר מדברי הרמב"ם (פ"א מהל' שאלה ופקדון ה"ח) וז"ל השואל כלי מחבירו להשתמש בו ואמר לו השאילני דבר פלוני בטובתך כלומר אין אתה משאיל לי כדרך כל המשאילין אלא כפי טובת לבך ונדבותיך שאינך מקפיד על הזמן אם ארך, אם קנו מידו הרי השואל משתמש בו לעולם עד שיתבטל הכלי מלעשות מלאכתו וכו' עכ"ל. ומבואר דבעינן קנין מיוחד בכדי שיחול חלות שאלה לעולם. והנה יש לבעל זכות השתמשות בנכסי מלוג כל זמן שאשתו בחיים. וי"ל דהוי רק זכות השתמשות לזמן דהיינו בחיי אשתו, ולפי"ז י"ל דבעל בנכסי אשתו הוי שואל דיש לו זכות השתמשות לזמן כשואל דעלמא בלי קנין הגוף ועם חיוב השבה. ומאידך י"ל דיש לבעל זכות השתמשות לעולם בלי חיוב השבה אלא שמיתת אשתו מפקיעה את זכות ההשתמשות שלו, ולכן אינו שואל אלא לוקח דקנה בו קנין הגוף לפירות והוי כשלו. וי"ל דזהו יסוד הספק בגמ' דידן אי הבעל שואל הוי או לוקח הוי.

ועיין ברשב"א (ומובא גם בשיטמ"ק ד"ה אי שואל הוי שאלה בבעלים היא) וז"ל קשיא לי ודילמא בפרה שנפלה לה בשעה שהיתה ישנה או בשעה שאינה ראויה למלאכה שבאותה שעה אינה עמו מלאכתו וכו', ונראה לי שאשה אין לה שעה שאינה חייבת להיות עם הבעל במלאכתו, משא"כ באומנין שיש להם שעות פנויות שאינם חייבים לעשות בצרכי בני המדינה, ומסתברא ליה שהאשה היא שהיא במלאכת הבעל לעולם

אבל הבעל אינו עם האשה אלא בעתים שהוא מתעסק ממש בצרכיה עכ"ל. ויש להעיר דמתוס' לעיל (דף צד. ד"ה פרה) משמע דבעינן שיהא עוסק ממש במלאכה, ולשיטתם תיקשי קושיית הרשב"א דנוקמי שאינה עוסקת ממש במלאכה. וי"ל דמכיון שהאשה תמיד מזומנת לעשות מלאכה עבור הבעל הוי בעליו עמו, ואף לפי התוס' לא בעינן מלאכה ממש אלא הזמנה למלאכה. וכן משמע ממש"כ רש"י (דף צו: בד"ה שאלה בבעלים היא) וז"ל שהיא עמו תדיר במלאכתו והיא נשאת לו תחילה משנשאה עכ"ל, ומשמע דחל פטור בבעלים אע"פ שאינה עוסקת ממש במלאכה אלא מחמת שהיא מזומנת למלאכה תדיר.

גמ'. באושא התקינו אשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות. עיין בתוס' (ב"ק דף פט.) ד"ה באושא וכו' וז"ל וא"ת לר' יוחנן למה הוצרך לתקן כיון דכקנין הגוף דמי וי"ל דאצטרך להיכא דכתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן ובפירי פירותיהן עד סוף העולם דאין זה אוכל פירות וכו' עכ"ל. ועיין ברשב"א (הובא בשיטמ"ק שם) שתירץ קושיית התוס' וז"ל וי"ל דקסבר ר' יוחנן דליתא לתקנת אושא דמעולם לא תיקנוה דלא איצטרכו לה והתוס' תירצו וכו' ונלע"ד בזה ובנותן מתנה לאשתו דקיי"ל שקנתה ואין הבעל אוכל פירות דא"ל בשתי אלו שאם מכרה בחיי בעלה אין הבעל מוציא מיד הלקוחות וכו' שבתקנת אושא עשו את הבעל כלוקח ראשון ואם הוא שנעשה לוקח ראשון סלק עצמו מהן היאך אפשר שיחזור ומוציא מיד לוקח שני עכ"ל. לפי הרשב"א זכות הבעל להוציא מהלקוחות ע"פ תקנת אושא תלויה בקנין פירות שיש לו, ואם אין לו קנין פירות אינו יכול להוציא מיד הלקוחות. מאידך להתוס' אינו תלוי בקנין הפירות שלו אלא שיש לו זכות מדין יורש את אשתו להוציא את הנכסים מיד הלקוחות.

ועיין בסוגיא בב"ב (דף קלט. - קלט ב) שדנה האם בעל בנכסי אשתו יורש הוי או לוקח הוי. והגמ' הוכיחה מדין דר' יוסי ב"ר חנינא שבאושא התקינו שהבעל מוציא מיד הלקוחות דשויוהו רבנן כלוקח. ולכאורה נראה מדברי הגמ' כמש"כ הרשב"א דאלמוהו רבנן לקנין הפירות שלו שיש לו בחייה להיות כקנין הגוף ולכן הבעל כלוקח ראשון ומוציא מיד הלקוחות. ומאידך אליבא דהתוס' נראה דהא דאיתא בגמ' דלוקח הוי ר"ל דיש לו זכות יורש מחיים, ר"ל שבאושא התקינו דשונה זכות היורש דבעל משאר דיני היורשים. דליורשים אחרים אין זכות ירושה בחיי מורישם. ואילו לבעל יש זכות ירושה בנכסי אשתו גם בחייה, ומשו"ה מוציא מיד הלקוחות.

ויתכן דנפ"מ בין שיטת התוס' לשיטת הרשב"א היא אם המכירה בטילה מיד או רק לאחר מיתת האשה. דהנה כתב הטור (אה"ע סימן צ') וז"ל כיון שהבעל יורש את אשתו אינה יכולה למכור שום דבר מנכסיה ואם מכרה וכו' הבעל מוציא מיד הלקוחות שעשו אותו כלוקח נכסיה והוא לקח תחילה לפיכך מכרה בטל לאלתר שהוא מוציא מיד הלוקח הגוף והפרי וכו' והרמב"ם כתב הבעל מוציא מיד הלוקח פירות כל ימיה אבל לא גוף הקרקע שאין לו כלום בגוף נכסי מלוג עד שתמות מתה בחייו מוציא הגוף מיד הלוקח וא"א הרא"ש כתב כסברא ראשונה עכ"ל. לפי הרא"ש המכירה בטילה מיד, ואילו להרמב"ם (פכ"ב מהל' אישות ה"ז) המכירה חלה בשעתה ובטילה רק לאחר מיתת האשה. ומסתברא שאם יסוד זכות הבעל להוציא מיד הלקוחות הוא מכח קנין פירות שלו דשווינהו החכמים כקנין הגוף (כהרשב"א) המכירה בטילה לאלתר כדעת הרא"ש. מאידך אם יסוד זכות הבעל הוא מדין ירושה (כתוס') י"ל שזוכה בנכסים שמכרה בשעת מיתתה כירושה דעלמא - וכהרמב"ם.[717]

דף צו:

גמ'. ואתיא שאלה בבעלים מפקעא שכירות שלא בבעלים או דלמא שוכר הוי ושכירות כדקיימא קיימא וכו' אי שוכר נמי הוי תיתי שכירות בבעלים תיפוק שכירות שלא בבעלים.

יש לעיין בביאור הגמ' האם ס"ל ללישנא בתרא דשכירות קמייתא פקעה לגמרי וחלה רק השכירות השנייה בבעלים ומשו"ה פטור, או"ד דחלו ב' השכירות, והשכירות בתרייתא שבבעלים פוטרת אף החיוב דשכירות הראשונה.

ועיין בגמ' לקמן (צח:) דאיבעיא לן שאלה בבעלים ואח"כ שכרה שלא בבעלים מהו, ובתוס' (דף צח: ד"ה שאלה) הקשו ז"ל משמע אבל שכרה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים פשיטא דשכירות כדקיימא קיימא (ופטור), וא"ת דאמרינן לעיל דאתיא שכירות בבעלים ומפקע שכירות שלא בבעלים, אלמא אין שניה מתחברת עם הראשונה עכ"ל. ונראה דהתוס' הקשו דלכאורה מסוגיין מבואר דהשכירות הראשונה שלא בבעלים פקעה ע"י שחלה השכירות האחרונה שבבעלים ופטור, כדאמרינן בסוגין, וא"כ אמאי לא אמרינן התם נמי דהשכירות האחרונה שהיתה שלא בבעלים מפקיעה השכירות הראשונה שהיתה בבעלים. ומבואר דהתוס' נקטו בקושייתם דיסוד הפטור בסוגיין הוא משום דהשכירות השנייה מפקיעה חלות השכירות הראשונה. ועיי"ש שתירצו התוס'

[717] ועיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק (עמ' תקל"ד).

וז"ל י"ל דגזירת הכתוב הוא דבכל היכא דאיכא בעלים או בראשונה או בשניה פטור עכ"ל. ובביאור דבריהם נראה דס"ל דלעולם חלו ב' חיובי שכירות ומכיון שחל בשכירות השנייה פטור דבעליו עמו חל הפטור אף לשכירות הראשונה.

ועוד יש לתרץ קושיית התוס' באופן אחר, דלקמן (בדף צח:) מיירי בשכירות שחלה מדין דעת המתחייב והתם שני השכירות הן מענין אחד דתרוויהו חלין מחמת דעת המתחייב, ובכה"ג ס"ל דהשכירות השנייה מישך שייכא לשכירות הראשונה ואינה מפקיעה את השכירות הראשונה. משא"כ דין שכירות דבעל בנכסי אשתו דאינה חלה מחמת דעת המתחייב אלא דחלה משום תקנת חכמים תחת שיש לו זכות פירות בנכסי אשתו, ולכן י"ל דלא הויא המשך של השכירות הראשונה. ויתכן דרק בשכירות הבעל אמרינן דתיתי שכירות בבעלים ומפקיעה שכירות שלא בבעלים, דשכירות דהבעל שחלה מתקנת חכמים בלי דעת המתחייב מפקיעה השכירות הראשונה שחלה ע"י דעת המתחייב, דהויין ב' מיני שכירות בפ"ע דלא שייכי אהדדי.

ועיין ברש"י לקמן (דף צח:) ד"ה או דלמא שכירות בשאלה מישך שייכא וז"ל כל חיובי שוכר דגניבה ואבידה ישנן בשואל ולא הוסיף כלום ומחמת משיכה ראשונה באו לו וההיא בבעלים הואי ופטור עכ"ל. אליבא דרש"י קנין הראשון דמשיכה דשואל קונה בעד השכירות השניה לבסוף. ואליביה פשיטא דלא קשה קושיית התוס' דהא דיני הבעל בנכסי אשתו אינם משתייכים לקנין הראשון שעשה לפני הנשואין, דהנשואין מחדשים דינים מחודשים בין הבעל לבין אשתו ונכסיה. ולפי"ז לא קשה קושיית התוס'. וצ"ל דהתוס' ס"ל דדין בבעלים תלוי בתחילת ההשתמשות במציאות ולא בחלות דין שאלה, ומסתבר דס"ל דדין בבעלים חל משעת "הנך לפני" ולא משעת קנין המשיכה.[718]

תוס' ד"ה בעל וכו'. וז"ל ומיהו נראה לר"י דשומר חנם הוי וחייב בפשיעה ולפי"ז הלוקח בהמה לשלושים יום אע"ג דלאו שואל הוי ולא שוכר דבלשון מקח לקח מ"מ שומר חנם הוי עכ"ל.

עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שאלה ופקדון הל' י"א) וז"ל האשה ששאלה ואח"כ נשאת הרי הבעל כלוקח ממנה ואינו לא ש"ש ולא שואל לפיכך אם היתה דבר השאלה בהמה ומתה הבעל פטור אע"פ שהוא משתמש בה כל ימי שאלתה, אפילו פשע מפני שהוא כלוקח והאשה חייבת לשלם כשיהיה לה ממון וכו' עכ"ל. ומבואר דתוס' והרמב"ם חולקים בדין אחריות של הבעל דהתוס' ס"ל דחייב בפשיעה כשומר חנם ואילו להרמב"ם הבעל פטור מכלום. ויש לעיין בביאור שיטת הרמב"ם דהבעל פטור לגמרי, דיתכן לומר דס"ל דמכיון

[718] ועיין בשיעורים לעיל ריש פרקין.

שהבעל לוקח הוי וקנה את החפץ משו"ה לא חלה עליו חלות דין שמירה על החפץ מכיון דהוי שלו. ועוד י"ל דליכא חלות שמירה מכיון שלא היתה מסירה מדעת לשמירה וליכא קבלת אחריות מדעת לשמור. אולם היכא שקיבל הבעל על עצמו אחריות שמירה מדעת חל חלות שמירה אע"פ דהוי שלו. ונפ"מ היכא שמקבל הבעל על עצמו בפירוש אחריות דשומר חנם האם חלה או לא. דלצד הא' א"א שתחול שמירה על חפץ שהוא שלו ואפילו אם מקבל שמירה על עצמו. ואילו לצד הב' במקום שיש קבלת שמירה מדעת שפיר חלה שמירה.

תוס' ד"ה אלא לוקח הוי וכו'.

התוס' סוברים דיורשי השואל הויין כש"ש דחייבין בגניבה ואבידה. אולם הרמב"ן (מובא בשיטמ"ק ד"ה הא דמסקינן בעל בנכסי אשתו) חולק ע"ז וס"ל דהיורשים פטורים לגמרי, ואינם חייבים אף בפשיעה. וז"ל דאמרי אבי אני יורש שמירתו אין אני שומר, דלא שיעבד נכסים בשמירה אלא שישמור הוא עצמו הלכך פטורים אפילו פשעו עכ"ל. וצ"ב ביסוד פלוגתתם.

ויתכן לפרש דהתוס' ס"ל דמכיון דיש ליורשים זכות השתמשות בפרה הריהן חייבים כשומר שכר, ואע"פ שאין זכות ההשתמשות באה להם ישיר מן הבעלים אלא דבא להם מדין ירושה מאביהן, מ"מ מכיון דיש להן זכות השתמשות הויין ש"ש. והוי כעין דין פרוטה דר' יוסף דשומר אבידה הוי ש"ש מפני שנשכר ואע"פ שאינו מרויח השכר באופן ישיר מהבעלים מדעתם. דה"ה היורשים דעכ"פ מרויחים מההשתמשות מתחייבים כשוכר ואע"פ שהריוח ושכר לא בא להם באופן ישיר מבעל הפרה[719]. ואילו הרמב"ן סובר דבעינן שיקבל שכר באופן ישיר מהבעלים וכאן זכות ההשתמשות באה להן מאביהן. ועוד נראה דהרמב"ן סובר דמכיון דהיתה מסירה אחת מהבעלים להאב, א"א שתחול ב' דיני שמירה מחמת מסירה אחת, ואם האב נעשה שואל ע"י המסירה מהבעלים א"א שיחול על היורשים גם דין שומר שכר. משא"כ תוס' ס"ל דשפיר חלין ב' דיני שומר במסירה אחת.

אולם עדיין צ"ב מדוע ס"ל להתוס' דחלין ב' דיני שמירה רק אם הבעל הוי יורש, דאמאי לא נימא הכי אף אם הבעל לוקח הוי, ומהי הנפ"מ אי יורש הוי או לוקח הוי מ"מ ליחייב הבעל כש"ש. ונראה דאי יורש הוי אזי חלה התחייבות אחת של שמירה, דהיורש חייב בשמירת המוריש, ודומה לדין מצוה על היתומים לפרוע את חוב אביהן,

[719] ומ"מ לתוס' אינם חייבים כשואל דכדי להיות שואל ולהתחייב באונסין צריך לקבל ההנאה וההשתמשות ישיר מהבעלים. ועוד י"ל דלהתחייב כשואל צריך דעת המתחייב מהשואל והיורשים לא התחייבו מדעתם. (רבינו זצ"ל)

דה"ה יורש דחייב בקיום מצות שמירה שחלה על המורישׁ. ומשום כך חשיב למסירה אחת מהבעלים לשניהם והתחייבות אחת לשמור. משא"כ אי לוקח הוי אזי יש ב' חיובי שמירה נפרדים בפ"ע דא"א למסירה אחת מהבעלים לחייב ב' חיובי שמירה בפ"ע. ועוד י"ל דאי הבעל הוי יורש אזי הרי הוא עומד במקום אשתו וזוכה בפירות מן המשאיל ע"י אשתו, וא"כ הריהו שוכר וש"ש משום דזוכה בפירות ישירות מהבעלים. משא"כ אי לוקח הוי אזי האשה היא המקנה לו את הפירות ואין הבעלים מקנים לו את הפירות ולכן אינו נעשה ש"ש להבעלים[720].

והנה הרמב"ם פסק (פ"ב מהל' שאלה ופקדון הי"א) וז"ל אשה ששאלה ואח"כ נשאת הרי הבעל כלוקח ממנה ואינו לא ש"ש ולא שואל לפיכך אם היתה דבר השאלה בהמה ומתה הבעל פטור אע"פ שהוא משתמש בה כל ימי שאלתה אפילו פשע מפני שהוא כלוקח והאשה חייבת לשלם כשיהיה לה ממון. ואם הודיעה את בעלה שהיא שאולה ה"ז נכנס תחתיה עכ"ל. ועיין במגיד משנה דהקשה מ"ש מיורשים שפטורים ואע"פ שיודעים שהבהמה שאולה. ונראה דדינו של הרמב"ם אינו שהבעל נעשה שואל של הבעלים אלא שמקבל על עצמו חיובי האשה ומשלם תחתיה. וזה לא שייך ביורשים שאביהם מת ואינו חייב לשלם כלל. ונראה דזהו דין מסוים דחל בשעת קידושין ונשואין דאם הודיעה האשה לבעלה שהבהמה שאולה אזי הבעל מתחייב מתנאי כתובה לשלם תחתיה את חיובי השאלה שהיא מחוייבת לשלם.

גמ'. בעי רמי בר חמא בעל בנכסי אשתו מי מעל אמר רבא מאן לימעול, לימעול בעל דהיתרא ניחא ליה דליקני איסורא לא ניחא ליה דליקני. עיין בתוס' ד"ה בעל וז"ל מי אמרינן בעל מעל שהוא עושה עיקר המעשה שנשאה ועל ידי זה זוכה במעות או"ד היא עשתה עיקר המעשה שהיא נשאת לו עכ"ל. ומבואר דקס"ד דהבעל מעל ע"י מעשה הנישואין, ונראה דמוכח מכאן דכדי לקנות נכסי מלוג בעינן דעת קנין ומשו"ה הנישואין הויין מעשה קנין ומפני זה ס"ד דמועל הבעל, ודלא כשאר כסות ועונה שחלין ממילא ע"י חלות האישות. ונראה דכ"ז הוי משום דבעל לוקח הוי כלומר דיש מעשה קנין שעושה בנכסיה במעשה הקידושין דאילו הוי יורש הקנין שלו חל ממילא בלי מעשה קנין ופשיטא שאינו מועל. ועוד יש להעיר דלכאורה זהו חידוש מיוחד בהל' מעילה

[720] ורבינו זצ"ל אמר דיש לדמות זה לדברי הגר"ח זצ"ל שביאר שיטת הר"י מגאש דעובר חי אינו יורש ואילו עובר מת יורש כדי להנחיל נחלה במשמוש נחלה. וביאר הגר"ח זצ"ל דלעובר ליכא קנין בעלות בממון אך יש לו זכייה. ולכן עובר חי אינו יורש דא"א שהירושה תשאר אצלו דאין לו קנין בעלות בממון. מאידך עובר מת זוכה בממון כדי להנחילו במשמוש ול"צ לזה בעלות וקנין ממון ממש. וי"ל דה"ה הכא דאם הבעל לוקח הוי אזי מקבל קנינו מהאשה המקנה לו וקונה הממון ממנה. ואילו אי יורש הוי אזי האשה מזכה לו והוא מקבל קנינו מהבעלים מעין דין משמוש נחלה ע"י עובר מת.

דפשיטא דלא יחול דין כזה לענין גזילה דאטו מי נימא דאם נשא אשה והיה ברשותה נכסי אדם אחר שהבעל יהא חייב משום גזלן. ומשמע מכאן דס"ל דיסוד איסור מעילה אינו משום גזילה דאל"ה היאך ימעול דפשיטא דמעשה הנישואין אינו מעשה גזילה.

גמ'. דהיתרא מי לא ניחא לה דליקני. לפי גירסא זו אין לאשה דעת מקנה בנכסי מלוג ורק לבעל יש דעת קונה. ויש גורסין "איהי נמי לא ניחא לה" ולפי גירסא זו י"ל דיש לאשה דעת מקנה להקנות לו נכסי מלוג דהיתרא.

גמ'. נימעלו ב"ד. כלומר דליכא לאשה דעת מקנה ודעת קונה לבעל בנכסי מלוג אלא חל זכייה ממילא מדין מעשה ב"ד וא"כ סד"א שב"ד ימעלו. ולכאורה קשה לומר לגבי ב"ד דלהוי גזילה דהא אינם נכסי האשה אלא דהקדש אלא דחלה מעילה מדין הוצאה שב"ד גרמו שהבעל יהנה מנכסי הקדש והו"ל כשלוחם ויש מעילה של הוצאה דב"ד גרמו לו.

תוס' ד"ה אמר. בא"ד. וז"ל אי נמי נקטיה למימר דאפילו לקח המעות לא ימעול כיון דאיסורא לא ניחא ליה דליקני ולא נתכון לזכות בשל אחרים ואין מתכון בנטילתו להוציאו מרשות בעלים דסבור שהן שלו ואינו מועל אלא כשבא להוציא מרשות בעלים כגון גונב או גוזל ההקדש מרשות חבירו כדמוכח בפ"ק דחגיגה דאמר נטל אבן או קורה של הקדש לא מעל נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל וכו' ומשני בגזבר המסורות לו אבני בנין עסקינן אלמא כיון שהוא ברשותו שאינו מתכון להוציאו מרשות בעלים אלא סבר הוא שהוא שלו אינו מועל בנטילתו עכ"ל.

ומבואר דהתוס' פירשו דגזבר אינו מועל בנטילתו משום שטעה וסבר דהחפץ הוי שלו ולא נתכוון להוציאו מרשות הקדש. אך הגזבר מועל בהוצאה שנתנה לחבירו, וצ"ב דמ"ש הא קסבר שהוא שלו ואין כאן מעשה גזילה. וי"ל דההגבהה אינו מעשה גזילה משום דקסבר שהוא שלו, אך כשנתנו לאחר חל מעשה גזילה. א"נ י"ל דהוי דין מחודש מעילה דהוצאה אע"פ דליכא מעשה גזילה מ"מ מעילה דהוצאה מחייבת אף בלי חלות דין גזילה. אולם עיין ברש"י לקמן (דף צט: ד"ה נטל אבן) וז"ל במס' חגיגה פרכינן מכדי מישקל שקליה מה לי בנאה הוא מה לי נתנה לחבירו ואוקמינן בגזבר שאבני קודש מסורין לו עסקינן דבלאו הכי נמי ברשותו הוה מנחא הלכך לא מעל בהגבהתו עכ"ל, דרש"י מפרש דאף אם ידע הגזבר שאין הקורה שלו לא מעל משנטלה מכיון דהוי ברשותו מעיקרא ולא הוי הוצאה מרשות הקדש. ולשיטתו באדם אחר שהגביה חפץ של הקדש מעל דחלה הוצאה מרשות הקדש ואף אם טעה וחשב דהחפץ הוי שלו מ"מ מעל דעצם ההגבהה הוי מעשה הוצאה ואע"פ שלא נתכוון להוציא מרשות הקדש, ודלא כהתוס'. ויתכן דלרש"י חל דין גזילה לגבי הדיוט ואפילו היכא דקסבר שהוא שלו.

אך לכאורה צ"ע למה אינו פטור מדין מתעסק כמו בשבת בנתכוין להגביה את התלוש ונמצא מחובר שפטור מדין מתעסק. וי"ל דבדיני ממונות לגבי גזילה ומעילה לא חל פטור מתעסק כדמצינו דאדם מועד לעולם. וכ"ז בנוגע למעילה דהוצאה דחייב משום גזילת הקדש, אך במעילה דהנאה י"ל דאינו חייב משום גזילה אלא מחמת איסוה"נ ושפיר חל לגבי זה פטור מתעסק. (ולכאורה זה תלוי בספק של הר"י בתוס' בקידושין דף מג. ד"ה שלא עיי"ש)

ועיין ברמב"ם (פ"ו מהל' מעילה ה"ז) וז"ל אמרו חכמים שהנוטל אבן או קורה של הקדש ונתנה לחבירו שניהם מעלו. ואם נתנה לזה הגזבר שהיתה תחת ידו הוא מעל והגזבר לא מעל ויראה לי שאין אלו הדברים אמורים אלא במועל בזדון שהרי לא נתחלל הקדש, הנוטל פרוטה של הקדש על דעת שהיא שלו לא מעל עד שיוציא אותה בחפציו או יתן אותה במתנה, נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל וכו' עכ"ל. ולכאורה הרמב"ם ס"ל כדעת התוס' דאם נטל הקדש וטעה דחשב שהוא שלו לא מעל עד שיוציאנה מרשותו. אולם נראה דיסוד סברת הרמב"ם אינה משום שטעה וחשב שהוא שלו - דאפילו אם ידע דלא הוי שלו לא מעל בנטילה ובקנין גרידא, והרמב"ם סובר דאינו מועל אא"כ נהנה או הוציאו מרשותו, וכדמבואר ממש"כ (בהל' ח') וז"ל נטל אבן או קורה של הקדש לא מעל שהרי לא נהנה עדיין, בנה אותה בתוך ביתו מעל, נתנה על גבי חלון שבתקרה ולא חיברה לא מעל עד שידור תחתיה בשוה פרוטה שאין זו הנאה הניכרת עכ"ל. הרי הרמב"ם סובר דהקדש כל היכא דאיתא בי גוא דרחמנא איתא וליכא הוצאה מרשות הקדש ע"י קנין בלבד ואינו מועל אא"כ הוציאה לרשות אדם אחר או שעשה שינוי בחפצא או שנהנה. ולפי"ז י"ל דמש"כ הרמב"ם "הנוטל פרוטה של הקדש על דעת שהיא שלו לא מעל", לאו דוקא אלא ר"ל דהוי שוגג ולא מזיד. דאילו במזיד חל מעשה גניבה המוציא את החפצא מרשות הקדש וחייב לשלם קרן בלי חומש מדין גונב הקדש וכדפסק הרמב"ם (פ"ב מהל' גניבה ה"א) וז"ל גנב נכסי הקדש אינו משלם אלא הקרן בלבד שנא' ישלם שנים לרעהו ולא להקדש וכו' עכ"ל. ועיי"ש בראב"ד שהשיג וז"ל א"א גנב נכסי הקדש משלם קרן וחומש ואשם להקדש שהרי מעל עכ"ל. אך להרמב"ם הגבהה ונטילה בעלמא בשוגג אינו מעשה גניבה והוצאה מהקדש לחייב במעילה, דדוקא גניבה במזיד מחייב מדין גניבה לשלם קרן בלי חומש.

ועיין בראב"ד (פ"ו מהל' מעילה ה"ח) שכתב וז"ל א"א זו היא שהעמידו בגמ' בגזבר שהכל תחת ידו שנטילתו אינה ניכרת לגזל ההקדש, וכן כל אדם שהקדשו תחת ידו הרי הוא הגזבר ולא מעל עד שיוציא וכו' אלא הכא בגזבר שנטלה מרשות עצמו עסקינן

שבנטילתו אינו ניכר חסרון להקדש עד שיוציאנה לאחר עכ"ל. ונראה דהראב"ד סובר כרש"י דאי חל קנין גזילה אזי היה מועל, אולם בגזבר ליכא מעילה דההחפץ כבר היה ברשותו ואין הקנין שלו חלות גזילה. ונראה דהראב"ד לשיטתו (בפ"ד מהל' גניבה ה"י) דפסק הרמב"ם (שם) וז"ל שומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מעדר שהופקד אצלו וכו' אם יש עליו עדים חייב בכפל וכו' עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א זה אינו כלום עכ"ל. ובביאור השגתו כתב המגיד משנה (שם) וז"ל כוונתו לומר שלא מצינו כפל בשומר אלא בטוען טענת נגנב ונשבע הא לא הכי לא, דאע"ג דאחר שגנב מרשות בעלים משלם כפל הוא עצמו ודאי לא ישלם, דאי לא למה לן שבועה משעת כפירה ליחייב בכפל עכ"ל. ונראה דהראב"ד סובר דליכא דין גניבה בשומר שגנב חפץ שברשותו, דמה מועיל קנין גניבה שעשה והרי החפץ כבר הוי ברשותו, ורק שליחות יד מחייבת בכפל מגזה"כ. וה"נ בהקדש ס"ל להראב"ד דגזבר אינו מועל ע"י מעשה קנין גרידא שעשה כיון דההחפץ כבר הוי ברשותו כשומר הקדש.

ועוד נראה לומר דיתכן דאף התוס' מודים לשיטת הראב"ד דליכא גניבה בשומר שגנב חפץ שברשותו ומ"מ ס"ל דחל מעילה בגזבר שעשה קנין על חפץ של הקדש שברשותו, די"ל דגניבה שאני דכתיב בה "וגנב מבית האיש" ובעי מעשה גניבה מרשות הבעלים. משא"כ גזילה חלה אף כשכובש ממון בעלים תחת ידו ולא בעי הוצאה מרשות הבעלים, ובקנין בעלמא חל דין גזילה ומעל. ולפי"ז צ"ל דהרמב"ם סובר דאף בשומר חל גניבה מחמת דההחפץ עדיין נחשב ברשות הבעלים דרשות השומר כרשות הבעלים דמיא, ומשו"ה חל בקנין השומר מעשה גניבה שהוציא החפץ מרשות הבעלים.

בענין מעילה

א.

ביאור שיטת הרמב"ם דיש מועל אחר מועל בנהנה מקדשי בדק הבית

כתב הרמב"ם (פ"ו מהל' מעילה ה"ג - ה"ד) וז"ל המועל בקדשי בדק הבית כיון שמעל בשגגה נתחלל הקדש וזה שנהנה אחריו פטור. מעל בזדון הואיל ואינו חייב בקרבן מעילה לא נתחלל הקדש אלא הרי הוא בהוויתו ואם בא אחר ונהנה בו בשגגה מעל. בד"א כשמעל בקדש והוציאו בתורת חולין והקנהו לאחר אבל אם נהנה בו ופגמו ולא הקנה לאחר יש בו מועל אחר מועל. ואין מועל אחר מועל במוקדשים אלא בבהמה וכלי תשמיש בלבד. כיצד בקע בקרדום של הקדש ונהנה בפרוטה ופגם ובא חבירו ובקע בו ונהנה ופגם כולם מעלו. נטל הקרדום ונתנו לחבירו הוא מעל אבל חבירו לא מעל וכו' עכ"ל. אליבא דהרמב"ם אפילו בקדשי בדק הבית דוקא מעילה של הוצאה

מחללת ומוציאה הקדש לחולין ואילו מעילה של הנאה אינה מחללת הקדש ומשו"ה יש מועל אחר מועל בנהנה מהקדש. וביאר הגר"ח זצ"ל דהרמב"ם סובר שמעילה דהוצאה מחייבת מטעם גזילה ומשו"ה מחללת ומוציאה לחולין. ואילו מעילה של הנאה אינה מחייבת מטעם גזילה אלא משום איסור הנאה בלבד ומשו"ה אינה מחללת ואינה מוציאה לחולין. ועיין בראב"ד (ה"ד) שחולק על הרמב"ם וסובר שאף מעילה של הנאה מחללת קדשי בדק הבית דיש לו פדיון. ויתכן דס"ל דגם אסה"נ דמעילה מחללת בדק הבית מחמת האיסור. א"נ דס"ל דהנהנה נמי חשוב כגזלן מדין שואל שלא מדעת גזלן. אך לפי"ז צ"ב ברמב"ם שמחלק בין הנאה לבין הוצאה דהא גם הנאה הוי גזילה.

ונראה ליישב בשלשה אופנים:

א) יתכן שבשואל שלא מדעת, אף שחלין עליו חיובי גזילה מ"מ חסר לו קניני גזילה. וכ"כ השיטמ"ק ב"ק (דף צז.) בשם הראב"ד שאע"פ ששואל שלא מדעת חייב כגזלן לענין מתה מחמת מלאכה מ"מ אין לו דין שינוי קונה. ומוכח דיש לשואל שלא מדעת חיובי גזילה אך אין לו קניני גזילה בחפצא. והגר"ח זצ"ל הוסיף דלפי"ז לא יפסל לולב שאול שלא מדעת משום לולב הגזול בשאר ימי החג אף אליבא דהראשונים דס"ל דלולב גזול פסול כל ז' (ועיין ברמב"ם ובראב"ד פ"ח מהל' לולב ה"ט), שמאחר שאין לשואל שלא מדעת קניני גזילה בחפצא ליכא חלות פסול של גזול. ורק לולב גזול שיש בו קניני גזילה ושיצא מרשות הבעלים פסול בפסול גזול למצוה[721]. והגר"מ זצ"ל אמר שאף בגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו - זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו - היינו דוקא בגזילה ממש, שקניני הגזילה שיש לו לגזלן מפקיעים את הרשות של הנגזל. אולם בשואל שלא מדעת, מכיון שאין לגזלן קניני גזילה שפיר יכול הנגזל להקדישו. ויתכן לפי"ז שקניני גזילה בלבד מוציאים הקדש לחולין, ולכן הרמב"ם מחלק בין הנאה לבין הוצאה, שדוקא מעילת הוצאה מחללת הואיל וחלין קניני גזילה משא"כ מעילת הנאה ושואל שלא מדעת שאין בה קניני גזילה.

ב) התוס' במעילה (יט ב ד"ה אין מועל אחר מועל וכו') כתבו בישוב שיטה זו וז"ל כגון לאחר שבקע החזירו דמה שהחזירו הרי הוא של הקדש כאילו לא מעלו עכ"ל, ודבריהם טעונים ביאור. ונראה דר"ל שלא חל על השואל שלא מדעת דין גזלן אלא לענין אונסין שאירעו קודם שיוחזר החפץ לבעליו. אולם אם החזיר השואל את החפץ פקע הגזילה למפרע. ואף שבכל גזלן העושה השבה אח"כ אמרינן שגזילתו פקע מכאן ולהבא דוקא,

[721] והגר"ח זצ"ל הביא ראייה לזה מסוכה גזולה למ"ד קרקע אינה נגזלת שלא חל בה פסול מצוה הבאה בעבירה (עיין בסוכה דף לא.) ואע"פ שעבר באיסור גזילה אלא משום שאין בקרקע קניני גזילה בחפצא אין חלות דין מצוה הבאה בעבירה, ועיין ברשימות שיעורים למס' סוכה עמ' קכ"ב ובקונטרס בענין מצוה הבאה בעבירה באריכות.

בשואל שלא מדעת שעשה השבה אמרינן שמעולם לא היה גזלן. אך אין תירוץ זה נראה נכון אליבא דהרמב"ם.[722]

ג) עיין בתוס' בקידושין דף נה. (ד"ה אין מועל אחר מועל) וז"ל האי דתוספתא דקאמר בא חבירו וביקע בו ובא חבירו וביקע בו דכולן מעלו מיירי דכל חד וחד יסבור שהוא שלו ואינו מתכוין להוציא מרשות לרשות אלא ליהנות ולהניחו אחר ההנאה וכו' אבל נתנו לחבירו וחבירו לחבירו לא מעל אלא הראשון שהוציא מרשות לרשות ונהי דסבר שהיא שלו מ"מ מתכוין להוציאו מרשותו לרשות חבירו עכ"ל. ובביאור דבריהם יש להקדים דהראשונים נחלקו בדין גנב חפץ בשוגג וכסבור שהוא שלו. שיטת התוס' בב"ק דף עט. (ד"ה נתנו לבכורות בנו או לב"ח) היא דהלוקח חפץ חבירו בשוגג מפני שסבר שהוא שלו ולא של חבירו חייב מדין גנב. וכן קבע הרמב"ם בפ"ב מהל' גניבה (הט"ז). ואילו הראב"ד חולק עליו ומשמע דאליביה מי שלקח חפץ חבירו וסבר שהוא שלו אינו גנב. ולפי"ז נראה שהתוס' מחלקים בין לקיחת חפץ לעצמו לבין שואל שלא מדעת. דהלוקח חפץ לעצמו הוי גנב ואף היכא שקסבר שהחפץ הוא שלו, משא"כ בנתכוין ליהנות ושואל שלא מדעת אינו גזלן באופן דקסבר שהחפץ שלו. ויוצא לפי התוס' דהתוספתא מיירי בשואל שלא מדעת שקסבר שהחפץ שלו ואינו גזלן ואין הנאתו מוציאה את החפץ לחולין דרך גזילה מוציאה לחולין. ונמצא שהוא חייב מדין נהנה מהקדש בלבד ולא מדין גזלן. אך לכאורה פירוש זה אינו הולם את שיטת הרמב"ם, שהרי הרמב"ם (בה"ג - ה"ד) כתב סתם שהנהנה אינו מחלל הקדש ולא נקט דזה רק בגוונא שהנהנה קסבר שהחפץ הוא שלו. ומשמע דהרמב"ם סובר כתירוץ הראשון ששואל שלא מדעת חייב מדין גזילה אך אין לו קניני גזילה, ולפיכך אין ההקדש יוצא לחולין.

ב.

דין מעילה של הנאה ודין מעילה מדין גזילת הקדש

הגר"ח זצ"ל היה רגיל לומר דלדעת הרמב"ם יש שני דינים במעילה: א) דין מעילה של הנאה שאין בה דין גזילה ושאינה מוציאה לחולין, ב) דין מעילה של הוצאה שחלה מדין גזילה ומוציאה לחולין (עיין ברמב"ם פ"ו מהל' מעילה ה"ג - ה"ד, ועיין לעיל באות א'). ולפי"ז יש לבאר פסק הרמב"ם (בפ"א מהל' שופר ה"ג) וז"ל שופר הגזול שתקע בו יצא שאין המצוה אלא בשמיעת הקול ואין בקול דין גזל. וכן שופר של עולה לא יתקע בו ואם תקע יצא שאין בקול דין מעילה. ואם תאמר והלא נהנה בשמיעת הקול מצות לאו ליהנות ניתנו עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם דן באפשרות שהתוקע בשופר של

[722] ועיין בקרן אורה שם.

עולה לא יצא ידי חובתו מתרי טעמי: א) מטעם גזילת הקול, וע"ז כתב דיצא מפני שאין בקול דין מעילה כלומר שקול אינו גזול וכמש"כ בתחילת ההלכה לגבי שופר הגזול, ב) מטעם איסור הנאה מהקדש, וע"ז כתב דאינו עובר על איסור הנאה משום דמצות לאו ליהנות ניתנו.[723]

והנה הרמב"ם כתב (בפ"ו מהל' מעילה ה"ז) וז"ל הנוטל פרוטה של הקדש על דעת שהיא שלו לא מעל עד שיוציא אותה בחפציו או עד שיתן אותה במתנה עכ"ל. והנה נחלקו הראשונים בדין מי שלקח חפץ וכסבור שהוא שלו האם חייב מדין גנב או לא. ומהרמב"ם (פ"ב מהל' גניבה הט"ז) משמע דס"ל דחייב. ולפי"ז צ"ע למה פסק שהנוטל הקדש בדעת שהוא שלו לא מעל. ונראה דהרמב"ם מחלק בין גניבה בעלמא לבין מעילה. בגניבה דעלמא מעשה הגניבה לבדו מחייב ולכן בכל אופן הגנב חייב ואף היכא דקסבר שהחפץ הוא שלו. מאידך במעילה אע"פ שהלקיחה מרשות הקדש מחייבתו מדין גזילה אין היא מחייבת אא"כ חל נמי איסור מעילה. והיכא דקסבר שהחפץ שלו ליכא מעילה דלגבי האיסור הו"ל מתעסק, ומכיון שאינו עובר באיסור הנאה דמעילה תו לא מעל מדין גזילה ואין החפץ יוצא לחולין. ומש"כ הרמב"ם בסוף ההל' שאם הוציא אותה בחפציו מעל י"ל דמיירי באופן דלא הוי מתעסק דהוי ליה למידע דשל הקדש הוא ועבר באיסור המעילה, ודו"ק.

והנה עיין ברמב"ם (פ"א מהל' מעילה ה"ג) דאזהרת מעילה מהפסוק לא תוכל לאכול בשעריך וגו'. והקשה הגר"ח זצ"ל דבשלמא אזהרת הנאה מבוארת מהך קרא, אמנם מנ"ל דחל איסור לקחת הקדש לעצמו או לתת לחבירו שמעל בכולו משום מעילה של הוצאה. ותירץ הגר"ח זצ"ל שאסור מכח הלאו של גזילה שכן הוצאה מהקדש הוי גזילה ומוזהרת מאותו פסוק.

והנה הגר"ח זצ"ל ביאר דבקדשי בדק הבית חלה רשות הקדש וממון הקדש ואילו בקדשי מזבח קיי"ל (ב"ק דף עו.) ד"מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן". ויל"ע א"כ האיך יתכן גזילת הקדש בהוצאה מקדשי מזבח. ונראה ליישב בדומה למה שמצינו בדעת ר' יוסי הגלילי דקדשים קלים ממון בעלים הם משום שאין בהם מעילה, משא"כ קדשי קדשים. ומוכח מכך שדין מעילה אליבא דר' יוסי הגלילי מחדש בעלות להקדש ומפקיע בעלות ההדיוט מקדשי קדשים. וה"ה לדידן - מעילה יוצרת בעלות להקדש ומשום כך חל דין גזילה מהקדש ואף שעיקר הקרבן תורא דראובן הוא. ויוצא שהוצאה

[723] ועיין ברשימות שיעורים למס' סוכה (עמ' קכ"ה).

וגזילה מהקדש חל מדין בעלות הקדש דמעילה, ודו"ק.[724]
והנה התוס' בפסחים (לג א ד"ה אף מעילה בכזית) הקשו דמאחר שלרבנן אזהרת מעילה נלמדת גז"ש חטא חטא מתרומה למה אין שיעור של מעילה בכזית כמו תרומה, ומ"ט שיעור מעילה הוא בפרוטה, וכשם שחייבים מיתה בידי שמים אליבא דרבי במעילה בשיעור כזית כמו תרומה, ה"נ בדין הוא אליבא דרבנן בנוגע לחיוב המעילה בכלל שהשיעור יהיה בכזית. וביאר מרן הגר"ח זצ"ל שמכיון שיסוד החיוב של מעילה אליבא דרבנן הוא גזילה לכן שיעורה בפרוטה כגזילות דעלמא. אך במה דברים אמורים בנוגע לחיוב קרבן המעילה ותשלומי קרן וחומש בשוגג, אבל בנוגע למעילה במזיד מאחר שאזהרתה נלמדת חטא חטא מתרומה שיעורה בכזית כמו באיסור אכילת תרומה. ונראה דדין המעילה במזיד אליבא דרבנן דומה לדין המיתה בידי שמים אליבא דרבי בשיעור כזית, ובכך מתורצת קושיית התוס'.
אולם הרמב"ם (בפ"א מהל' מעילה ה"ג) קובע להדיא ששיעור פרוטה במעילה חל אף בנוגע למלקות במזיד. וביאר הגר"ח זצ"ל דהרמב"ם אזיל לשיטתו שאזהרת המעילה נלמדת מלאו מיוחד שנא' לא תוכל לאכול בשעריך וגו' ולא נלמד מגז"ש חטא חטא מתרומה (ועיין בראב"ד שם שהשיג על הרמב"ם). ולפי"ז שפיר משוה הרמב"ם דין המלקות במזיד לחיוב הקרבן בשוגג, דאליבא דהרמב"ם יוצא שבין לענין מלקות ובין לענין קרבן יסוד המחייב של מעילה הוא גזילה ולא אכילה, ושיעורה פרוטה כגזילות דעלמא.[725]

ג.

