

ברשותו. (עי' בחידושי לז"ק סי' ל"ד, וצטע"י ש"ז פי"ב).

ומתבאר דינא דתוספתא סופ"ה דנגעים, והוצא בר"ש (שם פי"א מי"ב), ופקקו הרמז"ס (פי"ג מטו"ז הי"א), דצגד מוסגר שצטעו או מכרו לגוי טהור. (וע"ש בתוספתא דראצ"ש אומר הרי הוא בהסגירו). ועיי"ש באו"ש שהקשה, דהרי צגד מנוגע אסור בהנאה, וגם צגד מוסגר אסור בהנאה כדאיתא בתו"כ פ' תזריע (ע"ש בר"ש דמייתי לה). והרי איסורי הנאה אין צידו למכרו, וא"כ אינו ברשותו של הישראל ולא שייך למכרו. ותי' האו"ש, דמכיון וע"י שמוכרו לגוי פקע איסורו, א"כ זכיית הגוי והפקעת איסורו צאין כאחד. — והביאור כנ"ל, דהקנין נעשה ע"י הגוי, ברשות הישראל. והיינו קנין קונה ברשות מקנה.

והנה דעת הגתה"מ (סי' קל"ז סק"ג) דצקנייניס א"צ דעת מקנה על ההקנאה, אלא סגי בדעת קונה בלבד, וצעינן רק הסכמת המקנה לקנינו של הקונה. ועיי"ש שכתב: "דהנה יש לעיין בהא דאמר נעשה כאומר לו לכשתגוב ותשלמיני תהיה פרתי קנויה לך, הא צעינן צקנין דעת מקנה ודעת קונה, וכאן בהמפקיד ודאי ללא היה דעתם לכך לשם קנין. וע"כ ז"ל הטעם כו', דכתב הש"ך צסי' שנ"ח סק"א דאי איכא אומדנא קנה אע"ג דלא הו' ידע המקנה כו', ה"נ קים להו לחכמים דאילו הו' ידע שיוגזב וישלם ודאי הו' מקנה ליה, משו"ה קנה אפילו שלא מדעת. וזהו אמרם נעשה כאומר

משום האומדנא. — אמנם צקנין צעינן דעת מקנה ודעת קונה, והאומדנא נראה דאינו מועיל רק לתקן דעת מקנה. אמנם צמקוס ללא נתכוין הקונה לקנות צהקנין, נראה דאפילו איכא אומדנא דמוכח דאילו הו' ידע הו' קונה, נראה דלא קנה כל כמה דלא נתכוין לקנות צקנין זה, דכל הקנייניס צעינן שיהיה כונה לשם קנין. ע"ש. ועיי"ש עוד מש"כ הגתה"מ (סי' ר' ס"ק י"ד), וצעינן ממש"כ (צסי' קצ"ה סק"א, וסי' רמ"ד סק"א). — וצשו"ת חמדת שלמה (או"ח סי' א') דן צזה צמש"כ הגתה"מ צספרו מקו"ת, על דברי המג"א (סי' תמ"ח סק"ד) צשם משאת צנימין, שאם מכר לגוי צקנין כסף לחוד, מהני מכירתו צדיעצד, אע"פ די"א דצעינן משיכה צגוי, מכיון שהחמץ אינו ברשותו אלא שהתורה אוקמיה ברשותו, סגי צגילוי דעת. ותמה המקו"ח (סק"ה), דגילוי דעת מהני רק לענין צל יראה דאורייתא, אבל לענין מכירה צעינן שיקנה הגוי, וכשאין צמעשיו רק גילוי דעת, אהני שיאל מרשותו אבל לא נכנס לרשות הגוי. ואין לומר דגמר ומקני להמלט מאיסור חמץ, דסו"ס צעינן דעת מקנה ודעת קונה למכירה. וע"ש צחמד"ש שהשיב, דסגי צגילוי דעת המקנה, דיסודו של הקנין הוא צהקנאת המקנה. וחזינן צדעת הגתה"מ דאדרבא יסודו של קנין הוא דעת קונה. (וע"ע צס' אצן האזל פ"ב משכניס ה"י).

ג) בגב', אמר שמואל נכסי גוי הרי הן כמדבר כל המחזיק צהן זכה צהן

כו', וזר"א"ש (פ"ג סי' ס"ה) כתב: "ואם נתן המעות יחזיק בו מיד קודם שיקדמנו אחר". ולכאורה י"ל דהיינו בתורת קנין חזקה לקנותו בכך, אמנם הטור (בסי' קצ"ד ס"ב) ביאר דברי הר"א"ש דכונתו דיחזיק בתורת הפקר ולא בתורת קנין חזקה דעלמא לקנין. וז"ל: "וכתב אדוני אבי הר"א"ש ז"ל אם פקח הוא אם נתן המעות יחזיק בו מיד בתורת הפקר קודם שיקדימנו אחר". וכבר דקדק ה"ח"י זצ"ל: "וסובר רבינו דיחזיק בתורת הפקר קאמר, ואינו מוכרח שכבר אפשר דיחזיק דקאמר הר"א"ש לאו מתורת הפקר אלא יחזיק סתם לקנות קאמר". אמנם הטעם בזה יעוי' צפרישה, דהטור דקדק בדוקא ללהחזיק בתורת הפקר קאמר, דלא שייך לומר שיקנהו בקנין חזקה דבעלמא, מכיון דליכא סמיכות דעת ללוקח כשקנאו מגוי רק כשהגוי כותב לו שטר, דסתם גוי אנס הוא. וכמו שכתב הרשב"א בסוגיין (ד"ה והקשה הרא"ש ד), "דישראל לא סמכא דעתיה עד שיכתוב לו הגוי את השטר משום דגוי אנס הוא וכיון שכן אפילו החזיק לא גמר לקנות עד שיכתוב לו את השטר, והיינו דקא פסיק ואמר דישראל לא קנה עד דמטי שטרא לידיה לא שגא החזיק לא שגא לא החזיק כו'". — וז"ל הפרישה עמש"כ הטור בשם הר"א"ש: "בתורת הפקר, כלומר שיאמר בפירוש אני מחזיק בקרקע זו מכח הפקר, ובהא גם הרשב"א מודה דעד כאן לא קאמר רשב"א אלא כשהחזיק בה סתם דאז אמרינן אן סהדי דלא סמכה דעתיה דמחזיק כו'". עכ"ד. ודו"ק.

ונמצוינו למדין דלד' הפרישה דעת ה"ח"י דהר"א"ש פליג ע"ד הרשב"א, דהרשב"א ס"ל דלא מהני חזקה לקנין, והר"א"ש ס"ל דמהני חזקה לקנין. [ולפ"ז לסברת הרשב"א לא מהני חזקה גם כשמחזיקו בתורת הפקר, דהא צהכי פליג הר"א"ש, וז"ב אמאי לא מהני, אטו גרע מאחרינא. וז"ל דבאמת ליכא פלוגתא צהכי, וס"ל לתרווייהו דמהני חזקה בתורת הפקר]. ואמנם הדרישה השיג ע"ד ה"ח"י, דהר"א"ש מיירי דוקא כשמחזיק בתורת הפקר, וגימורו: "דאי להחזיק סתם לקנות קאמר הו"ל למכתב ואם נתן המעות והחזיק קודם שהחזיק בו אחר קנה, דהיה משמע שאף שהוא החזיק בסתם שלא לשם זיכוי מההפקר נמי קנה, ומדלא כתב הכי אלא דייק וכתב "יחזיק" בו מיד קודם כו' בדרך זיווי ועלמה טובה, ודאי רזונו לומר שיחזיק בתורת הפקר קודם שיקדמנו אחר, ועוד מסתמא בחזקה דומיא שיקדמנו אחר קאמר שהיא בחזקת תורת הפקר".

ד) בגב', עובד כוכבים ממי מנו זוזי לידיה אסתליק ליה וישראל לא קני עד דמטי שטרא לידיה כו'. ויש לחקור האם הטעם דגוי שמכר קרקע לישראל אינו קונה אותו אלא בשטר עם נתינת הכסף היינו משום דכך דעתו לקנותו, או דגם כשצדעתו לקנותו בכסף לחוד מ"מ דינא הוא דצכל ענין דינא דגוי הכי.

ויעוי' בטור (בסו"ס קצ"ד) שכתב דהעיקר תלוי בדעתו של הלוקח, וז"ל: "וכל זה

לא איירי אלא בקרקע שאין דעת הלוקח לקנות אלא צטור אצל צמטלטלין קונה צנתינת המעות. ומצואר דהעיקר תלוי בדעתו, וממילא כשצדעתו של הישראל הלוקח לקנותו צכסף לחוד מהני. — וכבר כתב הצ"י (צסי קז"ד) צזה"ל: "ונראה לי שאם אמר הלוקח צכסף לצדו אני קונה שקנה ואינם כמדבר, וכדלמרינן (קידושין כ"ו א') לגבי ישראל דאי אמר אי צעינא צכספא אקנה שקנה, וכמ"ש צסימן ק"ז". עכ"ד הצ"י. ומצואר דנקט דהעיקר צזה תלוי בדעתו של הישראל הקונה.

ואולם הדרכי משה (צסי קז"ד ס"א) השיג ע"ד הצ"י, דצשלמא לשיטת הרשב"ם ד"ה אסתליק ליה, דכל קנינו של הגוי צכסף ולכן הישראל אינו קונה ממנו צכסף דקמייירי צמקום שנוהגים לכחוב שטר, וממילא כשהישראל מסכים לקנותו צכסף לחודא, שפיר קנה. אצל לדעת התוס' ד"ה הישראל כו' והרא"ש (פ"ג סי' ס"ה) דכל קנינו של גוי הוא צמשיכה, והכסף הו"ל רק גורם שיסתלק הגוי, וממילא לא מהני הסכמת הישראל לקנותו צכסף דהא ליכא מעשה קנין צגוי צכה"ג. — וסיים הד"מ: "מיהו צסוף סימן זה משמע דתלוי בדעת הלוקח". והיינו ממה שכתב הטור דדוקא צקרקע דינא הכי משום דדעת הלוקח לקנותו צטור דוקא.

ולבאורה הביאור צדברי הטור דס"ל בהרשב"ם דכל קנינו של הגוי צכסף, ולכן מהני הסכמת הישראל לקנות צכסף לחודא. (ו"ל לפ"ז דמש"כ הטור צריש

סימן קז"ד: "גוי שמכר קרקע לישראל אינו קונה אותו אלא צטור עם נתינת הכסף", וע"ש צד"מ דמשמע דצכל ענין דינא דגוי הכי. היינו דוקא צפשטות צברי הטור, אולם מסוף צברי הטור, צסוף הסימן, מצואר דאי"ז דינא צכל ענין).

ואמנם הטור (הנ"ל צסי קז"ד ס"א) הביא מהרשב"א צחי' לסוגיין נ"ד צ' (ד"ה והקשה הראצ"ד כו'), דצסף קונה צגוי, וע"ש צדרישה (סק"א) שכתב: "הא דפשוט ליה דקונה כסף צגוי אע"ג דרצי יוחנן ס"ל דלא קני ישראל מגוי ולא גוי מישראל צכסף כי אס צמשיכה, וכוותיה פסקו הרי"ף (צ"מ כ"ח ע"ב מדפי הרי"ף) והרא"ש (פ"ד דצ"מ סי' ח', וצכורות פ"ב סי' א') והרמב"ן (צהל' צכורות רפ"ב). אלא שהרשב"ם (צ"ב נ"ד צ' ד"ה אסתלק) ורש"י (קידושין י"ד צ' ד"ה הואיל, וצכורות ג' צ' ד"ה קנין) פסקו כריש לקיש דס"ל דגוי מישראל או איפכא קונה דוקא צכסף ושניהן דרשוהו ממה שכתוב (ויקרא כ"ה י"ד) או קנה מיד עמיתך, דלמדו מזה מה שקונה צו ישראל מישראל אינו קונה גוי מישראל או איפכא לכל מר כדאית ליה צפרק צ' דצכורות דף י"ג ע"ש. מ"מ כו"ע מודים דגוי קונה "קרקע" מישראל צדין תורה צכסף, וכמו שכתוב צאצרהס (צראשית כ"ג ט"ז י"ח) שקס לו השדה צכסף שנתן לעפרון, וכמו שכתבו התוספות צפ"ק דקידושין (צ' א' ד"ה וכסף) עיי"ש. עכ"ד הדרישה.

ולעיל ל"ה ב' איתא, אמר רב יהודה אמר רב ישראל הצא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם מה עכו"ם אין לו חזקה אלא בשטר אף ישראל הצא מחמת עכו"ם אין לו חזקה אלא בשטר. ופירש הרשב"ם הסוגיא לענין חזקת ג' שנים. אולם הרמב"ם (פ"א מזכיה הי"ד) פירש הסוגיא לענין קנין חזקה, יעוי"ש שכתב: גוי שמכר מטלטלין לישראל או קנה מטלטלין מישראל קונה במשיכה כו' אבל הקרקע אינו קונה אותה מישראל אלא בשטר כו". וביאר המגיד משנה, וז"ל: "זה נמצא שם פרק חזקת דגוי לא מקנה אלא בשטר וה"ה שאינו קונה". והכסף משנה הוסיף בדבריו: "וג"ל דהיינו הא דאמר רב יהודה אמר רב ישראל הצא מחמת גוי, ומפרשה רבינו לענין קנין וכמ"ש הרב המגיד בפ"א מהל' מכירה". והיינו דהרמב"ם מפרש דמיירי גם כשאין מערער, דכשאגוי לקנותה ללא קנאה הגוי מישראל אלא בשטר. ופליג ע"ד הרשב"ם דקמיירי דוקא כשיש מערער.

והא דאמרינן דגוי אין לו חזקה, ופירשו הרמב"ם דמיירי אף בקנין, וביאר המגיד משנה דה"ה שאינו מקנה. והנה מדל"א דקדקו מסוף המימרא דקאמר אף ישראל הצא מחמת גוי אין לו חזקה אלא בשטר, כתב הסמ"ע (בסי' קצ"ד סק"א) דמוכח דס"ל להרמב"ם לא פירש לסוף המימרא דמיירי בדין כמה קונה ישראל מהגוי, אלא מיירי בערעור שצא על ישראל המחזיק, דאמר לו ישראל חזירו מאי בעית

הן אמת דהטור (בסוף סימן קנ"ד) כתב לענין גוי שמכר קרקע לישראל וקבל המעות קודם שכתב לו השטר דאזתה השדה היא הפקר וכל הקודם והחזיק זה זכה, דהיינו דוקא בקרקע ולא במטלטלין, וז"ל הטור: "וכל זה לא איירי אלא בקרקע שאין דעת הלוקח לקנות אלא בשטר אבל במטלטלין קונה בנתינת המעות". עכ"ל. ומבואר דגוי אינו קונה קרקע במעות, דדוקא מטלטלין קונה במעות. — ויעוי' בדרישה הנ"ל שעמד בזה, וכתב: "ומה שכתב רבינו בסוף סימן זה אבל במטלטלין קונה בנתינת המעות, נראה דלא כתב כן אלא לאמן דאמר דס"ל דגוי מישראל או איפכא קונה מטלטלין בנתינת המעות, וצא ללמדנו דאף שכשקנה השדה לא סגי בנתינת הכסף אף שקנה בו השדה מדין תורה משום דלא סמכה דעתיה דישראל עד שינתן לו שטר עם נתינת כסף, היינו דוקא שהוא עומד במקומו חוץ לבית, ושייך לומר ביה שהגוי אנס, משא"כ מטלטלין העומדים להיות שמורים בבית לאחר קנייתן דסמכה דעתיה בנתינת הכסף בלא שטר, ומיניה נלמד להלכה דלמאן דאמר שגוי מישראל קונה דוקא במשיכה דסגי במשיכה ואין צריך שטר. וקול"א וסמך אמה שכתב לקמן בריש סימן קנ"ח דקנין ישראל מישראל דבר תורה הוא בכסף דמינה נלמד דבגוי קונה במשיכה דוקא וכדילפינן ממה שכתוב מיד עמיתך כזכר לעיל, ולא נקט בלשונו כאן כסף אלא משום דאיירי לפני זה בקניית שדה בכסף". עכ"ד הדרישה.