ביאור שיטת הראב"ד פ"ו מעילה ה"ה

עיין ברמב"ם (פ"ו מהל' מעילה ה"ה) שכתב וז"ל בהמת קדשי מזבח אינו כן אלא יש בה מועל אחר מועל עד כמה פעמים. כיצד תלש מן החטאת ובא חבירו ותלש ובא חבירו ותלש כולן מעלו. וכן אם נתנה לחבירו וחבירו לחבירו כולן מעלו. ויראה לי שדין המנחות והעופות והנסכים וכלי שרת כדין הבהמה שכולן קדושת הגוף הן עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א דבר זה לא נמצא לו יסוד. שמצא בתוספתא וכו' ובעולה נתנו לחבירו וחבירו לחבירו כולן מעלו זאת מצא ואיני סומך עליה כי לא באה על דרך מתוקן ואפשר מפני שהיא קדושת הגוף אינה יוצאה לחולין לא בפגימה ולא בנתינה, אבל קשה לי מ"ש עולה עכ"ל. והנה לצד הראשון בראב"ד אפילו קדושת הגוף יוצאת לחולין

[724] עיין בפרש"י ב"ק (דף ו:) ד"ה שור רעהו אמר רחמנא ולא שור דהקדש וברשימות שיעורים שם דרבינו זצ"ל ביאר דברי רש"י ע"פ היסוד הנ"ל שמעילה בעצמה מחדשת בעלות להקדש.
[725] וע"ע ברשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"א בענין מעילה (עמ' ר"א - ר"ה).

בהוצאה אך לא בהנאה. ומאידך בקדושת דמים ס"ל לראב"ד דגם הנאה וגם הוצאה מחללין, וצ"ב.

ויתכן דס"ל לראב"ד דהוצאה והנאה מהווין מעשי גזילה, הוצאה מפני שהוציא את החפצא לרשות אדם אחר ובכך גוזלו, ובהנאה מחמת הדין דשואל שלא מדעת הוי גזלן. ולכן שתיהן מחללין בקדו"ד דקדושת דמים יוצאת לחולין בפדיון קנין כסף, ומשו"ה נמי יוצאת לחולין בקנין גזילה. משא"כ קדושת הגוף דאינה יוצאת לחולין בפדיון ואינה מתחללת בקנין ממון ומשו"ה הנאה נמי אינה מחללת קדושת הגוף. משא"כ הוצאה המחללת הקדש לא מדין קנין גזילה אלא מדין מעשה מחלל ומתיר בפ"ע ולכן הוצאה מחללת אף קדושת הגוף.

ונראה לבאר את דין יציאה לחולין בחילול ההקדש בהוצאה עפ"י המחלוקת שבין הבעה"מ והרמב"ן במס' ע"ז (דף נב:) דמבואר שם דאבני מזבח ששקצום אנשי יון לע"ז נאסרו אע"פ שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ובטעם הדבר אמר ר"פ "התם קרא אשכח ודרש דכתיב ובאו בה פריצים וחיללוה". ונחלקו הבעה"מ והרמב"ן בביאור הדין ד"ובאו בה פריצים וחיללוה", לדעת הבעה"מ הפסוק מיירי בפריצי ישראל ואבני המזבח יצאו לחולין ע"י פריצי ישראל משום "דבני מעילה נינהו". והבעה"מ מחלק בין אבני מזבח לכלי שרת, דכלי שרת קדשי בקדושת הגוף ואינם יוצאים לחולין ע"י מעילה. ואילו אבני מזבח קדושים בקדו"ד ופושעי ישראל מעלו בהן ויצאו לחולין ע"י מעילה. אמנם הרמב"ן חולק עליו ס"ל דאבני המזבח נמי הויין קדוה"ג ואין יוצאות לחולין ע"י מעילת ישראל, והפסוק "ובאו בה פריצים וחיללוה" בעובדי כוכבים כתיב. וז"ל ע"י עובדי כוכבים יצאו לחולין וכו' שהרי נביא מתנבא על המקדש שיחרב ואמר שיצא לחולין על ידם וגזה"כ היה הכל אע"פ שאין מעילה בקרקעות ואע"פ שאינם בני מעילה וכו' עכ"ל. ומבואר דאליבא דהרמב"ן יש גזה"כ ד"ובאו בה פריצים וחיללוה" שמחדשת דאף קדושת הגוף כגון אבני המזבח וכלי שרת יוצאות לחולין מחמת שנתחללו ע"י עכו"ם. ולפי"ז י"ל דבדומה לזה סובר הראב"ד דבמוציא קדוה"ג לרשות אחר הקדושת הגוף מתחללת ויוצאת לחולין כמו דמתחללת קדוה"ג כשבאו בה פריצים וחיללוה.[726]

ד.

ביאור פלוגתת הרמב"ם והראב"ד פ"ו מהל' מעילה ה"ח

[726] ונראה שאין זה אלא דמיון בעלמא דהא דין "ובאו בה פריצים וחיללוה" לרמב"ן חל דוקא בחילול ע"י עכו"ם בזדון ובשעת חורבן המקדש ואילו דינו של הראב"ד חל דוקא בישראל ובשוגג ולא במזיד ומדין מעילה. אך עיין בראב"ד (פ"ב מעילה ה"א דמשמע דס"ל דבגניבה מהקדש חלין כל דיני מעילה ואפילו במזיד, וצ"ע.

עיין ברמב"ם (פ"ו מהל' מעילה ה"ח) ובהשגת הראב"ד שם. ועיין לעיל בשיעורים (לתוס' ד"ה אמר) מש"נ ביסוד פלוגתתם.

ה.

ביאור הספק שבר"ן האם למ"ד יש מעילה בקונמות יוצא הקונם לחולין ע"י מעילה עיין בר"ן בנדרים (דף לה. ד"ה ולענין הלכה) שכתב וז"ל ומסתפקא לי מאן דמעל בקונמות אי משתרי ההוא קונם לבתר דמעל כהקדש שיוצא לחולין ע"י מעילה עכ"ל. וספקו מחוסר ביאור. ונראה דהנה ביציאה לחולין ע"י מעילה חלוקין קדשי מזבח מקדשי בדק הבית, שקדשי מזבח וכלי שרת אינם יוצאים לחולין מאחר שקדושים בקדוה"ג ואילו קדשי בדק הבית דהויין קדושת דמים יוצאים לחולין (עיין במעילה דף יט: וברמב"ם פ"ו מהל' מעילה ה"ג - ה"ה). והנה בנוגע לקונמות נקט הגר"ח זצ"ל דלא חלה בהן קדוה"ג כלל וכל דין קדושת קונומות הוא מדין קדושת דמים. ומסתבר לומר הכי דיסוד דין קדושת הגוף הוא שהחפץ קדוש למצותו כגון קרבנות שקדושים למצות הקרבתם וכלי שרת הקדושים למצות השרות שבמקדש, מאידך קונמות שאין בהם קיום מצוה כלל ולפיכך אין בהם קדושת הגוף אלא קדושת דמים. ולפי"ז קונמות יוצאות לחולין ע"י מעילה כמו שאר הדברים הקדושים בקדושת דמים[727].

ברם הרי נתבאר (עיין ברשימות שיעורים למס' נדרים) שיתכן שבקונמות חל דין אסה"נ של הקדש אבל לא חלות רשות גבוה. והנה י"ל שהדין של יציאה לחולין ע"י מעילה תלוי בגזילה מרשות גבוה ולא באסה"נ מהקדש, ולפי"ז לא יצאו הקונמות לחולין ע"י מעילה מכיון שחסר גזילה מרשות גבוה. וי"ל דזהו ביאור בספקו של הר"ן.

ועוד נראה לבאר ספקו של הר"ן עפ"י המחלוקת שבין הבעה"מ והרמב"ן (הובא לעיל באות ג') ביסוד דין "ובאו בה פריצים וחללוה" דמחלל הקדש ומוציא לחולין, דלבעה"מ הדין חל מדין מעילה, ולרמב"ן חל דין מסוים בשעת החורבן שהמקדש התחלל ע"י עכו"ם. וי"ל דלפי הבעה"מ דמעילה מוציאה לחולין מגזה"כ ד"ובאו בה פריצים וחללוה" י"ל שאין מעילה מוציאה קונמות לחולין. שהרי בקונמות ליכא "ובאו בה פריצים וחללוה" דזה שייך לקדשי המקדש. מאידך אליבא דהרמב"ן "ובאו פריצים וחללוה" הוא דין מסוים שעכו"ם מחללין קדושת המקדש, ומעילת ישראל שמוציאה לחולין הוא דין בפ"ע. ולפי"ז יתכן שאף קונמות יוצאים לחולין ע"י מעילה כהקדשות אחרים מאחר

[727] וכן מבואר מדברי הר"י מגא"ש (נדרים לה) וז"ל ככר זו הקדש אכלה בין הוא בין חבירו מעל שהרי מכלל קדש הוא לפיכך יש לה פדיון כמו שיש פדיון לכל ההקדשות דבדק הבית עכ"ל. ועיין ברשימות שיעורים למס' נדרים (דף כב. ד"ה אמר רב פנחס אות א' בביאור שיטת רש"י).

שחל בהן איסור מעילה ואיסור המעילה לבדו הוא המוציא לחולין בלי גזילה.[728]
ע"כ ענין מעילה
גמ'. אלא אמר רבא, לא מיבעיא כחש בשר מחמת מלאכה דפטור, אלא אפי' מתה מחמת מלאכה נמי פטור, דאמר ליה לאו לאוקמא בכילתא שאילתה. ועיין ברמב"ן דף צו: (ד"ה הא דאמרינן במתה מחמת מלאכה) שהקשה דאמאי פטור השואל משום האי טעמא דלאו לאוקמא בכילתא שאילתא, והרי שואל חייב הוא בכל באונסין, אפי' אונס גמור. ותירץ הרמב"ן וז"ל וי"ל דשואל ודאי חייב באונסין, אבל לא בפשיעה דמשאיל, וכאן משאיל פשע בה שהשאילה למלאכה והיא אינה יכולה לסבול אותה, וכגון שמתה מחמת אובצנא דמלאכה עכ"ל. ובשיטה מקובצת כתב בשם הרשב"א וז"ל נראה לי דהיינו עיקר טעמיה דרבא דודאי מאן דמשאיל פרה לחבירו למלאכה מידע ידע דעבידא לאכחושי בבשרא דלאו לאוקמא בכילתא שאלה, ואפילו הכי לא שם ליה מעיקרא בכחשא, וכיון דלאו בכחש קפיד אף במתה מחמת מלאכה נמי לא קפיד דמה לי קטלה כוליה מה לי קטלה פלגא. ופירוש מתה מחמת מלאכה היינו שמתה מחמת אובצנא ולא שמתה בעודה עושה מלאכה דאנן מתה מחמת מלאכה אמרינן מתה במלאכתו לא אמרינן והרמב"ם שכתב בשעת מלאכה אינו מחוור עכ"ל. ובביאור דברי הרשב"א נראה דס"ל דמהא דיש לשואל זכות השתמשות בדבר השאול על כרחך דהתורה פטרתו מכחש שבא מחמת המלאכה דאל"ה הוי תרתי דסתרי, דהיאך ישתמש בדבר השאול דבעל כרחו יתכחש החפץ מחמת המלאכה - דכל מלאכה מכחישה החפץ ויתחייב לשלם ולא יתכן חלות דין שאלה אא"כ הדין הוא דשואל משתמש בחפץ מבלי לשלם. ועל כרחך צ"ל דזכות השתמשות פוטרת מאחריות דכחש שבא מחמת המלאכה, וא"כ י"ל דהוא הדין דפטור אם מתה מחמת מלאכה דמה לי קטלה כוליה מה לי קטלה פלגא. ולפי הרשב"א עצם הקרא ד"וכי ישאל איש מעם רעהו וגו'" הוי גזה"כ דזכות ההשתמשות פוטרת מכחש וממיתה שבא מחמת המלאכה. ונראה דזהו נמי יסוד סברת הרמב"ן דשואל פטור ממתה מחמת מלאכה משום דקניני שאלה וזכות ההשתמשות פוטרתו, דאל"ה למאי שאלה, ואם מתה מחמת מלאכה פטור משום דהוי פשיעה דהמשאיל.
אולם עיין ברמב"ם (פ"א מהל' שאלה ה"א) וז"ל אם שאל בהמה מחברו לחרוש בה, ומתה כשהיא חורשת, הרי זה פטור, אבל אם מתה קודם שיחרוש בה, או אחר שחרש בה וכו', הרי זה חייב לשלם עכ"ל. ומבואר דהרמב"ם סובר דפטור רק ממיתה בשעת מלאכה, אבל אם מתה הבהמה מחמת מלאכה אחרי שנגמרה המלאכה השואל חייב,

[728] וע"ע ברשימות שיעורים למס' נדרים (עמ' מ"ח - נ"ד).

(ועיין ברמב"ן וברשב"א שהשיגו על דברי הרמב"ם). ודבריו צ"ע דמדוע ס"ל דחל פטור רק כשמתה בשעת מלאכה ולא בכל אופן שמתה מחמת מלאכה. ונראה דהרמב"ם סובר דשואל פטור מאונסים בשעת תשמיש מדין בעלים, דבשעה שמשתמש בחפץ השאול הוי החפץ שלו לענין אונסין, ודומה לדין בעל בנכסי אשתו דלוקח הוי ואין בו דין שומר, דכיון דהחפץ הוי שלו א"א שיחול עליו דין שומר, דליכא חלות דין שמירה בחפץ שהוא שלו, דשמירה חלה רק על חפץ של אדם אחר. והרמב"ם ס"ל דכששואל משתמש בחפץ נחשב החפץ לשלו, ולכן אינו חייב באותה שעה מדיני שמירה דשואל, דאין שמירה חל בשלו. אמנם החפץ נחשב לשלו רק בשעה שמשתמש בה ומשום כך סובר שאם מתה לאחר גמר המלאכה השואל חייב, ואע"פ שמתה מחמת המלאכה. ולפי"ז נראה דלשיטת הרמב"ם הפטור במיתה בשעת מלאכה אינו חל מחמת קניני השאלה וזכות ההשתמשות כדעת הרמב"ן, אלא משום דבשעת המלאכה לא חל עליו חלות דין שומר כלל לענין אונסין[729].

ונמצא לפי"ז דיסוד הפטור דשואל במתה מחמת מלאכה אינה חלות פטור מדיני שומרים, וכדס"ל לרמב"ן והרשב"א - דזכות ההשתמשות פוטרת מאונסין שבאין מחמת ההשתמשות, אלא דפטור משום דבשעת השאלה פקע מיניה חלות שם שואל לענין אונסין מכיון דחל בו חלות שם בעלים. אך לפי"ז לכאורה קשה אליבא דהרמב"ם למה נשבע שמתה מחמת מלאכה, והרי טענת מתה מחמת מלאכה אינה טענת פטור תשלומין מדין שומר אלא טענת פטור משום דאינו שומר כלל לענין זה מדהו"ל בעצמו בעלים. ונראה דהמחייב של שבועת השומרים אינה דוקא טענת פטור דשומר מלשלם שמחייבו לישבע אלא עצם חיוב ההשבה שאינו מקיים אותה מאיזה טעם שיהיה.

אמנם עיין ברמב"ם (בפ"א מהל' שאלה ה"ד) שכתב וז"ל השואל בהמה חייב במזונותיה משעה שמשכה עד סוף ימי שאלתה, ואם כחש בשרה חייב לשלם מה שפחתה בדמיה, כחש בשרה מחמת מלאכה פטור עכ"ל, ומלשונו משמע דלענין כחש בשר פטור מכל כחש שבא מחמת מלאכה - ואף אם אינו בשעת המלאכה, דהפטור דכחש אינו תלוי דוקא בשעת מלאכה כמו גבי מיתה, ושיטתו צ"ב.

[729] ואמר רבינו זצ"ל דאע"פ ששואל חייב לישבע בטענת מתה מחמת מלאכה, היינו משום דחל ביה שם שואל ורק לענין חיוב אחריות דאונסין אמרינן דבשעת ההשתמשות הוי בעלים ואין בו דין אחריות לענין אונסין. ונמצא לפי"ז דיסוד הפטור דשואל במתה מחמת מלאכה אינה חלות פטור מדיני שומרים, וכדס"ל לרמב"ן והרשב"א - דזכות ההשתמשות פוטרת מאונסין שבאין מחמת ההשתמשות, אלא דפטור משום דבשעת השאלה פקע מיניה חלות שם שואל לענין אונסין - דחל בו חלות שם בעלים.

ויתכן לומר דלענין כחש הרמב"ם סובר כדעת הרמב"ן דהפוטר דכחש חל מחמת קניני השאלה וזכות ההשתמשות, דא"א להתחייב בכחש שבא מחמת המלאכה דזהו תרתי דסתרי לקנין השאלה וזכות ההשתמשות דשואל בחפץ. משא"כ לענין מיתה ס"ל דלא הוי תרתי דסתרי דיתכן שחל זכות השתמשות ומ"מ חייב במיתה דאין הכרח שתמות הבהמה ע"י ההשתמשות, ולכן חייב השואל באחריות של מתה מחמת מלאכה ורק פטור הוא כשמתה בשעת המלאכה משום דאזי פקע מיניה חלות שם שואל לענין אונסין דהוי כבעלים.

אמנם יש לדייק ברמב"ם דהביא דין כחש ביחד עם חיוב מזונות הבהמה, וצ"ב דמדוע כללן הרמב"ם אהדדי. ונראה דהרמב"ם סובר דשואל אינו חייב בכחש בשר משום חיוב אחריות דשאלה, אלא דהמחייב בכחש הוי חיוב המזונות, דחייב ליתן מזונות לבהמה כדי שלא יפחת בשרה. והחיוב מזונות חל על השואל מחמת קניני השאלה שלו דהוי בעלים וחייב להאכילה כדי שלא תתכחש ואינו מדין אחריות דשומר. ומשו"ה הרמב"ם סובר דאין הפטור דכחש תלוי בכחש שבשעת המלאכה, דבשעת המלאכה חל רק פטור מחיובי אחריות דשומר אבל לא מחיובי בעלים, והשואל חייב במזונות גם בשעת המלאכה מדין בעלים ולכן אינו פטור מכחש שבשעת המלאכה. אמנם השואל פטור מכחש שבא מחמת המלאכה, דבזה אמרינן דלא שייך כחש זה לחיוב מזונות, אלא למלאכתה, ולכן פטור.

והנה עיין בקצה"ח (סי' ש"מ סק"א), שהסתפק במתנה השואל להתחייב במתה מחמת מלאכה אם בעי קנין או לא, עיי"ש בכל דבריו. ולכאורה י"ל דזה תלוי במח' הרמב"ם והרמב"ן הנ"ל, דאי הפטור דמתה מחמת מלאכה הוי דין פטור דשומר שחל מחמת דין קניני השתמשות, י"ל דלא בעי קנין, דאינו בא להתחייב עצמו בדבר חדש, אלא לסלק ממנו דין פטור. משא"כ לפי שיטת הרמב"ם דס"ל דאינו חל על השואל חלות שמירה לעינן מיתה בשעת מלאכה, דבשעת המלאכה החפץ נחשב לשלו, אזי י"ל דצריך קנין, דכשמתנה ע"מ להתחייב במתה בשעת המלאכה זוהי חלות התחייבות בפ"ע להיות שומר. אולם נראה דאף להרמב"ם דס"ל דבשעת מלאכה אין חלות חיובי שמירה, מ"מ אינו חל הפקעת דין שומר מהשואל לגמרי, שהרי השואל חייב שבועת השומרים שמתה מחמת מלאכה, ואילו לא היה שומר כלל, לא היה חייב שבועת השומרים בזה, ומוכח דאף לפי הרמב"ם ליכא הפקעת שם שומר לגמרי, ולכן יתכן דל"צ קנין אלא תנאי בעלמא מועיל לחייבו במתה מחמת מלאכה.

והנה יש להסתפק האם הפטור דמתה מחמת מלאכה חל רק בשואל לפטורו מאונס שבא מחמת המלאכה, או"ד דחל אף בשוכר לגבי גניבה ואבידה - וכגון שנגנבה או נאבדה מחמת המלאכה. ונראה דלפי דברי הרשב"א דס"ל דמהא דיש לשואל זכות השתמשות בדבר השאול על כרחך דהתורה פטרתו מכחש שבא מחמת המלאכה דאל"ה הוי תרתי דסתרי, דהיאך ישתמש בדבר השאול דבעל כרחו יתכחש החפץ מחמת המלאכה - דכל מלאכה מכחישה את החפץ ויתחייב לשלם וזה לא יתכן, ועל כרחך צ"ל דזכות השתמשות פוטרת מאחריות דכחש שבא מחמת המלאכה, וא"כ י"ל דהוא הדין דפטור ממתה מחמת מלאכה דמה לי קטלה פלגא מה לי קטלה כולה. אולם נראה דכ"ז נכון בשואל שחל חיוב אונסין משום דכל הנאה שלו ועל כרחך הטעם דשואל פטור ממתה מחמת מלאכה הוא מחמת זכות ההשתמשות שיש לו וקניני שאלה. משא"כ בשוכר שחל חיוב האחריות דגניבה ואבידה מחמת קבלתו י"ל שחייב אף בגניבה ואבידה מחמת מלאכה, ואין זכות התשמיש שיש לו פוטרו. ועוד יש להסתפק בגדר חיוב שואל בגניבה ואבידה האם שואל חייב מחמת זכות תשמישו וקניני שאלה כמו שחייב באונסין או"ד שחייב מדין קבלת אחריות, ונ"מ לענין אם יפטר בגניבה ואבידה מחמת מלאכה, וכמשנ"ת.

דף צז.

גמ'. אמר רבא האי מאן דבעי למישאיל מידי מחבריה וליפטר נימא ליה אשקיין מיא דהוי שאלה בבעלים.

עיין ברמב"ם (פ"ב מהל שאלה ה"א) וז"ל אפילו אמר לחבירו השקיני מים ושאל ממנו בהמתו, והשקהו ונתן לו את הבהמה הרי זו שאלה בבעלים ופטור. משך את הבהמה בתחלה ואח"כ השקהו אינה שאלה בבעלים וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. ומהרמב"ם מבואר דחל דין בבעלים אי עשה מלאכה ממש דהשקהו מים אע"פ דליכא התחייבות למלאכה. אמנם לפי שיטת הראב"ד (בשיטמ"ק דף צד: ד"ה עמה) דדין בבעלים חל בהתחייבות הבעלים לעשות מלאכה נראה דמיירי דהתחייב להשקות לו מים, ובהתחייבות בלבד חל דין שאלה בבעלים. והחידוש הוא דהוה אמינא דהשקאת מים אינה מלאכה חשובה לחול מחמתה פטור דבעליו עמו, קמ"ל. ועיין בשיטמ"ק בשם ה"ר יהונתן שפירש וז"ל כלומר באותו כלי עצמו ואומר לו תשאל לי עם הכלי וכו' ואם כלי שאין דרך לשתות בו כגון מרא או פסל וקרדום אומר לו השאל לי עם קרדומך שתוליכהו לביתי. ואי פקח אידך לימא ליה משוך זה הכלי תחלה ואח"כ אעשה רצונך להשקותך בו או להוליכו

לביתך ותו לא מקריא שאלה בבעלים וכו', ובשיטה כתוב אשקיין מיא ובעודו הולך להשקותו משיך ליה לפרה דהוה ליה שאלה בבעלים, ואי פקח אידך נימא ליה משוך והדר תשתה עכ"ל. ונראה דה"ר יהונתן מפרש הגמ' דמיירי דהתנה בעיקר השאלה שאינו רוצה לשאול הכלי אא"כ הבעלים פועלים בהשקאת המים, ומלאכת המשאיל הוי תנאי בעיקר השאלה. ונראה דהוצרך לומר שחל תנאי בעיקר השאלה דמשום כך חל דין בבעלים ע"י התחייבות בלבד. אך לכאורה ביאור זה ק"ק דא"כ למה מצריך ר' יהונתן שהבעלים יעבדו במלאכה באותו כלי שהשאילו דהרי קיי"ל שדין בעליו עמו חל בהתחייבות בעלמא של הבעלים לעבוד עבור השואל ולאו דוקא כשהתחייבו לעבוד באותו כלי שהשאילו (ושלא כשיטת רב המנונא). ויתכן לבאר דברי ר' יהונתן דס"ל דליכא התחייבות כלל ואזי בעינן התעסקות בפועל באותו כלי שהשאילו הבעלים לשואל, וצ"ע. ועיין עוד בשיטמ"ק בשם ה"ר יהונתן (דף צז. ד"ה דלמיסר) שכתב וז"ל ולא מיקרי שאלה בבעלים אלא כשהתנה עמהן וכתיב שארית ישראל לא יעשו עולה וגו' אבל אם לא התנה לא מיקרי נשאל כלל עכ"ל, ומבואר דה"ר יהונתן סובר שחל דין בבעלים ע"י התחייבות בלבד משום שחלה סמיכות דעת בהתחייבות הבעלים לעשות מלאכה משום דשארית ישראל לא יעשו עולה. ומשמע מזה דלא מצריך ר' יהונתן התעסקות אלא התחייבות בלבד וכביאור הראשון הנ"ל. ולפי הפירוש של השיטה לבסוף מיירי שעסק ממש במלאכת השקאה בשעת השאלה.

גמ'. אמר רבא מקרי דרדקי שתלא טבחא וכו' כולהו בעידן עבדתייהו כשאלה בבעלים

דמו. עיין ברש"י (ד"ה כשאלה בבעלים דמו) וז"ל אם משהיה זה במלאכתו שאל הימנה בהמה באותה שעה ומתה פטור עכ"ל. ומשמע דחל הפטור דבעליו עמו רק כשהבעלים עוסקים במלאכה ממש בשעת השאלה ואין הפטור חל בהתחייבות לעשות מלאכה בלבד. ועיין ברש"י לעיל (דף פא. ד"ה איגלאי מילתא) וז"ל ולא היה במלאכתן שעדיין לא התחיל לאפות ונמצא שבשעה שנעשו הן שומרין לא מסר עצמו להיות מלאכתן עליו אבל אם נתעסק מיד לאפות ולאחר שאפה שתא שכרא ובאותה שעה אבדה טליתו פשיעה בבעלים נמי הויא הואיל וכשנעשו שומרין היה במלאכתן עכ"ל. וממש"כ "ולא היה במלאכתן וכו' ונמצא שבשעה שנעשו הן שומרין לא מסר עצמו להיות מלאכתן עליו", משמע דס"ל דחל דין בבעלים ע"י התחייבות לעשות מלאכה ולא בעינן שיעסוק ממש במלאכה (ודלא כדנקטו התוס' בדף צד. ד"ה פרה בהך סוגיא). וכן משמע נמי מרש"י (דף צד: ד"ה בעלים באמירה) וז"ל משאמר לו הרי פרתי ואני נשאלין לך הוי גופו שאול עכ"ל. ולפי"ז צ"ע מדוע נקט רש"י בסוגיין דדין בבעלים תלוי בהתעסקות ממש

במלאכה ומדוע ליכא דין בבעלים במקרי דרדקי אפילו שלא בעידן עבדתייהו מחמת שחל התחייבות הבעלים למלאכה.

ונראה לתרץ דהיכא דחלה התחייבות כללית לעשות מלאכה לכל בני העיר ליכא דין בבעלים אא"כ עוסק במלאכה ממש עבור השואל. דהתחייבות לציבור אינה התחייבות גמורה לגבי כל יחיד ויחיד מפני שאפשר שיעבוד עבור אדם אחר, ומשו"ה לא הוי שאלה בבעלים אא"כ עוסק ממש במלאכת השואל.

והנה עיין בשיטמ"ק (ד"ה האי שתלא) וז"ל כולהו בעידן עבידתא שאלה בבעלים הוו והשואל מהן פטור מלשלם, והטעם מפני שכל אלו נוטלין שכרן מבני העיר כאחת והרי הן במלאכה אצל כל בני העיר ואפילו כשעושין מלאכה לאחד מהן כאילו עושין לכולן כי לכולן הן נשכרין וכו' עכ"ל. ובביאור דבריו י"ל דס"ל דחל פטור דבעליו עמו מדין התחייבות למלאכה, ושתלא וטבחא ומקרי דרדקי וכדומה משועבדים למלאכת כל בני העיר, ומשום כך חל דין בבעלים אפילו למי שאינם עוסקים ממש במלאכה עבורו, כי נשכרין הן לכל בני העיר. והשיטמ"ק חולק בזה על רש"י דס"ל שחל פטור בבעלים רק עבור א' מבני העיר שהן עוסקים במלאכה עבורו (עיי"ש בשיטמ"ק). ונ"מ לענין דין בעליו עמו היכא שמקרי דרדקי השאיל בהמה לאחד מבני העיר שאין לו בנים, דאם הפטור חל מחמת התחייבות ושעבוד של המקרי דרדקי לכל בני העיר י"ל דאף בכה"ג שהשאיל פרה למי שאין לו בנים חל פטור דבעליו עמו - דגם לגבי השואל חלה ההתחייבות להיות מקרי דרדקי. משא"כ אי נימא שחל הפטור רק לשואל שעוסק ממש במלאכה עבורו, י"ל דלא יחול דין בבעלים למי שאין לו בנים. אולם יתכן לומר דאף לפי השיטמ"ק יסוד הפטור חל מחמת ההתעסקות במלאכה ממש, ובשתלא וטבחא ומקרי דרדקי וכדומה חל חיוב ושעבוד להתעסק במלאכת צרכי בני העיר כולה, וכשעוסק במלאכה עבור א' מבני העיר הרי זה כאילו עוסק ממש במלאכה לכל בני העיר, דחל חובת הציבור שיהא מקרי דרדקי וטבחא לבני העיר כולה, ולפי"ז חל פטור בבעלים אף כשהשאיל למי שאין לו בנים דעפ"י דין חשיבי שעוסקים במלאכתו מכיון שעוסקים במלאכת הציבור.[730]

גמ'. אמרו ליה רבנן לרבא שאיל לן מר, אקפיד אמר להו לאפקועי ממונאי קא בעיתו אדרבא אתון שאילתון לי דאילו אנא מצי לאישתמוטי לכו ממסכתא למסכתא אתון לא מציתו לאישתמוטי, ולא היא איהו שאיל להו ביומא דכלה, אינהו שאילו ליה בשאר יומי. עיין ברש"י ד"ה אתון שאילתון לי וז"ל למלאכתי שכשאני חפץ להתחיל

[730] וע"ע בשיעורים לעיל ריש פרקין.

במסכת אחרת שלא תשכח ממני אין אתם יכולין למחות בידי עכ"ל. אולם עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שאלה ופקדון ה"ד) שכתב וז"ל הרב שהוא מקריא ברצונו לתלמידים בכל עת שירצה ואיזו מסכתא שירצה והם היו קבועים לבא תמיד ונשמט להם ממסכתא למסכתא הרי הן שאולין אצלו ואין הוא שאול להם. וביום הפרק שהכל באין לשמוע ענין אותו מועד הרי הוא שאול להם והם אינן שאולין לו עכ"ל. ויש לדקדק דהרמב"ם הוסיף "והם היו קבועים לבא תמיד וכו' הרי הן שאולין אצלו", ודבריו צ"ב דמהגמ' משמע שהתלמידים הן משועבדים למלאכת הרב משום שהרב יכול לשנות ממסכתא למסכתא בכל עת שירצה, ואילו מהרמב"ם משמע דהן משועבדים לרב ג"כ מפני שקבועים לבא תמיד לשיעוריו.

ונראה דהרמב"ם סובר דאין התלמידים משועבדים לרב משום שחייבים ללמוד תורה מדין מצות תלמוד תורה, דמצד מצות תלמוד תורה אין הם מחוייבים ללמוד דוקא מרב זה דיכולים ללמוד מאיזה רב שירצו. ועוד נראה דמלאכה המחוייבת מחמת מצוה לא שמה מלאכת בעלים לענין בעליו עמו, דהרי הוא מחויב בעבודה זו מחמת מצוה. דפשיטא דאין בן שאול אצל אביו מחמת שמחויב להלבישו כי החיוב להלביש את אביו חל עליו משום מצות כיבוד אב ופשיטא דלא שמה מלאכה לענין בעליו עמו דלא אמרינן שאם שאל אביו ממנו חפץ דחל פטור בעליו עמו. וע"כ הוצרך הרמב"ם לומר דהתלמידים משועבדים לרב מחמת שקבועים לבא תמיד - דהיינו שחל על התלמידים שעבוד לבא תמיד לשיעורו של הרב, ושעבוד זה הוי שעבוד בפ"ע שחל על התלמידים ואינו חיוב שחל מדין מצות ת"ת או כבוד הרב, אלא דחל שעבוד בפ"ע על התלמידים לבא תמיד לשיעור, ומשו"ה הויין התלמידים משועבדים לרב ואם שאל הרב מהן חפץ הוי שמירה בבעלים ופטור.[731]

אמנם כ"ז בשאר ימות השנה, אולם ביומא דכלה כתב הרמב"ם (שם) "וביום הפרק שהכל באין לשמוע ענין אותו מועד הרי הוא שאול להם והם אינן שאולין לו", ונל"ב דמאחר שביום הפרק "הכל באין לשמוע" משו"ה ליכא ביום הפרק חיוב מיוחד על התלמידים הקבועים לבא לשיעור, ומשו"ה אין התלמידים שאולין לרב, ומכיון שחל על הרב חיוב מיוחד ללמדם הלכות הרגל הרי הוא שאול להם והם אינם שאולין לו. דחובת

[731] יש לעיין ביסוד השעבוד הזה שחל על התלמידים לבא לשיעור של הרב דמהו יסוד הך שעבוד דחל עלייהו מלבד דין כבוד רבו ומצות ת"ת דהוי חיוב מדין מצוה דאינו מועיל לגבי בעליו עמו. ואולי י"ל דמכיון "דמאן מלכי רבנן" א"כ יש לרב חלות שררה על תלמידיו בדומה לנשיא, והוי כח ושררה שבאה לו מכח התורה דכתיב (משלי ח: ט"ו) "בי מלכים ימלוכו", ומשו"ה יכול הרב לחייב את התלמידים לבא לשיעור. ועוד י"ל דמכיון דהרב מסדר לתלמידים אש"ל ונותן להן רשות ללמוד בבית מדרשו הרי הם משעובדים לבוא לשיעור מדין שעבוד ממון, ומשו"ה הרי הם כפועליו לענין בעליו עמו, ויל"ע עוד בזה.

הרב ללמד הלכות המועד ברגל אינו חיוב מדין מצות ת"ת אלא הוא חיוב מיוחד דחל מתקנת ב"ד והוי כחיוב פועל דעלמא ומשו"ה הוי בבעלים.

גמ'. דלמיסר טעונה הוא דנפק. עיין בשיטמ"ק שכתב בשם ה"ר יהונתן וז"ל כלומר לראות אם יטענו אותם יותר מכדי משאן ולא נשאל להם כלל לסייעם בשליחות אלא מאליו בלא שום דיבור בעולם שאם היה רוצה לא היה מסייעם ולא מיקרי שאלה בבעלים אלא כשהתנה עמהן וכתיב שארית ישראל לא יעשו עולה וכו' עכ"ל. ומשמע דס"ל דבלי התחייבות ליכא דין בעליו עמו (ועיין בשיעורים ריש פרקין). אולם כבר נתבאר דלהרמב"ם חל דין בבעלים בהתעסקות במלאכה בלבד גם בלי התחייבות. והנה עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שאלה ה"ב) וז"ל השאיל בהמתו או השכירה למשוי ויצא עמה לסעדה עם השואל או השוכר ולטעון עמו במשא ה"ז שמירה בבעלים. ואם יצא לבקר המשוי בלבד ולראות שלא יטענו עליה יתר מן הראוי אינה שמירה בבעלים עכ"ל. ונראה שיש לפרש את דבריו בב' אופנים: א) דין בבעלים חל רק כשמתכוון הבעלים לעבוד לטובת השואל ואילו כאן התכוונו הבעלים לטובת עצמם ולא לשואל ומשו"ה אינה בבעלים. ב) הבעלים לא עשו מעשה מלאכה שרק באו לראות ובבעלים צריך שיעשו מעשה פעולה ולא ראייה בעלמא. ולפי"ז גם כשהתכוונו לטובת עצמם ועשו מעשה פעולה הו"ל בבעלים.

דף צז:

גמ'. כדאמר ר"נ כגון שיש עסק שבועה ביניהן ה"נ כגון שיש עסק שבועה ביניהן ה"ד עסק שבועה כדרבא דאמר רבא מנה לי בידך והלא אומר אין לך בידי אלא נ' והשאר איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם משכחת לה רישא בב' וסיפא בג' וכו'.

בענין גלגול שבועה

א.

בדין מתוך שאיל"מ בגלגול שבועה

עיין בתוס' (דף צז.) ד"ה ביום שהקשו דאמאי מוקימינן לה דחייב לשלם כגון שהיה עסק שבועה ביניהם (דמודה במקצת), תיפוק ליה דחייב לישבע שבועת השומרים דמתה כדרכה ומחמת זה ישבע מדין גלגול שבועה נמי דשכורה מתה, ומכיון דטוען איני יודע חייב לשלם מדין מתוך שאיל"מ, (ועיי"ש במה שתירצו). ועיין בחידושי הרמב"ן (דף צח. ד"ה ולרמי בר חמא וכו') שכתב וז"ל ואיכא דמותיב תו אשמעתין למה ליה לאוקמה בתרתי ובתלתא ובארבעה לימא משום דא"ל אישתבע לי מיהת דכדרכה מתה ומגו

דמישתבע דכדרכה מתה אית ליה לאישתבועי דשכורה מתה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם. ומפרקי בה מקצת רבנן ז"ל דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אלא בשבועת מודה במקצת אבל בשבועת גלגול לא אמרינן דלא אלימא לחיובי ממונא במי שאינו יודע ואע"פ שגלגול שבועה דאורייתא הוא והראב"ד מן הכת המפרשים כן וכו' אבל בעיקר זה התירוץ אני תמה שהרי במקום הזה לדעתם שהם תופסים הלשון הכתוב בספרים עיקר גמ' נראה כמפורש דאפילו בגלגול אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכו' עכ"ל. ומבואר שנחלקו הראשונים האם חל דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם בגלגול שבועה, וצ"ב ביסוד מחלקותם.

ויתכן לומר דדין זה תלוי אם השבועה חלה מדין חלות שם חיוב שבועה או מדין בירור בעלמא, דנראה דהיכא שחל חלות דין חיוב שבועה - יסוד החיוב הוא או לישבע או לשלם, ומשו"ה אם לא נשבע מאיזה טעם שיהיה - הדין הוא דחייב לשלם, דהחיוב לשלם ממון נכלל בחיוב השבועה דמעיקרא - דיסוד החיוב שבועה הוא או לישבע או לשלם. משא"כ בגלגול שבועה יסוד השבועה אינו חלות דין חיוב שבועה, דמעיקר הדין אינו חייב לישבע ע"ז כלל, אלא דנתחדש דין גלגול שבועה מדין בירור בעלמא לברר את האמת, וכגון בסוטה דמעיקר הדין אינה חייבת לישבע על איש אחר, ורק דנתחדש דין גלגול שבועה שמאחר שהיא נשבעה על איש זה מגלגלין עליה שבועה לברר נמי שלא זינתה עם איש אחר. וה"ה בגלגול שבועה בדיני ממונות דמעיקר הדין ליכא חיוב שבועה על טענה זו (למשל הטענה דשכורה מתה), ואין על טענתו חלות דין חיוב שבועה - דאו ישבע או ישלם, דחל רק דין שבועה מדין בירור לברר טענתו מדין גלגול שבועה. ולפי"ז נראה לבאר את שיטת הראשונים דס"ל דליכא דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם בגלגול שבועה דדין מתוך חל רק בעיקר דין שבועה דהוה חלות חיוב או לישבע או לשלם ואינו חל בדין שבועה שחלה מדין בירור בעלמא.

ועיין (שם) ברמב"ן שכתב שהראב"ד סובר כשיטת הראשונים דליכא דין מתוך בגלגול שבועה, והוסיף לכתוב בשם הראב"ד וז"ל לפיכך כל מי שנתחייב שבועה ורואה שמגלגלין עליו יאמר על הגלגולין איני יודע ויפטר משבועה חמורה וכו' עכ"ל. אולם הרמב"ן חלק ע"ז וכתב וז"ל הא מילתא לאו מטיבותא דמר היא דאפילו כשתמצא לומר שזה הפירוק נכון דלא אמרינן בגלגול מחויב שבועה שאינו יכול לישבע משלם מ"מ חייב שבועה חמורה שאיני יודע, שהאומר לחבירו מנה לי בידך והלא אומר איני יודע אם נתגלגלה לו שבועה של תורה ממקום אחר מגלגלין עליו ונשבע שבועה חמורה שאינו יודע, וזו אינה צריכה לפנים ולא ניתן ליכתב עכ"ל. ובפשטות שיטת הראב"ד היא

דליכא שבועה חמורה בנקיטת חפץ מן התורה לישבע שאינו יודע דאם נשבע שבועת התורה היינו כדי להאמינו בטענתו כשאמר שיודע אבל לא באמר איני יודע. והרמב"ן סובר דגם בטענת איני יודע חלה שבועה מה"ת להאמינו שאינו יודע. ויש להעיר דלפי שיטת הרמב"ן דחל דין שבועה חמורה לישבע על טענתו שאינו יודע, א"כ צ"ע מדוע חל דין מתוך שאיל"מ כשטען המלוה מנה לי בידך והלוה אומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, והרי יכול לישבע על טענתו שאיני יודע - דחל שבועה שישבע איני יודע, דמ"ש מהיכא שנתחייב גלגול שבועה וטען איני יודע שנשבע שאינו יודע. ולפמש"נ י"ל דשאני דין שבועה בנ' ידענא ונ' לא ידענא דחל חיוב שבועה מדין מודה במקצת והוי חלות חיוב דאו ישבע או ישלם דחל חיוב ממון מחמת חיוב השבועה, דאזי חייב לישבע שיודע שאינו חייב ואם אמר שאינו יודע אם חייב או לא חל חיוב ממון דהרי חל עליו חיוב שבועה גמור לישבע שיודע שפטור או לשלם, ומשו"ה מכיון שאינו יכול לישבע שאינו חייב לשלם את הנ' הנשאר שהרי "אמר איני יודע" אמרינן דחייב לשלם מדין מתוך שאיל"מ. משא"כ בגלגול שבועה שחל דין שבועה רק מדין בירור בעלמא ולא חל חלות דין חיוב שבועה גמור דאזי נשבע שבועה חמורה שאינו יודע ולא אמרינן מתוך שאיל"מ.

ועיי"ש עוד בהמשך הרמב"ן שתירץ עוד דלא אמרינן בגלגול הבא ע"י טענת שמא מתוך שאיל"מ, ומשו"ה קיי"ל בסיפא דזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו. ונל"ב דבריו דהיכא דחל גלגול שבועה מכח טענת שמא אזי חל רק דין שבועה מדין בירור ומשו"ה ליכא בה דין מתוך שאיל"מ, משא"כ כשחל גלגול שבועה מחמת טענת ברי אזי חל חלות דין חיוב שבועה - דהיינו חיוב או לישבע או לשלם, ושפיר אמרינן דחל בה דין מתוך שאיל"מ.