צהאי ארעא דיש לי עדים שהיא שלי, והמחזיק משיב לו דקנאה מגוי פלוני שאמר לי שקנאה ממך. וזוה אין מחזיקין הקרקע צידו עד שיהיה צידו השטר שנתן ישראל המערער להגוי שאמר שמכרה לו, כי מאחר שהגוי אין לו חזקת קנין בשדה של ישראל כי אם בשטר משום דאמרין דגוי אנס הוא ואין אנו מאמינים לו שקנאה, ומשו"ה גם ישראל הבא מחמתו נריך להראות השטר.

ובבמה שלא פירש המגיד משנה גם סוף המימרא דמיירי בחזקה, כמו צרישא, ציאר הסמ"ע (צסי' קל"ד סק"א) דהיינו משום דלא קאמר ישראל "הקונה" מהגוי, אלא ישראל הבא "מחמת" גוי. ולשון מחמת גוי מוכח דלא איירי בקנין עצמו אלא בערעור שצא עליו. וזהו שכתב המגיד משנה צפ"א ממכירה צוה"ל: "והטעם שהגוי אינו קונה בחזקה שאם היה קונה בחזקה מתוך אלמותו היה מחזיק, אבל לכתוב לו שטר כולי הא לא עבדי". עכ"ל. וציאר הסמ"ע הנ"ל דחזינן דנתן טעם למה הגוי אינו קונה מהישראל ולא נתן טעם למה אין הישראל קונה מגוי. והיינו טעמא, דס"ל להמגיד משנה דהרמב"ם לא קמייירי מקנין מגוי אלא מחזקת ערעור. — וזהו עיקר הדברים דקמייירי הרמב"ם התם, דנידון דבריו שם צמי שצא ערעור עליו וצא בטענה שקנאה וצראיות שהחזיק צה ג' שנים, ולא כתב שם שהגוי אינו קונה מישראל אלא בשטר, אלא כדי לכתוב עליו דמשו"ה גם ישראל הבא מחמתו אין חזקתו דג' שנים מועלת, אלא

נריך להראות השטר שנתן ישראל להגוי כשקנה ממנו.

וגמצינו למדין דהסמ"ע נקט צשיטת הרמב"ם דליכא כללא דאין ישראל קונה רק בשטר, אלא דהעיקר תלוי בצמיכות דעת. אולם הט"ז (צסי' קל"ד ס"א) פליג ונקט כפירוש הצ"י דכללא הוא דאין ישראל קונה מגוי רק בשטר עם נתינת הכסף, וכן הביא הגר"א (שם סק"א) צוה"ל: "אבל הרמב"ם דעתו כדעת הגאונים, וז"ל רב האי גאון [צספר המקח והממכר] צריש שער י"דת, דין ישראל עם חצירו כצר פירשתי בשער י"ג, אבל כשהגוי לוקח מישראל אע"פ שנתן הדמים לא קנה כישראל מן ישראל צכסף עד שיכתוב לו שטר, וכן ישראל הלוקח מגוי ונתן דמים לא קנה עד שיכתוב לו שטר, וכן ישראל הלוקח מגוי ונתן דמים לא קנה עד שיכתוב לו שטר, כדגרסינן [צ"צ ל"ה ע"צ] אמר רב יהודה אמר רב הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי, מה גוי אין לו חזקה אלא בשטר אף כו', ואע"פ שישראל קונה מחצירו צנתינת כסף צלצד, אינוקונה אלא בשטר. ולכן גרסינן [צ"ק פ' ע"צ] הלוקח בית מן הגוי צארץ ישראל כותבין עליו אונז ואפילו צשצת. וישראל שמכר לגוי ולקח דמים, עדיין אינו צרשותו של ישראל. וגוי שמכר לישראל ולקח דמים, יצא מרשותו של גוי, וכן המחזיק וזהו, ונתן דמים לישראל הראשון, כדגרסינן [צ"צ נ"ד ע"צ] נכסי הגוי הרי הן כמדבר כו', והחזקה הוא כמו צנכסי הגר, ואחריות הוא מכל מקום על הגוי ולא על ישראל הראשון

כו, עכ"ל בקיצור. וכלל הענין, כי גוי מישראל וישראל מגוי חד דינא להו בקנייתם שאין קניין בכסף וחזקה לגמרי, ואין להם מהג' קניינים אלא שטר לבד". עכ"ד הגר"א.

**אמנם** הסמ"ע דנקט שאין זה כללל בקניין מגוי דהוא רק בשטר, אלא דהעיקר תלוי בסמיכות דעת, היינו כמו שציאר דבריו דדרישה, דממה שמצינו דהרמב"ם שנה דבריו ב' פעמים, צה"ל מכירה וצה"ל זכיה, למדנו מזה על זה.

**ואמנם** הגר"א (בסי' קצ"ד ס"ק י"א) כתב דב' הלכות הם דחלוקים ביסוד דינס.

**אבן** הדרישה לא כתב כן, וז"ל הדרישה בתור"ד: "דהרמב"ם דקדק כן מלשון גוף המימרא דרב שם, דזה לשונה אמר רב יהודא אמר רב ישראל הבא מחמת גוי הריהוא כגוי מה גוי אין לו חזקה אלא בשטר אף ישראל הבא מחמת גוי אין לו חזקה אלא בשטר עכ"ל, ודקדק הרמב"ם דאי לענין חזקת ג' שנים לבד מיירי קשה למה תלה רב דין קנין ישראל מגוי בדין גוי מישראל, הו"ל למימר בקיצור ישראל הבא מחמת גוי אין לו חזקה אלא בשטר. ועוד שאינו דומה ממש, דגוי מישראל צריך שטר מהמוכר, וצוה סגי ליה, וישראל מגוי לא סגי צמה שיש לישראל הלוקח שטר מהגוי המוכר לו, אלא צעי שימסור לו הגוי המוכר שטר שזה השדה קנוי לו מהישראל שקנה ממנו. משו"ה ס"ל להרמב"ם דלענין סתם קנין נמי מיירי, ומפני שזה הדבר אין לו טעם משו"ה תלאו בקנין גוי מישראל דכמו שגוי הקונה מישראל אינו

קונה אלא בשטר, ומטעם שכתב המגיד משנה הנ"ל, והוא דאם יקנה בחזקה כיון שהוא אלים יחזיק ויקח הקרקע צאלמות ויעשה צה חזקה וה"ה אם יקנה בכסף כו' משו"ה הוצרכו לתקן לקנייתו כתיבת שטרא, גם כשישראל קונה ממנו נמי אינו יכול להקנות אלא ע"י שטר כו". עכ"ד הדרישה.