ולפי"ז נמי יש לבאר דברי הרמב"ן שם שכתב וז"ל ומיהו כך נראה כמו שאמרנו מזו שאמרו בירושלמי בשבועות (ס"פ ז') או הב ליה כל דתבע לך או אישתבע ליה על כל מה דמגלגל עלך ואע"פ שבא לשלם עיקר התביעה המחייבתו שבועה, וזו כעין ראייה למי שאמר על הגלגולין איני יודע, ומיהו דוקא בגלגול הבא בטענת ברי אבל גלגול של שמא אינו מחוייב ממון בשאינו יודע, שאף באומר הריני משלם הורו מקצת בעלי הוראה ז"ל שאין אומרים הב ליה כל מה דמגלגל עלך אלא מטענת הוודאות אבל מטענות של שמא משלם עיקר תביעתו ופטור והדעת נוטה לדבריהם עכ"ל. ומבואר משיטת מקצת בעלי הוראה שהביא הרמב"ן דכשהגלגול בא מכח טענת ברי אע"פ ששילם את עיקר התביעה עדיין מגלגלגין עליו שבועה על הכל, ואם אינו נשבע מחוייב לשלם, אבל

אם התביעה היא בטענת שמא ושילם את העיקר פטור מגלגול. ובביאור סברתו נראה לפימש"נ דהיכא דחל גלגול שבועה מכח טענת ברי חל בגלגול שבועה חלות שם חיוב שבועה - או לישבע או לשלם, ומשו"ה אע"פ ששילם את עיקר התביעה מ"מ חל עליו חיוב שבועה מדין גלגול שבועה. משא"כ בטענת שמא חל רק דין שבועת גלגול מדין בירור וליכא בה דין מתוך שאיל"מ, ולכן גם אם שילם את עיקר התביעה תו לא חל עליה חיוב שבועה מדין בירור לברר את טענתו. מאידך כשחל גלגול שבועה מחמת טענת ברי חל אף בגלגול חלות דין חיוב שבועה - לישבע או לשלם, וחייב לישבע שבועת הגלגול אע"פ שכבר שילם את עיקר התביעה.

וכן משמע אף מדברי הרמב"ם (פ"א מהל' טוען ונטען הי"ג) וז"ל מי שנתחייב שבועה אפילו היסת והתחיל התובע לגלגל עליו דברים אחרים שלא טען אותם וראה הנתבע כך ואמר איני רוצה להשבע אלא הריני משלם הטענה הראשונה שנתחייבתי על כפירתה שבועה אין שומעין לו אלא אומרים לנתבע או תן לו כל מה שגלגל עליך מטענות הודאיות או השבע והפטר עכ"ל. ומשמע דרק מחייבין אותו לישבע שבועת הגלגול או לשלם אע"פ שאמר הריני משלם על עיקר התביעה באופן שטען התובע טענה ודאית שמחמתו חלה הגלגול, ולא חל דין זה בגלגול הבא מחמת טענת ספק, והביאור הוא כנ"ל, דאע"פ דמחייבין גלגול שבועה בטענת ספק מ"מ יסוד החיוב הוא שבועה מדין בירור בלבד ולא חל חלות שם חיוב שבועה אלא בטענת ברי.

ויש להוסיף דבמודה במקצת ובשבועת השומרים חל דין מתוך שאיל"מ משום דאיכא מקצת הוכחה לטענת התובע מחמת ההודאה וקבלת אחריות דשמירה, ולכן אם אין הנתבע נשבע משום דאינו יכול לישבע נאמן התובע וחייב הנתבע לשלם. משא"כ בגלגול שבועה אם לא נשבע הנתבע שבועת הגלגול ליכא שום הוכחה לטענת התובע והוי רק "אינו יכול לישבע", ומשו"ה ליכא דין מתוך שאיל"מ[732].

ב.

דין גלגול שבועה בטענת שמא

תוס' ד"ה ביום. בא"ד. וקשה לר"י דאמאי צריך לאוקמי הכי דבלאו הכי הוי ליה מחויב שבועה ע"י גלגול דאמר ליה משכיר אישתבע לי מיהת דכדרכה מתה וע"י גלגול צריך לישבע דשכורה מתה ואינו יכול לישבע דהא קאמר איני יודע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם וכו' ונראה לר"י דאין מגלגלין אלא כשנתבע טוען ודאי דומיא דאשה שטוענת ודאי וכו' ועוד י"ל דאין מגלגלין כשטוען תובע טענת שמא אלא בדבר דדומה

[732] ועיין בקובץ שיעורים ח"ב סימן ז'.

קצת שהוא אמת כגון טענת אריסין ואפטרופסין דשבועות (מח:) **שרגילין ליהנות משל חבריהם משום דמורו היתרא וכו' וכגון סוטה שרגלים לדבר שקינא ונסתרה ויש לחוש שמא זינתה גם באירוסין ולכן אין מגלגלין במתניתין אלא ע"י טענת ודאי.**

ומבואר דנחלקו שני התירוצים בתוס' האם חל גלגול שבועה אף בטענת שמא או רק בטענת ודאי. ונראה דנחלקו האם המחייב דגלגול שבועה הוא חיוב השבועה הראשונה דאזי י"ל דחל דין גלגול אף בטענת שמא, או דהמחייב דגלגול היא הטענה שבאה ביחד עם השבועה הראשונה דאזי אין החיוב חל אלא בטענת ודאי. ועיין בגמ' קידושין (כח.) "אשכחן בודאי ספק מנלן, תניא רשב"י אומר נאמרה שבועה בחוץ ונאמרה שבועה בפנים מה שבועה האמורה בפנים עשה בה ספק כודאי אף שבועה האמורה בחוץ עשה בה ספק כודאי" ופרש"י וז"ל אשכחן ודאי שמגלגלין שבועת טענת ברי בדבר שאין חייבין עליו שבועה כגון קרקעות או שלא הודה במקצת שמגלגלין אותו אם נתחייב שבועה ממקום אחר. ספק מנין טענת שמא כגון שבועת השותפין והאריסין שחלקו וכו' וקתני נתחייב לו שבועה ממקום אחר מגלגלין עליו את הכל אלמא ספק נמי מגלגלין. מנלן אי מק"ו לא דמי דסוטה כל שבועתה ספק וגלגול נמי ספק, ממון עיקר שבועתו אינו באה אלא בטענת ודאי וכו' וכיון דעיקר שבועת ממון ליתא אלא בטענת ודאי גלגול דידיה נמי בטענת ודאי ולא בטענת ספק עכ"ל.

ועיין שם בתוס' ר"י הזקן שפירש דאשכחן שמגלגלין כשעיקר השבועה היא בטענת ברי אולם מנלן דמגלגלין כשעיקר השבועה היא בטענת שמא וכגון בשבועת השומרים. ולמסקנא אמרינן דספק כודאי דמגלגלין על טענת שמא. ונראה לבאר דבהו"א נקט דהחיוב דגלגול שבועה חל מחמת הטענה ולכן אין מגלגלין אא"כ עיקר הטענה הראשונה היא טענת ברי, ולמסקנא מגלגלין ברי על שמא משום דהמחייב דגלגול הוא השבועה הראשונה עצמה. אמנם עיין ברמב"ן ובריטב"א שהביאו דיש אומרים דלמסקנא מגלגלין שמא על ברי, וברי על שמא אבל שמא על שמא אין מגלגלין ואין להקשות דמסוטה מוכח דמגלגלין שמא על שמא די"ל דסוטה חשיב שמא על ברי כיון דרגלים לדבר שזינתה שהרי קינא לה ונסתרה (אולם הרמב"ן חולק על שיטה זו עיי"ש). ונראה דשיטה זו סוברת דהמחייב דגלגול שבועה היא הטענה בין אם היא הטענה דהשבועה הראשונה ובין אם היא הטענה דהשבועה השניה ולכן אין מגלגלין משמא על שמא ורק חל גלגול בשמא על ברי, ובברי על שמא. משא"כ הרמב"ן ודעימיה ס"ל דחל גלגול שבועה בשמא על שמא דס"ל דלא בעינן טענה לחייב גלגול שבועה והשבועה הראשונה מחייבת בגלגול.

בא"ד. וא"ת והאיך מגלגלין שבועה לעולם דאפילו כשנתבע טוען ודאי יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר איני יודע עכ"ל.

ולכאורה י"ל דלא מהני מיגו לפטור מגלגול שבועה, דהא מגלגלין שבועה על מי שהוא נאמן מדין תורה בלי השבועה ומ"מ מגלגלין עליו וא"כ י"ל דאף אם יש לו נאמנות דמיגו נמי מגלגלין עליו, דמ"ש נאמנות דמיגו משאר נאמנות.

ג.

בדין גלגול שבועה בשבועת הנוטלין

עיין בגמ' שבועות (דף מח:) "מהו לגלגל בדרבנן", וי"ל דהספק בגמ' הוא אם דין גלגול שבועה תלוי בחיוב שבועת הדיינין, וא"כ אין מגלגלין בדרבנן מאחר שאין חיוב השבועה מדאורייתא, או"ד מגלגלין בחפצא של שבועת הדיינים דאורייתא, ולפי"ז י"ל דמגלגלין בדרבנן מכיון דשבועה דרבנן מהוה חפצא של שבועת הדיינים מדאורייתא. ולפי"ז יהא נפ"מ במי שכפר בכל וקפץ ונשבע בנקיטת חפץ, דאע"פ שלא היה חייב לישבע שבועה דאורייתא מ"מ נשבע שבועת הדיינין מדאורייתא.

ועיין בתוס' (שבועות דף מט. ד"ה לכל) דפליגי הריצב"א והר"י האם חל דין גלגול שבועה בשבועת הנוטלין, וצ"ב ביסוד פלוגתתם. וי"ל דנחלקו האם דין גלגול שבועה חל דוקא בחיוב שבועה או אף בחפצא של שבועה. דהריצב"א סובר שאין מגלגלין בשבועת הנוטלין אלא במי שמחויב לישבע וליפטר משום שגלגול שבועה חל רק במקום שיש חיוב לישבע ולא כשיש זכות לישבע וילטול. מאידך הר"י סובר שאין דין גלגול שבועה תלוי בחיוב שבועת הדיינים אלא בחפצא של שבועת הדיינים, ושבועת הנוטלין מהוה חפצא דשבועת הדיינים ולכן אפשר לגלגל עליה.

והנה כתב הרמב"ם (פ"א מהל' טוען ונטען הי"ב) וז"ל ועד היכן כח גלגול עד שיאמר ובכלל שבועה זו שלא נמכרת לי בעבד עברי ועדיין עבדי אתה עכ"ל. ומשמע שנשבע שבועה אחת הכוללת את ענין השבועה הראשונה ואת הענין שגלגל עליו. ויוצא שהרמב"ם סובר שגלגול שבועה היא חפצא של שבועה אחת ביחד עם השבועה הראשונה. אמנם עיין בראב"ד (שם הי"ג) וז"ל ואם אמר הנתבע על הגלגולין אני נשבע ונפטר ועל הטענה הראשונה השבע וטול הרשות בידו עכ"ל. ומבואר דאליבא דהראב"ד יתכן לחלק שבועת הגלגול מהשבועה הראשונה, דשבועת הגלגול הויא חפצא של שבועה בפנ"ע ואינה נכללת בשבועה הראשונה. ולפי מש"נ בשיטת הרמב"ם יתכן לבאר פירוש אחר בדברי הריצב"א דס"ל דהחפצא של שבועת נשבע ונפטר א"א לצרף עם

החפצא דשבועת הנוטלין כי שתי שבועות שונות הן בעצם חלות שמם ודיניהם וא"א לצרפן יחד בשבועה אחת.

ד.

בדין גלגול שבועה אי הוי חלות דין חיוב שבועה או זכות השבעה

עיין בגמ' שבועות (דף מט.) "איכא בינייהו לפתוח לו" ועיי"ש ברש"י וברא"ש שפירשו דנחלקו רק בנוגע לשבועה דרבנן אבל בגלגול שבועה דאורייתא לדברי הכל אין צריכים טענה שיתבע את שבועת הגלגול. אולם עיין ברמב"ם (פ"א מהל' טוען ונטען הי"ב) שכתב וז"ל מי שנתחייב שבועה בין של תורה ובין של דבריהם מגלגל עליו המשביע כל מה שירצה וכו' עכ"ל. ומשמע דס"ל דבעינן תביעת המשביע בכל אופן. אמנם הרמב"ם מפרש את הגמ' בשבועות באופן אחר מפרש"י וכמו שפסק (בפי"א מהל' שכירות ה"ט) וז"ל ולכל הנשבעין אין מקילין חוץ מן השכיר שמקילין עליו ופותחין לו תחלה ואומרים לו אל תצער עצמך השבע וטול עכ"ל.

ובביאור הנידון אליבא דרש"י נראה לומר, הרי פשוט בנוגע למי שהודה במקצת הטענה שב"ד מחייבין אותו לישבע שבועה דאורייתא אע"פ שאין התובע יודע הלכות טוען ונטען ואינו תובע במפורש שישבע, דמאחר שנתחייב הנתבע לישבע מחמת ההודאה ב"ד מחייבין אותו לישבע מעצמם אע"פ שאין תביעה מפורשת מהתובע שישבע. ויל"ע בדין גלגול שבועה האם דינו כשאר חיובי שבועה דאורייתא דלא צריך תביעה מפורשת לחייבו לישבע אלא ב"ד מחייבין אותו לישבע או"ד שדין גלגול שבועה אינו חיוב שבועה אלא דהויא זכות מיוחדת לתובע להשביעו ואינו חל אא"כ התובע דורש שישבע. והנה הראשונים נחלקו האם חל דין מתוך שאיל"מ בגלגול שבועה, וי"ל דפליגי האם גלגול שבועה הוי חלות חיוב שבועה כשאר חיובי שבועה דלא בעינן תביעה מפורשת מהתובע שישבע הנתבע או דהוי חלות דין זכות השבעה מיוחדת ואינו נשבע אא"כ יש תביעה מיוחדת מהתובע. די"ל דאם גלגול שבועה הוי חלות שם חיוב שבועה כשאר חיובי שבועה דאורייתא אזי שפיר חל בה דין מתוך שאיל"מ כבשאר חיובי שבועה. משא"כ אי הוי רק חלות דין זכות השבעה י"ל דלא חל בה דין מתוך.

אך נפ"מ זו אינה תואמת את שיטת הרמב"ם שסובר דדין גלגול שבועה הוי זכות השבעה ואינה חלה אא"כ יש טענה מפורשת מהתובע שישבע בגלגול. ומ"מ ס"ל דחל בגלגול שבועה דין מתוך. ועיין ברמב"ם (פ"א מהל' טוען הי"ג) וז"ל מי שנתחייב שבועה אפילו היסת והתחיל התובע לגלגל עליו דברים אחרים שלא טען אותם וראה הנתבע כך ואמר איני רוצה להשבע אלא הריני משלם הטענה הראשונה שנתחייבתי על כפירתה שבועה

אין שומעין לו אלא אומרים לו לנתבע או תן לו מה שגלגל עליך מטענות הודאיות או השבע והפטר עכ"ל. ומבואר ברמב"ם שדיני גלגול שבועה חלין אף במקום שאינו רוצה להשבע השבועה הראשונה. ומוכח שמגלגלין שבועה מחמת חיוב השבועה הראשונה ולאו דוקא שכולל את הגלגול בתוך החפצא של השבועה הראשונה כשנשבע אותה. אמנם הרמב"ם פסק (שם הי"ב) שמגלגלין שבועה בכל שבועות הנוטלין (חוץ משכיר), ומוכח דס"ל שגלגול אינו תלוי דוקא בחיובי שבועה שהרי בשבועת הנוטלין אין חיוב לישבע אלא זכות לישבע וליטול.

ומבואר מכאן דלשיטת הרמב"ם יש ב' דינים בגלגול שבועה: א) גלגול שבועה ע"י חיוב שבועה לבדו, ב) גלגול שבועה ע"י חפצא של שבועה לבדו. אכן צ"ע בדברי הרמב"ם דמלשונו משמע שדוקא כשאמר אני רוצה לשלם משום שירא ממה שהתובע מגלגל עליו דברים אחרים, חייב לישבע או לשלם עבור השבועות המגולגלות, ואילו היה אומר לכתחילה - הריני משלם ואינו נשבע - לא היינו מחייבים אותו הגלגולים אחרים, וצ"ע מ"ש.

ונראה שכשאמר בתחילה הריני משלם ואיני נשבע לא חל חיוב השבועה כל עיקר ולכן א"א לגלגל עליו שבועות נוספות. אמנם בציור הרמב"ם שבתחלה רצה לישבע אלא שאח"כ כשראתה שמתחיל לגלגל עליו דברים אחרים שינה את דעתו ורצה לשלם בכה"ג תופסים שהיה חיוב שבועה בשעתה אך לא נתקיימה ולפיכך חל דין גלגול שבועה.

אמנם צ"ע במה שכתב הרמב"ם שישלם דוקא משום השבועות שנתגלגלו מטענות ודאיות ומהרמב"ם משמע דמגלגלין גם בטענת ספק וא"כ בדין הוא שאף בגלגול מחמת טענת ספק שיחול הדין דמי שאינו רוצה לישבע ישלם, ומ"ש זו מזו. ונראה דהרמב"ם ס"ל כהרמב"ן (המובא לעיל באות א') דבטענת ברי גלגול שבועה מחייב בחיוב שבועה דחל בו דין מתוך, משא"כ בטענת שמא דאינו מחייב אלא מדין בירור בעלמא ולכן לא חל בו דין מתוך.

ע"כ ענין גלגול שבועה

תוס' ד"ה לימא וז"ל וי"ל דלסומכות דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו תרווייהו מוחזקין בו, וכיון דלדידיה אהני ברי נגד שמא וחייב ה"נ הו"ל למימר לרבנן דאהני נמי ברי נגד שמא לכל הפחות לומר שיחלוקו עכ"ל.

ובביאור דבריהם נראה דיש שני דינים במוחזק: א) מוחזק במציאות כשהחפצא תפוס ברשותו, ב) מוחזק עפ"י דין מחמת שיש לו טענה, דנאמנות הטענה עושה אותו למוחזק. וי"ל דלשיטת סומכות ליכא דין מוחזק מחמת שהחפצא תפוס תחת ידו במציאות ולא

חל אלא דין מוחזק עפ"י דין מחמת הטענה ומשו"ה ס"ל דבברי וברי הו"ל ממון המוטל בספק ויחלוקו. ועוד ס"ל לסומכות דכשא' טוען שמא הוא מחזיק את שני בעלי הדברים למוחזקין דהא טוען שמא החפץ שלו הוא שמא הוא של חבירו, ובכן עצם טענתו מחזיק את שניהם ביחד בחפץ. וכ"ז בשמא ושמא דלפי טענתם שניהם מוחזקין ומשו"ה חולקין. משא"כ בברי ושמא דטענת ברי מחזיק רק את הטוען בחזקה אלימתא ואילו חבירו שטוען שמא נהי דטענתו מחזקת את שניהם אולם אינה אלא חזקה קלושא, ולפיכך החזקה האלימתא שחלה מחמת טענת הברי עדיפא ומפקיעה את החזקה הקלושא שחלה ע"י טענת שמא ומשו"ה ברי עדיף וזוכה בכל.

וכ"ז אליבא דסומכות. ולכן הקשה הגמרא גם אליבא דהרבנן, דנהי דס"ל שיש חלות חזקה במציאות לזה שתופס את החפץ ברשותו דא"א לבטלה שהרי הוא לבדו תופס את החפץ, מ"מ מצד דין חזקה דחל מחמת טענותיהם בברי ושמא הטוען ברי הוא המוחזק מחמת הטענה, ויש חזקה כנגד חזקה ובדין הוא דיחלוקו.

תוס' ד"ה לימא. וז"ל וי"ל דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו תרווייהו מוחזקין בו וכיון דלדידיה אהני ברי נגד שמא וחייב הכל ה"נ הו"ל למימר לרבנן דאהני נמי ברי נגד שמא לכל הפחות לומר שיחלוקו עכ"ל.

ובביאור דבריהם נראה דלסומכוס חולקין בשמא ושמא (אליבא דרבא). וי"ל דס"ל דטענת שמא קובעת שהתפיסה של הטוען שמא חלה עבור שניהם כי אינו טוען ברי לעצמו אלא שמא יש לחבירו זכות וע"כ חלה תפיסה לשניהם, והדין הוא דיחלוקו, ואפילו בשמא ושמא. מאידך הטוען טענת ברי אינו תופס אלא לעצמו, ומאחר שחבירו הטוען שמא תופס לשניהם הטוען ברי זוכה כי תפיסתו היא לעצמו בלבד ומועילה יותר מתפיסת חבירו דתופס לשניהם. ובדומה לזה י"ל לרבנן דס"ל דהמע"ה דבשמא ושמא דתפיסת המוחזק הויא תפיסה וחזקה לעצמו דהוא לבדו מוחזק בחפצא. אך כשהשני טוען ברי כנגדו והתופס הוי שמא אזי חלה תפיסתו עבור שניהם, ומשו"ה הו"ל למימר דיחלוקו.

תוס' ד"ה רב הונא.

התוס' נקטו דקיי"ל לר' יהודה ברי ושמא ברי עדיף היכא דהוי ברי טוב ושמא גרוע משום דהו"ל לשמא למידע, משא"כ בברי גרוע וכגון שהניזק טוען ברי ויודע שהמזיק לא היה שם ולא יכחישנו והשמא טוב משום דלא הוה ליה למידע אזי קיי"ל דלאו ברי עדיף (ובהא מיירי הסוגיא בב"ק דף מו.). ויש להסתפק בביאור הדין דברי עדיף בדהוה ליה לשמא למידע - האם זוהי סברא באיכות טענת הברי, דבדהוה ליה לשמא למידע

חשיב טענת הברי לטענה מעלייתא והוי ברי טוב, וטענת השמא הויא טענה גרועה, דמכיון דהוה ליה למידע ואעפ"כ טען טענת שמא יש חשש שהוא משקר בטענתו והוי טענה גרועה, ואילו בדלא הוה ליה לשמא למידע טענת אזי הברי הוי טענה גרועה. או"ד דבדהוה ליה למידע טענת השמא לא חשיבא לטענה בכלל, דמכיון דהוה ליה למידע וטען שמא י"ל דיש כאן בירור שחייב, שאילו לא היה חייב היה זוכר ולא היה שוכח מה אירע, ולפיכך בדהוה ליה למידע לא נחשבה טענת שמא לטענה כלל. משא"כ בדלא הוה ליה למידע אין שום חסרון במה שאינו יודע וטענת שמא שפיר הוי טענה, ולפי"ז אף רב הונא ור"י ס"ל כר"נ דטענת שמא עדיף משום דמצטרפת היא לחזקה והמוציא מחבירו עליו הראייה. אלא דס"ל דברי עדיף בדהוה ליה למידע דבכה"ג טענת שמא לא חשיב טענה כלל.

והנה בדין חנוני על פנקסו (שבועות מז ב) שהחנוני נשבע ונוטל והפועל נשבע ונוטל מבעה"ב דהוי שמא כתב הרמב"ם (פט"ז מהל' מלוה ולוה ה"ה) וז"ל ושבועה זו תקנת חכמים היא בנקיטת חפץ מפני שבאים שניהם ליטול. לפיכך אם מת החנוני נוטל בעל חוב בלא שבועה וכן אם מת פועל או בעל חוב החנוני נוטל בלא שבועה שהרי אין בעל הבית מפסיד כלום ואינו משלם אלא תשלום אחד עכ"ל. ועיין במגיד משנה שהרמב"ן והרמ"ה חולקים על הרמב"ם וס"ל דפועל עדיף מחנוני, כי לגבי פועלים הו"ל בעה"ב איני יודע עם פרעתיך ולכן בדין הוא שיטלו הפועלים בלא שבועה (עיין ברמב"ם פ"א מהל' טוען ונטען ה"ט) ונשבעין דוקא כשבעה"ב משלם פעמיים לפועל ולחנוני. אבל כשמת החנוני דאזי משלם בעה"ב רק פעם אחת לפועלים הן גובים את החוב בלא שבועה. מאידך החנוני נוטל בכל אופן רק אם שבועה כי לגבי החנוני הו"ל בעה"ב איני יודע אם נתחייבתי ומעיקרא דדינא פטור הוא, אלא משום תקנת החנוונים תקנו שהחנוני יטול עם שבועה, ובכל אופן צריך לישבע כדי שיזכה בממון. ויוצא אליבא דהרמב"ן שבנוגע לחנוני השבועה היא חלות מחייבת ובכל אופן צריך לישבע ואילו בנוגע לפועלים הו"ל השבועה דין מעכב בגביית ב"ד, אך כשבעה"ב משלם רק פעם אחת אזי השבועה אינה מעכבת. וביאר הגר"ח זצ"ל שהרמב"ם חולק על הרמב"ן בדין תביעת הפועלים, דהרמב"ן סובר שבעה"ב חייב לשלם להם מפני שאמר נתחייבתי ואיני יודע אם פרעתיך. ואילו הרמב"ם סובר דאיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם דוקא בדהו"ל למידע, אבל בנוגע לפועלים בעל הבית פטור מאחר דלא הו"ל למידע אם הפועלים קיבלו

את התשלומין מהחנוני או לא.[733]
ובביאור המחלוקת בין הרמב"ן והרמב"ם בדין איני יודע אם פרעתיך בדלא הו"ל למידע נראה דהרמב"ן סובר דכשאמר איני יודע אם פרעתיך חייב לשלם מחמת חזקת החיוב שעליו ולכן חייב לשלם בכל אופן ואף בדלא הו"ל למידע. ואילו הרמב"ם סובר דחזקת החיוב מחייבת אותו למידע ואם אינו יודע אזי אין לו טענת פטור דפקעה כל נאמנותו וא"א לטעון טענת שמא. מאידך בדלא הו"ל למידע הריהו נאמן בטענת שמא ומשו"ה פטור מלשלם.
ויוצא דאליבא דהרמב"ם הו"ל למידע הוי הלכה עפ"י דין שמחוייב הנתבע למידע מחמת חזקת החיוב שמוטלת עליו, שהרי באיני יודע אם נתחייבתי משמע דפטור בכל אופן ואף בדהו"ל למידע משום דליכא חזקת חיוב. מאידך ממה שכתבו התוס' משמע דהו"ל למידע תלוי במציאות, דבמציאות הלוה הו"ל למידע ובמציאות המזיק לא הו"ל למידע. ומסתבר דלתוס' בדהו"ל למידע ואינו יודע חוששין דמשקר ואינו נאמן. משא"כ להרמב"ם הו"ל למידע אינו חשש משקר אלא הלכה בפנ"ע שמפקיע עפ"י דין חלות טענת שמא מלהיות טענה.
בא"ד. דלא אמרינן בהו מתוך שאיל"מ משום דלא הוי להו לידע עכ"ל. ומשמע מתוס' דהו"ל למידע גם בדין מתוך תלוי במציאות דאי לא ידע חוששין שמשקר. וכן משמע נמי מלשון הראב"ד (בפ"ה מהל' שאלה ופקדון ה"ו) וז"ל ורבותי אין מורין כן לפי שאינו דומה לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם הוי ליה למידע ואערומי הוא דמערים ותובע נמי טוען עליה ואמר מידע ידעת וכו' עכ"ל. כלומר דאי הו"ל למידע ולא ידע אנו חוששין שהוא משקר ומשו"ה חייב לשלם.
אולם שיטתם צ"ע דהרי מצינו דין מתוך שאיל"מ בנסכא דר' אבא בעד א' שחטף והלה טוען אין חטפי ודידי חטפי דמתוך שאיל"מ (שבועות דף מז.), והתם לא שייך הסברא דהו"ל למידע וחשש משקר אלא הויא הלכה מסוימת דמתוך שמחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם. ועיין עוד בסוגיא שם דהגמ' השווה את הדין של מתוך שאיל"מ בנסכא דר' אבא עם הדין דמתוך שאיל"מ בחמשין ידענא ובחמשין לא ידענא, וצ"ע דלכאורה הם שני דינים שונים. ועוד צ"ע דאיתא בגמ' (שם) "אמר רבא כוותיה דר' אבא מסתברא דתני רב אמי שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ה"ד וכו' דא"ל מנה לאבא ביד אביך א"ל נ' ידענא ונ' לא ידענא אי אמרת בשלמא אביו כה"ג מחייב אצטריך קרא

[733] והא דפסק הרמב"ם שאם מת א' מהם משלם בעה"ב לשני בלי שבועה צ"ב. ועיין ברשימות שיעורים למס' שבועות (דף מז:) בדין חנוני על פנקסו ואכמ"ל.

למיפטר גבי יורשין", ולכאורה יפלא אליבא דשיטת התוס' והראב"ד דהאב חייב משום דהוי ליה למידע והיורשין פטורין מדלא הו"ל למידע, וחיוב האבא הוא מחמת שמערים ומשקר משא"כ ביורשין ליכא חשש דלא הוי להו למידע וא"כ צ"ע ל"ל גזה"כ לפטור את היורשים דהרי אינם משקרים ומשו"ה פטורים.

ולכן נראה דלכו"ע יסוד הדין דמתוך שאיל"מ הוא דחיוב שבועה כולל בתוכה אף חיוב לשלם ממון אלא דאם נשבע פטור הוא מלשלם. ובנ' ידענא ונ' לא ידענא חיובי השבועה והתשלומין תלויים בדהו"ל למידע דאזי חל חיוב או לישבע או לשלם ובלא הו"ל למידע לא חל דין מתוך.

אך נראה דגם לשיטת התוס' יתכן לבאר את הפטור בדלא הו"ל לידע בכמה אופנים:

א) י"ל דבדהו"ל למידע איני נאמן במה שטען איני יודע. ובכן חל בטענתו חלות שם כפירה לגבי דין מודה במקצת והו"ל מחויב שבועה שאינו יכול לישבע שמשלם מהלכות שבועה דכולל בה חיוב ממון למי שמחוייב שבועה ואינו נשבע. ואילו בדלא הו"ל לידע דנאמן בטענת איני יודע ליכא בטענה זו חלות שם כפירה לגבי מודה במקצת ופטור מלישבע ולכן פטור מלשלם.

ב) ועוד י"ל דבטענת איני יודע חלה כפירה המחייבת שבועה אמנם אינו יכול לישבע שאינו יודע דליכא שבועה שלא ידע, ובדהו"ל למידע חייב לשלם מדין מתוך. אך בדלא הו"ל למידע דא"א לו לישבע פטור מלשלם משום דהוי אנוס מלישבע ואונס רחמנא פטריה. ואין להקשות ע"ז דבדידי חטפי משלם והרי אנוס הוא מכיון דאינו יכול לישבע דידי חטפי נגד חזקת המרא קמא. די"ל דהתם יש העדאת עד א' ועד א' נאמן כתרי אף על הממון אא"כ מכחיש אותו בשבועה, ואם לא הכחיש אותו בשבועה אזי העד א' נאמן כתרי אף על הממון, ומשו"ה משלם אע"פ שהוא אנוס ביחס לשבועה. והא דחשוד משלם מדין מתוך הוא משום דלא הוי אנוס דנעשה חשוד מחמת עבירה שעשה.

ג) וגם י"ל דהו"ל למידע ולא הו"ל למידע הוי דין דוקא בחיוב שבועת מודה במקצת, דאיתא בגמ' לעיל (ג. - ג ב) דמודה במקצת נשבע משום "דאישתמוטי קא מישתמט מיניה סבר עד דהוי ליה זוזי ופרענא ליה ואמר רחמנא רמי שבועה עליה כי היכי דלודי ליה בכוליה" דסברא זו שייך בטוען איני יודע והו"ל למידע, משא"כ בדלא הו"ל למידע דנאמן לטעון דאינו יודע, וסברת שבועת מודה במקצת לא שייך לחייבו לישבע כי היכי דלודי דהא באמת אינו יודע. ולפיכך פטור מלישבע מעיקרא ולא חל דין מתוך. וזוהי כוונת הראב"ד דבדהו"ל למידע אערומי הוא דקא מערים כלומר דאישתמוטי קא

מישתמט וחייב לישבע ומתוך שאיל"מ, דבדלא הו"ל למידע אינו חייב לישבע כלל.[734] והנה עיין ברמב"ם (פ"ה מהל' שאלה ופקדון ה"ו) וז"ל הפקיד אצלו פירות שאינן מדודין ועירבן עם פירותיו ולא מדדן ה"ז פושע. בעל הפקדון אומר כך וכך היו והשומר אומר איני יודע ישלם בלא שבועה שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא חייב ונמצא חייב שבועה שאינו יכול להשבע. וכזה הורו רבותי הרב ר' יוסף הלוי ורבו ז"ל. וכן כל שומר שנתחייב לשלם ואמר איני יודע כמה דמים אני חייב לשלם והבעלים אומרים כך וכך היה שוה יטלו בלא שבועה והוא שיטענו דבר שהן אמודין בו וכו' ומנין שהדין כך הוא הגע עצמך שהפקיד אצלו כיס מלא זהובים ופשע בו הבעלים אומרים מאתים דינר היו והשומר אומר ודאי שהיו בו דינרים אבל איני יודע כמה היו נמצא זה כטוען מאתים והודה לו במקצת ואמר השאר איני יודע שהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל ורבותי אין מורין כן לפי שאינו דומה לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם הוה ליה למידע ואערומי הוא דמערים ותובע נמי טוען עליה ואמר מידע ידעת ודבר שבמנין קא טעין ליה ודבר שבמנין קא כפר ליה והו"ל מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם, אבל הני לאו הכי הוא, והיינו טעמא דשק צרור דאמרינן עלה ישבע זה ויטול ולא אמרו יטול בלא שבועה עכ"ל. הראב"ד השיג שבחמשין ידענא וחמשין לא ידענא הו"ל למידע ולכן משלם, משא"כ באומר איני יודע כלל, דלא הו"ל למידע. ויוצא שלדעת הראב"ד לא נאמר כל המחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אלא במי שחשוד בנאמנותו משום דהו"ל למידע, ואם אמר איני יודע הו"ל חשוד ומשלם. בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא הואיל והו"ל למידע חשודים דבריו בעיני הדיינים ואינו נאמן בטענתו לפיכך משלם. ואילו בציור של הרמב"ם בשאמר איני יודע כלל דלא הו"ל למידע, אפילו אם ננקוט שמחוייב שבועה (וכפי הסברם של הרמב"ן והרא"ש), מ"מ אינו משלם כי מאחר דלא הו"ל למידע נאמן הוא בטענתו של איני יודע כלל. (ועיין בתוס' ב"ק דף מו. ד"ה דאפילו ניזק).[735]

ועיין במגיד משנה (שם ה"ז) המבאר שלשיטת הרמב"ם אין קרוי מחוייב שבועה כל שלא היה לו לידע ובהפקיד אצלו פירות מדודין ועירבן עם פירותיו ודאי היה לו לידע כשעבר ועירבן שהיה לו למודד. ברם יתכן שלפי הרמב"ם המחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אף בדלא הו"ל למידע. אך אליבא דה"ה שאף לדעת הרמב"ם המחוייב שבועה שאינו יכול לישבע משלם רק כשהו"ל למידע מוסבר הסיפא של הרמב"ם וז"ל

[734] וע"ע בתוס' ב"ק דף מו. ד"ה דאפילו ניזק. וע"ע בש"ך חו"מ ס' ע"ב ס"ק נ'.
[735] וע"ע בש"ך חו"מ סימן ע"ב ס"ק ג'.

הגע עצמך שהפקיד אצלו כיס מלא זהובים ופשע בו וכו' עכ"ל. וצ"ב מדוע הדין של כיס מלא זהובים הוא יותר פשוט מהדין של שומר שעירב הפירות עם פירותיו.

וי"ל דהרמב"ם ר"ל שכשם שבכיס מלא זהובים פשע השומר כשהכיס הלך לאיבוד ולכן משפשע הו"ל למידע את מנין הזהובים ה"ה כשעירב פירות הפקדון עם פירותיו שהשומר פשע במה שעירבם ולכן הו"ל למידע את מדתם וחייב לשלם. דפשיעה מחייבת את השומר לדעת את מנין הפקדון. ועוד י"ל דבחיוב תשלומין חל דין דהו"ל למידע את מדת החיוב, ולפיכך בכיס מלא זהובים שהכיס הלך לאיבוד והשומר חייב בתשלומין אמרינן דהו"ל למידע מנין הזהובים. אולם כשעירב פירות עם פירותיו שהנידון הוא סכום הפירות שבעין שבתערובת י"ל דלא הו"ל למידע את מדת הבעין, והרמב"ם בא להשמיענו שאף לגבי הפירות מוטל על השומר לדעת את מדתם וחייב לשלם.

ועיין ברמב"ם (פ"ט מהל' נזקי ממון ה"ט - ה"י) וז"ל היו שני השוורים הרודפין אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר קטן הזיק וכו' המוצא מחבירו עליו הראיה. לא היתה שם ראיה ברורה שזה הזיק אלא עדים מעידים שאחד משני אלו הזיק משלם המזיק כמו שאמר. ואם טען הניזק שאתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק נשבע שבועת התורה ומשלם כמו שהודה שהרי הודה במקצת עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל אתם ומועד קאי ומתני' דקתני המע"ה כגון דקאמר שמא תם הזיק דליכא שבועה גביה ואי תימא להוו כמחוייב שבועה שאינו יכול לישבע דהא אמר מקצת ידענא ומקצת לא ידענא התם תובע אותו בברי ואמר לו באמת אתה יודע עכ"ל. ומבואר דהראב"ד סובר שבאופן שבעל המזיק הוא שמא והניזק טוען "אתה יודע" כלומר שהמזיק היה נוכח בשעת הנזק דהו"ל למידע אם הגדול הזיק או קטן הזיק דחייב לשלם מדין מתוך שאיל"מ. אמנם הרמב"ם לא כתב את האופן שהמזיק היה שמא. אך ממה שכתב שהניזק טוען "אתה יודע" משמע כשיטת הראב"ד שאם המזיק היה שמא היה משלם מדין מתוך, דחייב משום דהו"ל למידע וכפי שטוען הניזק "אתה יודע".

ולפי"ז יוצא שהרמב"ם והראב"ד תרווייהו ס"ל כהר"י שדוקא בדהו"ל למידע אמרינן דהמחוייב שבועה ואי"ל משלם. לפי הרמב"ם דין זה חל בכל אופן שפשע ומחוייב לדעת. ואע"פ שבאמת אינו יודע וכגון בציור דפירות עכ"ז חייב לשלם דהו"ל למידע כי חיוב השבועה מחייבו לשלם דמים כשלא נשבע מחמת פשיעתו. מאידך הראב"ד סובר שבמקום דהו"ל למידע איערומי קא מערים, כלומר שאינו נאמן במה שטוען חמשין לא ידענא משום דהו"ל למידע, ואנו חוששין שמשקר ויודע שחייב כל המנה, ולפיכך חייב לשלם מנה. אך בציור דעירב פירות עם פירותיו שבאמת אינו יודע את סכום הפירות

פטור. ונמצא דהרמב"ם והראב"ד נחלקו ביסוד הדין דמתוך שאיל"מ. דהרמב"ם סובר שטענת איני יודע נחשבת לכפירה המחייבת שבועה, בד"א בדהו"ל למידע כי במקום דהו"ל למידע טענת איני יודע מהוה כפירה המייבת שבועה. אולם אין קיום שבועה שייך בטענת איני יודע וחסרון שבועה כשמחוייב לישבע מחייב ממון. ואילו במקום דלא הו"ל למידע אין טענת איני יודע חשובה ככפירה המחייבת שבועה ואין חיוב שבועה כלל דלא הו"ל למידע ולא כפר. ומאחר שאינו חייב לישבע לא חל דין מתוך. מאידך אליבא דהראב"ד איני יודע אינה טענה המחייבת שבועה, אלא שבמקום דהו"ל למידע איבד את נאמנותו לטעון איני יודע. וכשאמר איני יודע אנו מבינים בדבריו דהו"ל כאילו הודה בכל התביעה, ולכן משלם את הכל.[736]

גמ'. משכחת לה רישא בב' וסיפא בתלת וכו' ולרמב"ח דאמר ד' שומרים צריכים כפירה במקצת והודאה במקצת משכחת לה רישא בג' וסיפא בד' וכו'.

תוס' ב"ק דף קז. ד"ה עירוב

מבואר מדברי התוס' דישנן ג' שיטות, א) שיטת רש"י היא שהכופר בפקדון חייב לישבע מה"ת, וכגון שטען להד"מ דמכיון שאין בפקדון טובה לנתבע מעיז פניו לגבי התובע וכופר בכל. ולכאורה לשיטתו שבועת הכופר בכל נכללת בשבועת מודה במקצת בהלוואה, וכי היכי שאין מודה במקצת נשבע אא"כ טען התובע טענה ודאית ה"ה הכופר בבכל בפקדון. וכן י"ל דשווים אף לגבי הדין דאין נשבעין על טענת קטן, ואין נשבעין על פחות משתי כסף. ונראה דהסברא בזה דשבועת הכופר בפקדון נלמדת משבועת מודה במקצת דנשבע משום שהנתבע מעיז פניו, וטענת ודאי של התובע מחייבת לישבע. משא"כ בשבועת השומרים דעלמא דנשבע אף על טענת שמא של המפקיד, שאינו יודע אם נאנסה או לא. ב) ר"ת סובר דלר' חייא בר אבא בשבועת השומרים איכא ב' פרות א' דהודאה וא' דנאנסו, ורמי בר חמא סובר דבעינן ג' פרות א' דהודאה וא' דכפירה וא' דנאנסו. ונראה דמ"מ אף לר"ת אין להשוות שבועת השומרים לשבועת מודה במקצת בהלוואה. דבמודה במקצת אינו נשבע אא"כ התובע טוען טענת ודאי, ובעינן טענת שתי כסף. משא"כ בשומר דנשבע אף על טענת שמא, ויתכן דלא בעי טענת ב' כסף. ואע"פ שהשבועות נלמדות מהדדי לענין דבעינן בשניהם כפירה והודאה מ"מ הם ב' פרשיות וחיובים נפרדים וכל א' יש בו הלכות מיוחדות לעצמן. ג) הריב"א סובר דכשהנתבע מודה שהוא שומר אלא שטוען שנאנס אזי חייב הוא לישבע שבועת השומרים אף על

[736] ביאור זה בשיטת הראב"ד הוא שלא כדביאר רבינו זצ"ל לעיל אליבא דהתוס', וע"ע ברשימות שיעורים למס' ב"ק ח"א (עמ' רמ"ה - רמ"ז).

טענת שמא של המפקיד. אולם כשכופר בכל ואינו מודה שהיה שומר פטור משבועה כמו כל כופר בכל. וחייב לישבע רק כשמודה במקצת הפקדון מדין מודה במקצת דעלמא ובעי טענת ודאי וב' כסף. (וכן פסק הרמב"ם פ"א מהל' שכירות ה"א).

דף צח:

משנה. השואל את הפרה ושלחה לו ביד בנו ביד עבדו ביד שלוחו וכו' ומתה פטור. אמר לו השואל שלחה לי ביד בנך ביד עבדי ביד שלוחך וכו' ומתה חייב, וכן בשעה שמחזירה. עיין ברש"י (ד"ה או ביד בנו וכו') שהביא דרב חסדא ורבה נחלקו בב"ק (דף קד.) בביאור משנתנו, דרב חסדא ס"ל דמיירי בשכירו ולקיטו שדר בביתו אבל אין עדים שנתמנה להיות שליח, דאם יש עדים שנתמנה להיות שליח אזי השואל חייב דהרי שלוחו כמותו. ואילו רבה ס"ל דאפילו עשאו שליח בעדים לא הוי שלוחו להתחייב ע"י באונסין. ועיין בסוגיית הגמ' בב"ק (דף קד.) "איתמר שליח שעשאו בעדים, רב חסדא אמר הוי שליח, רבה אמר לא הוי שליח, רב חסדא אמר הוי שליח להכי טרחי ואוקמיה בעדים דליקו ברשותיה, רבה אמר לא הוי שליח הכי קאמר איניש מהימנא הוא אי בעית לשדוריה בידיה שדר בידיה וכו' תנן לא יתן לא לבנו ולא לשלוחו וכו' תרגמא רב חסדא בשכירו ולקיטו אבל שליח שעשאו בעדים הכי נמי דהוי שליח". ומבואר דלרב חסדא חל קיום פרעון והשבת הגזילה כשנותן הגזלן מעות לשליח שעשאו בעדים. ויש לעיין בסברת רב חסדא דס"ל דבעינן שהשליח יתמנה להיות שליח בפני עדים דבכה"ג חל קיום דין פרעון והשבת הגזילה בנתינה לשליח, דצ"ב מדוע לא סגי מינוי שליח בעלמא, דהרי בכל התורה כולה חל מינוי וחלות דין שליחות במינוי שליח בעלמא שלא בפני עדים. ונראה דשאני שליח לפרעון ולהשבת הגזילה משליח בעלמא, דשליח לפרעון צריך להיות "בעל דבר", דאי לאו הכי יכול הנתבע לטעון "לאו בעל דברים דידי את", ומשו"ה רב חסדא סובר שחל דין מיוחד דשליח פרעון צריך להתמנות בפני עדים.

ועיין ברמב"ם (פ"ג מהל' שלוחין ה"ה) וז"ל מי שהיה לו ביד חבירו פקדון או מלוה בין במטלטלין בין במעות ועשה שליח בעדים להביאן לו, הרשות ביד זה שהם אצלו אם רצה ליתן בשליח נפטר ואינו חייב באחריותן שהרי נתן לשלוחו, ואם לא רצה ליתן אינו נותן שאין זה בעל דינו עד שיבא בהרשאה על הפקדון וכו' עכ"ל. ומבואר מדברי הרמב"ם דאין השליח שעשאו בעדים בעל דבר לתבוע את הפקדון בעל כרחו של הנתבע אא"כ בא בהרשאה, דיכול הנתבע לטעון "לאו בעל דברים דידי את", אולם מ"מ הוי בעל

דבר לענין קיום פרעון והשבת הפקדון כשרוצה הנתבע לשלם לו. ורק המורשה הוי בעל דבר גמור ואף לתבוע את נתבע בעל כרחו בב"ד.

ובביאור סברת רב חסדא דליחשב "בעל דבר" בעינן מינוי בפני עדים יש לחקור האם ס"ל דכדי שהשליח יחשב "בעל דבר" לענין פרעון צריך הוא להביא ראייה ברורה דנעשה שליח, והעדים חלין מדין עדי ראייה. או"ד דהעדים אינם חלין מדין עדי ראייה אלא דחל דין מינוי בפני עדים, והעדים הויין עדי קיום, דחל חלות שם בעל דבר בשליח רק כשיש עדי קיום על מינויו. ואע"פ דמיירי בדיני ממונות ובדרך כלל בעינן עדי קיום לקיומי מילתא רק בדבר שבערוה ולא בדיני ממונות מ"מ מצינו דאף בדיני ממונות חל דין עדי קיום, וכגון אליבא דהראב"ד (פ"ה מהל' מכירה ה"י) דס"ל דקנין סודר אינו חל אא"כ נעשה בפני ב' עדים, והעדים חלים מדין עדי קיום. וכן סובר הראב"ד לענין הודאה בפני שנים (עיין בחידושי הרמב"ן ב"ב דף מ.). וה"נ י"ל דחלות שם בעל דבר לענין פרעון אינו חל אא"כ נעשה שליח בפני ב' עדים והעדים הויין עדי קיום. ועיין בחו"מ (סימן קכ"א), ובש"ך (ס"ק י"ב, וס"ק י"ז) דיש ב' דיעות אם חלה שליחות לפרעון באופן שהמלוה מודה דעשאו שליח. ונראה דזה תלוי בחקירה הנ"ל דאי בעי מינוי בפני ב' עדים מדין בירור וראייה, י"ל דהיכא דהמלוה מודה שעשאו שליח חל ראייה ואין צריך ב' עדים. משא"כ אי נימא דבעי מינוי בפני עדים מדין עדי קיום - דבעינן שיחול על השליח חלות שם "בעל דבר" וע"י מינוי בפני ב' עדים המקיימים את הדבר חל חלות שם "בעל דבר", אזי י"ל שאף אם המלוה מודה שעשאו שליח לא חל עליו דין בעל דבר לענין פרעון, והודאת המלוה אינה מועלת, דדוקא ב' עדים מקיימים דבר, ולא הודאת בעל דין.[737]

משנה. השואל את הפרה ושלחה לו ביד בנו ביד עבדו ביד שלוחו וכו' ומתה פטור. אמר לו השואל שלחה לי ביד בנך ביד עבדי ביד שלוחך וכו' ומתה חייב.

עיין בשיטמ"ק שכתב בשם הר"ן וז"ל שלחה לי ביד בנך ביד עבדך וכו' וא"ת במה נתחייב דאפילו למ"ד שליח שעשאו בעדים הוי שליח ה"מ בעדים וכו' והכא ליכא סהדי אלא דאמר למשאיל לשדורי ליה בידייהו וכו' תינח לרב חסדא דאמר הוי שליח אלא לרבה דאמר לא הוי שליח מאי איכא למימר, וי"ל דהכא לאו מדין שליחות הוא אלא מדין ערב שכיון שאמר לו להוציא פרתו מרשותו ולשלחה ביד עבדו נתחייב מדין ערב דכל מוציא ממון מרשותו על פי חבירו נתחייב לו חבירו כדין ערב והכי מוכח בפ"ק דקידושין עכ"ל. אולם עיי"ש בשיטמ"ק שכתב בשם הראב"ד וז"ל אבל אם אמר לו השואל שלחה לי ביד בני וכו' חייב לפי שעשאם הוא עצמו שלוחים והן בשקיבלו על עצמן להביא

[737] ועיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק ח"ב (עמ' תרל"ח - תרל"ט).

אצלו נעשו שלוחיו וכו' עוד צריך אני לדבר על זו המשנה כי היא צריכה לפנים כי כשאמר לו שלחה ביד בנך וכו' והמשאיל אמר לבנו או לשלוחו תוליך פרה לפלוני היאך נעשה שלוחיו של שואל, והלא השואל לא דיבר עמהם והמשאיל הוא שמצוה עליהם להוליכה אצלו והלא הם שלוחיו של משאיל ולא של שואל. ועל כן אני אומר כי הוא על ידי זכוי, שיאמר להם המשאיל זכו בפרה זו לפלוני לשאלה כי כן רצה שתזכו לו, והם כיון שקבלו אותה לשום זכוי כבר נעשו שלוחי השואל, וידם כידו הואיל ומדעתו היו ואע"פ שיש לו בזה הזכוי ענין צד חובה להתחייב באונסיה ובמזונותיה מיד לפי שחבין לו לאדם שלא בפניו מדעתו ועוד אני אומר אפילו תימא שלא ע"י זיכוי אלא שאמר לו שלחה לי ביד בנך או ביד עבדך כלומר אמור לו בשמי שיבאנה לי ואמר לו והוא קבל על עצמו להביאה ולמסרה לידו נמצא שהוא שלוחו של שואל שעשאו שליח ע"י בעל הפרה כו' עכ"ל. ומבואר דנחלקו הר"ן והראב"ד בביאור ההלכה דכשאמר השואל שלח ביד בנך והמשאיל שלח ביד בנו ומתה דהשואל חייב באונסין, דהר"ן סובר שחייב מדין ערב ואילו הראב"ד סובר דחייב מדין זכייה ושליחות. דלתירוץ הראשון בראב"ד השואל חייב מדין זכייה, ולתירוץ השני חייב מדין שליחות. והנה הראשונים נחלקו האם זכייה חלה מטעם שליחות או לא (עיין בתוס' בסנהדרין דף סח: ד"ה קטן). ואם זכייה חלה מטעם שליחות אזי לכאורה אין נפ"מ בין שני התירוצים שבראב"ד. אמנם אי זכייה לאו מטעם שליחות לכאורה יש כמה נפ"מ. דאם חל כאן דין שליחות ממש וכתירוץ השני אזי נעשה השואל לשואל גמור לכל דיני שואל דרשות השליח כרשות השואל דמיא. מאידך אם זכייה לאו מטעם שליחות י"ל דקנין זכייה מועיל כדי שהמשאיל לא יוכל לחזור בו מהשאלה ולחייב את השואל באחריות, אך עדיין לא נמסרה הפרה לרשות השואל בתורת שומר כי הזוכה כאדם אחר דמי ואינו שלוחו של השואל לענין דיני רשות שמירה. ולכאורה נפ"מ לענין דין בל יראה ובל ימצא דשומר חייב עליו מדין רשות שומר ולא מדין אחריות. וכן נ"מ לענין דין שמירת נזקין שהשואל נכנס תחת הבעלים רק כשהפקדון ברשות השומר ולא מחמת חלות חיוב אחריות בעלמא.

ונראה שיש עוד חידוש בדינא דהראב"ד אם ננקוט דזכייה לאו מטעם שליחות, דאזי יסוד הדין דזכייה הוא שאדם אחר יכול לעשות מעשה הקנין, דהוי מעשה קנין שלו והחלות חלה עבור אדם שני. כלומר דקנין שהמזכה עושה מחיל חלות בשביל הזוכה. ולכאורה דין כזה מועיל קנינים דעלמא, דחל בהן דין דעת אחרת מקנה דלא צריכים שדוקא הקונה עצמו יעשה את מעשה הקנין, שהרי גם המקנה יכול לעשות מעשה הקנין וחלות הקנין יחול לקונה, וכדמצינו למשל בקנין חליפין לפי"ד הגר"ח זצ"ל דהקנין חל לקונה מחמת

דעת של המקנה ולא מחמת מעשה קנין של הקונה. ברם כ"ז לכאורה נכון בקנינים דעלמא, אך בקנין שאלה ושמירה היה סד"א דצריכים דוקא קנין דהשומר עצמו עשה דבכך מתחייב לשמור ומקבל על עצמו האחריות דשומר ושואל, וקנין דאדם אחר לא יכול לחייבו בתורת שומר, ומשו"ה לא יחול דין זכין. קמ"ל הראב"ד דאין זה נכון ושגם קנין דשומר שפיר חל ע"י אדם אחר הזוכה ולא צריכים מעשה קנין של השומר עצמו.

ועיין בתוס' לקמן (דף צט. ד"ה כיון) דשואל מתחייב ע"י קנין של המשאיל שהכישה במקל ויצאתה לסימטא וחל בזה קנין משיכה דשומר. ולכאורה צ"ע דהאיך מועיל קנין של המשאיל לחייב את השואל, דא"א לומר דהמשאיל שלוחו של השואל שהרי לא חזרה שליחות אצל הבעל, דאדם א' א"א לו להיות גם המקנה וגם הקונה בבת אחת. וצ"ל דתוס' ס"ל דדין מסוים הוי בהלכות שומרים דהמפקיד יכול לעשות את הקנין לחייב את השומר ומועיל בלי חלות שליחות מצד השומר. ובכן י"ל אליבא דהראב"ד שהזוכה דהוא אדם שלישי עושה את מעשה הקנין המחייב את השואל ואע"פ שהשואל עצמו לא עשה את הקנין והזוכה אינו שלוחו, דשאני קנין שמירה משאר קנינים דעלמא, דהקנין מחייב את השומר מבלי שיעשה השומר את עצם מעשה הקנין ובלי חלות שליחות, והוא חידוש.

ועיין בהמשך דברי הר"ן (בשיטמ"ק שם) שהקשה דאמאי חייב באמר לו המשאיל הריני שולחה ביד עבדי דלהוי שאלה בבעלים דמכיון שהגיע ליד העבד הוי ברשות שואל וכשהעבד מחמר אחריה הו"ל העבד במלאכתו של השואל וליפטר מדין בעליו עמו. ותירץ הר"ן דהא דמתחייב השואל כשהפרה ביד העבד אינו מדין שואל גמור אלא מדין ערב הלכך ליכא דין פטור דבעליו עמו, עיי"ש. ובביאור דברי הר"ן נראה דאין כוונתו שחייב מדין ערב בעלמא דא"כ אמאי כתב שאינו שואל גמור הוה ליה למימר דאינו שואל כלל. ומשמע דהר"ן סובר דמפאת דין ערב חל עליו חיובי שואל אבל ליכא קניני שאלה ואין החפץ מסור ליד השואל לשאלה, ואינו חייב באונסין מדין ערב בעלמא אלא מדין אחריות דשואל. אמנם הר"ן סובר דדין בבעלים אינו חל אלא היכא שהחפץ נמסר לרשות השואל, ואינו תלוי בחיוב אחריות, ובהאי גוונא דהשואל חייב רק מדין ערב דחל חיוב אחריות דשאלה ליכא פטור דבעליו עמו מכיון שלא נמסר החפץ לרשותו לשמירה. וכן מוכח מהא דקיי"ל דבהנך לפני חל חיוב אחריות ומ"מ דין בבעלים תלוי במשיכה ובהכנסת החפץ לרשות השואל. ועוד יתכן לומר דאפילו אי נימא דחל דין בבעלים בהנך לפני (וכדעת החכמת שלמה בקושייתו) וחל דין בבעלים בשעת קבלת אחריות דשמירה, מ"מ נראה דליכא דין בבעלים בחלות חיוב אחריות שחל מדין ערב

בעלמא, ואין פטור דבעליו עמו עד שיכנס החפץ לרשות השואל, דנהי דחלות החיובים הם חיובי שומר אבל המחייב הוי דין ערבות, וע"כ אינו בדין בעליו עמו עד דמטי לידיה דאיכא גם מחייב דשמירה. ועוד י"ל דלר"ן אינו מתחייב כאן כלל מדין שואל אלא מדין התחייבות בעלמא דחל מדין ערב ושאינו חל מדין שואל, ומשו"ה לא חל בזה פטור בעליו עמו. ומש"כ הר"ן "שאינו שואל גמור" ר"ל שאינו שואל כלל, וצ"ע.

דף צט.

גמ'. אמר שמואל בעבד עברי דלא קני ליה גופיה רב אמר אפילו תימא בעבד כנעני נעשה כאומר ליה הכישה במקל והיא תבא.

עיין ברש"י (ד"ה נעשה) שביאר דבאומר הכישה במקל והיא תבא השואל מתחייב באונסין משיצתה מרשות הבעלים משום "דשעביד נפשיה משתצא מרשותו", והיינו שחל חיוב אחריות מדין תנאי והתחייבות של השואל. וכ"כ הראב"ד בשיטמ"ק ד"ה השואל וז"ל רב אמר אפילו תימה בעבד כנעני נעשה כאומר לו הכישה במקל והיא תבא ואני מקבל עלי אחריותה מיד כשתתחיל לבא, ועל זה התנאי שאלה ממנו, ושמענו שמתנה שומר חנם להיות כשואל ואף זה כמוהו עכ"ל.

ועיין בתוס' (ד"ה כיון שיצתה וכו') שכתבו וז"ל לכאורה נראה דמיירי שיצתה מיד לסימטא או לצדי רה"ר דחשיב כאילו משכה שואל אבל יצתה מיד לרה"ר לא דמשיכה אינה קונה ברה"ר עכ"ל. ומבואר דהתוס' חולקים על רש"י והראב"ד וס"ל דחל חיוב האחריות מחמת קנין, ולא מדין תנאי דשעביד נפשיה להתחייב באונסין משיצתה מרשות הבעלים. ומבואר עוד בדברי התוס' דס"ל דהמשאיל יכול לפעול מעשה הקנין עבור השואל, דמשיצתה מרשות המשאיל לסימטא או לצדי רשות הרבים מתחייב השואל בקנין של המשאיל. ונראה דהתוס' אזלי לשיטתם למש"כ (בד"ה כך תיקנו) דאין השואל מתחייב באונסין מדאורייתא אלא בקנין משיכה ואינו מתחייב כשאמר "הנך לפני", וה"ה דס"ל דתנאי אינו מועיל ובעינן קנין. ויש כאן חידוש דין דקנין המשאיל מועיל לחייב את השואל דא"א לומר שהמשאיל שלוחו של השואל דלא חזרה שליחות אצל הבעל ואדם א' לא יוכל להיות המקנה והקונה בבת אחת. והוא דין מסוים בשמירה דקנין המפקיד מחייב את השומר כשרוצה בכך בלי חלות שליחות.

גמ'. אמר לך רב לא תימא נעשה כאמר ליה אלא אימא באמר ליה הכישה במקל והיא תבא. יש לעיין בביאור השקו"ט שבגמ'. ונראה דלכאורה זה תלוי במחלוקת הראשונים בביאור הדין דשלחה לי ביד בנו וביד עבדו. דהנה הר"ן ביאר דמועיל הקנין מדין ערב,

ולכאורה לפי"ד יש לבאר השקו"ט שבגמ' עפ"י דברי הריטב"א (המובא בשיטמ"ק) וז"ל שכל שאומר לחבירו שיוציא ממונו על פיו למקום שאינו משתמר או שיזרקנה לים וכיוצא בה ויתחייב בו מיד שעשה כן על פיו נשתעבד לו בההיא הנאה כאלו קבלו ממש ממנו ואב לכולן ערב וכדפירש רש"י פ"ק דקידושין. וכל שאמר כן בפירוש הכישה במקל והיא תבא ואתחייב אני לך דלכו"ע חייב דהו"ל כאומר זרוק מנה לים ואתחייב אני לך וכו' אבל הכא אע"פ שלא אמר ואתחייב אני לך אמר רב שהוא חייב דכיון דלהנאתו הוא אומר לו לשלחם מסתמא כאילו פירש ואתחייב אני לך דמי, משא"כ בזרוק מנה לים וכו' כיון שאין הזריקה לתועלתו של זה, והשתא אתי שפיר מאי דאמרינן שהאומר שלח לי ביד עבד כנעני כיון דרוב עבדים רשעים ואין להם ממון לשלם הרי זה כאומר להכישה לרה"ר או למקום איבוד. ומאן דמותיב לה בסמוך סבר דכיון דעבד בן דעת ואימת רבו עליו מקום המשתמר הוא חשוב וכיון שלא אמר ואתחייב אני לך פטור, ואמרינן לא תימא נעשה כאומר כלומר דהתם ודאי פטור דמקום המשתמר הוא אלא באומר לו בפירוש אמור לעבדך שיכישנה ויבא עכ"ל. ומבואר דהריטב"א סובר דרש"י פירש כהר"ן דסוגיין מיירי מדין ערב דחל בזרוק מנה לים ובאם עבד כנעני כמקום אבוד דמי או לא.

אמנם לכאורה יותר נראה שרש"י ס"ל כפירוש הראב"ד, דכתב רש"י (בד"ה נעשה) וז"ל משיצאתה מחצירו של בעלים בין בלא שומר בין ע"י שומר עמדה ברשות שואל דשעביד נפשיה משתצא מרשותו והרי הכישה במקל עד אשר יצאתה מביתו עכ"ל. ומשמע דהתחייבות דשומר אינו חל מטעם קנין אלא מחמת הסתלקות הבעלים שיצאתה הפרה מרשותם ולכן התחייב השואל באחריות דשומר. ודומה לדין "הנך לפני" המחייב באחריות בלי חלות קנין אלא ע"י עצם המסירה לשמירה, דה"ה בהכישה במקל ויצאתה מרשות הבעלים השומר מתחייב באחריות בסילוק הבעלים. ולפי"ז י"ל דלפי ההו"א כששלח ביד עבד כנעני נהי דיד עבד כיד רבו דמי ועפ"י דין אין העבד יכול לעשות מעשה קנין יד מרבו לידו, מ"מ במסירה לעבד חלה הסתלקות הבעלים משמירת פרתם כשיצאתה הפרה מרשותם לרשות העבד שאין ידו נחשבת כרשות הבעלים לענין שמירת הפרה, ולכן השואל מתחייב מכיון שנסתלק בעל הפרה ויצאתה הפרה מרשות בעלים לרשות העבד לחייב את השואל. ואילו למסקנת הגמ' נקטינן דלא רק שיד עבד כיד רבו לגבי קנין, אלא אף רשות העבד הוי רשות רבו, והפרה לא יצאתה מרשות בעליה כשנמסרה לעבדו, ורק באמר להכישה ושתלך לרה"ר אזי יצאתה מרשות הבעלים והשואל משתעבד מחמת שנסתלקו הבעלים משמירה.

ותוס' (ד"ה כיון) נמנעו מפרש"י והראב"ד דס"ל שאין לדמות סוגיין לדין מתנה שומר להיות כשואל כי שם התחייב הש"ח בשעת קנין משיכה להיות כשואל משא"כ בסוגיין לפרש"י והראב"ד דחסר כאן מעשה קנין לחייב וגם ס"ל שאין לדמות סוגיין לדין "הנך לפני" כי שם נמסרה הפרה לשומר לשמרה, אך כאן ליכא שואל ולא נמסרה לו הפרה לשמירתו. ולפיכך פרשו התוס' שיש בסוגיין חידוש דין שהמשאיל עשה את מעשה הקנין בעד השואל, ובהכישה ויצאתה לרה"ר חל קנין משיכה מהמשאיל המחייב את השואל. וקנין המשאיל מועיל בלי חלות שליחות כי א"א לאדם אחד להיות גם המקנה וגם הקונה בבת אחת, אלא דיש כאן דין חדש והלכה מסוימת בהלכות שומרים שהמשאיל והמפקיד יכולים לעשות את מעשה הקנין בלי חלות שליחות כדי לחייב את השומר והשואל בשימרה ובאחריות הפקדון והשאלה. ולפי"ז נראה דהשקו"ט שבגמ' היא האם עבד כנעני דהמשאיל יכול לעשות את קנין השאלה לחייב את השואל כמו המשאיל, דלהו"א העבד יכול לעשות את הקנין ולמסקנא רק המשאיל יכול לעשותו ולא עבד כנעני שלו. ונראה דלכאורה זה תלוי במה שיש לחקור בדין יד עבד כיד רבו לענין קנינים, די"ל דעבד אינו יכול לעשות מעשה קנין אלא לרבו דאין לעבד יד לעצמו דיד עבד כיד רבו דמי. דיש להסתפק בגדר ההלכה דמה שקנה עבד קנה רבו, האם חל מעשה קנין לאדון ע"י העבד, או"ד דהעבד עושה מעשה קנין לעצמו אלא דחלות הקנין הוא לרבו. דאם נאמר דעבד עושה את עצם מעשה הקנין עבור רבו י"ל דמשו"ה אין העבד של המשאיל יכול לעשות מעשה קנין עבור השואל. אך אי נימא דבעלמא עבד עושה מעשה קנין לעצמו אלא דחלות הקנין חל לאדון אזי י"ל שיכול העבד לעשות מעשה קנין לחייב את השואל בשמירת הפרה, כי אינו קנין לזכות בעצמו ולרבו אלא לחייב את השואל בשמירת הפרה. ולמסקנא עצם מעשה הקנין של עבד כנעני אינו שלו אלא של רבו ואינו יכול לעשות בעצמו מעשה קנין לחייב את השואל.

תוס' ד"ה אמר וז"ל פ' ר"ח דשמואל פליג עליה דרב וכו' עכ"ל.

יש לעיין בביאור שיטת שמואל, ולכאורה זה תלוי בשיטות הראשונים הנ"ל. ונראה דאליבא דהר"ן דמיירי בקנין מדין ערב י"ל דשמואל חלוק על רב משום דבדין ערב נחלקו הראשונים (עיין בקידושין דף ח. ובחידושי הרמב"ן שם) האם דין ערב חל בזרוק מנה לים או"ד דחל רק בתנו מנה לפלוני, שדין תנו מנה לפלוני שייך רק בעבד עברי ולא בעבד כנעני דאין לו יד לעצמו. ואילו אם דין ערב חל בזרוק מנה לים אזי הוא חל אף בעבד כנעני וכדביאר הריטב"א. וי"ל דשמואל סובר דדין ערב חל רק בתנו מנה לפלוני

ואילו לרב דין ערב חל אפילו בזרוק מנה לים.[738]
ואליבא דפרש"י והראב"ד י"ל דשמואל סובר שסילוק הבעלים אינו מחיל חלות שמירה ובעינן מעשה קנין להחיל חלות דין שמירה וכאן חסר מעשה קנין. ואילו לרב שמירה חלה אף בסילוק הבעלים בעלמא. ואילבא דתוס' י"ל דשמואל חלוק על רב שסובר שהמשאיל יכול לעשות מעשה קנין עבור השואל, דשמואל סובר שהשואל בעצמו צריך לעשות את הקנין המחייב.
תוס' ד"ה באומר וז"ל ואע"פ שעבדו מוליכה לא הוי שאילה בבעלים וכו' אבל הכא ששואל את עבדו הוה ליה כשואל שתי פרות דעבדו כבהמתו דמי עכ"ל.
ונראה דהתוס' אזלי לשיטתם דס"ל דחל דין בבעלים מחמת מלאכת הבעלים (עיין בתוס' דף צד. ד"ה פרה במשיכה) ולא מחמת התחייבות הבעלים לעשות מלאכה בלי מלאכת הבעלים (וכשיטת הראב"ד בדף צד. ורבינו יהונתן בדף צז.), דלשיטת הראב"ד ורבינו יהונתן לא קשיא כלל קושיית התוס', דהכא ליכא התחייבות הבעלים למלאכה. ותירצו התוס' דלא הוי בעליו עמו דהעבד אינו עושה מלאכה מחמת ציווי המשאיל אלא דנשאל להשואל ולא חשיב שהבעלים הם במלאכה לשואל.
ועיין ברמב"ם (פ"ד מהל' שלוחין ושותפין ה"ב) וז"ל האומנין שנשתתפו באומנות אע"פ שקנו מידם אינן שותפין. כיצד שני חייטים או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהם בשוה אין כאן שותפות כלל שאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם. אבל אם היו לוקחין הבגדים בממון עצמן ותופרין אותן ומוכרין ולוקחין השתי והערב ממעותיהן ועורגין ומוכרין ונשתתפו במעות שלוקחין בו הרי אלו שותפין וכל מה שירויחו בשכר מלאכתן ובמשאן הרי אלו לאמצע עכ"ל. וכתב הראב"ד שם וז"ל ורבותי הורו שאדם יכול להקנות את עצמו לחבירו בקנין כדין עבדים וכשם שמצינו באומרת יקדשו ידי לעושיהן עכ"ל. ומבואר שנחלקו הרמב"ם והראב"ד האם פועלים ואומנים יכולים להקנות את עצמן להקנות ידיהם למלאכה או"ד דרק יכולים להתחייב לעשות מלאכה. ולפי"ז יתכן לבאר דברי התוס' דס"ל דליכא דין בבעלים היכא שיש לשואל קנין בידיים של הבעלים ודין בעליו עמו חל רק היכא שיש התחייבות הבעלים למלאכה ואין גופם קנוי למלאכה. ולכן ליכא דין בעליו עמו בעבד דהמשאיל מאחר דיש לשואל קנין ידיים בהעבד.[739]

[738] ולכאורה ביאור המחלוקת הוא האם דין ערב חל מחמת דנהנה הנאה בעלמא דאזי חל דין ערב אף בזרוק מנה לים. אולם אם נימא שדין ערב חל מחמת שקבלת אדם שלישי מצטרפת לשני אזי י"ל דחל דין ערב רק בתנו מנה לפלוני כשיש קבלת החפצא בידי פלוני ולא בזרוק מנה לים. (רבינו זצ"ל)
[739] עיין בשיעורים לעיל (דף צד. תוס ד"ה פרה אות ג') בדין בעליו עמו בעבד עברי.

תוס' ד"ה כיון.

בתוס' פירשו בב' אופנים או דמיירי שיצתה לסימטא ולצדי רה"ר דחשיב כאילו משכה השואל וקנאה. אי נמי דמיירי דמשכה ברה"ר ולענין להתחייב באונסין קניא משיכה ברה"ר אע"פ דלענין מקח לא קניא. ומבואר דיש ב' דיעות האם מועיל קנין משיכה ברה"ר לחייב שואל באונסין. ועיין בתוס' במס' ב"ק (בדף ע"ט. ד"ה או) שדנו האם גזלן קונה רק במשיכה לסימטא או אף ברה"ר, וכתבו שאין נראה לחלק בין קניית גנב להתחייב באונסין לשאר קניות, וס"ל דליכא קנין לגנב ברה"ר. אמנם התוס' במס' כתובות (דף לא: ד"ה וברשות הרבים נמי קנה) כתבו בשם הר"י דמשיכה ברה"ר קונה לגזלן להתחייב באונסין וז"ל דהא דקאמר דקני היינו לענין להתחייב באונסין אבל אינו קונה שיהיה שלו לגמרי עכ"ל. והנה יש לחקור בדין דלא מהני קנין משיכה ברה"ר האם זהו חסרון במעשה הקנין או בחלות הקנין, ונראה דאי נימא דמשיכה ברה"ר לא הויא מעשה קנין אז אף גנב אינו קונה במשיכה ברה"ר משא"כ אי הוי חסרון בחלות הקנין י"ל דהיינו רק לקנין גמור אבל חל קנין לגזלן להתחייב באונסין אף ברה"ר, וגנב וגזלן אינם צריכים משיכה לסימטא בכדי להתחייב באונסין. ויתכן דבזה נחלקו אף ב' הדיעות בתוס' דידן לענין שואל, דלדעה הראשונה אף שואל לא קנה במשיכה ברה"ר דאינו מעשה קנין כלל. ואילו הדעה השנייה סוברת דבעלמא משיכה אינה קונה ברה"ר משום דיש חסרון בחלות הקנין ולענין חלות חיוב אונסין חל הקנין. אמנם יתכן לפרש סברת התוס' דמועיל משיכה ברה"ר לחייב שואל באונסין באופן אחר, דבמקח וממכר חל קנין ע"י הכנסה לרשות הקונה ומשו"ה משיכה ברה"ר לא קני במקח וממכר. משא"כ בשומר חל חיוב אחריות במעשה קנין בעלמא המוציא את הפקדון מרשות הבעלים ובדעת השומר להתחייב באחריות אבל לא בעינן שיכניס השומר החפץ לרשותו בכדי להתחייב באחריות. ונראה דהנידון לענין גנב וגזלן תלוי האם חל חיוב אונסין מחמת מעשה קנין המוציא את החפץ מרשות הבעלים - דאזי חל חיוב אף במשיכה לרה"ר וכסברת הר"י. או דאף בגנב וגזלן בעינן מעשה קנין דכהת"כ - דהיינו הכנסה לרשותו ואינו מועיל משיכה ברה"ר אף לגנב וגזלן וכשיטת התוס' בב"ק הנ"ל. ברם יתכן לחלק בין שומר לגנב, די"ל דשומר קונה במשיכה לרה"ר משא"כ גנב, משום דקנין השומר חל בעיקר שיקבל השומר על עצמו חיובי השמירה ולכן מועיל מעשה קנין המוציא את הפקדון מבית הבעלים ולכן גם משיכה לרה"ר מחייבת את השומר, דהרי הפקדון יצא מרשות הבעלים. משא"כ בגנב דחייב רק היכא שמעשה הקנין מכניס את החפצא

לרשותו שיהא החפצא גנוב ברשותו.[740]

תוס' ד"ה וחבירו. וז"ל תימא דתניא בתוספתא בקע בקרדום של הקדש בא חבירו ובקע בו בא חבירו ובקע בו כולם מעלו וכו' ואין נראה לר"י נמי דהתם איירי בשלא נתכוונו לגזול אלא כל אחד דעתו להחזירו אחר בקוע ולא יצא לחולין אלא מה שנתכוון לגזול דהא קיי"ל שואל שלא מדעת גזלן הוי וקים ליה כוליה ברשותיה עכ"ל.

עיין ברמב"ם (פ"ו מהל' מעילה ה"ג - ה"ד) וז"ל המועל בקדשי בדק הבית כיון שמעל בשגגה נתחלל הקדש וזה שנהנה אחריו פטור וכו' בד"א כשמעל בקדש והוציאו בתורת חולין והקנהו לאחר, אבל אם נהנה בו ופגמו ולא הקנה לאחר יש מועל אחר מועל. ואין מועל אחר מועל במוקדשים אלא בבהמה וכלי תשמיש בלבד. כיצד בקע בקרדום של הקדש ונהנה בפרוטה ופגם ובא חבירו ובקע בו ונהנה ופגם כולם מעלו. נטל הקרדום ונתנו לחבירו הוא מעל אבל חבירו לא מעל וכו' עכ"ל. ומבואר מדברי הרמב"ם דיש חילוק בין מעילה שחלה משום הוצאה - דהיינו שהוציא החפץ מהקדש והקנהו לאחר - דהך מעילה מוציאה את החפץ לחולין, לבין מעילה שחלה מחמת שנהנה מהקדש שאינה מוציאה את החפץ של הקדש לחולין. ומרן הגר"ח זצ"ל ביאר דלשיטת הרמב"ם יש ב' דינים במעילה: א) דין מעילה של הנאה שאין בה דין גזילה ואינה מוציאה לחולין, ב) דין מעילה של הוצאה שחלה משום גזילה ומוציאה החפץ לחולין. ולפי"ז נמי מבואר דברי הרמב"ם (בפ"א מהל' שופר ה"ג) שכתב וז"ל שופר הגזול שתקע בו יצא שאין המצוה אלא בשמיעת הקול אע"פ שלא נגע בו ולא הגביהו השומע יצא ואין בקול דין גזל. וכן שופר של עולה לא יתקע בו ואם תקע יצא שאין בקול דין מעילה, ואם תאמר והלא נהנה בשמיעת הקול, מצות לאו ליהנות ניתנו עכ"ל. דהרמב"ם דן האם חל בתוקע בשופר של עולה דין מעילה מדין גזילה - דגזל את הקול, וע"ז נקט דליכא מעילה בקול כלומר דאין בקול דין מעילה דחל משום גזילה מפני שאין בקול דין גזל וכמש"כ בתחילת ההלכה לגבי שופר הגזול. ועוד הוסיף שאין דין מעילה חל משום שנהנה מהקדש משום דמצות לאו ליהנות ניתנו. ומוכח דלהרמב"ם יש שני דינים במעילה - מעילה מדין גזילה ומעילה משום הנאה. ולפי"ז נראה דהתוס' הקשו דמדוע קיי"ל בתוספתא שאם בקע בקרדום של הקדש ובא חבירו ובקע בו וכו' שכולם מעלו, והרי חלה מעילה מדין גזילה המוציאה את החפץ לחולין, ואפילו אם לא נתכוונו לגזול מ"מ הוי גזילה מדין שואל שלא מדעת גזלן הוי, וא"כ מהראוי שהחפץ יצא לחולין. ועיין בראב"ד (פ"ו מהל' מעילה ה"ג - ה"ד) שהשיג על הרמב"ם "אבל בכלי המוקדשים אם הראשון נהנה בו ופגם שוב

[740] ועיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק דף עט. תוס' ד"ה או.

אין בו מועל", וסובר דכל מעילה בקדשי בדק הבית מוציאה את החפץ לחולין, ואין חילוק בין מעילה דהוצאה ובין מעילה משום הנאה. ומשמע דס"ל דאף במעילה שמשום הנאה חלה המעילה מדין גזילה ומוציאה את החפץ לחולין. ויתכן דהתוס' ס"ל כהראב"ד והקשו דמכיון שנהנה יצא הקרדום לחולין מדין גזילה.

ובישוב קושיית התוס' היה נראה לתרץ דאע"פ שחל בשואל שלא מדעת חיובי גזילה מ"מ אין לו קניני גזילה, וכן מבואר משיטת הראב"ד (בשיטה מקובצת ב"ק דף צז.) דאע"פ דשואל שלא מדעת חייב כגזלן לענין מתה מחמת מלאכה מ"מ אין בו דין שינוי קונה משום דאין לשואל שלא מדעת קניני גזילה[741]. ויתכן דרק קניני גזילה מוציאים את ההקדש לחולין, ומשו"ה חל הוצאה לחולין במעילה של הוצאה שחל בה קניני גזילה, ואילו במעילה שמשום הנאה ליכא הוצאה לחולין שאין בה קניני גזילה.

ובתוס' במס' קידושין דף נה. (ד"ה אין מועל אחר מועל) תירצו וז"ל ולא קשה מידי דהא דאמרינן הכא דאין מועל אחר מועל היינו כשהוא סבור שהכלי של חבירו ואז הוא מתכוון לגוזלה היכא דנתנו לחבירו, כדין שליחות יד בפקדון, דהיכא דמתכוין להוציאו מרשות לרשות נקרא גזלן על כל הפקדון אפילו לא הוציאן אלא מקצתן, אבל האי דתוספתא דקאמר בא חבירו וביקע בו בא חבירו דכולן מעלו מיירי דכל חד וחד יסבור שהוא שלו ואין מתכוון להוציא מרשות לרשות אלא ליהנות ולהניחו אחר ההנאה, ואז כשיהנה לא ימעול אלא כפי טובת הנאה שיש לו במלאכה, ומשום הכי אמרינן שלא יצא לחולין ומעלו כולן, אבל נתנו לחבירו וחבירו לחבירו לא מעל אלא הראשון שהוציא מרשות לרשות ונהי דסבר שהיא שלו מ"מ מתכוין להוציאו מרשותו לרשות חבירו עכ"ל. ומבואר דאין מעילה מוציאה לחולין אלא היכא דסבר שאין החפץ שלו ונתכוון להוציא החפץ מרשותו לרשות חבירו. ואילו בתוספתא מיירי דהו"ל שואל שלא מדעת וקסבר שהחפץ הוי שלו, ולא נתכוונו להוציאו מרשות לרשות אלא שנתכוין ליהנות בלבד, ומשו"ה לא יצא לחולין וכולן מעלו. ונראה לבאר דשואל שלא מדעת דקסבר דהחפץ הוי שלו אינו חייב מדין גזלן מכיון דקסבר שהחפץ שלו, ואע"פ דשיטת התוס' (ב"ק דף עט. ד"ה נתנו לבכורות בנו) היא דחל חיוב גניבה וגזילה היכא דנטל דבר שאינו שלו וקסבר שהוא שלו, מ"מ שואל שלא מדעת אינו חייב מדין גזלן אלא היכא דנטל החפץ

[741] ולפי"ז אמר הגר"ח זצ"ל דאע"פ שלולב הגזול פסול כל ז' מדין מהבב"ע לולב השאול שלא מדעת כשר בשאר ימי החג שאין בו קניני גזילה, ורק לולב הגזול דחל בו קניני גזילה פסול כל ז'. והגר"מ זצ"ל אמר דבגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינה ברשותו, היינו רק בגזילה ממש שחל בה קניני גזילה - וקניני גזילה מפקיעים את החפץ מרשות הנגזל. ואילו בשואל שלא מדעת דליכא קניני גזילה שפיר יכול הנגזל להקדישו.

ע"מ להחזירו וידע שאין החפץ שלו, משא"כ היכא דקסבר שהוא שלו אינו חייב מדין גזלן, ומעל רק משום שנהנה מהקדש, ומשו"ה אינו מוציא החפץ לחולין, דרק מעילה מדין גזילה מוציאה לחולין.

ונראה דזוהי נמי כוונת התוס' שלפנינו שתירצו וז"ל דתוספתא איירי בגזברים המסורות להן קרדומות של הקדש דכל אחד מעל לפי שנהנה ואינו יוצא לחולין שהרי לא נתכוונו להוציא מרשות שהוא שם עכ"ל. ונראה דר"ל דהגזבר נהנה אלא שסבור היה שהקרדום הוא שלו ומשו"ה אינו גזלן מדין שואל שלא מדעת, וחלה מעילה של הנאה בלבד שאינה מוציאה לחולין.

והנה הרמב"ם כתב (פ"ו מהל' מעילה ה"ז) וז"ל הנוטל פרוטה של הקדש על דעת שהיא שלו לא מעל עד שיוציא אותה בחפציו או עד שיתן אותה במתנה עכ"ל. והנה הראשונים נחלקו בדין מי שלקח חפץ וכסבור שהוא שלו אם חייב מדין גנב או לא. ולפום ריהטא שיטת הרמב"ם היא דחייב משום גניבה (עיין ברמב"ם פ"ב מהל' גניבה הט"ז), וא"כ צ"ע למה פסק שלא מעל הנוטל הקדש על דעת שהוא שלו. וי"ל דהרמב"ם מבחין בין גניבה בעלמא לבין מעילה. דבגניבה בעלמא מעשה הגניבה לבדו מחייב ולכן חייב בכל אופן שגנב ואף היכא דקסבר שהחפץ הוא שלו. משא"כ במעילה אף שהלקיחה מרשות הקדש מחייבתו מדין גזילה אין היא מחייבת אא"כ עבר נמי על איסור המעילה. והיכא דקסבר שהחפץ הוא שלו לא עבר על איסור מעילה דהו"ל מתעסק, ומכיון שלא עבר על איסור מעילה לא מעל ואין החפץ יוצא לחולין. ומש"כ הרמב"ם בסוף ההל' שאם הוציא אותה בחפציו מעל י"ל דבאופן זה אינו מתעסק שכן הו"ל למידע דשל הקדש הוא ועבר באיסור המעילה.

בא"ד. וז"ל ובמשאיל קורדום לחבירו דקאמר הכא, היה נראה לר"י לכאורה שיצא כל הקורדום לחולין בשאלה זו, ולכך חבירו מותר לבקע בו לכתחילה, ומ"מ לא מעל אלא לפי טובת הנאה שבו אע"פ שההפסד כולו להקדש וכו', וע"כ נראה לו יותר שאינו יוצא לחולין אלא אותה הנאה שנותן לשואל, ומותר לבקע עד זמן השאלה ולא יותר ובנותנו לחבירו דעלמא מעל לפי כולה עכ"ל.

והנה לפי הדיעה הראשונה של הר"י אע"פ שיצא כל הקרדום לחולין מ"מ אינו משלם אלא לפי טובת הנאה שנהנה, ולכאורה היה נראה דס"ל דתשלומי מעילה אינם מדין תשלומי גזילה אלא דמשלם עבור ההנאה שקיבל ולכן אע"פ שגורם הפסד להקדש על כל הקרדום מ"מ אינו משלם אלא כפי טובת הנאה. ולכאורה סברתם משום דהתשלומין

הוויין כפרה על איסור ההנאה של מעילה[742], ונראה עוד דס"ל דכשם שמזיק הקדש פטור (עיין בתוס' ב"ק ו ב ד"ה שור רעהו) ה"ה דהגוזל מהקדש פטור מתשלומין מדין חיוב גזילה ואינו משלם אלא מחמת איסור הנאה, ומשו"ה משלם רק כפי טובת ההנאה. אולם עיין בתוס' בכתובות (דף ל: ד"ה זר שאכל תרומה) שחילקו בין תשלומי קרן וחומש בזר שאכל תרומה בשוגג לבין תשלומי קרן וחומש במעל מהקדש, דהאוכל תרומת חמץ בפסח בשוגג משלם ואינו נפטר משום קלבד"מ, ואילו האוכל חמץ של הקדש במועד בשוגג לא מעל דקלבד"מ, וז"ל התוס' דשאני שוגג דתרומה משום דתשלומין דידיה כפרה ולא ממונא כדאמרינן במס' תרומות (פ"ו מ"א) דאם רצה כהן למחול אינו יכול למחול משום דלא הוי ממון אלא כפרה, ואפילו אכל תרומת עצמו דלא גזל מידי משלם כפרה לעצמו וחומש לכהן, ולכן לא שייך קלבד"מ לפוטרו מכפרה, אבל קרן וחומש של הקדש אינו משום כפרה, אלא משלם ממון שגזל הקדש עכ"ל. ומבואר מדבריהם דתשלומי מעילה אינם חלות כפרה על איסור ההנאה אלא תשלומי גזילה להקדש עבור ההפסד שהקדש הפסיד. ולכוארה דבריהם סותרים לדיעה הראשונה של הר"י בתוס' דידן. אמנם יתכן לפרש ההו"א של הר"י באופן אחר, דאע"פ שסובר דתשלומי מעילה הויין תשלומי גזילה מ"מ משלם רק כפי טובת הנאה. דבגזילה מהקדש חל גזילה רק בנוגע להנאה שנהנה מכיון דעצם החפצא אינו נגזל, דבהקדש קיי"ל דכל היכא דאיתא בי גוא דרחמנא איתא, ולכן אין מעשה המעילה נחשב למעשה גזילה לגבי עיקר החפצא. וחל דין תשלומין רק עבור גזילת התשמישים וההנאה.[743] אולם למסקנא סובר הר"י דמיירי שלקח הקרדום וכסבור שהוא שלו ואין הלקיחה גזילה משום דקסבר שהוא שלו, וחל מעילה מדין נהנה ומשלם טובת הנאה בלבד מדין מעילה של הנאה.