(ה) **ברשב"ם** ד"ה אסתלק ליה כו' ציאר הסוגיא דקמיירי דוקא במקום שכותבין שטר, אבל במקום שאין כותבין שטר קונה שפיר בכסף לחודא וכל החילוק בין קונה מישראל לקונה מגוי הוא צמקנה, שכתב: "העובד כוכבים, שהרי כל קנינו של עובד כוכבים בכסף כדאמרינן צפ"ק דקידושין (י"ד צ') ומשקבל המעות לגבי ידיה הויא מכירה גמורה שאין יכולין עוד לחזור זה צוה, וישראל לא קני צמתן מעות עד דאתא שטרא לידיה כדאמרינן בקידושין וכדפרישית לעיל דאפילו מישראל חצריה לא קני צווי עד שיכתוב לו את השטר וכ"ש מעובד כוכבים דסתם עובדי כוכבים אנסים הם ואין צדעתו לקנות בלא שטר והלכך אי אתא ישראל אחרינא רפק ציה פורתא מקמי האי קנה, ודוקא בלוקח מעובד כוכבים אבל לוקח מישראל חצירו נהי דלא קני לוקח עד דאתי שטרא לידיה אחר מיהא אין יכול לקדם ולהחזיק שהרי עדיין צרשות מוכר קיימא שכל זמן שלא החזיק הלוקח או לא צא השטר לידו יכולין שניהם לחזור זה צוה". עכ"ל הרשב"ם. ומצואר דמייירי במקום שכותבין שטר, דומיא דישראל צכה"ג דקונה וצגוי אינו קונה. וכיו"צ כתב הר"ן בקידושין (י) ע"א מדפי

הרי"ף, ד"ה ואי צעינא), דמדקאמר שמואל נכסי גוי הרי הן כמדבר כו' וישראל לא קני עד דמטי שטרא לידיה, שמעינן דמיירי במקום שכותבין שטר דאי במקום שאין כותבין שטר הא בכסף בלכד הוא קונה. ע"ש.

אולם הגמוק"י בסוגיין (כ"ט ע"א מדפי הרי"ף, ד"ה הרי הן) כתב דאפילו במקום שאין כותבין שטר לא קנה מהגוי אלא רק בשטר. וז"ל: "הרי הן כמדבר, שכל המחזיק בהם אחר שהעובד כוכבים לקח הדמים וכה בהם, דכיון שהעובד כוכבים לא כתב ליה לישראל שטר מכירה זו קודם קבלת הדמים לא קנה ישראל הלוקח משום דלא סמכא דעתיה כיון דמעובד כוכבים אחי ליה, אלא בשטר, א"כ דישראל זה לא הוי, ודעובד כוכבים נמי לא הוי שהרי נסתלק מהן משקבל הדמים, ומש"ה הוה כמדבר והמחזיק בהם וכה בהם". עכ"ל הגמוק"י. הרי להדיא, דאפילו בגוונא דישראל קונה מ"מ בקונה מגוי לא קנה, דאפילו אם הוא במקום דסתם ישראל קונה בלא שטר אפ"ה בקונה מגוי צעינן שטר, דהטעם בזה הוא מפני דלא סמכא דעתו של הישראל הקונה רק בשטר מכיון דסתם גוי אנס הוא. וכיו"צ כתב הראש"ד שהוצא צחי' הרש"א בסוגיין, בזה"ל: "והקשה הראש"ד ז"ל אם הראשון שנתן מעות לא קנה עד דמטי שטרא לידיה היאך יקנה זה השני שלא נתן מעות בלא שטר, ומירך שהראשון שנתן מעות אגן סהדי דלא סמכא דעתיה למקני עד דכתיב ליה גוי שטרא משום דגוי אנס הוא, אבל האי דאחזיק

בלא זווי דעתיה למקני צהאי חזקה כו". עכ"ל. הרי דהטעם דלא קנה אינו רק מפני דהמקנה הוא גוי ומסתלק בקבלת הדמים, אלא יסודו הוא מפני שאין הקונה סומך דעתו לקנות מכיון דסתם גוי אנס הוא. — וצדברי רבינו ירוחם (בנתיב כ"צ) שהוצא צ"י (בס"י קל"ד) נחלקו הצ"י והדרישה כמאן ס"ל, דהצ"י נקט דס"ל כהרש"א והר"ן הנ"ל, אולם הדרישה (שם) נקט דס"ל כהראש"ד והגמוק"י.

והנה הצ"י (בס"י קל"צ מחדש ו') דקדק מדברי הרש"א הנ"ל, וכן מד' רבינו ירוחם הנ"ל לטעמי' דס"ל כהרש"א, דשכירות מן הגוי קונה בכסף לחוד. וז"ל הצ"י: "והשוכר מן הגוי, לרש"א שפירש ההיא דנכסי גוי הרי הן כמדבר דפרק חזקת טעמא דלא קני בכסף בלא שטר משום דאפילו מישראל חזריה לא קני זווי בלא שטר, משמע דמקום שאין כותבין שטר הקונה קרקע מהגוי קני בכסף לחודיא, וכ"כ צהדיא רבינו ירוחם בנתיב כ"צ גבי נכסי גוי הרי הן כמדבר וכל המחזיק בהן וכה פירוש וזה מיירי במקום שנהגו ישראל שלא לקנות אלא בשטר שאם לא כן קנה הראשון בכסף, א"כ גבי שכירות כיון דאין רגילות לכתוב עליו שטר קני בכסף לחודיא, אבל בחזקה כיון דלגבי מכר לא קני, וכמו שיכתב צסימן קל"ד, גבי שכירות נמי לא קני, כך נראה לי". עכ"ד הצ"י. — ולכאורה דבריו אחיין רק לשיטת הרש"א ודעמי' דישראל מגוי לא קונה בלא שטר, משום דגם ישראל מישראל אינו קונה בלא שטר. וממילא לענין שכירות

שאין דרך לכתוב עליו שטר קנאהו בכסף בלא שטר.

אולם הסמ"ע (בסי' קצ"ד סק"ה) כתב, דמהא שהרמ"א (שם ס"ג) כתב ד"ז דשכירות מהגוי קונה בכסף לחוד, בסתמא על דברי המחבר, מוצא דס"ל להרמ"א דגם להנך קמאי דס"ל שאפילו במקום דישראל מישראל קונה בלא שטר מ"מ ישראל מגוי אינו קונה משום דלא סמכה דעתו, דאפ"ה לענין שכירות שהוא לזמן שפיר סמכה דעתו, מאחר שהגוי קיבל דמי שכירותו.

ויעוי' בט"ו שמתה בד' הסמ"ע, דהא עיקר הטעם בגוי משום דאנס הוא, וא"כ מה לי מכר מה לי שכירות. — עוד תמה הט"ו לפ"ו, בזמ"כ הרמ"א (שם) דאם התנה הלוקח שיקנה לו בכסף לחוד קנה מיד, ולהנך קמאי דישראל מגוי אינו קונה משום דלא סמכה דעתיה אע"ג דקאי במקום דישראל מישראל קונה בלא שטר, ואמאי מהני קניינו. ואין לומר דכשגילה דעתו דסמכה דעתיה שרוצה לקנות אמרי' דלא ירא ממה שהגוי אנס ומהני קנינו. דלימא דבטלה דעתו אלל כל אדם.