בא"ד. וז"ל ואין להקשות איך מותר לבקע כיון שמעורב באתו קרדום חולין והקדש ומאי שנא ממשכיר בית והקדישו דאם דר בו השוכר מעל בשביל שמעורב חלקו בשל הקדש וי"ל כיון שהשאילו ומעל בשאלה יצאת כל הנאת בקוע לחולין ואין מעורב בה מן הקדש כלום עכ"ל.

ובביאור דבריהם נראה לפרש בב' אופנים, א) דס"ל דמעילה מהווה מחלל ומתיר של קדש ומשו"ה אחרי שהראשון השתמש בקרדום ומעל הותר ההשתמשות בקרדום. משא"כ בהשכיר בית לחבירו והקדישו אם דר בו השוכר מעל אמנם לא חל דבר להתיר

[742] עיין ברמב"ם (פ"א מהל' מעילה ה"ג) שסובר דהלאו של מעילה נלמד מהפסוק "לא תוכל לאכול בשעריך" ואילו הראב"ד ס"ל דהלאו הוא מקרא "דהיא בתרומת הקדשים לא תאכל" דשניהם הווים איסוה"נ ולא איסורי גזילה.

[743] ועיין עוד בס' רשימות שיעורים למס' שבועות ונדרים ח"א בענין מעילה (עמ' ר"א - ר"ד).

השתמשות השוכר ומשו"ה מעל. ב) י"ל דבשכירות בעלמא יש לשוכר זכות השתמשות אמנם אין לו קנין הגוף לפירות דעיין ברמב"ם (פכ"ג מהל' מכירה ה"ח) וז"ל ומה הפרש יש בין הקונה שדה זו לפירותיה ובין השוכר שדה מחבירו שהקונה שדה לפירותיה יש לו לנטעה או לזרעה כל זמן שירצה או להובירה והשוכר אינו כן כמו שיתבאר בענין שכירות ואין השוכר רשאי להשכיר אבל הקונה מקנה לאחרים כל מה שקנה עכ"ל. וביאר הגר"ח זצ"ל דמבואר מדברי הרמב"ם דלשוכר חל קנין פירות וזכות השתמשות בשדה ומשו"ה אין השוכר רשאי להשכיר, משא"כ הקונה שדה לפירותיה קנה קנין הגוף לפירות ומשו"ה הוי בעלים להקנות מה שקנה לאחרים. ולפי"ז יתכן לבאר דברי התוס' דמכיון דיש לשוכר רק קנין פירות וזכות השתמשות כשהמשכיר הקדיש את ביתו אסור לשוכר לדור בבית מפני שמשתמש בגוף דבר דהוי הקדש. משא"כ במעילה בקרדום המעילה מוציאה את הקרדום עצמו להשתמשות של ביקוע וא"כ המועל קונה את החפצא דהקרדום לפירותיו - דהיינו להשתמשות של ביקוע. ומשו"ה כשנשתמש ובקע בקרדום אינו נחשב למי שנשתמש בדבר של הקדש כלל ואין הקדש מעורב בהשתמשותו.

גמ'. כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים. יש לעיין בהשוואת הגמ' דכשם שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים, דצ"ב מהו ההשוואה ביניהם. ונראה דר"ל דבלקוחות תיקנו שאין מעות קונות אלא משיכה, דתיקנו דמעשה קנין כסף אינו מועיל לקנות החפץ והקונה צריך להכניס הדבר הנקנה לרשותו ע"י משיכה. וה"ה דבשומר תיקנו שאין השומר חייב עד שיכניס הפקדון לרשותו ע"י משיכה. ועיין ברש"י במס' ב"ק דף עט. (ד"ה תיקנו משיכה בשומרים) שפירש וז"ל שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך עכ"ל. ומשמע דאין השומר חייב באחריות אלא ע"י קנין משיכה. אמנם עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' שכירות ה"ח) וז"ל כדרך שתיקנו חכמים משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרין, האומר לחבירו שמור לי זה ואמר לו הנך לפני הרי זה שומר חנם עכ"ל. ומבואר דחל חלות חיוב שומר בהנך לפני, והרמב"ם השווה חיוב אחריות שחל בהנך לפני לחיוב אחריות שחל במשיכה. ונראה דלשיטת הרמב"ם תקנת משיכה בשומרים אינה דין שתיקנו דבעינן חלות מעשה קנין כדי להתחייב מדין שומר דא"כ היאך יתחייב בהנך לפני והרי ליכא בזה שום מעשה קנין. ועל כרחך דהמחייב דשמירה אינו הקנין אלא שהפקדון נמסר לשומר לשמירה, ומשו"ה סובר הרמב"ם שחל חיוב שמירה ב"הנך לפני" - דב"הנך לפני" חל מסירת הפקדון לרשות השומר. ולפי הרמב"ם תקנת משיכה בשומרים לא הויא תקנה דבעינן

מעשה קנין אלא דחלה חיוב שמירה במסירה והכנסת הפקדון לרשות השומר. אמנם י"ל דלפי רש"י קנין משיכה מעכב בחלות שם שומר דלא חל חיוב שמירה אא"כ משך השומר הפקדון, דס"ל דהמחייב דשמירה הוי הקנין של השומר, וחל לשומר מקצת קנין בגוף הפקדון, ומשו"ה קיי"ל דהשומר חמצו של חבירו עובר בבל יראה ובל ימצא (פסחים דף ה:), דיש לשומר קנין בגוף החמץ המחייבו בב"י וב"י.

והנה הגר"מ זצ"ל העיר דבגמ' פסחים (ה:) מבואר דשומר חמץ עובר בב"י וב"י גם לפי המ"ד שסובר דגורם לממון לאו כממון דמי, ואילו בנוגע לקרבן איתא בירושלמי (פ"ב פסחים ה"ב) דבעל הקרבן עובר ב"י וב"י למ"ד גורם לממון כממון דמי, וצ"ב מאי שנא בעל קרבן משומר. ותירץ הגר"מ זצ"ל דהאחריות דשומר חלה מחמת הקנין שיש לו בפקדון, ומשו"ה חייב לכו"ע ואף למ"ד גורם לממון לאו כממון דמי. משא"כ בעל הקרבן חייב באחריות משום נדרו ולא מחמת הקנין שיש לו בקרבן ומשו"ה אינו עובר בב"י וב"י אלא למ"ד גורם לממון כממון דמי.

ועיין ברא"ש (פ"ח אות ט"ו) שסובר דהאחריות של שומר חלה בהנך לפני אלא שיכול לחזור בו עד שימשוך וז"ל דמשעה שמשך לא מצי למיהדר ביה, אבל להתחייב באונסים אפילו קודם משיכה נמי וכו' וסברא גדולה לחלק בין חזרה לחיוב אונסין, דלענין חזרה ברשות הבעלים קיימא כל זמן שלא עסק בה השומר דבר הקונה וכו' אבל לענין חיוב אונסין מיד שסלק בעל הבהמה שמירתה מעליה מדעת השומר קמה לה ברשות השומר לשומרה עכ"ל. ונראה דהרא"ש סובר דיש ב' דינים בשומר: א) חיוב אחריות שחל בקבלת התחייבות שמירה על עצמו בלי חלות קנין ובעלות בחפצא, ב) חלות קנין ובעלות בחפצא שחל ע"י משיכה, והיכא שחל לשומר קנין בחפצא של הפקדון שוב אינו יכול לחזור בו.

ועיין בתוס' ד"ה כך וז"ל ש"ח בלא משיכה חייב בפשיעה וכו' דהנך לפני שומר חנם וה"ה שומר שכר גניבה ואבידה, ואי אשואל קאי מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה וכו' אלא לענין חזרה קאמר דשוכר ושואל מיד שמשכו הבהמה אין הבעלים יכולים עוד לחזור עכ"ל. ומבואר דהתוס' ס"ל דש"ח וש"ש מתחייבים באחריות משעת קבלת השמירה על עצמם ואילו שואל מתחייב באחריות דאונסין רק במשיכה. ונראה דס"ל דשואל שאני משאר שומרים דעלמא משום ששואל חייב באונסין מחמת קנין שאלה שיש לו בחפצא ולכן צריך לעשות קנין משיכה כדי להתחייב באונסין. משא"כ ש"ח וש"ש מתחייבים באחריות מחמת קבלת השמירה ומשו"ה חייבים בהנך לפני. והנה עיין בתוס' במס' ב"ק דף יא. (ד"ה אין שמין) דלמ"ד אין שמין לשואל השואל קנה קנין

בחפץ משעת השאלה, וז"ל וה"ט דמ"ד אף לשואל כיון דחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן עכ"ל. ולפי"ז מבואר דלמ"ד אין שמין לשואל שואל חייב באחריות דאונסין מדין קנין כגנב וגזלן[744], ומשמע דלמ"ד שמין לשואל אין לשואל קנין בחפץ השאול וחייב באונסין מדין קבלת אחריות כשאר שומרים. ועיין בגמ' כתובות (דף לד:) דנחלקו האם שואל חייב באונסין משעת משיכה או משעת אונסין, ולכאורה זה תלוי בהנ"ל דאם שואל חייב באונסין מדין קנין אזי י"ל דשעת המשיכה היא המחייבת, משא"כ אם שואל חייב באונסין מדין קבלת אחריות כשאר שומרים י"ל דחייב כשעת האונס כדין שאר שומרים.

ועיין בנימוקי יוסף (דף נז. מדפי הרי"ף ד"ה כך תיקנו משיכה) וז"ל ואיכא מ"ד דכי מהניא משיכה בשומרים דוקא בשואל ובשוכר שהם משתמשין בגופו של כלי הו"ל כמכירה ליומיה ודין הוא שתקנה להם משיכתם כיון שהם זוכים בגופו של דבר, אבל ש"ש וש"ח שאין להם זכיה כלל בגופו של כלי ל"ל דתקנה להם משיכה וכו' עכ"ל. ונראה דהנמו"י סובר דרק בשוכר ובשואל חל חלות קנין בגוף הדבר ומשו"ה לאחר משיכה אינם יכולים לחזור, משא"כ בש"ח וש"ש ליכא חלות קנין ולכן שפיר יכולים לחזור. ועוד כתב שם הנמו"י וז"ל מהני משיכתו למשכיר שאין שוכר יכול לחזור בו אבל שואל לא הוה מסתברא הכי דנהי דמשמשך אין משאיל יכול לחזור בו שואל מיהא יכול לחזור בו דעיקר שאלה לצורכו הוא וכדאמרינן דכל הנאה שלו. אבל הרא"ה ז"ל כתב שאף בשואל השוו מדותיהן ואינו יכול לחזור בו עכ"ל. ונראה לבאר דהרא"ה סובר שחיוב השואל באונסין הוי זכות שקנה המשאיל בשעת השאלה תחת זכות הקנין שהקנה לשואל להשתמש בחפצא ששאל. ולפיכך אין השואל יכול לחזור בו כי חיוב אונסין הוי זכות שקנה המשאיל בעצם השאלה ודומה לזכות המשכיר בדמי שכירות. מאידך הדיעה הראשונה בנמו"י חולקת ע"ז, דס"ל שאין למשאיל קנין לאונסין שחל בעצם השאלה - אלא שכ"ז שמשתמש השואל בשאלה וכל ההנאה שלו הריהו חייב באחריות דאונסים, ולכן אם השואל חוזר בו מהשתמשותו הריהו פטור מאונסים[745].

דף צט:

תוס' ד"ה פרט למזיק וז"ל דלא משלם חומשא היינו מדרבנן אבל מדאורייתא לא משלם אפילו קרן וכו' עכ"ל.

[744] ועיין בתוס' במס' יבמות דף סו: ד"ה אבל שכתבו בשם הר"י דכהן ששאל פרה מאכילה בתרומה, ומוכח דחל קנין לשואל בגוף הפרה. אמנם עיין ברמב"ם (פ"ט מהל' תרומות ה"ח) שפירש באופן אחר.

[745] ועיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק ח"ב דף עט. ד"ה כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות (עמ' תפ"ח - תצ).

ומבואר דליכא חיוב מזיק מדאורייתא במזיק הקדש בין אם הזיק הקדש בגופו או ע"י ממונו. ומ"מ המזיק הקדש בגופו חייב לשלם קרן מדרבנן. ונ"ל דהא דחייב אדם שהזיק הקדש מדרבנן היינו מדין מעילה, דבהזיק הקדש מועל מדרבנן, אבל אינו חייב מדרבנן לשלם חומש. ולכן ממון שהזיק הקדש פטור אף מדרבנן כי יש חלות מעילה רק באדם המזיק ולא בממונו שהזיק.

בא"ד. וז"ל וא"ת והא כי יאכל בתרומה כתיב וי"ל דמעילה ילפינן חטא חטא מתרומה עכ"ל.

יש להעיר דלכאורה צ"ע היאך ילפינן מגז"ש דחטא חטא מתרומה דליכא חיוב מעילה במזיק הקדש כי היכי דליכא חיוב קרן וחומש במזיק תרומה, והא יסוד האיסור בתרומה הוי איסור אכילת תרומה וכדכתיב איש כי יאכל וגו' והתשלומין חלין מדין כפרה על איסור האכילה משא"כ במעילה דהתשלומין אינם חלין מדין כפרה, וכדמבואר בתוס' פסחים דף כט. (ד"ה מאן) וז"ל וא"ת והא אמר לקמן האוכל תרומת חמץ בפסח בשוגג משלם קרן וחומש ומוקמינן לה כר' נחוניא ואפ"ה מיחייב בתשלומין משום דכי היכי דלא מיפטר מתשלומין משום חיוב מיתה ה"נ לא מיפטר משום כרת של חמץ ואור"י דתשלומי תרומה מחמת כפרה הם כדמוכח במס' תרומות (פ"ו מ"א) דתנן אם רצה כהן למחול אינו יכול למחול וכיון דכפרה הוא אין כרת פוטרו משום קם ליה בדרבה מיניה וכו' עכ"ל. ומשמע דהתוס' דידן פליגי ע"ז וס"ל דבמעילה נמי המחייב דתשלומין אינו איסור גזילת הקדש וההפסד ממון להקדש, אלא המחייב הוא איסור ההנאה וחיוב תשלומין במעילה דומה לחיוב התשלומין שבאכילת תרומה שהמחייב הוי איסור אכילת תרומה ולא ההפסד של התרומה. והיינו כשיטת הר"י (בתוס' לעיל דף צט. ד"ה וחבירו) דאע"פ שיצא כל הקרדום לחולין מ"מ אינו משלם אלא לפי טובת הנאה שנהנה בה, דס"ל דתשלומי מעילה אינם מדין תשלומי גזילה אלא דמשלם עבור ההנאה שקיבל ולכן אע"פ שגורם הפסד להקדש על כל הקרדום מ"מ אינו משלם אלא כפי טובת הנאה, משום דס"ל דהתשלומין הוויין כפרה על איסור ההנאה של מעילה, דס"ל דאי המחייב דמעילה הוי איסור גזילה מהקדש - והפסד ממון דהקדש, אזי י"ל דאף המזיק הקדש יתחייב משום מעילה שהרי הפסיד ממון הקדש, ומהא דליכא מעילה בהזיק הקדש מוכח דהמחייב של מעילה הוא חלות איסור הנאה מהקדש ולא גזילת והפסד ממון הקדש.

והנה יש להעיר דמדוע איצטריך קרא "איש כי יאכל" פרט למזיק למעט מזיק תרומה מתשלומי קרן וחומש והרי יסוד האיסור הוא איסור אכילת תרומה, ומהיכא תיתי

שיתחייב חומש ע"י היזק. ונראה דבזר שאכל תרומה יש ב' איסורים: א) איסור אכילת זר - דהוי איסור גברא, ב) ביטול מצות קדושת החפצא של התרומה - דמבטל הניתן שחל בחפצא של התרומה להאכל כמצותו, וילפינן לה מגזה"כ דמשמרת תרומותי - עשו משמרת למשמרתי, עיין בתוס' פסחים (דף ט. ד"ה כדי) דילפינן מקרא דמשמרת תרומותי דחל איסור להאכיל תרומה לבהמתו דהנאה של כילוי אסורה. ויסוד האיסור הוא משום דמבטל את הניתן שבחפצא של תרומה להאכל כמצותה ע"י כהן. וסד"א דהמחייב של תשלומי החומש חלין מחמת ביטול מצות החפצא דתרומה, ולפי"ז אף במזיק תרומה יחול נמי חיוב חומש - משום שביטל מצות החפצא של התרומה, קמ"ל דהמחייב של תשלומי חומש הוי איסור האכילה ולא ביטול קדושת החפצא של תרומה. וכן משמע מדברי הרמב"ם שפסק (בפ"י מהל' תרומות ה"ח) וז"ל היה שבע וקץ במזונו והוסיף על שבעו באכילת תרומה אינו משלם את החומש שנאמר כי יאכל לא שיזיק את עצמו וכן הכוסס שעורים פטור מן החומש מפני שהזיק עצמו עכ"ל. וצ"ע דהרי אכילה גסה לא שמה אכילה בכהת"כ, ומדוע בעינן דרשה דכי יאכל פרט למזיק עצמו לפטור האוכל תרומה באכילה גסה מחומש. ולפימש"נ נראה ליישב דהמחייב של תשלומי חומש אינו איסור אכילת תרומה אלא ביטול מצות קדושת החפצא של התרומה, ומשו"ה סד"א דאף כשאכל באכילה גסה יתחייב חומש משום שביטל מצות החפצא של התרומה קמ"ל דפטור מגזה"כ דכי יאכל פרט למזיק את עצמו.[746]

גמ'. האי מאן דגזיל חביצא דתמרי מחבירו ואית בה חמשים תמרי אגב הדדי מזדבן בנ' נכי חדא, חדא חדא מזדבן בנ' להדיוט משלם חמשים נכי חדא להקדש משלם חמשים וחומשייהו מה שאין כן במזיק דלא משלם חומשא וכו' מתקיף לה רב ביבי בר אביי להדיוט אמאי משלם חמשים נכי חדא נימא ליה אנא חדא חדא הוה מיזבנא להו א"ר הונא בריה דר' יהושע שמין בית סאה באותה שדה תנן וכו'. ונראה דבגזילת הדיוט חיוב התשלומין חל מחמת הפסד ממון לנגזל - ומכיון שנמכר אגב הדדי במ"ט הגזלן משלם מ"ט, דזהו שיווי ההפסד ממון לנגזל. משא"כ בהקדש חיוב תשלומין חל מחמת הנאת הגזלן, ומכיון שיכול למכור החביצא חדא חדא בנ' פרוטות הו"ל הנאת ממון של נ' פרוטות, ולכן משלם הגזלן נ' פרוטות להקדש. וע"ז הקשה הגמ' דאמאי לא נימא דישלם להדיוט נמי נ' פרוטות דהרי ההדיוט יכול לטעון שהיה מוכרם אחד אחד וא"כ הפסיד נ' פרוטות, ומשני דקיי"ל דשמין בית סאה באותה שדה. ונראה לבאר תירוץ הגמ' - דחזינן דבהיזק ארוגה שבשדה ישנן ב' שומות: א) שיווי עצם הארוגה

[746] ועיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק (עמ' מ"ד - מ"ט).

בפני עצמה, ב) הפסד שיווי הבית סאה - דהיינו שיעור הפסד שיווי כל השדה מחמת אכילת הארוגה. ומהא דקיי"ל דמשלם כפי ההיזק בשיווי השדה מוכח דאע"פ שעצם החפצא דהארוגה יש לה שיווי בפ"ע וההיזק לארוגה עצמה היא שוה יותר מההיזק לשדה, מ"מ המזיק משלם עבור הפסד הניזק דהיינו ההפסד שאינו יכול למכור שדהו באותם דמים שהיה מוכר אילו לא נאכלה ארוגה זו ולא עבור שיווי עצם החפץ שניזק. וה"ה בחביצא דתמרי ישנן ב' שומות - א) שיווי עצם החפצא דחביצא דתמרי - דשוה נ' פרוטות מכיון דנמכר חדא חדא בנ' פרוטות, ב) שיווי ההפסד ממון לניזק - דהיינו מ"ט פרוטות. ומגזה"כ דילפינן דשמין בית סאה באותה שדה ילפינן דכל היכא דאיכא ב' שומות משלם כפי הפחות שבהם. ובגמ' מוכח דאע"פ שדין זה דשמין בית סאה באותה שדה הוא דין בתשלומי מזיק ה"ה לגזלן, ומשמע דגזלן אינו מחוייב יותר ממזיק ואי מזיק פטור אף גזלן נמי פטור.

והנה עיין ברמב"ם (פ"ט מהל' גזילה ה"א) שפסק דקרקע אינה נגזלת והגוזל קרקע אינו חייב באחריותן, וז"ל הגוזל קרקע מחבירו והפסידה כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות וכו' חייב להעמיד לו בית או שדה כשהיו בשעת הגזלה או ישלם דמי מה שהפסיד. אבל אם נשחתה מאליה כגון ששטפה נהר או נשרפה באש שירדה מן השמים אומר לו הרי שלך לפניך שהקרקע בחזקת בעלים קיימת ואין אחריות הפסדה עליו אא"כ הפסיד בידו מה שאין הדין כן במטלטלין כמו שביארנו עכ"ל. וצ"ע מדוע הרמב"ם השמיט הדין דשטרות אינם נגזלים. ועוד יש לעיין דבנוגע לשבועת הפקדון פסק דליכא חיוב שבועת הפקדון בשטרות עבדים וקרקעות וכמוש"כ (בפ"ז מהל' שבועות ה"ג) וז"ל וכן אם תבעו בקרקע או בעבד או בשטר וכפר ונשבע פטור משבועת הפקדון וכו' עכ"ל. וכן לענין כפל פסק (בפ"ב מהל' גניבה ה"ב) וז"ל וכן הגונב עבדים ושטרות וקרקעות אינו משלם תשלומי כפל עכ"ל. וצ"ע למה השמיט הרמב"ם דין פטור גזילה בשטרות בגזילה דעלמא.

וביאר מרן הגר"מ הלוי זצ"ל דיסוד החיוב דגזילה חל מחמת שהגזלן מעכב ממון חבירו ברשותו ומפסיד את הנגזל ממון, ולכן פשיטא מסברא דבגזילת שטר מלוה ליכא חלות חיוב גזילה, דאע"פ שגזל את השטר מ"מ הלוה עדיין חייב לשלם, דהשעבוד וחיוב לשלם את החוב חל על הלוה מחמת עצם ההלוואה, ואע"פ שאין המלוה יכול לגבות החוב בלי השטר, מ"מ ע"י גזילת השטר לא הפסיד ממון דעצם השעבוד שחל על הלוה לשלם החוב עדיין קיים, ופשיטא דליכא חלות חיוב דגזילה בגזילת שטר מלוה ולא בעינן גזה"כ למעט שטרות מדין גזילה. ומבואר דיסוד החיוב דגזילה הוי ההפסד ממון להנגזל.

משא"כ לענין שבועת הפקדון המחייב הוי הרווחת הגזלן, וסד"א דמכיון דהשטר שוה ממון חל לגזלן הרווחת ממון בכפירתו ויתחייב בשבוה"פ ולכן בעינן גזה"כ מיוחדת למעט שטרות משבוה"פ. וכן לענין גניבה י"ל דהמחייב דגניבה הוי מעשה דלקיחת ממון מרשות הבעלים - וסד"א שאף הגונב שטר יתחייב כפל, משום שהוציא ממון מרשות הבעלים - דעצם השטר שוה ממון להימכר בשוק, קמ"ל.[747]

ולפי"ז י"ל דהכופר בפקדון דחביצא דתמרי ישלם נ' פרוטות, משום דהמחייב דשבועת הפקדון הוי הרווחת הגזלן, ומכיון דעצם החפצא דחביצא דתמרי שוה נ' פרוטות - דיכול להימכר חדא חדא, הכופר בפקדון דחביצא דתמרי ישלם נ' פרוטות - דהחיוב דכופר בפקדון תלוי בהרווחת הגזלן ולא בהפסד ממון להנגזל.

אולם לפי"ד יש להעיר דהרמב"ם הביא ההלכה דהגונב שטר מלוה פטור מכפל ודין זה ילפינן לה מגזה"כ, ולכאורה חיוב תשלומי כפל אינם עבור הפסד ממון הנגזל דהרי משלם מעבר להפסד ממון הנגזל, ומשמע איפוא דהמחייב דגניבה הוי מעשה הגניבה והרווחת הממון של הגנב, וא"כ י"ל דהגונב חביצא דתמרי ישלם קרן של נ' פרוטות דזוהי הרווחת ממון של הגנב, ויל"ע בזה[748].

גמ'. הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי. עיין ברש"י ד"ה כהדיוט מדעת וז"ל שהקדש מונח למעול לכל הבא ואין מוחה בידו ורחמנא אמר מאן דמיתהני למעול ורחמנא ידע עכ"ל. ונראה לבאר דר"ל דיש חילוק בין גזילה מהדיוט לגזילה מהקדש, דהבעלות של הדיוט חלוקה מהבעלות של הקדש, דבהדיוט חל תפיסה בחפץ, ומשו"ה המחייב דגזילה בהדיוט הויא ההוצאה מרשות ותפיסת ההדיוט וכמש"כ "ויגזול החנית מיד המצרי" דבעינן הוצאה מרשות הבעלים דתפסי את החפץ. משא"כ בהקדש י"ל דליכא תפיסה ברשות הקדש והמחייב אינו ההוצאה מרשות הקדש אלא המחייב דגזילה ומעילה מהקדש הוי הנאת עצם שיווי החפץ. ולכן בהדיוט קיי"ל דזה נהנה וזה לא חסר פטור, דמכיון דהוי חצר דלא קיימא לאגרא לא נחשב התשמישים בתפיסת הבעלים ופטור משום שלא הוציא התשמישים מרשות ותפיסת הבעלים. משא"כ בגזילה מהקדש

[747] ועיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק ח"ב עמ' שנ"ט - ש"ס.

[748] ועיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק ח"ב עמ' שנ"ט שביאר שם רבינו זצ"ל דהגזה"כ שהגונב שטר מלוה פטור מקרן קובעת שבנוגע לקרן גנב שוה לגזלן דמשלמין את הקרן עבור הפסד ממון הבעלים, והראייה מדין קרן כעין שגנב וכפל כשעת העמדה בדין דמשמע דחיוב קרן דגניבה חל מדין קרן דגזילה ושאני מחיוב כפל, ומאחר דליכא חיוב גזילה בגוזל שט"ח, דלא הפסיד המלוה ממון, דהשעבוד של החוב עדיין קיים ה"ה דליכא חיוב קרן בגניבת שטר, דחיוב תשלומי הקרן חלין עבור ההפסד ממון. ולפי"ז י"ל דהגונב חביצא דתמרי משלם מ"ט פרוטות דזוהי שיווי הפסד ממון של הנגנב.

המחייב הוי הרווחת ממון, ומשו"ה הקדש שלא מדעת הוי כהדיוט מדעת, וחייב משום גזילה.

ועוד יתכן לפרש בפרש"י דר"ל שהמחייב של מעילה הוא איסור המעילה, ולכן אע"פ שאינו מחויב מדין ממון מ"מ חייב לשלם משום איסור המעילה. ועיין בתוס' (ב"ק דף כא. ד"ה כהדיוט מדעת וכו') וז"ל כלומר דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה עכ"ל. ונראה דאליבא דהתוס' אם הבעלים מוחים לפני ירידת הדר בחצר נגד רצונם אזי הריהו חייב לשלם. והקדש נחשב כבעלים שמחו לפני ההנאה דבזה נהנה וזה לא חסר דעלמא ליכא בעל דין לתבוע אותו ומשו"ה פטור, אמנם מחאה מקודם עושה אותו לבעל דין עם זכות תביעה בב"ד. ועוד י"ל דהגמ' ר"ל שהקדש מחייב את הנהנה לשלם אפילו כשהקדש לא חסר משום דבהדיוט יש דין דבעינן חסרון כדי להשוותו לבעל דין לתבוע את דמי מה שנהנית. ואילו הקדש תמיד יכול לתבוע ואע"פ דליכא חסרון משום דהקדש נחשב לבעל דין בכל אופן שנהנה ממנו דלעולם יש להקדש זכות תביעה.

גמ'. הני שקולאי דתברו חבית דחמרא לחנוואה ביומא דשוקא מיזדבנא בה' בשאר יומי מיזדבנא בד', אהדורי ליה ביומא דשוקא מהדרו ליה חביתא דחמרא בשאר יומא מהדרו ליה ה' ולא אמרן אלא דלא ה"ל חמרא לזבוני אבל ה"ל חמרא לזבוני הא איבעי ליה לזבוני ומנכי ליה אנר טרחיה ודמי ברזנייתא. ועיין ברש"י דגרס בשאר יומי מהדרהו ליה ה', ומשלם ה' היכא שלא היה לחנווני יין למכור דאז יכול לטעון דאם היו מחזירין עכשיו החבית של יין היה מוכרו בה', אבל אי הוה ליה יין ולא מכרו גילה דעתו שלא היה מוכר ויכולים להחזיר חבית של יין בלבד. ומבואר מדבריו דס"ל דבמזיק חפץ המזיק חייב לשלם אף בעבור מניעת הרויח שהבעלים היו מרויחים במכירת החפץ, ואע"פ שהמבטל כיסו של חבירו ומנע ממנו ריוח אינו חייב מדין מזיק, אך שאני היכא דעשה מעשה היזק בגוף החפץ דחייב מדין מזיק אף על מניעת הריוח.

ועיין בהגהות הגר"א (אות ב') שהרי"ף והרמב"ם גרסו בשאר יומי מהדרו ליה ד', דהרמב"ם מפרש דלעולם יכול לשלם חבית אולם אם משלם ממון אז משלם כפי שיווי החבית בשעת התשלומין, דהיינו שאם משלם ביום השוק אזי משלם ה' ואילו בשאר יומי משלם ד'. ונראה לבאר שיטת הרמב"ם עפ"י דברי מרן הגר"ח זצ"ל (בחידושי רבנו חיים הלוי פ"ה מהל' טוען ונטען ה"ב) דהנה כתב הרמב"ם (בפ"ה מהל' טוען ונטען ה"ב) וז"ל וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידה והרי הוא חייב לשלם בין שטענו שחפר והוא אומר לא חפרתי או שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא חפרתי אלא אחת או שהיה שם עד אחד שחפר והוא אומר לא חפרתי כלום הרי זה נשבע היסת

על הכל עכ"ל. ומבואר שהרמב"ם פסק דהמודה במקצת בנזק קרקע פטור מלישבע שבועת מודה במקצת מה"ת דדמי קרקע כקרקע דמי ואין נשבעין על הקרקעות. ועיין בראב"ד שם שהשיג וז"ל נראין דברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצירות אבל אם תבעו לשלם פתחו ה"ה כשאר תביעת ממון, וכמו שאמר חבלת בי שנים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת עכ"ל. דהראב"ד משיג דמ"ש מודה במקצת מזיק קרקע ממודה במקצת חבלה דבקרקע פטור משבועה ואילו במודה במקצת חבלה חייב לישבע. וביאר מרן הגר"ח זצ"ל דהרמב"ם סובר דחיוב שבועת מודה במקצת תלוי בעיקר חלות החיוב ולא בתשלומין עצמן. ולכן הרמב"ם מחלק בין נזקי ממון לחבלה. דהרמב"ם סובר דעיקר החיוב בנזקי ממון היינו להחזיר את החפץ שהפסיד למצבו הראשון והתשלומין הם חליפי החפצא שהזיק דהדמים עומדים במקום החפצא. ולפי"ז נראה דעיקר החיוב בנזק קרקע הוא להחזיר את החפצא של הקרקע למצבו הראשון אלא שמאחר ואי אפשר להחזיר את הקרקע לקדמותו משלם דמים תחת הקרקע, ומשו"ה סובר הרמב"ם דדמי קרקע כקרקע דמי, ופסק דליכא שבועת מודה במקצת במודה במקצת נזק קרקע, דמכיון דעיקר החיוב הוי הקרקע ואין נשבעין על הקרקעות. משא"כ בחבלות עיקר החיוב אינו החזרת גוף הנחבל למצבו הראשון אלא דחל מעיקרא חלות חיוב תשלומי ממון, דהתחלת החיוב הוי חיוב תשלומין ואין התשלומין חליפי הגוף, ומשו"ה פסק הרמב"ם דהמודה במקצת חבלה נשבע שבועת מודה במקצת - דלענין חיוב שבועת מודה במקצת דנים על עיקר החיוב ובחבלות עיקר החיוב הוי חיוב ממון.

והגר"מ זצ"ל אמר ששמע מאביו הגר"ח זצ"ל שהוסיף עוד דחיוב תשלומין בחובל חלין מדין עונש וקנס, וכדמוכח ממה שפסק הרמב"ם (פ"ה מהל' חובל ה"ו) דהמודה בנזק דחבלה פטור מתשלומין דהוי מודה בקנס בדומה לתשלומי צער ובשת.[749] ובחבלה אין התשלומין חלין במקום הגוף ומשו"ה חל בחבלה שבועת מודה במקצת. ועוד הביא הגר"ח זצ"ל ראייה לזה מדברי הראב"ד שסובר דבהזיק קרקע יכולם הבעלים לתבוע מהמזיק למלאות את החפירות ולהשוות את החצירות, דצ"ע בזה דמדוע יכול לתבוע זאת מהמזיק. ונראה דמבואר דהראב"ד נמי סובר דעיקר החיוב בנזק הוא להשלים ולהחזיר את החפץ למצבו הראשון, ומשו"ה יכולים הבעלים לתבוע למלאות החפירות. אולם בשאר חפצים אי אפשר להחזיר את החפץ שניזוק לקדמותו דפנים חדשות באו לכאן. דלמשל אם שבר אדם כסא ותיקן אותו לא שב אותו הכסא לקדמותו אלא דעשה כסא חדש לניזק, ומשו"ה חל חיוב תשלומין לשלם ממון תחת הכסא. משא"כ בקרקע

[749] ועיין בחידושי רבנו חיים הלוי שם בד"ה אלא דקשה וכו'.

דסדנא דארעא חד הוא, וכשימלא החפירות חשיב שפיר שהחזיר את אותו הקרקע לקדמותו, וזהו עיקר החיוב שחל על המזיק - להחזיר החפץ שניזוק לקדמותו.[750]
ועפי"ז נראה לבאר שיטת הרמב"ם בסוגיין, דעיקר החיוב עבור נזק החבית היינו להחזיר את החבית, והתשלומין הם במקום החבית שנשברה, ולכן הרמב"ם סובר דמשלם התשלומין כפי שיווי החבית בשעת התשלומין דהיינו כמה עולה ליקח חבית בשוק ולכן ביום השוק משלם ה' ובשאר יומי משלם ד'.

דף ק.

משנה. היו לו ב' עבדים אחד גדול ואחד קטן הלוקח אומר גדול לקחתי והלא אומר איני יודע זכה בגדול וכו' זה אומר גדול וזה אומר קטן ישבע המוכר שהקטן מכר.
עיין בגמ' דהק' "אמאי ישבע מה שטענו לא הודה לו ומה שהודה לו לא טענו וכו' אמר רב בטוענו דמי, דמי עבד גדול דמי עבד קטן". ופרש"י (ד"ה דמי עבד גדול) וז"ל מסרתי לך בידך שתקנהו לי ולא קנית ותובעו הדמים עכ"ל. וכתבו התוס' (ד"ה דמי עבד גדול) וז"ל פ' בקונטרס נתתי לך דמים לקנות עבד גדול, וקשה דלא הו"ל למינקט במתניתין לוקח ומוכר אלא שליח ומשלח, אלא נראה לר"י דמיירי שמכר לו עבד ונתן לו דמים ולא כתב עדיין השטר ואיירי במקום שכותבין השטר עכ"ל. ומבואר דהר"י מפרש דמיירי בנתן דמי עבד ורוצה לחזור בו דעדיין לא נכתב שטר קנין. וצ"ב ביסוד המחלוקת בין רש"י והתוס'.
ונראה דלשיטת הר"י הדמים הם תשלומים עבור העבד ולפיכך שני העבדים מהווים ב' מחייבים שונים של תשלומים. והר"י סובר שחלות חיוב תשלומי ממון קובע את מין הטענה. ולכן בתבע דמי עבד גדול והודה בדמי עבד קטן הוי הודאה ממין הטענה. משא"כ רש"י סובר שהמחייב קובע את מין הטענה ומכיון דבב' עבדים כל אחד ואחד הוי מחייב בפ"ע הו"ל שני מיני טענה. דהר"י סובר דעיקר הטענות הם על הדמים שמשלם. ואילו לרש"י עיקר הטענות חלין על המחייבים והוא אותו יסוד המחלוקת שבין הרמב"ם והראב"ד (בפ"ה מהל' טוען ונטען ה"ב), דלרמב"ם הטענות חלין על המחייב ואע"פ שתובעו ממון מ"מ דמי קרקע כקרקע דמי דהמחייב הוי הקרקע. משא"כ הראב"ד סובר שהטענות חלין על חיוב התשלומין ומשו"ה ס"ל שדמי קרקע אינם כקרקע ונשבעין, והרמב"ם כשיטת רש"י, והראב"ד ס"ל כהר"י.

[750] עיין ברשימות שיעורים למס' ב"ק ח"א עמ' טז - י"ז.

גמ'. אימור דאמר סומכוס בשמא ושמא בברי וברי מי אמר אמר רבה בר רב הונא אין אמר סומכות אפילו בברי וברי. יל"ע בביאור המחלוקת שבגמ' האם הדין יחלוקו אליבא דסומכוס נאמר רק בשמא ושמא או אף בברי וברי. ונראה דיש ב' אופנים שב"ד פוסקים את הדין, דב"ד יכולים לפסוק הדין מצד דיני ממונות, וב"ד יכולים לפסוק את הדין מצד צדקת ורשעת בעלי הדברים. ונראה דכשב"ד פוסקים דיחלוקו יש פסק דין בדיני ממונות אך ליכא פסק לגבי צדקת ורשעת בעלי הדברים. ויתכן דזוהי הנפ"מ בין שמא ושמא וברי וברי, דבשמא ושמא ליכא צדיק ורשע בפנינו דהרי שניהם טוענים רק דשמא הן צודקים, ובכה"ג ב"ד פוסקים הדין מצד דיני ממונות בלבד דיחלוקו. משא"כ בברי וברי דא' מהם בודאי רשע דטוען שקר בפנינו, דאזי א"א לב"ד לפסוק את הדין מצד דיני ממונות בלבד, אלא חייבים לברר מי הוא הצדיק ומי הרשע, ומשו"ה אינם יכולים לפסוק בברי וברי דיחלוקו. ומאידך רבה בר רב הונא ס"ל דאף בברי וברי ב"ד יכולים לפסוק הדין בהל' דיני ממונות בלבד ואינם צריכים להתייחס לרשעות וצדקת הבעלי דברים, ומשו"ה ס"ל דאף בברי וברי יחלוקו. והטעם בזה משום דאיכא דררא דממונא דיש ספק לב"ד בלי טענותיהן, ולכן ב"ד יכולים לדון על גופו של ספק הממון כשלעצמו ולא להתייחס לטענות בעלי הדברים לדון מי הוא צודק, ודנים על עצם ספק הממון, ומשו"ה אף בברי וברי הדין הוא דיחלוקו.

תוס' ד"ה וליחזי. וז"ל כיון דאיכא דררא דממונא דיש ספק בדבר בלא טענותיהן וטוען ברי הלוקח אם הוא ברשותו אין להוציא מידו אבל אם היה טוען שמא סברא הוא שלא תועיל חזקתו מספק וכו' אבל מוכר אם הוא מוחזק מועיל אפילו הוא טוען שמא שהיה מוחזק בודאי מתחילה קודם מכירה כשהיתה פרה מעוברת וכו' עכ"ל.

ונראה לבאר דברי התוס' דיש שני דינים בחזקת ממון: א) דין שחזקה מבררת את הספק, ב) דאע"פ שאין החזקה מבררת את הספק אנו נוקטים כמותה ואזלינן בתר החזקה. והנה בחזקת תפיסה במטלטלין דעלמא החזקה מבררת הבעלות דהמוחזק דחזקה שכל מה שתחת יד אדם היא שלו. ואילו בגודרות ליכא חזקה דכל מה שתחת יד אדם היא שלו, וליכא חזקה המבררת. אולם חל בגודרות חלות שם תפיסה בעלמא, וחלות תפיסה בגודרות חל רק כשטוען טענת ברי, דליכא חלות שם תפיסה בטענת שמא. ועוד י"ל דבטענת ברי חלה נאמנות ומשו"ה מועילה תפיסה בעלמא, משא"כ בטענת שמא.

ונראה דאף בחזקת מרא קמא חלין ב' דינים: א) בדליכא דררא דממונא חזקת מרא קמא מבררת שהאמת עם המוחזק וטענתו. ב) בדאיכא דררא דממונא חזקת מרא קמא חלה לקבוע מיהו הבעלים עפ"י דין אע"פ שאינה מבררת. ונראה דחזקת מרא קמא חלה בין

בטענת שמא ובין בטענת ברי. ולפי"ז נראה לבאר דברי התוס' דבגודרות כשהתופס טוען טענת שמא אזי אין לו כלום, דתפיסה בעלמא שאינה מבררת חלה רק בטענת ברי ולא בטענת שמא. ומאידך כשהתופס בגודרות טוען טענת ברי אזי חלה חלות שם תפיסה בעלמא וליכא חזקה המבררת. ברם כשיש לבעל דין השני שכנגדו חזקת מרא קמא הדין תלוי דבלי דררא דממונא חזקת מרא קמא מבררת וזוכה כנגד התופס. ואילו כשיש דררא דממונא החזק מרא קמא אינה מבררת אלא דחל חלות דין מוחזק בעלמא בלי בירור, וכשיש תפיסה בעלמא כנגדה התפיסה קובעת את הדין ונותנים ב"ד הגודרות לתופס ולא למרא קמא דתפיסה בעלמא מהני כנגד חזקת מרא קמא בעלמא.

תוס' ד"ה הא וז"ל ולא איירי סומכוס אלא בשאין מוחזק לא זה ולא זה אבל היכא דמוחזק מודה סומכוס וכו' וי"ל התם שהמוחזק נמי טוען שמא אין חזקתו מועלת עכ"ל.

ונראה לבאר דברי התוס' דסומכוס ס"ל דכשהמוחזק שהוא התופס טוען טענת ברי הריהו נאמן, ולפיכך ליכא ספק כלל ולא חל דין ממון המוטל בספק חולקין. אולם כ"ז בתופס דטוען טענת ברי משא"כ בחזקת מרא קמא שאינו תופס אע"פ שטוען טענת ברי מ"מ חלה לידת הספק ואמרינן דממון המוטל בספק חולקין.

דף קא.

גמ'. המקבל שדה אבותיו ממציק נכרי מעשר ונותן לו מאי איריא מציק אפילו אין מציק נמי אלא לעולם יש קנין לנכרי בא"י להפקיע מידי מעשר ומקבל לאו כחוכר דמי ומאי שדה אבותיו שדה אבותיו ממש ולדידיה הוא דקנסוה רבנן דאיידי וחבחבה עליה טפי ואזיל מקבל לה אבל איניש דעלמא לא.