ובב"ש"ב הרשב"ם דדוקא כשהיה קנין אמרינן דהקרקע הוא הפקר, וכ"מ בתוד"ה עובד כוכבים כו', נתקשו הפוסקים עמ"ש"כ ברמ"א (בסי' קצ"ד סעיף ב') גוי שהיה לו משכון או פקדון ציד ראובן ונתנו לשמעון בשטר זכה ראובן צמה שצידו, דמיד שנתן הגוי לשמעון נסתלק הגוי ושמעון לא קנה עד דמשיך ולכן הוא כהפקר וזכה בו

ראובן כזכה מן ההפקר. ומקורו מתשו' הרשב"א (ח"א סי' אלף ל"ג). — ובהא דהמשכון של גוי ציד ישראל, מיירי שהגוי לזה מישראל על המשכון, ויעוי' ברמ"א (בסי' ע"ג ס"מ) שהצ"ח דברי הרשב"א בזה"ל: "משכון של גוי ציד ישראל ואמר הגוי ליתן לו המשכון לישראל אחר ומת הגוי זכה זה הראשון במשכון שצידו וא"ל ליתן לאחר כלום דהא לא משך", ובמש"כ שאמר ליתן המשכון לישראל אחר, צ"ח הסמ"ע (שם ס"ק קט"ו) דהיינו שישראל אחר ישלם לו החוב והמלוה יחזיר לו המשכון, או דכבר פרע הגוי לישראל ונתן המשכון לאחר צמתנה. והקשה הסמ"ע צמה נסתלק הגוי מהמשכון או ממה שהמשכון שיה יותר מההלוואה הרי לא קיבל מעות על זה. וצ"ח הסמ"ע, דהרשב"א יליף מסוגיין דכשם שצמכר מסתלק צדמים, ה"נ צמתנה מסתלק בשטר אפילו בלא דמים. — והסמ"ע (בסי' קצ"ד ס"ק ט"ו) צ"ח, הא דנקט הרמ"א בסי' ע"ג שהגוי מת, ובסי' קצ"ד לא נחית לך, דהוא מאורחא דמילתא בסי' ע"ג דנקט שמת, דאילו לא מת היה הגוי צא ותוצע ממנו המשכון או שיחננו לשמעון, דהא אם הגוי ישאל לשמעון אם קיבל המשכון או הפקדון ודאי דשרי לומר שלא קיבל, דהוי כמניחה שצ"ח לידו צחנס.

ויעוי' צמתה"מ (בסי' קצ"ד סק"ו) שנתקשה בד' הרשב"א, דדוקא כשהיה קנין אמרינן דהקרקע הוא הפקר, וכמש"כ הרשב"ם בסוגיין בד"ה איסתלק ליה, בזה"ל: "שהרי כל קנינו של נכרי בכסף כדאמרינן צפ"ק דקדושין, ומשקיבל המעות, לגבי דידיה

הוא מכירה גמורה שאין יכולין עוד לחזור כו"ו. וגם צמוד"ה עובד כו' אף שהשיגו על פרשצ"ס מ"מ כתבו הטעם משום דמצינו בנכרי קנין כסף דעפרון, ומוכח דאם גם אלל הגוי לא היה קנין, לא להויה הפקר. וא"כ קשה אמאי הכא דנתן לישראל השני בשטר זכה ראובן צמה שבידו, והרי שטר בגוי לא הוה קנין כלל אפילו בקרקע, וכמש"כ התוס' שם צד"ה נכרי כי מטי כו', ומכ"ש צמטלטלין דאפילו בישראל לא קני שטר, וכ"ש בגוי, ומהכ"ת יהיה הפקר.

ולבן ביאר הגתה"מ, דמה שזכה ראובן צמטכון אינו מדיטון הפקר, אלא מדין הפקעת הלואתו, דהנפקד רשאי לעכב הפקדון כדין הפקעת הלואה דשרי אפילו צפקדון. והישראל השני אינו יכול לתצוע ממנו, דהא לאו צע"ד דידיה הוא. — ומש"כ הסמ"ע דמותר לו לומר לגוי שלא קיבל המתנה, ביאר צנתה"מ, דהגם דאיכא איסורא צהכי, וכדמוכח צצ"ק (ק"ד א' צתוד"ה ולא אמרן כו' דאסור להפסיד לישראל זכות הפקעת הלואתו. דשאני הכא שהגוי נתן לו מתנה דהוה כממכר מטעם דאי לאו דקיבל הנאה ממנו לא היה נותן לו, ונמצא שראובן מפסיד משלו, ומותר לו לומר לגוי להציל עצמו מהנוק. (דשאני מנידון התוס' שם, צהא דשנים יכויס להעיד לטובת הגוי להוציא ממון, דאע"ג דהפקעת הלואתו מותר, כתצו התוס' דמ"מ לא משמתינן להו, הרי דאיכא איסורא צזה. והיינו דהתם ליכא לעדים תועלת או הפסד, לכן יש איסור צכך). — ועוד צידד הגתה"מ, דאפילו צלא שאלת

הגוי אפשר דשרי להשתדל אלל הגוי שהראשון יוציא ויתן לו. — ועוד כתצ, שאם אח"כ הקנה לו הגוי המתנה צקנין גמור, אפשר שיכול צעצמו להוציאו מהראשון, דהא מעיקר הדין הרי הוא של הגוי, דמדינא דהפקעת הלואתו דשרי אכתי אינו נעשה של הישראל המחזיקו.

**אמנם יש להעיר צעיקר דצרי הגתה"מ, דדוחק לאוקמי דינא דהכא דהוא מטעם הפקעת הלואתו, וצ"ע. וגם י"ל דמהא דהזכיר הרמ"א (צסי' ע"צ) דמייירי כשמת הגוי, דאע"פ שאינו קנין להוציאו מרשותו מ"מ לא מפקינן מהמוחזק, דהא אין הגוי מוריש ממון צזה, ולכן זכה צו המחזיק. ולכן סגי צאמירה צעלמא וכמש"כ הרמ"א שם.**

**ובאמת הגרעק"א נקט כפשטא דד' הרמ"א דהוה הפקר, אלא דמייירי שהיה שטר דמהני צדיניהם, ולכן קנאו ראובן דומיא דהא דאיתא צסוגיין. דהנה הסמ"ע והש"ך והתומים (צסי' ע"צ) כתצו דגוי ששלח דורון לישראל ע"י ישראל אחר דיכול השליח לזכות צו מדין הפקר. וצתשו' הגרעק"א (ח"ו סי' ט"ו) תמה מד' הרשצ"ס צסוגיין ד"ה אסתלק כו', דדוקא צגוונא דהה קנין אלל גוי חשיב כהפקר, אצל כל כמה דלא קנה הלוקח לא סילק עצמו, וגוי וישראל שויס צזה. וכקושיית הגתה"מ. ויעו"י"ש שכתצ: "וההיא דשו"ת הרשצ"א המוצא צסי' קצ"ד סעיף צ' צהגה צ"ל דמייירי דומיא דגמרא דצדיני נכרים קני מטלטלים גם צשטר, ומשו"ה כאן**

י"ג) דליכא שעבודא דר' נתן בגוי כיון  
דהפקעת הלואתו מותר, וממילא זכה בחובו.

הן אמת דהתומים בעלמנו הרגיש בהערת  
הנחה"מ דלכאורה גם אם הפקעת  
הלואתו מותר מ"מ עדיין אינו שלו, ויעוי'  
דזכריו (בסי' קכ"ו ס"ק כ"ז) שחילוק בין  
אם גילה דעתו או לא, יעוי"ש שכתב: "ז"ל  
כל זמן שאין הישראל אומר להדיא שמפקיע  
חובו של נכרי הרי הוא מלוה של נכרי, ולא  
אמרו דהפקעת הלואתו מותר אלא כשישראל  
אומר הנני מפקיע אותו, אבל סתמא לאו  
אפקעתא דמלכא הוא, והרי הוא ברשות גוי  
לכל דבר". וסיים התומים: "ו"ע דין זה כי  
אם נחליט זה יהיה מיושב קושיות רבות  
דדוכתי טובא ול"ע. – וע"ע בשער משפט  
(סי' שמ"ח סק"ג) שכתב כן, והוכיח  
מהמרדכי (בפ"ק דקידושין סו"ס תל"ז)  
בשם תשו' רש"י כיו"צ. ועי' בשערי יושר  
(שער ה' פ"ה) שביאר דמחמת משפטי  
הממון יש חיוב גמור לגוי כמו לישראל, ורק  
לענין איסורים אין איסור לזה רשע ולא ישלם  
בגוי, אכן ודאי דליכא חיוב גמור בהכי.