עיין ברמב"ן במלחמות ה' דס"ל דאי אפשר לומר במציק נכרי יש קנין להפקיע מידי תרו"מ מכיון דאין למציק קנין דהוי גזלן. וצ"ע בשיטת רש"י דסובר דחל הפקעה אף במציק אע"פ שאין לו קנין מכיון דקרקע אינה נגזלת. ונראה דרש"י סובר דאין קנין הנכרי מפקיע קדושת הארץ אלא הא דהקרקע היא בחזקת נכרי מפקיעה מקדושת הארץ, ולכן חלה הפקעה אף במציק. ויש להביא ראיה לזה משיטת הרמב"ם (פ"ו מהל' בית הבחירה הט"ז) דפסק דקדושה ראשונה שהיתה מחמת הכיבוש לא קידשה לעת"ל, דמשנתבטלה הכיבוש נתבטלה הקדושה. והנה אע"פ דנתבטלה הכיבוש מ"מ הקנין ממון של כלל ישראל בא"י מחמת שא"י מוחזקת היא מאבותינו לא בטלה, ואין לעכו"ם קנין ממון בא"י, וא"כ צ"ע אמאי בטלה קדושת הארץ בכיבוש נכרים. ומוכח דעצם הדבר שיש

לעכו"ם תפיסה וחזקה בא"י מפקיעה את קדושת הארץ ואע"פ שאין לעכו"ם קנין בא"י. וה"נ י"ל דחלה הפקעה ע"י המציק אע"פ שאין לו קנין בקרקע.

בענין יש קנין לנכרי בא"י להפקיע מידי מעשר וממצות התלויות בארץ

א.

ביסוד המחלוקת האם יש קנין לעכו"ם להפקיע מידי מעשר ומצוות התלויות בארץ והאם מועיל קנין עכו"ם להפקיע מצות שמיטה בא"י בזה"ז

עיין בסוגיית הגמ' בגיטין (דף מז. - מח ב) דאיתא שם "אמר רבה אע"פ שאין קנין לעובד כוכבים בא"י להפקיע מידי מעשר שנאמר כי לי הארץ לי קדושת הארץ אבל יש קנין לעובד כוכבים לחפור בה בורות שיחין ומערות שנאמר השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם, ור"א אומר אע"פ שיש קנין לעובד כוכבים בא"י להפקיע מידי מעשר שנא' דגנך ולא דגן עובד כוכבים אבל אין קנין לעובד כוכבים לחפור בה בורות שיחין ומערות שנא' לה' הארץ במאי קמפליגי מ"ס דגנך ולא דגן עובד כוכבים ומ"ס דיגונך ולא דיגון עובד כוכבים". ועיין ברש"י (ד"ה שאין קנין) וז"ל אם קנה עובד כוכבים קרקע בארץ אין קנינו קנוי להפקיעה מקדושתה שלא תתחייב במעשר וישראל הקונה ממנו פירות צריך לעשר עכ"ל, ומלשון רש"י משמע דרבה סובר שאין לנכרי חלות קנין גמור להפקיע את א"י מקדושתה אולם אילו היה לעכו"ם קנין גמור כקנין דישראל אזי קנין העכו"ם היה מפקיע את הארץ מקדושתה. ובסברת ר"א י"ל דס"ל נמי דאין לעכו"ם חלות קנין גמור להפקיע הארץ מקדושתה, והא דיש קנין לעכו"ם להפקיע מידי מעשר הוא משום דקנין עכו"ם מועיל לפטור את הפירות מחיוב תרו"מ וחל פטור מתרו"מ בהפירות כשהביאו שליש בידי עכו"ם. אמנם עיין ברמב"ם (פ"א מהל' תרומות ה"י) וז"ל גוי שקנה קרקע בא"י לא הפקיעה מן המצוות אלא הרי היא בקדושתה, לפיכך אם חזר ישראל ולקחה ממנו אינה ככיבוש יחיד אלא מפריש תרומות ומעשרות ומביא ביכורים והכל מן התורה כאילו לא נמכרה לגוי מעולם. ויש קנין לגוי בסוריא להפקיע מן המעשרות ומן השביעית כמו שיתבאר עכ"ל. וביאר הגר"ח זצ"ל (בספר חידושי רבינו חיים הלוי שם) דמדברי הרמב"ם מבואר דס"ל דלמ"ד אין קנין היינו שאין לנכרי קנין להפקיע הארץ מקדושתה ולכן כשחזר ישראל ולקחה ממנו לא הוי ככיבוש יחיד וחייב להפריש תרו"מ וביכורים מה"ת, משא"כ מ"ד יש קנין סובר דחל לנכרי קנין להפקיע קדושת הארץ - דעצם הקרקע נפקעת מקדושתה והויא כחו"ל. וכן משמע ממה שכתב הרמב"ם (פ"ב מהל' ביכורים הט"ו) וז"ל המוכר שדהו לנכרי וחזר ולקחה ממנו הרי זה מביא ממנה ביכורים מה"ת

לפי שאינה נפקעת מן המצוות בקנין הנכרי עכ"ל, דמשמע דלמ"ד יש קנין חל הפקעה בעצם קדושת הארץ. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א אע"פ שבכרו ברשות נכרי עכ"ל, וביאר הגר"ח זצ"ל דהראב"ד משיג דלא שייך כלל הפקעת עצם קדושת הארץ מהקרקע ומ"ד יש קנין סובר דחל פטור בפירות דפירות שגדלו ברשות עכו"ם פטורות מתרו"מ משום דגנך ולא דגן עכו"ם.

והנה עיין בתוס' במס' קידושין (דף לו: ד"ה כל) וז"ל אבל תרומה ומעשר אינן מוטלות אלא על מי שיש לו קרקע ודמי טפי לחובת הארץ, עוד י"ל דהיינו טעמא דלא בעי מתרומה ומעשר משום דתני בירושלמי רבותינו שבחו"ל היו מפרישים תרומה ומעשר עד שבאו הרובים וביטלום ובעי מאי רובים מתורגמניא ויש ליתן טעם דלפיכך בטלו תרומה ומעשר לפי שעכשיו בחו"ל אין הקרקעות שלנו שהרי משעובדות הן למלך ואנו נותנים מהם מס למלך א"כ אין להם דין קרקע להפריש תרומה ומעשר, וא"ת בא"י נמי משועבדות הן למלך ואפילו הכי מפרישים תרומה ומעשר וי"ל דאין קנין לעובד כוכבים בא"י להפקיע מיד מעשר עכ"ל. ומשמע דס"ל דאע"פ שגזרו חכמים חיוב תרומה ומעשר בחו"ל מ"מ אין מפרישים תרו"מ בזה"ז בחו"ל מכיון שהקרקעות משעבדים הן למלך וחל קנין לעכו"ם בחו"ל להפקיע מידי חיוב תרו"מ, משא"כ בא"י אין קנין לעכו"ם להפקיע מידי תרו"מ. ונראה דהתוס' ס"ל דדין יש קנין לעכו"ם אינה חלות הפקעת קדושת הארץ דפשיטא דלא תיקנו חכמים קדושת הארץ לענין תרו"מ בחו"ל אלא תיקנו חובת גברא מדרבנן להפריש תרו"מ בחו"ל, וחל קנין עכו"ם להפקיע חובת הפרשת תרו"מ בהפירות ומשו"ה קיי"ל שאין מפרישים תרו"מ בחו"ל בזה"ז.

והנה בגמ' גיטין (מז.) מבואר דמהני קנין עכו"ם להפקיע מידי מעשר בסוריא כיון דכיבוש יחיד לאו שמיה כיבוש ותרו"מ נוהגים בה רק מדרבנן (וכ"כ הרמב"ם פ"א מהל' תרומות ה"י). והאחרונים דנו דלפי שיטות הראשונים דחיוב שמיטה בזה"ז הוי רק מדרבנן א"כ לכאורה י"ל דא"י בזה"ז היא כסוריא דחייבת בשמיטה רק מדרבנן וכי היכי דמועיל קנין עכו"ם להפקיע מידי מעשר בסוריא ה"נ יועיל מכירת קרקעות דא"י לנכרי בזה"ז להפקיע מידי שביעית. וכתב הבית הלוי (ח"ג סימן א') דאע"פ דשביעית בזה"ז מדרבנן מ"מ יש לחלק בין סוריא לבין א"י בזה"ז, דבסוריא חל קדושת הארץ מדרבנן - ומשו"ה חל בה קנין עכו"ם להפקיע מידי מעשר, משא"כ בא"י בזה"ז דאע"פ שחיוב מצוות התלויות בארץ נוהג בה רק מדרבנן מ"מ חל בה קדושת הארץ מה"ת ומשו"ה אין מועיל בה קנין עכו"ם בזה"ז להפקיע מידי מצוות התלויות בארץ. ונראה דזה מבואר היטב לפי שיטת הרמב"ם דקנין עכו"ם חל להפקיע מידי קדושת הארץ מדרבנן

וקיי"ל דאין קנין לעכו"ם להפקיע מידי קדושת הארץ מדאורייתא. אמנם יש להעיר דלפי שיטת התוס' הנ"ל דלמ"ד יש קנין חל פטור בפירות ואינה הפקעה בעצם קדושת הארץ א"כ לכאורה י"ל דא"י בזה"ז דינה כסוריא וחל קנין עכו"ם לפטור את הפירות ממצוות התלויות בארץ.

ועיין בחידושי רבינו חיים הלוי (פ"יב מהל' שמיטה ויובל הל' ט"ו) שביאר דלשיטת הרמב"ם בזה"ז חיוב תרו"מ בא"י נוהג רק מדרבנן דבעינן ביאת כולכם לחייב תרו"מ מה"ת, דכתב הרמב"ם (פ"א מהל' תרומות הל' כ"ו) וז"ל התרומה בזה"ז ואפילו במקום שהחזיקו עולי בבל ואפילו בימי עזרא אינה מה"ת אלא מדבריהם שאין לך תרומה של תורה אלא בא"י בלבד ובזמן שכל ישראל שם שנאמר כי תבאו ביאת כולכם כשהיו בירושה ראשונה וכמו שהן עתידין לחזור בירושה שלישית לא כשהיו בירושה שניה שהיתה בימי עזרא שהיתה ביאת מקצתן ולפיכך לא חייבה אותן מן התורה עכ"ל. והעיר הגר"ח זצ"ל דבתרומה לא כתיב כי תבאו ועכצ"ל דילפינן תרו"מ משמיטה דכתיב בה כי תבאו - ונלמד דבעינן ביאת כולכם בשעת ירושה כדי להתחייב בתרו"מ ושמיטה ויובל מה"ת דאי ליכא ביאת כולכם חסר בעצם קדושת הארץ לענין תרו"מ ושמיטה, עיי"ש. ולכאורה לפי"ז י"ל דא"י בזה"ז שוה לסוריא, דחסר בה קדושת הארץ מה"ת לענין תרו"מ ושמיטה ויובל דליכא בזה"ז ביאת כולכם, וא"כ לכאורה חל בה קנין עכו"ם להפקיע מידי מצוות התלויות בארץ, ושפיר מועיל קנין עכו"ם בא"י בזה"ז להפקיע מידי שמיטה ודלא כמש"כ הבית הלוי. אמנם נראה דאע"פ דלפי"ד הגר"ח זצ"ל (בספרו הל' שמיטה ויובל הנ"ל) בזה"ז ליכא קדושת הארץ מה"ת מ"מ בזה"ז חלות שם א"י לא בטלה, (וחלות שם א"י נוגע לכמה דינים כגון סמיכה וכמש"כ הרמב"ם (פ"ד מהל' סנהדרין ה"ו) וז"ל וכל א"י שהחזיקו בה עולי מצרים ראויה לסמיכה עכ"ל, וכן לענין ענגלה ערופה וכדפסק הרמב"ם (פ"י מהל' רוצח ה"א) וז"ל אין דין עגלה ערופה נוהג אלא בא"י עכ"ל). ולפי"ז י"ל דשאני א"י בזה"ז מסוריא, דמאחר שחל שם א"י אין קנין עכו"ם מועיל להפקיע מידי תרו"מ ושמיטה משא"כ בסוריא דליכא בה חלות שם א"י וכל חיובה בתרו"מ וקדושתה הוי מדרבנן מחמת דהוי ברשות ישראל ע"י כיבוש יחיד, ומשו"ה קנין עכו"ם בסוריא מועיל להפקיע מידי מעשר דתו אינה ברשות ישראל[751]. ולפי"ז אף לפי"ד הגר"ח זצ"ל אי אפשר להפקיע דין שמיטה ע"י מכירת קרקע בא"י לנכרי.

[751] וכל זמן דסוריא היא ברשות ישראל נתקדשה מדרבנן וחל בה מצות ישוב א"י כדמבואר (בגיטין דף ח.), ומשנמכרה לנכרי פקעה קדושתה ואין בה מצות התליות בארץ כלל. משא"כ בא"י דחל בה שם א"י וחל בה מצות ישוב א"י בזה"ז מדאורייתא אע"פ דליכא ביאת כולכם וכדמשמע מהרמב"ם (פ"ה מהל' מלכים הי"ב).

ב.

בדברי הגר"ח זצ"ל בדין יש קנין לנכרי להפקיע מידי תרו"מ

עיין בחידושי רבנו חיים הלוי (פ"א מהל' תרומות ה"י) שהגר"ח זצ"ל הקשה דבגמ' גיטין (מז.) מבואר דישראל שלקח שדה מנכרי עד שלא הביאה שליש וחזר ומכרה לנכרי משהביאה שליש חייבת השדה במעשר דנתחייבה כשהיתה ברשות ישראל, ומוכח דלמ"ד יש קנין לנכרי בא"י אע"פ שהיה לנכרי קנין בשדה מ"מ חייבת במעשר מכיון שהביאה שליש ברשות ישראל, ומשמע דאף למ"ד יש קנין לא פקעה קדושת הארץ דאי פקעה הקדושה ע"י קנין הנכרי אמאי מתחייבת השדה במעשר והא משלקחה ישראל לכאורה הויא ככיבוש יחיד. ועוד צ"ע מדוע בעינן מיעוטא דדגנך ולא דגן עכו"ם, דהא הוי כחו"ל.

והגר"ח זצ"ל העלה (שם) דדין דגנך ולא דגן עכו"ם אינו רק חלות פטור בפירות אלא דחל דין הפקעת קדושת הארץ דתנן (פ"ו דמאי מ"ב) החוכר שדה מן הנכרי מעשר ונותן לו ר"י אומר אף המקבל ובגמ' ב"מ (דף קא.) מבואר דהיינו משום דס"ל דאין קנין לנכרי בא"י להפקיע מידי מעשר, ומוכח דלמ"ד יש קנין הפירות פטורין מתרו"מ מחמת הקנין שיש לנכרי בקרקע דהרי אע"פ שהפירות עצמן הן של ישראל מ"מ פטור מתרו"מ משום שהקרקע של נכרי ומוכח דמדין דגנך לנלמד דין הפקעת קדושת הארץ.

וביאר הגר"ח זצ"ל (שם) דרבה ור"א (בגיטין מז א) נחלקו אי חל קנין לנכרי בא"י להפקיע מידי מעשר ולענין ממון (לחפור בה בורות שיחין ומערות) ורבה סובר דלענין ממון חל קנין לנכרי בגוף הקרקע לחפור בה בורות שיחין ומערות ולענין קדושת א"י ס"ל דאין לנכרי קנין בארץ להפקיע קדושה בין מהארץ ובין מהפירות, ורבה מחלק בין קדושה לממונא. ואילו ר"א סובר דאין קנין לנכרי בגוף הקרקע של א"י לחפור בה בורות וכן להפקיע קדושת הארץ אמנם יש קנין להפקיע קדושה מהפירות. ולפי"ז י"ל דאם קנה ישראל קרקע בא"י מן הנכרי והפירות הביאו שליש ברשותו חייבים הפירות בתרו"מ אף למ"ד יש קנין להפקיע מידי מעשר, משום דאף למ"ד יש קנין ליכא לנכרי קנין מוחלט בקרקע דלא מועיל קנינו לענין ממון, וכן אינו מועיל להפקיע הקרקע מקדושתה, והקנין חל רק רק להפקיע הפירות מקדושתם ולכן אם חזר ישראל ולקחן והביאו שליש ברשותו הריהם חייבים בתרו"מ. אמנם אילו היה חל קנין גמור לנכרי בא"י אזי היה מפקיע את עצם קדושת הארץ. וקיי"ל כרבה דליכא לנכרי קנין להפקיע קדושת הארץ ומשו"ה בעינן למיעוטא דדגנך לפטור את הפירות, עיי"ש באריכות.

ועיין עוד בחידושי רבנו חיים הלוי (פ"ב מהל' ביכורים ה"טו) שהקשה דכתב הרמב"ם (בפ"א ה"י מהל' תרומות) וז"ל נכרי שקנה קרקע בא"י לא הפקיעה מן המצוות אלא הרי היא בקדושתה לפיכך אם חזר ישראל ולקחה ממנו אינו ככיבוש יחיד אלא מפריש תרומות ומעשרות ומביא ביכורים והכל מה"ת כאילו לא נמכרה לנכרי מעולם עכ"ל, ומבואר דקיי"ל דאין לנכרי קנין להפקיעה קדושת הארץ לגבי תרו"מ וביכורים ואם חזר ולקח ישראל הקרקע הפירות מחוייבים בהפרשת תרו"מ מה"ת. אמנם משמע מהרמב"ם דחל הפקעה בפירות עצמם - דפירות שגדלו ברשות עכו"ם מופקעים מחיוב תרו"מ אף למ"ד אין קנין לעכו"ם להפקיעה קדושת הארץ. (וכן כתב הכס"מ פ"ב ה"טו מהל' ביכורים). וצ"ע דכתב הרמב"ם בהל' י"א שם וז"ל פירות הנכרי שגדלו בקרקע שקנה בא"י אם נגמרה מלאכתן ביד נכרי ומרחן הנכרי פטורים מכלום שנאמר דגנך ולא דגן נכרי, ואם לקחן ישראל אחר שנתלשו קודם שתגמר מלאכתן וגמרן ישראל חייבין בכל מן התורה וכו' עכ"ל, ומבואר להדיא דאע"פ שגדלו הפירות ברשות עכו"ם אם נתמרחו ע"י ישראל הרי הן חייבין בתרו"מ מה"ת, וצ"ע דלפי"ד הכס"מ לכו"ע חל פטור על פירות שגדלו ברשות נכרי וא"כ מדוע כשנתמרחו ע"י ישראל חייבין בתרו"מ מה"ת. וביאר מרן הגר"ח זצ"ל דיש ב' דינים: א) דין הפקעה ב) דין פטור בעלמא - דהיינו שלא נתחייבו בתרו"מ, ובזה חלוק דין הבאת שליש משעת מירוח - דשעת הבאת שליש הוי רק שיעור בחלות קריאת שם תרומה ומעשר - דאם הביאו הפירות שליש וקרא עליהם שם חל עליהם חלות שם תרומה ומעשר, אמנם הבאת שליש אינו זמן המחייב הפרשת תרו"מ - משא"כ מירוח הוי מחייב דתרו"מ. ולפיכך אם חל בשעת מירוח פטור בעלמא חל הפטור לעולם משא"כ בהבאת שליש אין הפטור חל לעולם אא"כ חלה חלות דין הפקעה מתרו"מ על הפירות. ומאחר דקיי"ל דאין קנין לעכו"ם להפקיע מתרו"מ א"כ הדין דדגנך ולא דגן נכרי הוי רק דין פטור ולכן רק אם נתמרחו הפירות בידי עכו"ם אמרינן שפטורים מתרו"מ לעולם דמאחר שחל פטור בשעת חובת הפרשת תרו"מ נפטרים לעולם. משא"כ בהבאת שליש אינם נפטרים אא"כ חל דין הפקעה ומכיון דקיי"ל אין קנין לעכו"ם ליכא דין הפקעה אלא חלות פטור בעלמא ולכן אם נתמרחו אח"כ ברשות ישראל חוזרין ומתחייבין.

ועיין ברמב"ם (פ"א מהל' תרומות ה"יג) וז"ל ישראל שמכר פירותיו לנכרי קודם שיגיעו לעונת המעשרות וגמרן הנכרי פטורין מן התרומה ומן המעשרות, ואם אחר שבאו לעונת המעשרות אע"פ שגמרן הנכרי חייב בכל מדבריהם, וכן הנכרי שגמר פירות ישראל הואיל ודיגונן ביד נכרי אינן חייבין בתרומה ומעשרות אלא מדבריהם עכ"ל.

ומבואר דאין חיוב הפרשת תרו"מ מדרבנן אלא א"כ הפירות הביאו שליש (הגיעו לעונת המעשרות) ברשות ישראל ונתמרחו ע"י עכו"ם אמנם אם בעונת המעשרות הפירות היו ברשות עכו"ם ונתמרחו אח"כ ע"י עכו"ם הן פטורין לגמרי. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א לא ידעתי זה הגמר מהו, אם ר"ל גמר הבישול וגמר המירוח ומשום מירוח קאמר אכתי אמאי פטור לגמרי והא אמרינן לעיל דאין קנין לנכרי בארץ להפקיע מיד מעשר ויהא חייב מדבריהם ולא מיתוקמא מילתא אלא בסוריא עכ"ל. ומבואר דהראב"ד השיג דמאי איכפת לן שהפירות היו קנויין לעכו"ם כשהגיעו לעונת המעשרות ולכן הן פטורין לגמרי דהרי קיי"ל אין קנין לעכו"ם להפקיע מידי תרו"מ, דליכא פוטר אלא המירוח בלבד ומירוח עכו"ם חייב מדרבנן גזירה משום בעלי כיסין (עיין במנחות דף ס"ז.). וביאר הגר"ח זצ"ל (בספרו שם) דאף דקיי"ל אין קנין לעכו"ם להפקיע היינו דלא חל הפקעה לעולם ע"י קנין עכו"ם אמנם עכ"פ בשעה שהפירות קנויין לעכו"ם חל בהן דין פטור מתרו"מ, ומשו"ה אי היו הפירות ברשות עכו"ם כשהביאו שליש דלא נתחייבו מעולם ושוב נתמרחו ע"י עכו"ם אמרינן דהמירוח מועיל להפקיעם לגמרי מתרו"מ. משא"כ אם הביאו שליש ברשות ישראל אז גזרו שאין מירוח עכו"ם פוטרם וחייבין מדרבנן בתרו"מ. ונראה לבאר עוד דאם הפירות הביאו שליש ברשות ישראל אזי חל על הפירות שם "דגנך" ואין המירוח ע"י עכו"ם מחיל בו שם "דגנך" ומשו"ה גזרו רבנן דאף אם נתמרחו ע"י עכו"ם לאחר שהביאו שליש ברשות ישראל חייבין בתרו"מ מדרבנן, שהרי היו "דגנך" בשעת הבאת שליש. וכן אם הפירות הביאו שליש ברשות עכו"ם דלא חל בפירות שם "דגנך" מחמת גידולם מ"מ ע"י מירוח דישראל חל בהם שם "דגנך" ולכן חייבים מדרבנן ואילו אם הביאו שליש ביד עכו"ם ומרחו בעכו"ם אינם "דגנך" כלל ומשו"ה פטורים גם מדרבנן.

והנה הרמב"ם (פ"א מהל' תרומות ה"י) פסק דבסוריא קיי"ל דיש קנין לנכרי להפקיע מידי תרו"מ ואילו בא"י קיי"ל אין קנין ולפיכך אם קנה עכו"ם שדה בא"י וחזר ישראל וקנה ממנו לא הוי ככיבוש יחיד וחייב להפריש תרו"מ מה"ת. ויש להעיר דמשמע דבסוריא אילו קנה עכו"ם שדה וחזר ולקח ישראל ממנו לא יועיל קנין הישראל לחייב בתרו"מ מדרבנן משום דקנין העכו"ם חל להפקיע מסוריא חיוב תרו"מ לגמרי, וצ"ע א"כ מדוע אם חזר ישראל ולקח מהעכו"ם שדה בסוריא חייב בתרו"מ מדרבנן. ויתכן דקנין הישראל נחשב ככיבוש יחיד שמועיל בסוריא לחייב בהפרשת תרו"מ מדרבנן, אך יש לדחות דדין כיבוש יחיד אינו חל אלא בכיבוש ע"י מלך ואינו חל ע"י קנין יחיד. ועוד י"ל דבסוריא חל קנין עכו"ם לפטור מתרו"מ מדין פטור אבל ליכא חלות הפקעת קדושה

בסוריא - דאין בסוריא קדושת א"י כלל, ומשו"ה מועיל קנין השדה בחזרה ע"י ישראל להתחייב בתרו"מ מדרבנן.

ג.

ב' שעות חובה - הבאת שליש ומירוח ובדין מירוח עכו"ם

עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' מעשר ה"ח) וז"ל המקדיש פירותיו כשהן מחוברין עד שלא באו לעונת המעשר ופדאן ואחר שפדאן הגיעו חייבין במעשר ואם באו לעונת המעשרות והם ביד הגזבר ואח"כ פדאן פטורין עכ"ל. ומבואר שאם הפירות הביאו שליש כשהן הקדש הן פטורין מן המעשר. ובפ"ג מהל' מעשר (הכ"ה) לגבי פירות שנתמרחו ברשות הקדש כתב וז"ל המקדיש פירות תלושין ופדאן קודם שתגמר מלאכתן חייב לעשר ואם נגמרה מלאכתן ביד ההקדש ואח"כ פדאן פטורין מן המעשרות שבשעת חובתן היו פטורין מן המעשרות עכ"ל. ומבואר דאם היו הפירות הקדש בשעת מירוח הן פטורין מן המעשר מכיון דבשעת חובתן היו פטורין. ונראה דיש שתי שעות חובה - הבאת שליש דאז חלה קריאת שם תרומה ומעשר על הפירות, ושעת חובת הפרשה שחל ע"י מירוח. והרמב"ם סובר דאם היו הפירות ביד הקדש באחת משתי שעות חובה האלה הרי הן פטורין לעולם מן המעשרות.

ויש לעיין בשיטת הרמב"ם דלענין פטור עכו"ם מבואר בגמ' גיטין (מז.) דלמ"ד יש קנין אם הביאו הפירות שליש בידי עכו"ם פטורין הן מתרו"מ, ואילו למ"ד אין קנין אינן נפטרין אא"כ המירוח היה בידי עכו"ם. וצ"ע מ"ש פטור דהקדש מהפטור דעכו"ם, דמדוע ס"ל למ"ד אין קנין דאין עכו"ם פוטר בשעת הבאת שליש וחל פטור ממעשר לדידיה רק כשהמירוח נעשה ע"י עכו"ם. ונראה דשאני דין הקדש מעכו"ם דבהקדש חל חלות דין הפקעה ממעשר בעצם החפצא של הפירות ואילו דין עכו"ם הויא רק חסרון במחייב דלא הוי "דגנך", ומשו"ה קיי"ל דחל דין פטור דהקדש בין בהבאת שליש ובין במירוח משום דהפירות היו מופקעים מתרו"מ בשעת חובתן, משא"כ הפטור דעכו"ם דהוי רק חסרון במחייב דתרו"מ דלא הוי "דגנך" ומשו"ה חל רק במירוח. וכן מבואר מדברי הגר"ח זצ"ל (בפ"ב מהל' ביכורים הט"ו) שביאר דאף דקיי"ל אין קנין לעכו"ם להפקיע היינו דלא חל הפקעה לעולם ע"י קנין עכו"ם - אמנם עכ"פ בשעה שהפירות קנויין לעכו"ם חל בהן דין פטור מתרו"מ - כלומר דיש חסרון במחייב דתרו"מ, ומשו"ה דוקא אי היו הפירות ברשות עכו"ם כשהביאו שליש ושוב נתמרחו ע"י עכו"ם דלא נתחייבו מעולם הן פטורים מאחר שהיו פטורין בשתי שעות החובה, משא"כ הקדש

דחל מפקיע דאזי אפילו אם היו הפירות הקדש בשעת חובה אחת חל המפקיע לפוטרם מתרו"מ לעולם.[752]

ויתכן דנפ"מ לענין אכילת קבע די"ל דאם נתמרחו בידי הקדש תו ליכא איסור לאכול הפירות אח"כ אכילת קבע דהופקעו הפירות ממעשר. משא"כ לאחר מירוח עכו"ם י"ל דאסור מדרבנן לאכול הפירות אכילת קבע, דמירוח עכו"ם אינה חלות הפקעה אלא רק חסרון במחייב ודין הפירות כקודם הפרשה שאסורין באכילת קבע (ועיין בתוס' במנחות דף סז: ד"ה כדי שתהא בהמתו).

ד.

בדין פירות שהביאו שליש בידי עכו"ם וחזר ישראל וקנאם ומירחן

ועיין ברמב"ם (פ"א מהל' תרומות הי"א) וז"ל פירות עכו"ם שגדלו בקרקע שקנה בא"י אם נגמרה מלאכתם ביד עכו"ם ומירחן העכו"ם פטורין מכלום שנאמר דגנך ולא דגן עכו"ם. ואם לקחן ישראל לאחר שנתלשו קודם שתגמר מלאכתן וגמרן ישראל חייבין בכל מה"ת וכו' עכ"ל. ומבואר דאם הביאו הפירות שליש בידי עכו"ם ונתלשו וחזר ישראל וקנאם ומירחן דחייבין בתרו"מ מה"ת. והנה יש לעיין בגדר הך דינא שאם חזר ישראל וקנה השדה ונתמרחו הפירות ע"י ישראל דחייבין בתרו"מ מה"ת אע"פ שהפירות הביאו שליש בידי עכו"ם, האם הפשט הוא דהמירוח הוי מחייב חדש בפ"ע שחל מכאן ולהבא, דאע"פ שהפירות הביאו שליש בידי עכו"ם והיו פטורים באותה שעה מ"מ מכיון שנתמרחו ברשות ישראל ע"י ישראל חל מחייב חדש ע"י מירוח ישראל לחייבם בהפרשת תרו"מ מכאן ולהבא. או"ד דחל המחייב למפרע - דפקע הפטור דדגן עכו"ם למפרע. ונ"מ אי קנה ישראל השדה מהעכו"ם וקרא שם תרומה על הפירות קודם למירוח ואח"כ מירח את הפירות. דאם חל דין תרו"מ במירוח דישראל רק מכאן ולהבא אזי לא חלה קריאת שם לאחר הבאת שליש קודם מעשה המירוח. אולם אם המירוח מפקיע הפטור דדגן עכו"ם למפרע אזי י"ל דחל קריאת שם קודם למירוח.

והנה יש להסתפק בשיטת הרמב"ם שסובר דאם היו הפירות בידי עכו"ם בין בשעת הבאת שליש ובין בשעת מירוח פטורין הן לגמרי מתרו"מ די"ל דס"ל דאיכא ב' זמנים נפרדים של שעת חובתן - א) עונת המעשרות דהיינו בהבאת שליש, ב) שעת מירוח. ואם היו הפירות ברשות עכו"ם בין בשעת הבאת שליש ובין בשעת המירוח פטורין הן לגמרי דבשתי שעות חובה היו פטורין מתרו"מ. והיכא שהפירות היו ברשות העכו"ם בהבאת שליש וקנה ישראל את הפירות לאחר שהביאו שליש בידי עכו"ם ומירחן ישראל

[752] עיין באגרות הגרי"ד הלוי עמ' קנ"א.

הריהן חייבין בתרו"מ מה"ת, דאע"פ דליכא מחייב ושעת חובה דהבאת שליש, מ"מ חל מחייב בפ"ע של מירוח. אולם לפי"ז י"ל שלפני המירוח התבואה פטורה לגמרי ואין עליה חלות שם טבל כלל, שהרי הפירות לא נתחייבו כלל כשגדלו ברשות עכו"ם. ואם לקחן ישראל אבל עדיין לא מרחן פטורין הן לגמרי, ואפי' קריאת שם לא חל, ומותר לאכלן קבע. או"ד י"ל דליכא ב' שעות חובה אלא דהבאת שליש ומירוח מצטרפין יחד לשעת חובה אחת, והפטור בקנין עכו"ם חל ע"י צירוף שעת חובה דהבאת שליש ביחד עם המירוח דתרווייהו נעשו ברשות עכו"ם, אבל כל שאין שניהם ברשותו של עכו"ם הפירות אינן מופקעים לגמרי מתרו"מ. ולפי"ז י"ל שאם לקחן ישראל וקרא עליהם שם תרו"מ לאחר הבאת שליש קודם מירוח חל עליהם שם תרומה, דליכא הפקעה לגמרי אלא ע"י הבאת שליש ומירוח בצירוף. אמנם עיין ברמב"ם (בפ"א מהל' תרומות הי"ד) שכתב וז"ל מכר הנכרי לישראל פירות מחוברין אחר שבאו לעונת המעשרות, ומירחן הנכרי ברשות ישראל אינן חייבין בתרומה ומעשרות עכ"ל. ומוכח דמירוח עכו"ם הוי פוטר בפנ"ע, דאע"פ שהפירות היו ברשות ישראל אם נתמרחו ע"י עכו"ם הן פטורין. ונראה לומר דיש ב' דינים של מירוח עכו"ם, חדא דמצורף לפטור עם שעת הבאת שליש, וזה תלוי בקנין העכו"ם דאם היו פירות של עכו"ם בשעת המירוח הן פטורין. ב) חל דין דמעשה מירוח של עכו"ם פוטר מתרו"מ אף אם מרחו העכו"ם ברשות ישראל.

והנה לענין חלה מבואר במשנה (פ"ג חלה מ"א) דחל קריאת שם חלה משעת נתינת מים לעיסה וכן פסק הרמב"ם (פ"ח מהל' ביכורים ה"ב) אמנם לענין פטור חלה בעיסה של נכרי מבואר במשנה (פ"ג חלה מ"ג) וברמב"ם (פ"ח מהל' ביכורים ה"ז) דתלוי רק בשעת גלגול העיסה. וצ"ע מ"ש שעת נתינת מים בחלה משעת הבאת שליש בפירות דתרווייהו הויין שעת קריאת שם ואי הבאת שליש חשיבא שעת חובה לענין הדין דאם היו הפירות משל עכו"ם תו לא נתחייבו בתרו"מ וה"נ לכאורה צ"ל הדין לענין חלה דמכיון דבשעת נתינת המים חל שם חלה אזי י"ל דתהוי נמי שעת חובה לענין פטור עכו"ם, וא"כ צ"ע מ"ט דהפטור עכו"ם בחלה חל רק בשעת גלגול. ונראה דהבאת שליש ומירוח הויין שני דינים בפ"ע ושעות חיוב מיוחדות, דהבאת שליש הוי שעת חלות שם פרי לענין תרו"מ ואילו מירוח הוי מחייב מדין דיגון, ושתיהן הויין מחייבים בפ"ע ושפיר יש שתי שעות של חיוב. משא"כ בחלה דנתינת המים והגלגול הם שיעורים בחלות שם עיסה, אמנם יסוד המחייב דחיוב חלה אחד הוא - חלות שם עיסה. ולפי"ז ליכא למימר דחל פטור של עכו"ם בנתינת המים דמכיון דגלגול ג"כ מחייב מדין חלות שם עיסה נמצא שהגלגול כולל בתוכו נמי המחייב דנתינת מים, ובחלה המחייב של שם עיסה חל פעמיים בשעת

נתינת מים ובגלגול ולכן עיקר הזמן הקובע הוא הגלגול, דאם היו של עכו"ם בעת נתינת המים ובשעת הגלגול הוי של ישראל לא חל דין פטור בשעת חובתה - דהיינו כשחל שם עיסה - דשעת חובה של נתינת המים חוזרת ומתקיימת בחפצא בשעת הגלגול.[753]

ה.

האם יש קנין לנכרי בא"י להפקיע מצות כרם רבעי

עיין ברמב"ם (פ"ב מהל' ביכורים הט"ו) שכתב וז"ל המוכר שדהו לנכרי וחזר ולקחה ממנו הרי זה מביא ממנה ביכורים מה"ת לפי שאינה נפקעת מן המצוות בקנין הנכרי עכ"ל. דפסק הרמב"ם כמ"ד אין קנין לנכרי להפקיע מידי תרו"מ ומשו"ה כשחזר ולקח ממנו חייב בביכורים. וכמו"כ כתב (בפ"א מהל' תרומות ה"י) וז"ל גוי שקנה קרקע בא"י לא הפקיעה מן המצוות אלא הרי היא בקדושתה לפיכך אם חזר ישראל ולקחה ממנו אינה ככיבוש יחיד אלא מפריש תו"מ ומביא ביכורים והכל מן התורה כאילו לא נמכרה לגוי מעולם וכו' עכ"ל, ומשמע דהרמב"ם סובר דלמ"ד יש קנין חל פטור בתרו"מ בקנין עכו"ם, אולם הרמב"ם פסק כמ"ד אין קנין לעכו"ם להפקיע מתו"מ. אמנם יש להעיר ע"ז דלגבי ערלה וכרם רבעי פסק (פ"י מהל' מע"ש ה"ט - ה"י) סתם דיש לעכו"ם כרם רבעי בא"י וז"ל אבל משבאו לארץ אף מה שנטע עכו"ם חייב וכו' ויש לעכו"ם נטע רבעי עכ"ל, ולא תלה הדין בדין אין קנין לנכרי ומשמע דלענין ערלה וכרם רבעי כו"ע ס"ל דאין קנין עכו"ם מועיל להפקיע, וצ"ב מ"ש ערלה וכרם רבעי מתרומות ומעשרות וביכורים. ויתכן דהרמב"ם אזיל לשיטתו (בפ"א מהל' תרומות הכ"ו) דתרו"מ בזה"ז הוי מדרבנן כמו שמיטה בזה"ז דכתיב בה ביאת כולכם. וביאר הגר"ח זצ"ל (בספר חידושי רבנו חיים הלוי פ"א מהל' תרומות ה"י) דאע"פ דביאת כולכם כתיב בשמיטה מ"מ הלכה היא דחלה בקדושת הארץ דבלי ביאת כולכם חסרה בקדושת הארץ המחייבת שמיטה ובתרומות ומעשרות (עיין לעיל באות ב'), ומשו"ה שוה דין תרו"מ בזה"ז לשמיטה בזה"ז. והנה הרמב"ם בפ"י מהל' מע"ש לא כתב שמצות כרם רבעי בזה"ז היא מדרבנן ומשמע דס"ל דאף בזה"ז הוי מצוה מדאורייתא כמו ערלה בזה"ז דערלה אינה תלויה בקדושת הארץ דנוהגת אף בחו"ל. ולכן אף בכרם רבעי אע"פ שהיא מצוה התלויה בארץ נוהגת בזה"ז מדאורייתא. וי"ל אליבא דהרמב"ם דחסרון ביאת כולכם פוגמת קדושת הארץ דאינה קדושה שלימה ומ"מ חלה מקצת קדושת הארץ, ומצוות שמיטה ותרומות ומעשרות תלויות בקדושת א"י שלימה וגמורה ולכן אינן נוהגות בזה"ז אלא מדרבנן. משא"כ כרם רבעי חל בזה"ז מדאורייתא ואע"פ דליכא קדושת הארץ גמורה דחסרה ביאת כולכם.

[753] עיין באגרות הגרי"ד הלוי פ"ב מהל' מעשר ה"ח (עמ' ק"נ).

ולפי"ז י"ל דה"ה בדין קנין נכרי אליבא דמ"ד יש קנין לנכרי להפקיע מקדושת הארץ דקנין נכרי מפקיע הקדושה התלויה בביאת כולכם ולכן בקנין נכרי חל פטור לגבי שמיטה ותרו"מ דקנין נכרי מפקיע קדושת א"י השלימה וגמורה, משא"כ לגבי קדושת א"י המחייבת בכרם רבעי דלא בעינן קדושה גמורה ואף קדושת א"י שאינה שלימה וגמורה כקדושת א"י בזה"ז דליכא ביאת כולכם מחייבת בכרם רבעי בזה"ז מדאורייתא, דה"ה דחל חיוב כרם רבעי בזה"ז אף במקום דחל קנין נכרי, ולכן לכולי עלמא אילן נכרי חייב בכרם רבעי.[754]

ו.

ב' דינים בהפרשת תרומה - הפרשה להתיר שם טבל ודין הפרשה מחמת מצות נתינה לכהן ובענין פטור הקדש ועכו"ם

עיין ברמב"ם (פ"א מהל' תרומות הי"א) וז"ל פירות העכו"ם שגדלו בקרקע שקנה בא"י אם נגמרה מלאכתם ביד עכו"ם ומרחן העכו"ם פטורים מכלום שנאמר דגנך ולא דגן עכו"ם. ואם לקחן ישראל אחר שנתלשו קודם שתגמר מלאכתן וגמרן ישראל חייבין בכל מן התורה. ומפריש תרומה גדולה ונותנה לכהן ותרומת מעשר ומוכרה לכהן, ומעשר ראשון היא שלו מפני שהוא אומר ללוי במעשר ולכהן בתרומת מעשר אני באתי מכח איש שאין אתם יכולים ליטול ממנו כלום. ומפני מה אמרו לא יתן תרומת מעשר לכהן כתרומה גדולה לפי שנאמר בתרומת מעשר כי תקחו מאת בני ישראל את המעשר טבל שאתה לוקח מישראל אתה מפריש ממנו תרומת מעשר ונותנה לכהן, אבל טבל שאתה לוקח מן העכו"ם אין אתה נותן לכהן התרומת מעשר שהפריש ממנו אלא מוכרה לכהן ולוקח דמיה עכ"ל. ומקור דין זה הוא מסוגיית הגמ' בכורות (יא:) וז"ל הלוקח טבלים ממורחין מן העובד כוכבים מעשרן והן שלו, דמרחינהו מאן אילימא דמרחינהו עובד כוכבים דגנך אמר רחמנא ולא דגן עכו"ם, אלא דמירחינהו ישראל מרשות עובד כוכבים מעשרן דאין קנין לעובד כוכבים בא"י להפקיע מיד מעשר והן שלו דאמר ליה קאתינא מכח גברא דלא מצית אישתעיה דינה בהדיה וכו' דלמא כאן בתרומה גדולה כאן בתרומת מעשר וכו', דאמר ריב"ל מנין ללוקח טבלים ממורחין מן העובד כוכבים שהוא פטור מתרומת מעשר שנאמר וכו' כי תקחו מאת בני ישראל טבלים שאתה לוקח מבני ישראל אתה מפריש מהן תרומת מעשר ונותנה לכהן טבלים שאתה לוקח מן הנכרי אי אתה מפריש מהן תרומת מעשר ונותנה לכהן עכ"ל. ובפשטות לפי הסברא שבהו"א בגמ'

[754] ויתכן עוד דכרם רבעי אינו תלוי בקדושת א"י אלא בחלות שם א"י, ועיין לעיל בשיעורים ובשיעורים למס' גיטין ונפ"מ לענין מקומות שהחזיקו בהן עולי מצרים ולא החזיקו בהם עולי בבל אי נוהג בהן מצות כרם רבעי מדאורייתא או לא.

דפטור מנתינה משום דקא טעין "קאתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינה בהדיה" פטור אף מנתינת תרומה גדולה, אמנם למסקנה דיליף מדרשה מקרא דכי תקחו מאת בנ"י ילפינן רק דפטור מנתינת תרומת מעשר דקמיירי ביה קרא ולא מתרומה גדולה. ולפי"ז צ"ע ברמב"ם שהביא את שני הטעמים - הדרשה דכי תקחו וכו' וגם הסברא שיכול הישראל לומר לכהן לגבי תרומת מעשר, דכיון שהוא בא מחמת העכו"ם שאינו חייב כלל, אף הישראל אינו חייב לתנו להם חינם, וצ"ע מדוע הוצרך הרמב"ם להביא את שני הטעמים[755].