ועי' באחיעזר (ח"א סי' כ"ו) דהוסיף ביסוד  
זה, דהפקעת הלואתו היינו שזריך  
להפקיע אבל כל זמן שלא הפקיע יש עליו  
חיוב, דלפ"ז מצוהר הא דמשכחת קנין כסף  
בגוי, כשמקבל מעות מישראל, דהלא עיקר  
הקנין הוא התחייבות, וכדאמרינן בב"ק ע'  
ז' וכיון דאי תבע לן קמן דדין לא אמרינן  
ליה זיל שלים לא נתחייב בחליפין, ולכאורה  
מכיון דהפקעת הלואתו מותר ולא נתחייב

[בסי' ע"ב] בנכרי השולח דורון ללא מיירי  
בשטר, יפה כתב הרמ"א דדקדוק ומת  
הנכרי, ואין צריך לדחוק האחרונים דמת לאו  
דוקא, וברור". עכ"ד הגרעק"א. – וצד'  
הסמ"ע והש"ך ותומים הנ"ל י"ל עפמ"ש"כ  
הנחה"מ, דהנידון הוא מתורת הפקעת  
הלואתו של גוי, וכמשנ"ת.

ואמנם הנחה"מ לטעמי', שכתב (בסי' ע"ב  
ס"ק נ"ב) דהגם דשרינן הפקעת  
הלואתו מ"מ אינו זוכה בזה, ע"ש שכתב  
דאפילו כשגילה דעתו שגולו לא נקרא שלו  
כמש"כ המג"א (בסי' תרל"ו סק"ג) דאף  
דגול גוי מותר לא נקרא שלכם, וכשלא גולו  
עדיין צודאי היה של גוי ולא מיקרי שלו,  
והוכיח מפסחים ל"א א' בישראל שהלוה לגוי  
על חמנו דלרצא דאמר מכאן ולהבא הוא  
גובה אינו עובר, ואמאי כיון דהפקעת הלואה  
מותר אפילו בפקדון הא זכה בו הישראל  
תיקף, אלא ודאי כל זמן שלא גילה דעתו  
שגולו הוא של גוי.

[אולם יעוי' באמרי בינה (דיני הלואה סי'  
פ"א) שכתב דגם למש"כ המג"א  
דאף דגול גוי מותר מ"מ אינו קרוי שלכם,  
אין הביאור דהו"ל הפקר, דצודאי זכה בזה  
זכות שאחר לא יוכל ליקח מידו, ודוקא  
הבעלים בעצמם יכולים ליקח ממנו].

אך בתומים (בסי' ע"ב ס"ק נ"ז) נקט  
דמכיון והפקעת הלואתו מותר ממילא  
נעשה שלו, דתיקף כשהלוה עליו נעשה הפקר  
זכה בו ישראל המלוה מטעם הפקעת  
הלואתו. וכיו"צ כתב התומים (בסי' פ"ו ס"ק

כלל ישראל להחזיר את הכסף א"כ אין כאן קנין כלל. וגם אי נימא דגזל גוי מותר מ"מ איכא קנין כסף וכדאיתא בצבורות (י"ג ז') דלמ"ד גזל גוי מותר אצטריך עמיתך לדיני קנינים, אלא בהכרח דגם זה חיוב מיקרי כל זמן שלא גזלו ולא הפקיע הלוואתו. ולפ"ז כתב האחייעור, דאם נתגייר אח"כ חייב להחזירו, דהא לא נפקע הלוואתו.

ו) בגמ', הרי הן כמדובר וכל המחזיק צהן זכה צהן. וכתב רבינו האי בספר המקח (שער י"ד) והוצא צרא"ש כאן (פ"ג סי' ס"ה), דאע"פ שזכה צו המחזיק צריך ליתן הדמים לראשון שאע"פ שלא קנה הראשון גוף השדה מ"מ חלה עליו זכיית הלוקח צתורת משכון בשעת מתן מעות. וכ"ד הרמב"ם (פ"א מזכיה הי"ד). אבל הרא"ש והטור (בסי' קצ"ד ס"ג) כתבו דא"כ ליתן לו המעות, וצטעמס יעוי' צסמ"ע (סי' קצ"ד סק"י) דס"ל דכיון שלא צא ליד הלוקח מתחילה צתורת משכון, ויסוד פלוגתתם צמה צתורת משכון הוא ציד הלוקח הראשון עד שהגוי יתן לו מעותיו, דמכיון שלא קנאו ישראל ממילא חשיבי הדמים כחוב על הגוי דהרי מה דלא סמכה דעתיה הוא משום שמה יחזור צו הגוי וכשיחזור הוי הדמים כחוב והשדה משועבד למשכון. — וכשנתן ישראל הדמים היה על תנאי שכשלא יגיע השדה לידו יהיו המעות חוב, ולכן אע"פ שהפקיר נכסיו מ"מ יכול לטרוף מהזוכה מההפקר, דצעל חוב טורף מהזוכה מההפקר. וכמס"כ צנתה"מ (בסי' קצ"ד סק"ה). — ולפ"ז כתב הנתה"מ דצריך ליתן לישראל הקונה מהגוי

את כל הדמים שנתן, ולא מהני כשנותן לו דמי שויו, דיכול לומר לדידי שוה לי. — אולם יעוי"ש צנתה"מ, דלפמס"כ הרמב"ן צסוגיין והוצא צמגיד משנה (פ"ד מזכיה הי"ד) דחיובו לשלם לו הוא משם דמשתרשי ליה ע"י המעות שנתן הראשון, דלפ"ז אין צריך ליתן לו רק דמי שויו.

והרמב"ם הנתה"מ, דלפ"ז צמטלטלין כשנתן מעות ולא משך, דיכול גם אחר לזכות מן ההפקר, וכמ"ס הש"ך (בסי' קצ"ד צסק"ד), ממילא אין צריך הזוכה ליתן לו הדמים, לטעמו של הסמ"ע הנ"ל, דהא צעל חוב אינו יכול לטרוף מטלטלין המשועבדים, והרי הפקר דינו כמשעבד. ואע"פ שנתן לו למשכון, מ"מ כל זמן שלא הגיע המשכון ליד המלוה לא קנהו למשכון, ודמי לעשה שורו אפותיקי ומכרו דאין צעל חוב טורף (כדקיי"ל צסי' קי"ז ס"ג). — אמנם לטעמו של הרמב"ן הנ"ל דחיובו לשלם לו הוא משום דמשתרשי ליה ע"י המעות שנתן הראשון, לפ"ז צריך ליתן לו עכ"פ דמי שויו אף צמטלטלין.

ויעוי' צערך לחס למהריק"ש (בסי' קצ"ד ס"ב) שהציא מתשו' מהרשד"ם (ח"מ סי' רכ"ה) שאם הראשון קנאה ציותר מכדי שיוויה אין השני חייב ליתן לו כי אם שיוויה.

ובנתה"מ (בסי' קצ"ד סק"י) כתב דהזוכה צקרקע שמכר גוי לישראל ושלם לישראל ואח"כ טרפה הנגזל או צע"ח דהגוי, חוזר על ישראל דלא מצעיא לטעמו של

מטעם טירפא, וכמש"כ בנתה"מ (הנ"ל סק"ה) וכמשנ"ת.  
**אמנם** נפק"מ זין טעמו של הרמב"ן דהוא מפני משתרשי ליה, וזין טעמא דמשכון, לענין פירות שאכל קודם שזא הצע"ח מוקדם, אם מנכה לו מהדמים שמחזיר. דלד' הרמב"ן דהוא מטעמא דמשתרשי ליה שפיר מנכה דמיו, אכל לטעמא דמשכון אפשר דאינו מנכה לו מהדמים, דהשדה אינו משועבד רק לצע"ח, וצע"ח לית ליה פירי.

הרמב"ן שחייב להחזיר הדמים משום דמשתרשי ליה והכא לא שייך משתרשי ליה, אלא אפילו לטעמא דשאר קמאי שהוצא בסמ"ע הנ"ל דהוא מפאת דהו"ל משכון מ"מ הכא הו"ל נתינה צעטות דהלוקח יאמר דמה שנתי מעות לסלק שעבודך היה משום דסברתי שיש לך שעבוד על שדה זו, ועכשיו שנתי ששדה זו גזולה או משועבדת לצע"ח מוקדם ולא היה לך שעבוד כלל בשדה זו, הו"ל נתינה צעטות וחזור, דהרי הטעם דהלוקח נוטל מעות מהמחזיק הוא רק

### סימן כט

## בחזקה דאכילת פירות

**א** אולם הרמב"ם (צפ"א ממכירה הט"ו) פליג, וס"ל דאכילת פירות הו"ל קנין חזקה. וז"ל הרמב"ם: "המוכר קרקע לחזירו ונכנס זה הלוקח וזרעה, או נרה, או שאסף פירות האילן, או זמרו וכל כיוצא בדברים אלו הרי זה קנה שהרי החזיק ואין אחד מהן יכול לחזור בו כו". עכ"ל. — ואמנם הראב"ד (צפ"א שם הט"ו) פליג, וס"ל כדעת הרשב"ם הנ"ל, דלא אמרו בסוגיין והרי אכילת פירות דנכסי חזירו קנה אלא בחזקה שלש שנים וצטענה, שהלה טוען לא מכרתיה לך, וזה מציא ראייה שהחזיק זה שלש שנים בחזקה זו וטוען שקנאה ממנו, וחזקה זו

ב"ב נ"ז א', אמר עולא כל שאילו צנכסי הגר קנה צנכסי חזירו קנה, כל שאילו צנכסי הגר לא קנה צנכסי חזירו לא קנה. מתקיף לה רב ששת וכללל הוא כו' והרי אכילת פירות דנכסי חזירו קנה צנכסי הגר לא קנה. ופירש הרשב"ם: "והרי אכילת פירות, לקיטת הפירות דנכסי חזירו קנה אם אכל הפירות שלש שנים דהויא אכילת שלש שנים צמקום עדות שקנה הקרקע זו מן הצעלים כדאמרן כוליה פירקין". עכ"ל. ובהא דפירש דהחזקה באכילת פירות היא משום דאכל שלש שנים, חזינן דלא ס"ל דאכילת פירות צפנ"ע הוי קנין חזקה.

ראה לדבריו. וכמו שציאר המגיד משנה (בפ"א ממכירה הט"ו) בדברי הראב"ד, דלא קאיירינן בסוגיין לענין שאכילת פירות תהיה קנין.

והנה לעיל נ"ג צ' איתא, אמר רב עמרם המזיע מצעות בנכסי הגר קנה, ואנהרינהו עיינין ממתניתא דתניא כי"ד בחזקה נעל לו מנעלו או שהוליך אחריו כליו לבית המרחץ והפשיטו והרחילו כו'. והרשב"ם צד"ה ה"ע כו' פירש דהא דקנה במזיע מצעות היינו ששכב על הקרקע, וקנה אע"ג שלא עשה תיקון בקרקע מ"מ מכיון שנהנה גופו מהקרקע ששמשו הקרקע. וילפי' מקרא דשבו צעריכם אשר תפסחם דהיינו ציטיבה, צמה ששוכר על הקרקע. והו דמיימין מעבד כנעני שנקנה בחזקה צמה שהנעילו והפשיטו דע"י שהעבד משמש לרבו קנאו וה"נ כשהקרקע משמש לו קנאה. ויעוי' במשאת בנימין (סי' ל"א) דאף להסוברים דאכילת פירות לא הו חזקה, מ"מ במזיע מצעות בנכסי הגר קנה משום שנהנה גופו מהקרקע.

ועי' בנתה"מ (סי' קצ"ב סק"א) שהוסיף עוד דאף להראב"ד דס"ל דצמיח סלע אינו קונה בשטיחת פירות על הקרקע מ"מ במזיע מצעות ושכב עליהם קנה דגופו נהנה מהקרקע והיינו דכשגופו נהנה מהקרקע עדיף משאר תשמישים בקרקע. – אולם בשיטמ"ק הביא מהראב"ד דא"צ שיכב דדוקא ע"ג הקרקע, אלא סגי ציפוי הקרקע. וז"ל דהיינו לטעמיה, דפליג ע"ד הרמב"ם בקנין חזקה תשמישין וס"ל דשטיחת פירות

על הקרקע אינו קונה דהוי כאכילת פירות, ובחזקה צעינן תיקון הקרקע, ולכן ס"ל דמזיע מצעות הוא משום יפוי הקרקע, ולא צמה שנהנה בגופו מהקרקע. – ויתבאר צה להלן צרות צ' בקנין דהילוך צציל של כרמים.

ואזלי לטעמייהו לעיל נ"ד א', אמר שמואל האי מאן דפסח דיקלא אדעתא דדיקלא קני אדעתא דחיותא לא קני כו' ואמר שמואל האי מאן דזכי זיכא אדעתא דארעא קני אדעתא דזירי לא קני כו', ובתוד"ה אדעתא דזיצי כו' כתבו: "ואע"פ שמתקן הקרקע, וכן פסח דיקלא אדעתא דחיותא אע"פ שהדקל מיתקן צכך. דלעולם לא קני אלא אם כן מתכוין לקנות כדאמרין לעיל לקנות לקנות את חצירתה אף אותה לא קנה כיון שלא נתכוין לקנותה. וציצמות פרק כ"ג אמר הא למה זה דומה לעודר בנכסי הגר וכדבור שלו הן דלא קנה. ובהפריה אמר דהמחזיק בשטרותיו של גר מהו מאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא מחזיק ובארעא הא לא אחזיק ושטרא נמי לא קנה דלאו דעתיה אשטרא או דלמא דעתיה נמי אשטרא". עכ"ל התוס'. ומבואר דהגרעיותא בקנין הוא צמה שלא נתכוין לקנות, ואם נתכוין לקנות שפיר קנה. אולם הרשב"ם צד"ה אדעתא כו' כתב דגם כשנתכוין לקנות לא קנה, רק כשנתכוין לעשות מעשיו ג"כ לצורך הדקל או הקרקע. וז"ל הרשב"ם: "ומיהו צלקיטת הענפים מתכוין הוא להחזיק צדקל ולקנותו בחזקה זו לא קני, ואע"ג דממילא מהני לדקל, כיון דאינו מתכוין לתקן

שנים הואיל ואינה צת זריעה וכי אינו קונה אותה בהעמדת שם בהמותיו לרצון ולרעות או לשטיחת פירותיו". עכ"ל. ומדנקט לאוקמי הפירכא דוקא בגוונא של אכילת ג' שנים, ולא נקט דיקנה צמה שאכל פירותיו, חזינן דאכילת פירות לא מהני לקנות עי"ו.