ונראה לומר דיש ב' דינים בהפרשת תרו"מ: א) דין הפרשה להתיר שם טבל, ב) דין הפרשה מחמת חובת הנתינה[756], ונראה דחיוב נתינה דתרומת מעשר ומעשר ראשון חל בהבאת שליש, ואם הביאו שליש ביד עכו"ם ליכא חיוב נתינה לכהן וללוי. משא"כ לגבי תרומה גדולה חיוב נתינה אינו תלוי בהבאת שליש אלא דחל חיוב נתינה מחמת עצם חלות שם תרומה עצמה, דשם תרומה מחדשת דין נתינה לכהן, דהרי תרומה הויא קודש ואסורה לזרים, ומשו"ה י"ל דמאחר שחל שם תרומה חל חיוב לתנו לכהן. אולם נראה דבמעשר ראשון אין חיוב נתינה חל ע"י העצם שם מעשר, דליכא בה קודש דמותר לזרים, אלא דחל חיוב נתינה בפני עצמו, וחיוב נתינה דמעשר חל בהבאת שליש, ומכיון דהיו ברשות עכו"ם שאינו חייב בנתינה כלל, אף הישראל פטור מנתינה, וזוהי יסוד הסברא דקא אתינא מכח גברא דלית לך לאשתעויי בהדיה. ונראה דה"ה לענין תרומת מעשר, דאע"פ דאית בה קדושה ואסורה לזרים, וא"כ לכאורה י"ל דתרומת מעשר להוי דומה לתרומה - דחל חיוב נתינה מחמת עצם שם תרומת מעשר - מ"מ ילפינן מגזה"כ ד"כי תקחו מאת בני ישראל", דהוי כמעשר דלית בה חיוב נתינה מחמת קדושתה, וחיוב נתינת תרומת מעשר תלוי בחיוב נתינת מעשר ראשון. ולפי"ז מיושב מדוע הוצרך הרמב"ם להביא שני הטעמים דהסברא דמכח גברא דלא מצית לאשתעויי קאתינא מועיל לענין לפטור מחיוב נתינה דמעשר ראשון. והוצרך הרמב"ם גם לדרשה דקרא ד"כי תקחו" לפטור מנתינת תרומת מעשר, דסד"א דיהא דומה לתרומה גדולה ויחול דין נתינה מחמת עצם שם תרומת מעשר משום דאף בתרומת מעשר חל חלות קדושה דאסורה לזרים, וקמ"ל הקרא דחיוב נתינת תרומת מעשר נגרר בתר מעשר ראשון, וכיון שנפטר ממעשר ראשון ה"ה דפטור מתרומת מעשר.

[755] ועיין בחידושי רבנו חיים הלוי (פ"א מהל' תרומות הי"א) מש"כ בביאור הרמב"ם.

[756] ועיין בסה"מ להרמב"ם (שורש י"ב) דנחלקו הרמב"ם והרמב"ן האם ההפרשה ונתינה נמנין כמצוה אחת או כב' מצוות נפרדות.

אמנם עיי"ש ברמב"ם (בהי"ב) שכתב וז"ל, מכר הגוי הפירות שלו לישראל כשהן מחוברין לקרקע, אם עד שלא באו לעונת המעשרות, ונגמרו ביד ישראל חייבין בכל, ונותן התרומות והמעשרות לבעלים, ואם מכרן אחר שבאו לעונת המעשרות, מפריש תרומת מעשר ומעשר, ונותן מהן לבעלים לפי חשבון כיצד לקח תבואה זרועה מן העכו"ם אחר שהביאה שליש ונגמרה ביד ישראל מפריש תרומות ומעשרות כמו שביארנו ונותן שני שלישי במעשר ללוי ושני שלישי תרומת מעשר לכהן ומוכר לו השליש עיי"ש. הרמב"ם סובר דחיוב הנתינה דתרו"מ ומעשר ראשון הולכת לפי חשבון הגידול. וצ"ע דאם חיוב נתינה דתרומת מעשר ומעשר תלוי בהבאת שליש, ובשעת הבאת שליש היו הפירות ביד עכו"ם מדוע א"כ נותן מתנות לכהן לפי חשבון, דלכאורה הפירות היו פטורין מנתינה בשעת חובתן - דהיינו בשעת הבאת שליש. וצ"ל דמוכח מזה דליכא שעת חובה לענין דין נתינה, אלא דדין נתינה תלוי בגידול ברשות ישראל דכל היכא שגדלה ברשות ישראל חל חיוב נתינה, ואע"פ שהביאו הפירות שליש בידי עכו"ם אם לקחן ישראל והוסיפו לגדול ברשותו הריהן חייבין. ונראה דהך דין נתינה הוא דין שחל בדיני ממונות, דהפטור דקא אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי מיניה הוא דין בדיני ממונות, דאין דין פטור בגידולי נכרי מתרו"מ, אלא שאי אפשר לתבוע מנכרי בדיני ממונות תרו"מ ולכן כל מה שגדל אח"כ ברשות ישראל מחייב בנתינה. ועיין בכס"מ שציין דמקור דברי הרמב"ם הוא מהמשנה (פ"ה מעשרות ה"ה) וז"ל "הלוקח ירק (מעכו"ם) בסוריא אם עד שלא בא לעונת המעשרות חייב ואם משבאו לעונת המעשרות פטור וכו' רבי אומר הכל לפי חשבון". ומפרש בירושלמי אריסא דמתני' קאי דת"ק פטור כשבא לעונת המעשרות אע"פ שמוסיף ברשות ישראל ורבי סבר דמה שמוסיף חייב ומעשר לפי חשבון ואם הביא שליש ביד עכו"ם ושני שלישים ביד ישראל חייב שני שלישים ופסק רבינו כרבי משום דאתי כחכמים דאיתא תו התם בירושלמי תניא שדה שהביאה שליש לפני עכו"ם ולקחה ממנו ישראל ר"ע אומר התוספת פטור וחכמים אומרים התוספת חייב דע"כ לא פליגי אלא בסוריא אבל בא"י הכל לפי חשבון עכ"ל. אמנם לגבי הקדש קיי"ל (פ"ב מהל' מעשר ה"ח) דאם הגיעו הפירות לעונת המעשרות בידי הקדש הן פטורין לעולם, וצ"ע מ"ש הקדש מעכו"ם, דלכאורה נאמר אף בהקדש דהכל לפי חשבון והתוספת שגדלה בידי הדיוט יהא חייב בתרו"מ. ונראה דחלוק הפטור דהקדש מהפטור דנכרי, דהקדש הוי חלות פטור שמפקיע חיוב תרו"מ ולכן אם היו הפירות ברשות הקדש בשעת חובתן דהיינו בשעת עונת המעשרות (הבאת שליש) הריהן פטורין לעולם. משא"כ רשות נכרי אינה חלות פטור והפקעה אלא הוי

רק חסרון במחייב. ומשו"ה כשגדלו הפירות אח"כ ברשות ישראל דליכא חסרון מחייב לגבי התוספת שגדל חייב בתרו"מ לפי חשבון.

ועיין ברמב"ם (פ"א מהל' תרומות הכ"ב) וז"ל פירות ארץ ישראל שיצאו חוצה לארץ פטורין מן החלה ומן התרומות ומן המעשרות שנאמר אשר אני מביא אתכם שמה, שמה אתם חייבין בחו"ל פטורין ואם יצאו לסוריא חייבין מדבריהם וכן פירות חו"ל שנכנסו לארץ חייבין בחלה שנאמר שמה. שמה אתם חייבין בין בפירות הארץ בין בפירות חו"ל ואם נקבעו למעשר ביד ישראל אחר שנכנסו לארץ חייבין במעשרות מדבריהם עכ"ל. ומדברי הרמב"ם משמע דיש חילוק בין חיוב פירות חו"ל שנכנסו לארץ לענין חלה דחיובן מה"ת לבין חיובן במעשרות שאינו אלא מדרבנן. ועיין בכס"מ שם שהקשה דמהקרא דשמה ילפינן לפטור פירות א"י שיצאו לחו"ל מחלה ומתרומות ומעשרות וא"כ הו"ל למילף דפירות חו"ל שנכנסו לא"י חייבין מה"ת בתרומות ומעשרות נמי. ולכאורה י"ל דפירות חו"ל פטורים מתרומות ומעשרות מתרי טעמי, א) דהם מופקעים מתרו"מ דאינם חפצא של פירות א"י וחסר בהם עיקר המחייב דתרו"מ, ב) חל חלות דין פטור בפירות חו"ל וכדחזינן דפירות א"י שיצאו לחו"ל פטורין מתרו"מ, ומוכח דאע"פ שאין חסרון במחייב ובחפצא של הפירות דהרי הן פירות א"י, מ"מ משיצאו לחו"ל פטורין מתרו"מ, ועל כרחך מוכח דחו"ל הוי דין פטור. ולפי"ז י"ל דמשום כך כתב הרמב"ם לחלק בפירות חו"ל שנכנסו לארץ בין דין חלה - שחייבין מה"ת, לבין חיובן בתרו"מ - דאינו אלא מדרבנן, דמכיון דהמחייב דתרו"מ הוי חלות שם פירות א"י, והנך פירות אינם חפצא של פירות א"י דהרי גידלום היה בחו"ל, אזי י"ל דהמירוח בא"י רק קובע בהם חיוב מעשר מדרבנן, משא"כ בחלה דעיקר המחייב הוא המעשה גלגול והחפצא של עיסה, ומכיון שנתגלגלו בא"י חייבין מה"ת בחלה. ותירץ הכס"מ (באופן השני) וז"ל ואפשר לומר בע"א דאה"נ פירות חו"ל שנכנסו לא"י חייבין בחלה מדאורייתא וה"ה לתרומות ומעשרות מיהו ה"מ כשנכנסו לארץ קודם שנקבעו למעשר דומיא דחלה דמיירי בנכנסו לארץ קודם גלגול אבל אם נקבעו למעשרות בחו"ל ואח"כ נכנסו לארץ מאחר שבשבעת קביעותן למעשרות היו בחו"ל פרח מהן חיוב תרומה ומעשרות ופטורין מה"ת אבל חייבין מדבריהן ולפי"ז שיעור לשון רבנו כך הוא ואם נקבעו למעשר ביד ישראל בעודם בחו"ל חייבין במעשרות מדבריהם לאחר שנכנסו לארץ עכ"ל.

ע"כ ענין יש קנין לנכרי להפקיע מידי מעשר וממצות התלויות בארץ

גמ'. היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, אמר רב שמין לו וידו על התחתונה.

ופי' רש"י וז"ל ידו על התחתונה, אם השבח יתר על הוצאה יש לו הוצאה, ואם הוצאה

יתירה על השבח אין לו אלא שבח עכ"ל, ומשמע מרש"י דבשדה העשויה ליטע דידו דהיורד הוי על העליונה שנוטל היורד חלקו בהשבח, דהיינו שהיורד נוטל ממה שבעל השדה נהנית. ועיין בבעה"מ שהקשה על דברי רש"י מהמשך הגמ', דא"ל רב להההוא גברא זיל שום ליה וידו על העליונה, והיכן מצינו יורד שלא ברשות ב"ד ושלא ברשות בעלים שיהא נוטל בשבח היתר על ההוצאה. ולכן פי' הבעה"מ וז"ל דידו על העליונה כמעולה שבשכירות כאדם שאומר לחברו בנה לי קרקע זה או נטה לי שדה זו שלא אצטרך אני לטרוח בה דהא ודאי מהני ליה הנאה מעליא ופירש ידו על התחתונה בפחות שבשכירות כמה שמזלזלין הפועלים הפחותים עכ"ל. ונראה דהבעה"מ ס"ל דאין לחייב בעל השדה משום מה שנהנית מכיון שירד לשדה שלא ברשותו, ובעל כרחו אינו חל עליו חיוב של מה שנהנית, וחל עליו חיוב שכירות ופועל.

ונראה עוד דלפי שיטת הבעה"מ אע"פ שאין כאן התחייבות ודעת מקנה של פעולה, היורד נעשה לפועל מחמת מעשה הפעולה עצמה. משא"כ לרש"י יש רק מחייב של מה שנהנית, אבל ליכא מחייב מחמת עצם מעשה הפעולה, דס"ל דא"א שיעשה פועל בלי דעת מקנה. ואין להקשות ע"ז ממש"כ רש"י (בד"ה גלית אדעתך) דבידו על העליונה דנוטל את השבח אפי' יותר על ההוצאה דהוי כשאר שתלי העיר, דנראה שאין כוונתו לומר דנעשה פועל לענין זה, אלא דנוטל את השבח, אמנם השומא בזה השבח הוא כשאר שתלי העיר, דהיינו כמנהג האריסין.

ועיין ברמב"ם (פ"י מהל' גזילה ואבידה ה"ד וה"ז) דס"ל דיש ג' דרגות וז"ל היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה ונוטל מבעל השדה, ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה. (ובה"ז) כתב וז"ל היורד לשדה חבירו ברשות אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע שמין לו וידו על העליונה שאם היתה ההוצאה יתר על השבח נוטל ההוצאה ואם השבח יתר על ההוצאה נוטל השבח וכו' עכ"ל. והנה בנוגע לקושיית הבעה"מ על רש"י דהאיך יקח היורד שלא ברשות לשדה העשויה ליטע את כל השבח דקשה היאך עושה הלה סחורה בשדה של חבירו ושכל השבח יהיה שלו תירץ הרמב"ן במלחמות ה' דאין כוונת רש"י שנוטל את כל השבח אלא שנוטל כאריס וזהו כוונתו במש"כ "שנוטל כשתלי העיר כמנהג המדינה" דר"ל דנוטל כדין אריס. אמנם הרמב"ם כתב ביורד שלא ברשות לשדה העשויה ליטע "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטעה ונוטל מבעל השדה", ודבריו צ"ב האם ס"ל כשיטת רש"י דנוטל כאריס או"ד ס"ל כבעה"מ דנוטל כפועל. ברם לגבי היורד ברשות כתב הרמב"ם בסתמא דנוטל את השבח ולכאורה הוא

תמוה דהאיך נוטל כל השבח ועושה סחורה בשדה של חבירו (וכתמיהת הבעה"מ על רש"י).

ועיין בחידושי רבנו חיים הלוי (פכ"א מהל' מלוה ולוה ה"א) שהביא דבירושלמי (פ"א דמעשרות) איתא שהזורע שדה הפקר חייב במעשרות, וצ"ע דהיאך קנה הזורע את הפירות להתחייב במעשרות. ותירץ הגר"ח זצ"ל דמבואר בירושלמי דיש דין קנין מסוים דיצירת כפיו ומעשה ידיו, דמכיון שהזורע יצר את הפירות בזריעתו לפיכך קנה אותם ומתחייב במעשר. וכ"ז בשדה הפקר. אך בשדה בעלים דעלמא כשפועל זורע את השדה הבעלים קונים את הפירות מדין ארעי אשבח דהוי קנין לבעל השדה והקנין דארעי אשבח מונע ומפקיע את קנין הפועל מדין מעשה ידיו. ואמנם ס"ל להרמב"ם דכ"ז נכון בפועל ואריסין דעלמא - דקנין ארעי אשבח אלים טפי. ואילו ביורד ברשות אך לא בתורת פועל ואריס אזי הקנין דמעשה ידיו ויציר כפיו של היורד עדיף ואלים מהקנין דארעי אשבח ולכן היורד קונה את כל שבח הפירות ולית ליה לבעל השדה בהם קנין כלל. ונראה דרש"י והרמב"ן חולקים על הרמב"ם וס"ל דבכל אופן גם היורד ברשות נוטל כאריס ולא יותר. ובביאור סברתם י"ל דס"ל דביורד ברשות חלין ב' קנינים, קנין מעשה ידיו ויציר כפיו של היורד וגם קנין ארעי אשבח דבעל השדה וע"כ הדין הוא לחלוק בפירות כדין האריסים.

גמ'. עציי ואבני אני נוטל וכו' בבית שומעין לו. עיין ברי"ף ובבעה"מ ובמלחמות ה' דנחלקו הראשונים בדין טול עציך ואבניך, דהרי"ף סובר דשומעין לבעל הקרקע, ואילו הבעה"מ סובר דאין שומעין לבעל הקרקע. והרמב"ן כתב דהבעה"מ נקט דהרי"ף סובר דשומעין לו בבית אבל לא בשדה. והרמב"ן סובר דלפי הרי"ף שומעין לו בין בבית ובין בשדה.

והנה ביסוד החילוק שבין בית לשדה בדין עציי ואבני אני נוטל בגמרא מבואר שני טעמים, או משום ישוב א"י או משום כחשא דארעא, ונפ"מ בחו"ל. והרמב"ן מבאר דסברת כחשא דארעא לא שייך כשבעל הקרקע אומר טול עציך דהא מוחל לו על הכחש. והרמב"ן מוסיף דלא חיישינן לישוב א"י. וי"ל דהבעה"מ סובר אליבא דהרי"ף דחיישינן לישוב א"י ולכן א"א לבעל הקרקע בא"י לומר טול עציך. ובדין זה נחלקו הרמב"ם והראב"ד (פ"י מהל' גזלה ואבדה ה"ה), שכתב הרמב"ם וז"ל אמר לו בעל השדה עקור אילנך ולך שומעין לו. אמר הנוטע הריני עוקר אילני אין שומעין לו מפני שמכחיש את הקרקע עכ"ל. והשיג הראב"ד וז"ל נ"ל שאין אומרין כן בא"י מפני ישוב א"י עכ"ל. ויוצא דהרמב"ם פסק רק את הטעם דכחשא דארעא ולפיכך פסק שבעל הקרקע בכל

מקום יכול לומר טול עציך ואף בארץ ישראל. ואילו הראב"ד פסק נמי כטעמא דישוב הארץ ומשו"ה ס"ל דבא"י אין בעל הקרקע יכול לומר טול עציך. וזהו גם מש"כ הראב"ד בהשגה השניה וז"ל מפני שמכחיש את הקרקע אפילו בחוצה לארץ כיון שמכחיש את הקרקע וזה מוסיף הוא דאית ליה נמי משום ישוב א"י עכ"ל.

אמנם הבעה"מ סובר דא"א לבעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך בין בבית בשדה. ואילו הרמב"ן ס"ל דיכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך. ופלוגתתם צ"ב. ויתכן דמחלוקת זו תלויה במחלוקת שבין בעה"מ והרמב"ן בתשלומי יורד שלא ברשות, דהבעה"מ נקט דידו על העליונה היינו דמי פעולה כמעולה שבשכירים. ואילו הרמב"ן סובר דמקבל כאריס חלק בהשבח. וי"ל דלפי הרמב"ן חיוב בעל הקרקע לשלם הוא מדין מה שנהנית שמחלקים בשבח ובפירות כדיני האריסים ובעה"ב. ואילו הבעה"מ סובר דחל דין פועל שמשתלם דמי פעולה. ובכן אם החיוב חל מדין מה שנהנית כהרמב"ן יכול בעל הקרקע לומר טול עציך ואבניך דאזי אינו נהנה ופטור מלשלם. ואילו לפי הבעה"מ דס"ל שהיורד משתלם כפועל אין התשלומין תלויים בהנאת בעל הקרקע המחוייב לשלם עבור הפעולה בין אם נהנה ממנה ובין שלא נהנה ממנה וכדין כל פועל שמקבל דמי פעולתו אפילו כשבעל הבית אומר איני רוצה בהנאתה כי פועל משתלם עבור הפעולה ולא עבור ההנאה שהמציא לבעה"ב.

אמנם עיין בבעה"מ שכתב ד"היכא דהוי ההוא בנין שלא כראוי לבעל הקרקע ולית ביה שום הנאה דלדידיה מתבעי ליה למבנייה דלאו בההוא בנינא כגון זו מסתברא דמצי א"ל טול עציך ואבניך דהא לא מהני ליה ולא מידי". ומבואר דבאופן כזה דליכא אפשרות של הנאה כלל לבעה"ב היורד לא הוי כפועל ובעה"ב פטור ויכול לומר לו טול עציך אבניך. משא"כ באופן שאפשר לבעל הבית ליהנות דנעשה היורד לפועל אזי א"א לבעל הקרקע לומר לו טול אבניך שכבר חייב לשלם לו כפועל.

ועוד י"ל דהבעה"מ סובר דכמו דחיישינן לכחשא דארעא, דמשו"ה היורד אינו יכול לומר עציי ואבני אני נוטל דחייב לחשש לפסידא דבעה"ב, דה"ה דחייבים לחשוש לפסידא דהיורד, ומשו"ה אף בעה"ב אינו יכול לומר ליורד טול עציך ואבניך שהרי בכך היורד מפסיד את הכל. מאידך הרי"ף והרמב"ן ס"ל דאין לדמות פסידא דהיורד לפסידא דבעה"ב כי היורד ירד שלא ברשות ואם יקח עציו ואבניו הריהו מזיק לבעה"ב ומשו"ה אינו יכול ליקח את עציו ואבניו. משא"כ כשבעה"ב אומר ליורד שיטול את עציו ואבניו דבעה"ב אינו מזיקו כלל כי בזה שהיורד ירד שלא ברשות הוא הזיק את עצמו ומשו"ה יכול בעה"ב לומר ליורד שיטול את עציו ואבניו. ונראה שטענת הרי"ף והרמב"ן מסתבר

ושבעה"מ סובר דבעה"ב אינו יכול לומר ליורד טול עציך לא מדין מזיק אלא מדין להמנע ממדת סדום. דמכיון דהבנין ראוי לבעה"ב והקרקע עמד ליטע ולהבנות אם בעה"ב יכריח ליורד ליטול את עציו ואבניו ושיפסיד היורד את הכל הרי זה ממדת סדום וכנגד "ועשית הישר והטוב". ומצד דין עשיית הישר והטוב אסור לו לבעה"ב לומר ליורד טול עציך ואבניך. והרי"ף והרמב"ן ס"ל שגם דין מדת סדום לא חל כאן מאחר שהיורד ירד שלא ברשות בעה"ב ובכל אופן יכול לומר לו ליטול את העצים והאבנים ששם אותם בקרקעו שלא ברשות.

ונראה עוד ביאור בשיטת הבעה"מ לפי הרי"ף לחלק בין בית לשדה בדין טול עציך ואבניך דבבית יכול לומר הכי אך לא בשדה. דנתבאר לעיל דבשדה חל דין קנין דארעי אשבח שבכך בעל השדה קונה את הפירות. וי"ל דג"כ משום כחשא דארעא תיקנו רבנן שבעל השדה קונה את הנטיעות שהיורד נטע בשדהו. ולפיכך כמו שהיורד אינו יכול לומר אטול עציי ה"ה דבעל השדה אינו יכול לומר ליורד טול עציך דהרי הם כבר קנויים לבעל השדה ואינם של היורד. משא"כ בבית דליכא תקנת כחשא דארעא וליכא חלות קנין דארעי אשבח ולכן האבנים הם עדיין של היורד כל זמן שבעה"ב לא הסכים לקנותם ולשלם עבורם, ומשו"ה בעה"ב יכול לומר לו טול אבניך.

ברם עיין בתוס' (דף קא: ד"ה בשדה) שכתב שבשטף נהר זיתיו לא חל כחשא דארעא משום שלא נטעם בידים, ומשמע קצת דכחשא דארעא הוי דין מזיק בעלמא שחל רק במזיק בידים ולא בשטיפת נהר. והנה אם ננקוט שחל קנין בנטיעות מדין ארעי אשבח יתכן דיחול הקנין גם בזיתים ואם בעל הזיתים יטול את הזיתים הריהו מזיק את בעל השדה משום שלוקח זיתים שאינם שלו אלא של בעל השדה שקנאם בשדהו.

הערות בפסקי הרמב"ם בדין יורד לתוך שדה חבירו

א) עיין ברמב"ם (פ"י מהל' גזלה ואבדה ה"ד - ה"ט) ומהא שהביא הרמב"ם דין יורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות בהל' גזלה משמע דהיורד עובר על איסור גזילה דהריהו משנה ממון חבירו שלא ברשות וחל בזה איסור גזילה.[757]

ב) עיין ברמב"ם (פ"י מהל' גזו"א ה"ה) דהרמב"ם פסק דין כחשא דארעא והשמיט דין ישוב א"י והשיגו הראב"ד, (והבאנו פלוגתתם לעיל). והנה הרמב"ם פסק (פ"ד מהל' שכנים ה"י) וז"ל שטף נהר את זיתיו ושתלם בתוך שדה חבירו ואמר הלה זיתי אני נוטל אין שומעין לו משום ישוב הארץ אלא יעמדו במקומן עכ"ל. וצ"ע למה בשטף נהר את

[757] ונראה דאין כאן איסור מזיק דהא חבירו אינו מפסיד ממון אבל יש איסור גזילה דחל איסור מדין מעשה גזילה אע"פ דליכא לקיחת ממון לגזלן, וכגון בגונב פחות משו"פ או הגונב ע"מ למיקט או ע"מ לאבד. ועיין בס' רשימות שיעורים למס' ב"ק בהקדמה לפרק מרובה.

זיתיו הביא הרמב"ם את הטעם דישוב א"י ולא ביורד לתוך שדה חבירו. ויתכן דהרמב"ם קבל את הטעם דישוב א"י רק להתיר אבידה וכגון בשטף נהר את זיתיו דחלות שם אבידה בחפצא מהוה חלות מתיר לקחת ממון חבירו האבוד.[758] אך ביורד לתוך שדהו דליכא מתיר דאבידה לא חל הדין דישוב א"י.

ג) כתב הרמב"ם (פ"י מהל' גזו"א הי"א) וז"ל אבל אם שמו לו ואמרו לבעל השדה תן לו ואמר נתתי אע"פ שעדיין לא נשבע היורד הרי בעל השדה נאמן לישבע שבועת היסת שנתן ויפטר שהקרקע בחזקת בעליה עכ"ל. וצ"ע מה בא הרמב"ם להוסיף במש"כ "שהקרקע בחזקת בעליה", דהרי הבעלים פטורים מדין כופר בכל, כי טוענים פרעתיך והמוציא מחבירו עליו הראייה. ונראה דסד"א דהשבח ליורד כל זמן שלא שילם בעה"ב דקנה היורד מדין קנין דמעשה ידיו וא"כ היורד הוי המוחזק ולא בעל השדה, קמ"ל דהשבח של בעל השדה מעיקרא דדינא דקנהו מדין ארעי אשבח, והספק הוא רק אם הוא פרע חובו או לא, וע"כ בעל השדה הוי המוחזק בממונו ועל היורד להביא ראייה שלא שילמו.[759]

דף קא:

גמ'. המשכיר בית לחבירו סתם, אין יכול להוציאו בימות הגשמים מחג ועד הפסח, אלא א"כ הודיעו שלשים יום מעיקרא.

ומבואר דאין המשכיר יכול להוציא את השוכר מן הבית אלא א"כ הודיעו קודם לכן ל' יום. ועיין ברש"י (ד"ה להודיע קתני) שכתב דהיינו אפי' בשכירות שקצובה לזמן דצריך להודיעו קודם גמר השכירות ובלא"ה אינו יכול להוציאו מביתו. אמנם עיין ברמב"ם (פ"ו משכירות ה"ו) שכתב דדוקא בשכירות סתם צריך להודיעו, משא"כ בשכירות קצובה לזמן אינו צריך להודיעו.

ונראה דלפי שיטת רש"י דאף בשכירות לזמן קצוב צריך להודיעו בכדי להוציאו מביתו, ואם לא הודיעו ונשאר השוכר בביתו אין זה נחשב כהמשך של השכירות הראשונה, שהרי הגיע סוף זמן השכירות, אלא דחל לשוכר היתר וזכות השתמשות חדשה שאין הבעלים יכולים להוציאו מהבית מבלי להודיעו קודם לכן ל' יום. אולם יש לעיין לפי שיטת הרמב"ם דאינו צריך להודיעו בשכירות שקצובה לזמן מסוים וחל דין הודעה רק

[758] עיין לעיל בשיעורים לפרק אלו מציאות דף כא: בענין יאוש שלא מדעת.

[759] ברם כ"ז בפסק הרמב"ם כששמו הוצאותיו אבל כ"ז שלא שמו פסק הרמב"ם שהיורד נשבע ונוטל ונאמן בשבועת הנוטלין. ועיין במגיד משנה. ורבינו זצ"ל אמר דבאופן זה כשלא שמו ב"ד יש ליורד קנין בשבח מטעם מעשה ידיו ורק אחרי השומא ב"ד הופכים את הקנין לבעל השדה מדין ארעי אשבח.

בשכירות סתם, מהו הדין בשכירות סתם היכא שלא הודיעו האם השכירות הראשונה נמשכת או"ד דחל היתר השתמשות חדשה לשוכר. דהנה יתכן לפרש הדין שאין צריך להודיעו בשכירות לזמן בב' אופנים: א) דבשכירות לזמן הוי כאילו כבר הודיעו, מכיון דידוע מתי תגמר השכירות. ולפי"ז י"ל דבשכירות סתם צריך לבטל השכירות ע"י הודעתו, וכל שלא הודיעו השכירות הראשונה עדיין נמשכת. משא"כ בשכירות הקצובה לזמן חלה הודעה מתחלת השכירות ואין צריך הודעה שנייה לבטל השכירות הראשונה. ב) י"ל דבשכירות לזמן קצוב נתבטלה השכירות מאליה בהגיע הזמן ולא בעינן הודעה כדי לבטלה. ועיין בגמ' "אמר רב הונא ואם בא לרבות בדמיה מרבה וכו' לא צריכא דאייקור בתי", ולכאורה מהא דיכול להרבות בדמיה מוכח דלא הוי המשך השכירות הראשונה דא"כ איזה זכות יש למשכיר להרבות בדמיה, ועל כרחך צ"ל דחל זכות והיתר השתמשות חדשה לשוכר דאי אפשר להוציאו מן הבית מבלי להודיעו קודם לכן ל' יום, אמנם עכ"ז המשכיר יכול להרבות בדמיה עבור ההשתמשות בבית. ונראה דסברא זו מבואר נמי מדברי הריטב"א (בד"ה לא צריכא דאייקור וכו') שכתב וז"ל אבל מורי ז"ל לא ניחה ליה דהא כיון שלא הודיעו מעיקרא הרי הוא כאילו השכירו לו עד הפסח ולמה ירבה לו בשכרו, לכן פירש דהכא בשהודיעו מיירי שהוא מניחו שם ל' יום לחפש לו בית, דכיון שכן ואייקור בתי יש לו ג"כ להרבות בדמים כי למה ידור בביתו בזול בעל כרחו כיון שלא פשע מלהודיעו עכ"ל. ומבואר אליבא דהריטב"א דבלא הודיעו השכירות הראשונה נמשכת וא"א להרבות בשכירות, ואילו בהודיעו ויש לו ל' יום לחפש בית הו"ל שכירות חדשה ומרבה בשכירות. ולכאורה יתכן עוד נפ"מ בזה דהנה יש להסתפק לפי שיטת הראשונים דס"ל דרשות שוכר קונה לשוכר מדין קנין חצר מה יהיה הדין היכא דלא הודיעו ונשאר השוכר בבית האם קני ליה הך חצר או לא. ולכאורה זה תלוי דאם נאמר דהשכירות הראשונה נמשכת אזי י"ל דמועילה אף לקנין חצר, משא"כ אי הוי רק זכות השתמשות חדשה ואין לו קניני שכירות אזי י"ל דלא יועיל לקנין חצר. אמנם יתכן דאף אי הוי רק זכות השתמשות דמועיל הך זכות השתמשות לקנין חצר, ויל"ע בזה.

ועיין ברמב"ם (פ"ו מהל' שכירות ה"ט) וז"ל נפל בית המשכיר שהיה דר בו הרי זה יש לו להוציא השוכר מביתו ואומר לו אינו בדין שתהיה אתה יושב בביתי עד שתמצא מקום ואני מושלך בדרך שאין אתה בעל זכות בבית זה יותר ממני עכ"ל. וצע"ק באריכות לשונו. ונראה דר"ל דהשכירות הראשונה כלתה והשוכר יושב בבית בימי הגשמים בהיתר השתמשות חדשה. ולכן כח המשכיר בבית עדיף משל השוכר, דאע"פ שבתוך

ימי השכירות יש לשוכר כח עדיפות לדור בבית כי יש לו קנין השתמשות לזמן בבית דהמשכיר הקנה לו את הבית בשכירות לזמן קצוב, אך שאני לאחר ימי השכירות כשהשוכר יושב בבית בימי הגשמים שאין לו קנין שכירות אלא רק היתר השתמשות בעלמא, ולכן יש למשכיר הקנין בבית ומשו"ה כוחו עדיף ויכול להוציא את השוכר מהבית כשבית המשכיר נפל, ודו"ק.

וע"ע ברמב"ם (שם ה"ז) וז"ל המשכיר בית לחבירו סתם אינו יכול להוציאו עד שיודיעו ל' יום מקודם כדי לבקש מקום ולא יהיה מושלך בדרך ולסוף השלשים יצא וכו' קבע לו ל' לפני החג אם נשאר מן הל' יום אפילו יום א' לאחר החג אינו יכול להוציאו עד מוצאי הפסח והוא שיודיעו ל' יום מקודם עכ"ל. וצ"ע למה צריך להודיעו פעם שנית ל' יום לפני מוצאי פסח דהרי הודיעו קודם החג. וי"ל דההודעה הראשונה נתבטלה דלא היתה ל' יום לפני החג ולפיכך צריך להודיעו פעם שנית ולתת לו ל' יום לחפש לו בית שיוכל להכנס בו אחרי פסח.

משנה. המשכיר בית לחבירו המשכיר חייב בדלת בנגר ובמנעול ובכל דבר שמעשה אומן אבל דבר שאינו מעשה אומן השוכר עושהו.

עיין ברש"י (ד"ה מרזב) וז"ל וכשנפלה אחת מהן הדיוט מחזירה עכ"ל. ובפשטות ס"ל דהכל תלוי במעשה אומן שעל המשכיר מעשה אומן ועל השוכר מעשה הדיוט. אמנן יעויין ברמב"ם (פ"ו מהל' שכירות ה"ג) שכתב וז"ל המשכיר בית לחבירו חייב להעמיד לו דלתות לפתוח לו חלונות שנתקלקלו ולחזק את התקרה ולסמוך את הקורה שנשברה ולעשות נגר ומנעול וכל כיוצא באלו הדברים שהן מעשה אומן והן עיקר גדול בישיבת הבתים והחצירות. וממש"כ "והן עיקר גדול בישיבת בתים וחצירות" משמע דבנוסף למעשה אומן בעינן שדבר זה יהיה עיקר גדול בישבת הבתים וחצירות, ודלא כרש"י.

גמ'. בעו מיניה מרב ששת מזוזה על מי, מזוזה האמר רב משרשיא מזוזה חובת הדר היא אלא מקום מזוזה. יש להסתפק האם חל חיוב מזוזה רק על מי שיש לו קניני דירה בבית דהיינו ששכר את הבית ויש לו זכות קנין לדור בבית, או"ד דחיוב מזוזה תלוי במעשה דירה - שחל חובת מזוזה על מי שדר בבית, ואע"פ שאין לו זכות וקנין לדור בבית, וכגון שנתנו לו הבעלים רשות לדור בבית ויכולים לסלקו כל זמן שהם רוצים דחל עליו חובת מזוזה מחמת מעשה דירה שדר בבית. ועיין ברש"י (ד"ה חובת הדר היא) וז"ל דדרשינן (מנחות לד א) ביתך דרך ביאתך למי שנכנס ויוצא לה זה הדר בה עכ"ל. ומשמע דחיוב מזוזה חל על מי שדר בבית בפועל ואינו תלוי בקניני דירה וחלות שכירות. ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' תפילין הי"א) שכתב וז"ל המשכיר בית לחבירו על השוכר להביא

מזוזה ולקבוע אותה וכו' מפני שמזוזה חובת הדר היא ואינה חובת הבית וכו' עכ"ל. וממש"כ "שמזוזה חובת הדר היא ואינה חובת הבית" משמע קצת נמי דהרמב"ם סובר כרש"י דחיוב מזוזה תלוי במעשה דירה בלבד והוי חובת גברא בלבד, דאי בעינן קנין זכות דירה בבית אזי הו"ל חובת הבית, דהקנין שבבית מחייב במזוזה. אמנם יש לדחות דאי מזוזה הוי חובת הבית אזי חיוב מזוזה אינו תלוי בדירה כלל אלא דהבית עצמו טעון מזוזה, קמ"ל דהוי חובת הדר. אולם יתכן דהרמב"ם סובר שחיוב מזוזה תלוי בזכות קנין לדור בבית ולא במעשה דירה בלבד, ודלא כרש"י. ועיין בגמ' יומא (דף יא.) "ת"ר כל הלשכות שהיו במקדש לא היה להן מזוזה חוץ מלשכת פרהדרין שהיה בה דירה לכה"ג וכו'". ומוכח לכאורה מהגמ' דחיוב מזוזה תלוי במעשה דירה ולא בקניני דירה דלא היה לכה"ג קניני דירה בלשכת פרהדרין.[760]

ועוד יש להעיר בדברי הרמב"ם שהביא את ההלכה שהשוכר חייב במזוזה בין בהל' מזוזה (פ"ה מהל' סת"ם הי"א) ובין בהל' שכירות (פ"ו מהל' שכירות ה"ג), וצ"ע מדוע הביא הרמב"ם דין זה פעמיים. ונראה דהרמב"ם סובר דיש ב' דינים בחיוב מזוזה: א) חיוב בתורת מצוה, ב) חיוב בדיני ממונות, והרמב"ם סובר שהשוכר חייב במזוזה מתרי טעמי - דחייב במצות מזוזה משום דמזוזה חובת הדר היא, וחייב נמי במזוזה משום חובת השוכר בדיני ממונות, וכשאר חיובי ממונות של השוכר כגון לעשות סולם ומרזב ולהטיח את גגו. ולכאורה יתכן נפ"מ בזה לגבי שוכר שהוא קטן שפטור ממצות דמ"מ חייב במזוזה מפאת חובת שוכר בדיני ממונות.

והנה בגמ' איתא דהשוכר חייב במעקה, אמנם יש לעיין האם השוכר חייב במעקה משום מצות מעקה או"ד דמצות מעקה חלה על המשכיר, והשוכר חייב רק משום דיני ממונות. ועיין ברמב"ם (פ"יא מהל' רוצח ה"א - ה"ג) וז"ל מצות עשה לעשות אדם מעקה לגג שנאמר ועשית מעקה לגגיך, וכו' וכל המניח גגו בלא מעקה ביטל מצות עשה ועבר על לא תעשה שנאמר ולא תשים דמים בביתך עכ"ל. ולכאורה לגבי הלאו י"ל דהשוכר קא עבר על הלאו שהוא גורם התקלה שמניח גגו בלי מעקה ולכאורה משום כך חייב השוכר בעשיית מעקה, אמנם יש לעיין מי חייב בעשה לבנות מעקה - השוכר או המשכיר, וברמב"ם (פ"ו מהל' שכירות ה"ג) כתב להדיא ד"השוכר חייב לעשות מעקה ומזוזה", אמנם יש לעיין האם זהו משום דקעבר על הלאו או"ד דהשוכר חייב נמי בעשה, וצ"ע.[761]

[760] אולם יש לדחות דחל חיוב מזוזה על הציבור דיש להם קנין בלשכת פרהדרין והכה"ג חייב מאחר שהוא חלק מהציבור ויש לו קנין בלשכת פרהדרין, ועיין באחרונים.

[761] ועיין בהגהות מיימוניות (פ"יא מהל' רוצח ה"א אות א') וז"ל נראה כשאדם שוכר בית מאחרים פטור מן המעקה מה"ת מדלא מרבינן בספרי אלא לוקח ויורש וניתן לו במתנה ואין אומר נשכר לו, והא דאמרינן בהשואל

דף קב.

גמ'. הזבל של בעל הבית ואין לשוכר אלא היוצא מן התנור ומן הכירים. במאי עסקינן אילימא בחצר דאגיר ליה לשוכר ותורי דשוכר אמאי של בעה"ב, אלא בחצר דלא אגירא לשוכר ותורי דמשכיר פשיטא, לא צריכא בחצר דמשכיר ותורי דאתו מעלמא וכו'.
וברש"י (ד"ה בחצר דמשכיר וד"ה ותורי וכו') פירש וז"ל שלא השכיר את החצר ותורי דאתו מעלמא וסתם גללים אפקורי מפקירינהו בעלים וקניא ליה חצירו ואפילו קדם השוכר והגביהן לא זכה בהן עכ"ל. ועיין ברמב"ם (פ"ו מהל' שכירות ה"ה) שכתב וז"ל הזבל שבחצר הרי הוא של שוכר לפיכך הוא מטפל בו להוציאו וכו' במה דברים אמורים בשהיו הבהמות שעשו הזבל של שוכר אבל אם הבהמה של אחרים הזבל של בעל החצר, שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א דבר זה אינו מחוור שהרי בגמ' העימדוה בחצר דמשכיר ושוורים דאתו מעלמא פ' חצר דלא אגירא לשוכר, מכלל דאי אגירא ליה כדידיה דמי וקניא ליה מידי דהוה אשוכר את מקומו עכ"ל. ובמגיד משנה שם ביאר דהראב"ד מפרש את הגמ' כרש"י דמיירי בחצר של המשכיר שלא השכירה לשוכר ומשו"ה המשכיר קונה את הגללים שבאו מתורי דעלמא דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו. ואילו הרמב"ם פירש דמיירי בחצר של המשכיר שהשכירה לשוכר, ואע"פ שהיא שכורה ביד השוכר מכיון שהגללים הם משוורים דאתו מעלמא קונה המשכיר - דהמשכיר קונה מן ההפקר. ומבואר דנחלקו בדין שדה המושכרת האם המשכיר קונה מן ההפקר או השוכר, וצ"ב ביסוד פלוגתתם. ולכאורה היה נראה לפרש דנחלקו בדין קנין חצר האם

(קא:) השוכר חייב לעשות מעקה כדלקמן בהל' שכירות פ"ו היינו מדרבנן מפני שהוא דר בבית פן יבא להתרשל בדבר עכ"ל. ועיין במנחת חינוך מצוה תקמ"ו אות א' שהביא שבס' פאת השולחן (הל' א"י ס' ב' ס"ק כ"ז) כתב שנחלקו הפוסקים האם השוכר חייב במעקה מדרבנן דמה"ת החיוב רמיא על המשכיר או"ד דהשוכר חייב מה"ת. ועיי"ש במנ"ח שביאר דהפוסקים דס"ל דהשוכר חייב במעקה מה"ת היינו משום דס"ל דשכירות ליומא ממכר והוי ליה של השוכר. ועיין בספר המפתח ברמב"ם פרנקל שציין לאחרונים שדנו בדברי הגהות מיימוניות.
ועוד יש להעיר בדברי רבנו זצ"ל די"ל דאין השוכר מחוייב כלל מה"ת ואף לא קעבר על הלאו משום דהלאו מיתלא תליא בעשה, וכדמבואר מדברי הריטב"א בקידושין דף לד. ד"ה והא דמחייב נשים וכו' שכתב וז"ל והא דמחייב נשים באבדה ובמעקה ובשילוח הקן משום דהוי מצות עשה שלא הזמן גרמא, תמיהא מילתא למה לי לחיובינהו בהו מהאי טעמא תיפוק ליה דאית בכל מינייהו לא תעשה ונשים חייבות בכל לא תעשה וכו' ובמעקה כתיב לא תשים דמים בביתך וכו' והרמב"ן תירץ דבהני אע"ג דאית בהו ל"ת אין העיקר אלא בעשה שבהם ולא אתי ל"ת אלא לקיומי לעשה, דבמעקה כתיב ועשית מעקה לגגך ובו הרצון והכוונה, ואחר כך ולא תשים דמים בביתך כלומר לא תעכב מלעשות מצוה זו וכו' וכיון דהעשה הוא עיקר אילו נשים פטורות מן העשה היו פטורות מלאו שבו, שאין הלאו אלא קיום עשה שבו, וגם זה נכון עכ"ל. ולפי"ז נראה דמכיון שאין השוכר מחוייב מה"ת בעשה של ועשית מעקה לגגך אף אינו עובר על הלאו דלא תשים דמים בביתך דהלאו תלוי בעשה. ויש להעיר דלענין מזוזה הביא הרמב"ם הדין שהשוכר חייב במזוזה בהל' סת"ם ובהל' שכירות, אולם ההלכה ששוכר חייב במעקה כתב רק בהל' שכירות, ומשמע איפוא שהשוכר חייב במעקה רק מדיני ממונות ולא משום מצות מעקה, וצ"ע.

הבעלים קונים ע"י החצר - דהיינו שהבעלים תופסים את החפץ בחצר וקונים את החפץ עי"ז שתופסים את החפץ ע"י החצר, או"ד דחל קנין חצר ממילא עבור הבעלים, והחצר היא שפועלת את חלות הקנין, די"ל דרש"י והראב"ד ס"ל דחל קנין ע"י תפיסת הבעלים, ומשו"ה ס"ל דהשוכר קונה מן ההפקר דמכיון שהוא זה שמשתמש ודר בחצר חשיב כאילו הוא תופס את החפץ שבתוך החצר ולכן השוכר הוא זה שקונה מההפקר. משא"כ הרמב"ם סובר דחל קנין חצר מאליה עבור הבעלים, ומשו"ה ס"ל דקונה המשכיר שהוא הבעלים של החצר.[762]

ועיין בש"ך (חו"מ סימן שי"ג ס"ק ד') שהקשה דבגמ' (דף יא. - יא ב) איתא "מעשה ברבן גמליאל וזקנים שהיו באים בספינה אמר ר"ג עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו ועישור אחר שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף כדי שיזכה בו ומקומו מושכר לו", ומבואר להדיא בגמ' דהשוכר קונה מדין קנין חצר בחצר המושכרת לו, וצ"ע בשיטת הרמב"ם. ותירץ הש"ך דדעת אחרת מקנה לו שאני, דכשיש דעת אחרת המקנה את החפץ לשוכר לבדו אזי קונה השוכר, והתם מיירי בדעת אחרת מקנה לשוכר ומשו"ה קונה השוכר. ונל"ב דלעולם החצר קונה להמשכיר והא דחל קנין מתנה לשוכר הוא משום דהמשכיר הקנה לשוכר את זכות קנין של החצר לענין מתנה, דחלק מהשכירות של החצר היינו שקנה השוכר את זכות הקנין דחצר. משא"כ לענין קנין מציאות מן ההפקר לא הקנה המשכיר לשוכר את זכות קנין של החצר, ומשו"ה המשכיר הוא זה שקונה מן ההפקר.

ועוד נראה לבאר שיטת הרמב"ם והש"ך על פי יסוד הגר"ח זצ"ל שקבע שבשכירות קנין הגוף לפירות שייך למשכיר ואילו לשוכר חל קנין פירות דעלמא. ולפי"ז י"ל שעצם החצר קנוי למשכיר ואילו ההשתמשות שבחצר קנויה לשוכר. ויוצא שמצד הקנין שבגופו של החצר, החצר תפוס למשכיר. ומאידך, מצד ההשתמשות שבחצר, השוכר הוי התופס. ולכן החפצא דהקנין תפוס בחצר בין למשכיר ובין לשוכר. ובתרתי דסתרי הזה שבין המשכיר לבין השוכר, תפיסת המשכיר אלימתא, שהרי הוא המוחזק בעצם גופו של החצר. ואילו תפיסת השוכר גריעה וחלשה כלפי תפיסת המשכיר בגוף החצר. ולפיכך החצר תופס דבר הפקר וקונהו למשכיר ולא לשוכר. ואילו כשיש דעת אחרת שמקנה את החפצא לשוכר אזי השוכר קונהו משום שעכ"פ מוחזק הוא ותפוס בחצר מצד

[762] עיין לעיל בשיעורים (פרק אלו מציאות) בענין קנין חצר. ועיין בס' רשימות שיעורים למס' יבמות בענין קנין פירות וקנין הגוף אות ג' מש"ב רבינו זצ"ל בביאור פלוגתת הרמב"ם והראב"ד.

ההשתמשות, ודעת האחרת התכוונה להקנות את החפצא לשוכר ולעשות אותו לבדו התופס בחפצא ולהקנותו לו ולא למשכיר.[763]

גמ'. מיתבי זבל היוצא מן התנור ומן הכירים והקולט מן האויר הרי אלו שלו ושברפת ושבחצר של בעל הבית ואם איתא לדר' יוסי בר' חנינא דאמר חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו קולט מאויר אמאי הרי אלו שלו אויר חצירו הוא. אמר אביי במדביק כלי בשולי פרה. ובתוס' (ד"ה קולט) הקשו דצ"ע דאי לא ס"ל כר' יוסי בר' חנינא דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אמאי קיי"ל דהזבל שבחצר לבעל הבית. ובשיטמ"ק כתב בשם הראב"ד וז"ל דמדקאמר רבי יוסי קונה לו שלא מדעתו משמע קונה לו לגמרי, וכאלו היא מדעתו, ואלו מדעתו קיי"ל דאויר חצר כחצר דמי וכו ואם כן קולט מאויר אמאי שלו, אלמא שלא מדעתו לא קניא לגמרי וכו' עכ"ל. ומבואר דהראב"ד מפרש דהגמ' מק' דאי ס"ל כר' יוסי בר' חנינא דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אזי אף אויר חצירו נמי קונה לו, וצ"ע מדוע קונה השוכר הזבל באויר. אמנם אפילו אי לא ס"ל כר' יוסי בר' חנינא מ"מ ניחא הא דעצם החצר קונה לבעל הבית ומשו"ה לא מקשינן אמאי הזבל שבחצר לבעל הבית. ודבריו צ"ע דאי לא ס"ל כר' יוסי בר' חנינא א"כ אמאי תיקני לו החצר עצמה שלא מדעתו, ומהו המקום לחלק בין אויר החצר לחצר עצמה.

והנה עיין במשנה לעיל (דף יא.) "ראה אותן רצין אחר מציאה אחר צבי שבור אחר גוזלות שלא פרחו ואמר זכתה לי שדי זכתה לו. היה צבי רץ כדרכו או שהיו גוזלות מפריחין ואמר זכתה לי שדי לא אמר כלום". ועיין בתוס' (שם ד"ה זכתה) שנקטו דאף אם לא אמר זכתה לי שדי קנה דקיי"ל כר' יוסי בר' חנינא דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו ומוכח דאע"פ שלא אמר קנה. אמנם יעויין ברמב"ם (פי"ז מהל' גזילה ה"ח) וז"ל חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר. במה דברים אמורים בחצר המשתמרת אבל בשדה וגנה וכיוצא בהן אם היה עומד בצד שדהו ואמר זכתה לי שדי זכה בה. ואם אינו עומד שם או שהיה עומד ולא אמר זכתה לי שדי כל הקודם זכה עכ"ל. ומבואר שהרמב"ם מחלק בין שדה המשתמרת לשדה שאינה משתמרת, דבשדה המשתמרת קונה אף אם לא עמד בצדה ולא אמר "תזכה לי שדי", משא"כ בשדה שאינה משתמרת בעינן שיעמוד לצד השדה ושיאמר "זכתה לי שדי" ואל"ה לא קנה. ושיטת הרמב"ם צ"ע דאי קיי"ל חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו מדוע ס"ל דבחצר שאינה משתמרת צריך בעל החצר לעמוד בצד חצירו ולומר תיקני לי שדי.

[763] וע"ע ברשימות שיעורים למס' יבמות בענין קנין פירות וקנין הגוף אות ג' (עמ' תי"ד - תט"ו).

ונראה דהרמב"ם סובר דיש חילוק בין קנין חצר בחצר המשתמרת לקנין בחצר שאינה משתמרת, וס"ל דיש ב' דינים בקנין חצר - דבחצר המשתמרת החצר קונה מאליה עבור הבעלים וליכא מעשה קנין מצד הבעלים, ואילו בחצר שאינה משתמרת הבעלים קונים ע"י החצר, וחל מעשה קנין לבעלים ע"י החצר. ומשו"ה בחצר שאינה משתמרת בעינן שיעמוד הבעלים בצדה ושיאמר "זכתה לי שדי" דע"י שהבעלים עומדים בצד החצר חל שמירת החפץ בתוך החצר ובאמירת "זכתה לי שדי" חל דעת קנין ובכך קונים הבעלים את החפץ ע"י החצר. משא"כ בחצר המשתמרת החצר תופסת את החפץ שבתוכה עבור הבעלים והחצר קונה מאליה לבעלים אף שלא מדעתם. אולם בחצר שאינה משתמרת אין החצר מצד עצמה תופסת את החפץ, אלא הבעלים תופסים את החפץ ע"י ששומרים את החפץ בתוך החצר, ומשו"ה בעינן דעת בעלים לפעול את הקנין, דהבעלים תופסים וקונים את החפץ ע"י ששומרים את החפץ בחצר. ולפי"ז יש לבאר דברי הראב"ד בסוגיין, דס"ל דאי לא קיי"ל כר' יוסי בר' חנינא אזי אויר החצר קונה רק מדעתו אמנם החצר עצמה שפיר קונה שלא מדעתו - משום די"ל דשאני הקנין שבאויר מהקנין דחצר עצמה, די"ל דהקנין באויר החצר חל ע"י הגברא דהיינו דנחשב כאילו הגברא תופס את החפץ באויר כדי לקנותו, ואין עצם אויר החצר קונה מאליו, ומשו"ה לא חל הקנין אלא מדעתו - דאזי חלה תפיסת הגברא בחפץ. משא"כ בקנין של החצר עצמה דאפילו שלא מדעתו חלה תפיסת החפץ בחצר עצמה, והחצר עצמה פועלת הקנין מאליה, ומשו"ה החצר קונה לו אף שלא מדעתו, אבל אין החצר עצמה תופסת וקונה מאליה באויר החצר אא"כ ס"ל כר' יוסי בר' חנינא.

ובביאור המחלוקת בין תוס' והרמב"ם האם צריך לעמוד בצד שדהו וגם לומר "זכתה לי שדי" נראה דתוס' ס"ל דאם הבעלים עומדים בצד השדה אזי משווים ליה לחצר המשתמרת ותו לא צריך לומר "זכתה לי שדי" דקיי"ל בחצר המשתמרת דקונה לו שלא מדעתו משום דהחצר עצמה תופסת החפץ וקונה מאליה עבור הבעלים. משא"כ הרמב"ם סובר דאם השדה אינה משתמרת מצד עצמה תו לא מהני מידי שיחול תפיסת החצר עצמה, ואין הקנין חל מאליו ע"י החצר עצמה אלא שחל הקנין ע"י תפיסת הבעלים, עי"ז שהבעלים שומרים את החפץ בחצר, ומשו"ה בעינן שיעמדו הבעלים בצד החצר ושיאמרו "זכתה לי שדי", דבעינן דעת לזכות להחיל תפיסת הבעלים ומעשה קנין של הבעלים. ועוד יתכן לפרש דתוס' ס"ל דכשעומד בצד שדהו חל קנין ע"י תפיסת הבעלים ואעפ"כ ס"ל דאינו צריך לומר "תזכה לי חצרי" דקנין שחל ע"י תפיסת הבעלים נמי לא צריך דעת.

ובסוגיין לעיל איתא (דף קב.) "מיתיבי אם אמר כל מציאות שיבאו לתוכו היום תקנה לי חצרי לא אמר כלום ואם איתא להא דר' יוסי בר' חנינא חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אמאי לא אמר כלום, הכא במאי עסקינן בחצר שאינה משתמרת אי הכי אימא סיפא יצא לו שם מציאה בעיר דבריו קיימין ואי בחצר שאינה משתמרת כי יצא לו שם מציאה לעיר מאי הוי, כיון דיצא לו שם מציאה בעיר מיבדל בדילי אינשי מינה והויא לה חצר המשתמרת". והקשה הרא"ש (מובא בשיטמ"ק ד"ה מבדל בדילי) וז"ל ואם תאמר כיון דהויא בחצר המשתמרת למה לי אמר אפילו לא אמר נמי. וי"ל דמשום רבותא דרישא נקטיה, אי נמי כיון דאינה משתמרת ממש בעינן אמר עכ"ל. ונראה דר"ל דמכיון דלא הויא חצר המשתמרת ממש אלא דבדילי אינשי מינה, אזי אין החצר עצמה תופסת את החפץ לקנות בעצמה את החפץ מאליה, ולכן בעינן אמירת הבעלים ודעת הבעלים לקנות את החפץ שקונים את החפץ באמירתם ובדעתם ע"י החצר. אמנם עיין ברא"ש (פ"א סימן ל"א) דס"ל כשיטת התוס' דבעומד בצד שדהו אינו צריך לומר "זכתה לי שדי". ונראה דהרא"ש סובר דבחצר המשתמרת ממש חל הקנין ע"י החצר עצמה - דהחצר עצמה תופסת וקונה את החפץ מאליה עבור הבעלים ואין הבעלים עושים מעשה קנין, והרא"ש סובר דבעומד בצד שדהו אזי הבעלים משווים ליה לחצר המשתמרת וכל חפץ שנכנס לתוכה נשמר בחצר ומשו"ה ס"ל דכשהבעל עומד בצד שדהו תו לא צריך לומר "תזכה לי חצרי", דבכהאי גוונא החצר עצמה תופסת ופועלת את הקנין מאליה. משא"כ ב"יצא לה שם מציאה בעיר דמיבדל בדילי מינה", דרק אותה מציאה נשמרת בחצר, ובכה"ג י"ל שאין החצר עצמה תופסת את החפץ עבור הבעלים - אלא דהבעלים קונים את החפץ ע"י החצר - דהיינו שחל תפיסת הבעלים עי"ז שהחפץ נשמר בתוך החצר שלהן, והבעלים עצמם עושים את מעשה הקנין, ומשו"ה בעינן שיאמרו "זכתה לי חצרי" דבעינן דעת בעלים כדי שיקנו הבעלים.

והנה עיין ברמב"ם (פכ"ט מהל' מכירה ה"י) שכתב וז"ל וכן קטן שקנה מטלטלין וקנו מידו ושכר מהם המקום לא קנה עד שימשוך, לפי שאינו זוכה בדרכים שזוכין בהן הגדולים, ראיה לדבר שאין חצר של קטן ולא ארבע אמות שלו קונין לו, מפני שנתרבו מדין שליחות ולא מדין ידו כמו שיתבאר ולא יהיה הקנין או שכירות מקום גדול מחצירו, אבל הקטנה שנתרבתה חצירה מידה תקנה המטלטלין מאחרים אם קנו מידה או בשכירות מקום עכ"ל. ומבואר שהרמב"ם סובר דאין לקטן קנין סודר וקנין אגב כי היכי שאין לקטן קנין חצר. משא"כ קטנה יש לה קנין סודר וקנין אגב משום שיש לה קנין חצר. והקשה עליו הש"ך (חו"מ סימן רל"ה ס"ק ג') דמה שייך לחלק בין קטן לקטנה

לענין קנין סודר וקנין אגב, דבשלמא לענין קנין חצר חילקו הש"ס בין קטן לקטנה משום דחצר דאשה משום ידה איתרבאי דכתיב ונתן בידה אבל לענין קנין חליפין אין טעם לחלק ביניהן. ונראה לתרץ דהרמב"ם סובר שקנין חצר הוי קנין מאליו שחל בלי מעשה קנין והרמב"ם סובר דכי היכי שנתמעט קטן מקנין חצר דהוי קנין החל מאליו בלי מעשה קנין ה"ה דנתמעט קטן מקנין סודר וקנין אגב דהויין קנינים שחלין מאליהן בלי מעשה קנין. דהגר"ח זצ"ל כבר ייסד (עיין לעיל בשיעורים לפרק הזהב בענין קנין סודר) דיסוד הקנין דקנין סודר הוי קנין מדעת שחל ע"י דעת מקנה ודעת קונה. וכן י"ל לענין קנין אגב דחל קנין ממילא על המטלטלין מאחר שחל מעשה קנין על הקרקע וליכא שום מעשה קנין על המטלטלין. ונראה דהמחלוקת אם חצר משום שליחות איתרבאי או משום יד איתרבאי הוא דלמ"ד חצר משום יד איתרבאי חל קנין חצר מדין תפיסת הבעלים דחשיב כאילו החצר היא ידו והבעלים תופסים את החפץ ופועלים את הקנין. משא"כ למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי י"ל דחל קנין חצר מאליו והחצר פועלת מעשה הקנין וזוכה עבור הבעלים כמו בשליח שמעשה השליח מתייחס לבעלים. ולפי"ז י"ל דהרמב"ם סובר דקטן נתמעט מקנינים שחלין מאליהם, משא"כ קטנה דמכיון דחל לקטנה קנין חצר משום ידה חל נמי קנין חצר מאליה, וה"ה דחל נמי קנין סודר וקנין אגב דהויין קנינים מאליהם לקטנה. אמנם יש להעיר דלפי"ז צ"ע מדוע אין קטן יכול לקנות בקנין חצר כשעומד בצד שדהו ואומר "תזכה לי שדי", דלפמש"נ קטן רק נתמעט מקנין מאליו אבל יש לקטן מעשה קנין וחל קנין משיכה לקטן, וא"כ י"ל דכשעומד בצד שדהו ואומר "תזכה לי שדי" הו"ל לקנות מכיון דבכה"ג חשיב כאילו הבעלים הם תופסים את החפץ ופועלים את הקנין וחל מעשה קנין לבעלים. ונראה לומר דהא דצריך לומר "תזכה לי שדי" אינו מדין דבעינן דעת לחלות הקנין בלבד אלא דעצם חלות תפיסת הבעלים חל רק ע"י שאומר "תזכה לי חצירי" ובעינן דעת לעצם מעשה הקנין וכדי שיחול תפיסת הבעלים, ומכיון שאין לקטן דעת ליכא לקטן מעשה קנין של חצר, ואף בעומד בצד חצירו ואומר תזכה לי חצירי לא קנה.

גמ'. מיתבי יוני שובך ויוני עלייה חייבות בשילוח ואסורות בגזל מפני דרכי שלום וכו' אמר רבא ביצה ביציאת רובה הוא דאיחייבה לה בשילוח ומיקנא לא קניא עד דנפלה לחצרו, וכי קתני חייבת בשילוח מקמי דתיפול לחצרו, אי הכי אמאי אסורות משום גזל אאמן. עיין ברש"י (ד"ה אאמן) וז"ל כלומר גזל דדרכי שלום אפילו אאמן נמי קאמר דדעתו של בעל השובך עליהם דבטוח שחוזרין למקומן לערב עכ"ל. ומבואר דרש"י סובר דיש איסור גזל מפני דרכי שלום בביצים ובאם. אולם התוס' (ד"ה אי הכי)

כתבו דחל איסור גזל משום דרכי שלום באם בלבד ולא בביצים. וצ"ע ברש"י דאמאי הביצים אסורות משום גזל והא לא באו לתוך החצר משא"כ האם נמצאת בחצר ומשו"ה אסורה משום גזל. ועיין ברמב"ם (פי"ז מהל' גזילה ה"ח) וז"ל חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר, בד"א בחצר המשתמרת אבל בשדה וגינה וכיוצא בהן אם היה עומד בצד שדהו ואומר זכתה לי שדי זכה בה, ואם אינו עומד שם או שהיה עומד ולא אמר זכתה לי שדי כל הקודם זכה עכ"ל. ובהי"א (שם) כתב וז"ל מי שראה אחרים רצים אחר המציאה וכו' ואם אינו יכול להגיען הרי אלו כצבי שהוא רץ כדרכו וכו' ולא אמר כלום אלא כל הקודם זכה בהן עכ"ל. ונראה דמבואר ברמב"ם דבחצר שאינה משתמרת ליכא תפיסת חפץ בחצר כלל, ולפי"ז י"ל דהאם אינה משתמרת בחצר ולא חל בה תפיסת החצר ודומה היא לביצים שלא יצאו עדיין ואינם מונחים בחצר, ולכן רש"י סובר דאם חל איסור גזל מפני דרכי שלום באם ה"נ שחל נמי איסור גזל מפני דרכי שלום בביצים. ואין האיסור גזל מפני דרכי שלום תלוי במעשה קנין דהרי ליכא מעשה קנין בהאם מכיון דהחצר אינה משתמרת לגבה. וקס"ד דחל איסור גזילה משום דרכי שלום היכא שחל מעשה קנין אולם יש חסרון בדעת קנין ומשו"ה מקשינן אמאי יש איסור גזל בביצים והרי לא נפלו לתוך החצר וליכא בהם מעשה קנין. ואמרינן דכי היכי דחל איסור גזילה באמן מפני דרכי שלום אע"פ שהוי חצר שאינה משתמרת לגבה ואין באם מעשה קנין ה"ה דחל איסור גזילה מפני דרכי שלום בביצים. ובשיטת התוס' נל"פ דס"ל דאיסור גזל מפני דרכי שלום חל באם בלבד ולא בביצים משום שהאם מונחת בחצר ואינה נקנית משום חסרון שמירה דהוי חסרון בדעת קנין, משא"כ בביצים שאינם כלל בחצר דליכא בהו מעשה קנין ליכא בהו נמי איסור גזילה מפני דרכי שלום.

גמ'. אפילו תימא דנפלה לה לחצירו כל היכא דאיהו מצי זכי ליה חצירו זכיא לה וכל היכא דאיהו לא מצי זכי ליה חצירו נמי לא זכיא ליה. ונראה לפרש הגמ' בב' אופנים: א) י"ל דכי היכי שחל איסור לעשות מעשה קנין דקנין יד והגבהה לזכות בביצים משום דעובר בעשה ד"שלח תשלח את האם והבנים תקח לך" ה"ה דאסור לזכות בביצים ע"י קנין חצר ואע"פ שאינו עושה שום מעשה קנין, דהאיסור חל בחלות קנין הבנים ולא במעשה הקנין שעשה לקנות הבנים מבלי לשלוח מקודם את האם, ב) י"ל דהאיסור תלוי במעשה לקיחת הבנים וכדכתיב "לא תקח האם על הבנים" ואף בקנין חצר חל מעשה קנין ותפיסה לבעל החצר ומשו"ה אמרינן דכל היכא דאיהו לא מצי זכי ליה אף חצירו לא זכיא ליה. ולכאורה יהיה נפ"מ בזה לענין קנין סודר וכגון בגוונא שקנה את

הביצים בקנין סודר האם עובר בלאו ד"לא תקח" ובאיסור עשה ד"שלח תשלח", דאי נימא שהאיסור תלוי במעשה קנין י"ל דלא קא עבר מאחר דקנין סודר אינו קנין שחל ע"י מעשה קנין אלא דהויא דין קנין מדעת. משא"כ אם נאמר דהאיסור תלוי בחלות קנין י"ל דעובר אף בקנין סודר. וכן י"ל דנפ"מ לשיטת התוס' דראייה בעלמא קני בהפקר דאם האיסור תלוי במעשה קנין י"ל דליכא איסור בקנין ראייה משא"כ אם האיסור חל מחמת חלות הקנין אזי י"ל דאף בקנין ראייה חל איסור. ועיין בגמ' (דף כה:) "המוצא בגל או בכותל ישן הרי אלו שלו", ובתוס' (דף כו. ד"ה דשתיך) הקשו דאמאי לא קני ליה לבעל החצר מדין קנין חצר, ותירצו דאין חצר קונה שלא מדעתו בדבר שיכול להיות שהבעלים לא ימצאנו לעולם. ובחידושי הריטב"א שם (ד"ה מצא בגל) הוסיף דמיירי דשתיך טפי ולא מסקי בעלים דעתייהו ע"ז וכל דלא מסקי בעלים אדעתייהו אין חצרם זוכה להם. ויתכן עוד לתרץ קושיית התוס' עפימש"נ בסוגיין דחצר קונה רק היכא שהבעלים עצמם יכולים לקנות בקנין יד, ומכיון דאין הבעלים עצמם יכולים לקנות בקנין יד דבר שאינו ידוע להם ה"ה דלא חל בזה קנין חצר.

דף קב:

גמ'. ושמואל אמר בבא באמצע חדש עסקינן אבל בא בתחילת חדש כוליה למשכיר בא בסוף חדש כוליה לשוכר וכו' ורב נחמן אמר קרקע בחזקת בעליה קיימת.

ופירש רש"י (בד"ה ושמואל) עד סוף (ד"ה בסוף החדש כוליה לשוכר) וז"ל מתני' דתני יחלוקו, בבא לב"ד באמצע החדש ואמר לו צא מביתי או תן לי שכר חדש זה, וכי מספקא לן איזהו לשון נתפיס אמרינן העמד ממון על חזקתו ומה שדר בה כבר לא מפקינן מיניה דלמא לשון ראשון אית לן למיתפיס, ומה שלא עבר מן החדש או יצא או יתן לו שכרו העמד קרקע על חזקתה בחזקת בעליה. כולו למשכיר, העמד קרקע בחזקת בעליה. בסוף החדש כולו לשוכר, העמד ממון על חזקתו עכ"ל. ונראה דשמואל סובר דבתחילת החדש הספק הוא בנוגע לזכות תשמיש בחצר ומאחר שיש לבעלים קנין הגוף בחצר הריהם מוחזקים נמי בזכות תשמישי החצר ומשו"ה בתחילת החדש כוליה למשכיר. משא"כ בסוף החדש הספק הוא בנוגע לחיוב תשלומין והממון ובזה השוכר הוי מוחזק ולכן בסוף החדש כולו לשוכר.

ועוד י"ל דאע"פ דיש למשכיר חזקת מרא קמא מ"מ מועיל תפיסת השוכר כנגד חזקת מרא קמא ומשו"ה בסוף החדש כולו לשוכר, ואע"פ דבעלמא אמרינן שאין תפיסה מועלת כנגד חזקת מרא קמא י"ל דזה רק לענין תפיסת חפץ וכגון בדברים העשויים

להשאיל דלא חלה בה תפיסה ודין מוחזק דכל מה שתחת יד אדם הוא שלו דאזלינן בהו בתר חזקת מרא קמא, משא"כ הכא דהשוכר הוי מוחזק במעותיו ומשו"ה כולו לשוכר ולא אזלינן בתר חזקת מרא קמא, ושמואל סובר דחזקת השוכר במעותיו עדיף מחזקת המרא קמא של המשכיר. ועוד י"ל דחזקת מרא קמא חלה מדין תפיסה ומדין בירור, והא דקיי"ל דאין מועיל תפיסה להוציא מידי חזקת המרא קמא היינו היכא שחלה החזקה מדין בירור, ובסוגיין ליכא למשכיר חזקה מדין בירור אלא מדין מוחזק דמעיקרא דמספק"ל אי תפוס לשון ראשון או לשון אחרון וחל דין חזקה דמעיקרא רק מדין ספק וניהוג ולא מדין בירור, ומשו"ה מועיל תפיסת השוכר להוציא מידי חזקת המרא קמא. ובסברת רב נחמן כתב רש"י (בד"ה ורב נחמן) וז"ל ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר שהספק לא עכשיו נולד אלא מתחילת החדש נולד והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר עכ"ל. כלומר לר"נ תפיסת השוכר הויא תפיסה לאחר שנולד הספק והמשכיר הוי מוחזק ראשון, ולא מהני תפיסת השוכר.

והנה עיין ברמב"ם (פכ"ח מהל' מכירה ה"ו) וז"ל אמר בית כור עפר אני מוכר לך הרי זה כמי שפירש ואמר בית כור עפר בין חסר בין יתר ואם פיחת מן המדה אחד מארבע ועשרים שהוא רובע לכל סאה או הותיר רובע לכל סאה הגיעו וכו' וכל שפיחת מבית כור ינכה לו מן הדמים וכל שהוסיף על בית כור יחזיר לו עכ"ל. והשיג עליו הראב"ד שם וז"ל א"א לא ידעתי מהו זה כי הפחות שבלשונות קולא היא לנתבע ואם נתן מעות הלוקח הוא התובע ואם לא נתן והלוקח מחזיק והמוכר תובע מעות יתרים הוא התובע ופעמים שחסר קולא או חומרא לנתבע וכן להיפך עכ"ל. ומשמע דהראב"ד סובר דמועילה תפיסה כנגד חזקת מרא קמא, וצ"ע דקיי"ל דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכסברת ר' נחמן, וא"כ תפיסה לא מהני להוציא מידי המרא קמא. וי"ל דהראב"ד מפרש בסברת רב נחמן דבאמת יתכן שתפיסה תועיל להוציא מידי המרא קמא, אולם הכא בסוגיין תפיסת השוכר גרע משום שתפס לאחר שנולד הספק וכבר חלה חזקת מרא קמא למשכיר ומשו"ה לא מהני תפיסת השוכר להיותו מוחזק ומכיון דלא הויא תפיסה מעליא נשארת חזקת המרא קמא במקומה וכולו למשכיר, משא"כ בבבא דבית כור דחלה תפיסת הלוקח בב"א עם חזקת מרא קמא של המוכר ושפיר חלה תפיסה להפקיע מידי המרא קמא אף לשיטת רב נחמן.

גמ'. על מי להביא ראייה. הגמרא משווה דין פרעון שכירות לדין פרעון פדיון הבן דבתרווייהו אמרינן דאין אדם פורע תוך זמנו. ועיין בתוס' (ד"ה בחזקת) דהקשו משיטת אביי דס"ל עביד איניש דפרע בגו זמניה. ולכאורה היה יתכן לתרץ דשאני שכירות ופדיון

הבן ממלוה דעלמא, דבמלוה בעלמא חל חיוב לפרוע את החוב מיד ואף בתוך הזמן אלא דיש דין בגביית החוב דאין יורדין לגבות את החוב תוך זמנו. וכן משמע מדברי הרמב"ם שכתב (בפי"ג מהל' מלוה ולוה ה"ה) וז"ל וסתם מלוה ל' יום ואם התנה שיתבע בכל זמן שירצה יש לו לתבעו ביומו שתנאי ממון הוא עכ"ל, ומשמע דל' יום אינו אומדנא דעלמא דאינו מתחייב לשלם עד ל' יום, אלא דהוי דין דאורייתא דסתם הלואה ל' יום והא דיכול המלוה לשנות את זמן הפרעון הוא רק משום דהמתנה תנאי שבממון ע"מ שכתוב בתורה תנאו קיים. ולפי"ז י"ל דעצם החיוב לשלם את החוב חל מיד אלא דיש דין דאורייתא שאין גובין את החוב עד ל' יום. ומאחר שבמלוה חל חיוב לשלם את החוב מיד י"ל דבמלוה אמרינן עביד איניש דפרע את חובו תוך זמנו. משא"כ בפדיון הבן דליכא חיוב פדיון כלל תוך ל' יום ומשו"ה לא עביד איניש לפרוע את חובו תוך זמנו. וי"ל דה"ה בשכירות דפשיטא דלמ"ד אין שכירות אלא לבסוף ליכא חיוב בכלל לשלם לפני סוף הזמן. אמנם י"ל דאף למ"ד דס"ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף היינו דחל מחייב לשלם כל הזמן אמנם חלות החיוב לשלם לכו"ע אינו חל אלא לבסוף, דאין שכירות משתלמת אלא לבסוף ואין זה דין רק בגביית החוב אלא בעצם החיוב לשלם, ומשו"ה אף בשכירות אמרינן דלא עביד אינש לשלם תוך זמנו.

גמ'. מי עביד איניש דפרע ביומא דמשלם זמניה. ונל"ב דאם הזמן הוי שיעור זמן פרעון בעלמא אזי י"ל דחל דין מקצת היום ככולו ומשלם ביום האחרון. אמנם אם נאמר דהזמן אינו דין שיעור זמן פרעון בעלמא אלא דין דאין משלמים אלא לאחר שנגמרה המלאכה אזי י"ל דאין משלמים ביום האחרון. ועיין ברמב"ם (פ"ז מהל' שכירות ה"ג) ובלחם משנה שם. והנה אליבא דהרא"ש כשטען השוכר שכבר שילם תוך זמנו צריך המשכיר לישבע שבועת הנוטלין בנקיטת חפץ ונוטל בשבועה. ואילו לרי"ף אינו נשבע כלל. ולשיטת הרמב"ם המשכיר נשבע שבועת היסת. בביאור מחלקותם י"ל דפליגי האם שבועת הנוטלין חלה מדין מברר דאזי החזקה דאין אדם פורע את חובו תוך זמנו מבררת ואינו נשבע שבועת הנוטלין. ומאידך אם הוי דין חיוב שבועה המזכה אותו בממון אזי אין החזקה מועלת לפוטרו מחיוב שבועה. והרמב"ם סובר דנשבע שבועת היסת דס"ל דהחזקה מבררת ופוטרתו מלישבע שבועת הנוטלין אך לא משבועת היסת, דס"ל דהוי חיוב שבועת היסת בעלמא שחל על כל הנוטלין ואינו חל מדין מברר כשבועת הנוטלין דעלמא.

דף קג.

גמ'. אמר רב נחמן שואל אדם בטובו לעולם אמר רב מרי ברה דבת שמואל והוא דקני מיניה וכו' ומהדר ליה קתיה.

עיין ברש"י בד"ה שואל וז"ל אם ראה אדם כלי לחבירו ואמר השאילני בטובו וא"ל הן שאול לו לעולם כל זמן שהוא ראוי למלאכה, דהאי בטובו משמע לן כל זמן שהוא טוב ואפילו מחזירו חוזר ונוטלו כשיצטרך. והוא דקני מיניה דבעלים אבל לא קני מכי אהדריה כלתה קנייה דמשיכה ראשונה עכ"ל. ומבואר דלרש"י שאלה בטובו הוי חלות שאלות הרבה ואע"פ שהחזירו יכול לחזור ולנוטלו כשיצטרך מבלי לעשות מעשה קנין חדש וחלין שאלות הרבה ע"י קנין חליפין אחד. וצ"ע מדוע לא אמרינן דכלתה קנינו וניבעי קנין שאלה מחדש, ומ"ש קנין סודר מקנין משיכה דאי קנה ע"י משיכה והחזירה אמרינן דכלתה קנינו. ונראה לבאר עפי"ד מרן הגר"ח זצ"ל שביאר דשאני קנין חליפין משאר קנינים, דבשאר קנינים הקנין חל מחמת מעשה הקנין משא"כ חלות קנין חליפין דחל מדין הקנאה מדעת, והקנין חל מחמת דעת המקנה והקונה, והסודר אינו אלא סימן דיש להם דעת גמורה לעשות קנין. ונראה דמאחר שקנין חליפין הוי חלות קנין מדעת ואין בה חלות דין מעשה קנין משו"ה מועיל קנין חליפין אחד להחיל הרבה קניני שאלה, דרק בקנין שחל ע"י מעשה קנין אמרינן כלתה קנינו לאחר שנגמר חלות הקנין הראשון. אמנם מרש"י משמע דרק משום שהחזירו ורוצה שוב לנוטלו בעינן קנין חליפין להחיל שאלה לעולם אף לאחר שהחזירו, ואילו אם לא מחזירו חלה חלות שאלה לעולם ע"י משיכה. אמנם עיין בהגהת הגר"א (אות ב') שכתב שהרמב"ם והרי"ף ס"ל דאף אם לא אהדריה בעינן קנין חליפין להחיל שאלה לעולם, ושיטתם צ"ע. ונראה דס"ל דחלות קנין שאלה לעולם ע"י מעשה קנין משיכה אינו חל, וחלות קנין שאלה לעולם חל רק ע"י קנין חליפין מכיון דהוי חלות קנין מדעת. והביאור בזה דא"א להחיל קנין שאלה לעולם ע"י קנין משיכה בלבד משום דחלות קנין שאלה לעולם הוי קנין הגוף ולא קנין שאלה בעלמא המהוה רק חלות קנין תשמיש ופירות. אך חליפין חל כקנין התחייבות והיכא דקנה קנין שאלה לעולם בחליפין חלה התחייבות על המשאיל להשאיל את החפץ לשואל לעולם, ושפיר חלה התחייבות זו ע"י קנין חליפין, אך לא חלה התחייבות זו ע"י משיכה.

ועיין בנימוקי יוסף (דף ס. בדפי הרי"ף ד"ה אמר רב נחמן שואל אדם בטובו לעולם) שכתב וז"ל פרש"י דמהני האי קנין שאפילו מחזירו חוזר ונוטלו הימנו כשיצטרך אבל אם לא קנו מיניה מכי אהדריה כלתה קניית משיכה ראשונה ויש מן האחרונים ז"ל דכתבו דאין זה מחוור לומר דכלתה קניית משיכה ראשונה דודאי כיון דמשך על דעת

שיהא שאול לו לעולם באותה משיכה הוא קנאה לאותה שעה לכל השעות שהוא צריך לו וכו' עכ"ל. ונראה דרש"י וה"יש מהאחרונים ז"ל" נחלקו בדין שאלה לאחר שהחזירה לבעלים ולא קנו מידו, והשואל רק עשה משיכה בלבד, דרש"י סובר דמכי אהדריה בטלה זכות השתמשות דשאלה לגמרי דכלתה קנינו, ורק אם קנו מיניה בקנין סודר דהוי חלות דין קנין מדעת ואינה חלות קנין דחל ע"י מעשה קנין אזי חלה זכות קנין להרבה שאלות. משא"כ ה"יש מהאחרונים" סברי דאע"פ שהחזירה לבעלים לא פקע מיניה זכות קנין שאלה דכשמשך דעתו היתה לקנותה בזכות קניני שאלה לעולם כל זמן שהוא צריך לה. וכשהחזירה לבעלים אזי חל לבעלים ולשואל בגווה זכות השתמשות ביחד. אמנם נראה דאף לשיטת ה"יש מהאחרונים" דס"ל דאפילו לאחר שהחזירה לבעלים יש לשואל זכות קנין שאלה בגווה לנוטלה כשהוא צריך לה, מ"מ חיוב האחריות ודין שמירה מוטלת על הבעלים ואין לשואל אחריות השמירה אחרי שהחזיר את השאלה לבעלים. מאידך רש"י סובר דמשהחזירה פקעה השאלה דא"א שיהיה לשואל קנין שאלה כשהחפצא נמצא ברשות המשאיל וצריך לחול חלות שאלה חדשה כשחוזר ונוטלה, ושייך להחיל חלות שאלה שנייה רק בחליפין דהוי קנין מדעת ולא כלתה קנינו, משא"כ קנין משיכה דכלתה קנינו.[764]

ועיין עוד בנימוקי יוסף (שם) שהביא דהרנב"ר נסתפק בשאל בטובו דהויא שאלה לעולם האם יכול המשאיל להשתמש בחפץ שהשאיל בזמן שאין השואל משתמש בה או לא דהשואל יכול לעכב אותו מלהשתמש בה. ונראה דמספק"ל האם יש לשואל זכות קדימה בעלמא להשתמש בחפץ או"ד דיש לשואל קנין להשתמש בחפץ דמפקיע זכות ההשתמשות מהמשאיל.

גמ'. אמר רב פפא האי מאן דא"ל לחבריה אולשן האי גורגיתא ונפלה לא בני לה, גרגותא ונפלה בני לה, בי גרגותא כרי ואזיל כמה גרגותי בארעיה עד דמיתרמי ליה וצריך למיקני מיניה. עיין ברש"י ד"ה וצריך למיקני וז"ל מעיקרא ואי לא קנה מיניה דיבורא בעלמא א"ל ומצי למהדר ביה עכ"ל. ומדבריו משמע דעביד קנין המועיל בקרקע דהיינו חזקה. אמנם עיין ברמב"ם (פ"א מהל' שאלה ופקדון ה"ט) וז"ל האומר לחבירו

[764] ועיין באגרות הגרי"ד הלוי בקונטרס חאסלאוויץ אות ז' (עמ' רפ"ה), שביאר שם רבנו זצ"ל את שיטת רש"י באופן אחר - דאם הקנה המשאיל בתחילת השאלה את זכות קנין תשמישי השאלה בהקנאה גמורה כהקנאת גוף לפירות אזי אע"פ שהחזירה לבעלים לא פקעה קנינו ויכול לחזור וליטלה בלי קנין חדש, ודין זה חל אף אם קנה השאלה ע"י משיכה. משא"כ אי קנה רק זכות השתמשות מדין שאלה בעלמא אזי דמשהחזירה פקעה השאלה ובעי קנין חדש. ולפי"ז ביאר שכוונת הגמ' "והוא דקני מיניה", אינו ר"ל דקני ע"י קנין חליפין דהרי מבואר בתוס' (דף יא. ד"ה מקומו) שאין שאלה נקנית בחליפין וא"כ היאך קאמרה הגמ' דמועיל קנין חליפין להחיל שאלה לעולם. ועכצ"ל דר"ל דחל קנין הגוף לפירות ולא זכות וקנין שאלה גרידא, ומשו"ה לא פקעה קנינו משהחזירה. וחלות שאלה לעולם אינו תלוי במעשה הקנין אלא בגדר חלות הקנין שבחפצא.

השאילני שוקת זו של מים ונהרסה אינו יכול לבנותה אמר לו השאילני שוקת סתם ונהרסה יש לו לבנותה אמר לו השאילני מקום שוקת אם קנו מיד המשאיל הרי השואל הולך ובונה בקרקע המשאיל עד שתבא לידו שוקת שאפשר להשקות ממנה בהמתו או ארצו כמו שהתנה עם המשאיל עכ"ל, ומשמע דס"ל דקנו מידו בקנין סודר, וצ"ב מדוע לא פירש הרמב"ם כרש"י דמיירי דקנו בקנין חזקה. ויתכן לומר דב"אמר לו השאילני מקום שוקת" או "בי גרגותא" מכיון דשואל כל הקרקע עבור מקום הבאר ויש לשואל זכות שיכול לחפור בכל הקרקע עד שמוצא מקום א' לבאר המים אינו מועיל בזה קנין חזקה, דקנין חזקה אינה מועיל אלא לקנות מקום מסוים דוקא ואינו מועיל שיעשה חזקה במקום אחד ויקנה קנין לחפור באר מים במקום אחר, ומשו"ה מצריך הרמב"ם קנין סודר. ועוד נראה לבאר עפ"י מה שפסק הרמב"ם (בפכ"ג מהל' מכירה ה"ו) וז"ל ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס. אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם עכ"ל. ומבואר דהקונה קנין פירות בלבד אין לו רשות לשנות צורת הקרקע ולחפור בה בורות ולפיכך י"ל דבשאלה בעלמא ליכא קנין המועיל להרוס ולהשחית את החפץ השאול ומשו"ה בעינן קנין מיוחד דקנין סודר המהוה קנין מדעת להחיל התחייבות וזכות אף לחפור בקרקע בורות אע"פ שמשחית בכך הקרקע.

אי דאמר ליה בית סתם אמאי לא יעשנו שנים. הראשונים נחלקו האם אדם יכול להתחייב לתת לחבירו חפצא שבעין שלא בא לעולם או"ד דרק יכול להתחייב ולשעבד עצמו לשלם ממון אך לא לתת חפצא שבעין (עיין ברמב"ם פ"י מהל' אישות ה"ו וברמב"ם פכ"ב מהל' מכירה ה"א - ה"ב וה"ה, ובשיעורים לפרק הזהב דף מה: ד"ה בענין קנין דחל מדין דעת מקנה אות ב'). ולכאורה צ"ע מסוגיין על שיטת הרמב"ם דס"ל שאינו יכול להתחייב לתת לחבירו חפץ בעין שלא בא לעולם, דבסוגיין המשכיר התחייב לתת לשוכר עוד בית אחר, דלכאורה הו"ל התחייבות לתת חפצא בעין שלא בא לעולם לחבירו והאיך חלה ההתחייבות. וי"ל דשאני שכירות דעיקר ההתחייבות היא לתת לשוכר רשות וזכות השתמשות בביתו אך לא להקנות את גופו של הבית לשוכר, ומשו"ה שפיר מועילה התחייבות, ולא דמי למי שנתחייב להקנות עצם גוף הדבר לאחר זמן דלא מהני לפי כמה הראשונים משום דהוי דבר שלא בא לעולם.