**אולם** הרמב"ם (פ"א ממכירה הט"ו) פירש סוגיא התם באכילת פירות, וז"ל: "היתה הקרקע נחיה סלע שאין צה לא גדירה ולא פרינה ואינה צת זריעה, הרי החזקה שקונה אותה צה שטיחת הפירות או העמדת הבהמה שם, וכיוצא בזה משאר התשמיש". עכ"ל הרמב"ם. ועי"ו ש שהראב"ד פליג, ונקט כדעת הרש"ם, וז"ל הראב"ד: "א"א הא מילתא לא מיחורא, דהאי חזקה אכילת פירות היא ואכילת פירות לא מהניא אלא כנגד טענה אצל למיקנא צה ארעא לא קניא אלא מידי דמהניא לארעא כעין נעל וגדר". עכ"ל הראב"ד. – ועי"ו ש במגיד משנה, שביאר דברי הראב"ד צה"ל: "שלא אמרו סוף הפרק (נ"ו א') צכ"ו צ והרי אכילת פירות דצנכסי חצירו קנה אלא בחזקת שלש שנים וכנגד טענה שהלה טוען לא מכרתיה לך חה מציא ראה שהחזיק צה שלש שנים בחזקה זו וטוען שקנאה ממנו בחזקה זו ראה לדצרו, אצל להיותה קנין לא". עכ"ל. – ובשיטת הרמב"ם, ביאר המגיד משנה: "דלא צעינן מידי דמועיל לקרקע אלא כשהלוקח אינו נהנה, אצל כשהלוקח נהנה ודעת אחרת מקנה ודאי קנה, וגדולה מזו נעל הצית שהרי זו חזקה, שהרי הוא נועל בפני כל אדם כדרך שאדם

הקרקע דומיא דנעל וגדר. אלא ללקיטת פירות מתכוין, לא היא חזקה, וכמחזיק שלא מדעת דמי, וכי קאמר מתכוין אני לקנות בלקיטה זו הרי הוא כמי שהולך בשוק ואומר רוצה אני להחזיק בשדה פלוני, דצדיצור צלא מעשה לא היא חזקה, דתרתי צעינן שיעשה תיקון צקרקע צידיס וצאותו תיקון יהא מתכוין לשם תיקון כדי להחזיק". עכ"ל. – והיינו כטעמי שכתב הרש"ם צסוגיין נ"ו א' ד"ה צנכסי הגר כו', ע"ש שביאר הטעם דאכילת פירות צנכסי הגר לא קנה, דהיינו משום שלא קונה באכילת פירות רק כשמחזיק בגוף הקרקע, ומייתי הרש"ם מסוגיין להוכיח זאת, וז"ל הרש"ם שם: וצנכסי הגר לא קנה, דאין זה נעל וגדר כדאמרן לעיל האי מאן דפשח דיקלל אדעתא דחיותא לא קני". עכ"ל. וחזינן דהטעם דמאן דפשח דיקלל לא קנה, דהיינו משום דהוי אכילת פירות. – אולם התוס' צסוגיין לעיל נ"ד א', נקטו דלא קנה משום דלא נתכוין לקנות. – ושיטת הרש"ם דאכילת פירות אינה קונה.

**ובי"ב** מצינו צדברי הרש"ם לעיל כ"ט צ, צהא דאמר רצא אכלה כולה חוץ מצית רוצע קנה כולה חוץ מצית רוצע, אמר רצ הונא צריה דרצ יהושע ולא אמרן אלא דבר זריעה היא אצל לאו צר זריעה היא קני לה אגב ארעי ופריך, אלא מעתה צונמא צמה יקנה. וע"ש צפירוש רש"ם צד"ה אלא מעתה כו', שפירש הא דפרכינן צמה יקנה צונמא, דהיינו לענין חזקת ג' שנים. וז"ל הרש"ם: "אלא מעתה, הלוקח מחצירו צונמא צמאי קני לה צאיזו אכילה של שלש

עושה בשלו, וכל שנועל כדרך שהזעלים נועלים צמיהם כדי למנוע מהן רגל כל אדם הרי זו חזקה כו'. והו' שאמר הרב למעלה [צפ"א ממכירה ה"י] גבי נעל שהרי זה נשתמש בו שימוש המועיל, וא"כ כל שכן לאכילת פירות או כל הדברים שהזעלים נהנין דרך הנאת הקרקע או משתמשין דרך שימוש. כו". עכ"ל המ"מ שם. – וסיים המ"מ, בזה"ל: "ובעיטור בשכירות, ומסתברא שאם נתן כליו ותשמישיו לתוכו הרי זו חזקה, כההיא דגרסינן צירושלמי דקידושין (פ"א ה"ד) המוכר בית לחצירו כיון שצבר לתוכו פירות קנה, אמר שמואל בר רב יחזק ובלבד פירות שהן ראויין לצבור ע"כ בעיטור. והו' ראי' לדברי רבינו. וקצת ראי' ג"כ משביל של כרמים שנקנה בהילוך כו". עכ"ל המגיד משנה. [ואמנם בשביל של כרמים הקנין הוא רק להילוך, ויתפרש לשיטת הראב"ד והרשב"ם דמתכוין לאותו תשמיש ודאי דקנאו בשימוש, כמ"ש הקצוה"ח בס' קנ"ג סק"ג ובס' קפ"ט סק"א. ומה"ט דקדק המגיד משנה לכתוב דאיכא קצת ראי' מהתם].

והרמב"ן והרשב"א בקידושין כ"ז ב', נקטו כהרשב"ם והראב"ד. יעוי"ש בזה דאמרינן דעבד כנעני נקנה בחזקה כגון התיר לו למנועלו וכיו"ב, וכחצ הרמב"ן דחזקה דהתם היינו שנהנה האדון בגופו של עבד כגון הלבישו סכו או הוליך כליו אחריו לבית המרחץ שהיא מלאכת עבדות דכוותיה בעבד עברי אסור. אבל אם צישל קדירה לרבו או חפה לו את הפת, הני אכילת פירות יניהו

ולא הויא חזקה. והוסיף הרמב"ן: "דגבי קרקע נמי מוכח צפרק חזקת דאכילת פירות אינה קונה. והא דאמרינן התם [נ"ג ב'] המציע מצעות צנכסי הגר קנה, היינו צישב עליהן שנהנה גופו מהן. ואע"ג דאמרינן [צירושלמי] צמכילתין [פ"א ה"ד] המוכר בית לחצירו כיון שצבר לתוכו פירות קנאו, ליתא, דהאי אכילת פירות הוא דהוי, ומשמע דפליג אגמרא דילן". עכ"ל. ויעוי' בר"ן צפ"ק דקידושין (ח' ע"א מדפי הרי"ף) שהציע דברי הרמב"ן, וסיים דהזעל העיטור סמך על הירושלמי, וכ"כ הרמב"ם הג"ל דאכילת פירות קונה צקרקעות.

ולשיטת הרמב"ם דאכילת פירות הו"ל קנין, צ"ל דהטעם דצפשא דיקלח והאי דזכי זכי'א דלא קנה משום דלא נתכוין לקנות בכך. ויעוי' בהגהות מיימוניות (פ"ב אות ד' מוכיה ומתנה), שעל דברי הרמב"ם (שם ה"ד) שכתב: "המפיל זמורות הגפן או שריגי האילנות וכפות התמרים צנכסי הגר, אם דעתו לעבודת האילן קנה ואם דעתו להאכיל העצים לצמחה לא קנה", יעוי"ש בהגה"מ שכתב: "ואע"פ שמתכוין לקנות בחזקה זו לא קני, ואע"ג דממילא קא מהני לדקל כיון דאין מתכוין להנאת הדקל אלא ללקיטת הפירות לא הויא חזקה וכמתחיק שלא מדעת דמי, וכי קאמר מתכוין אני לקנות צלקיטה זו הוי כהולך צשוק ולוקח פירות מחצירו ואומר רוצה אני להחזיק צשדה של פלוני באכילת אלו הפירות דצדבור צלא מעשה לא קני, דתרחי צעינן שיתקן הקרקע צידים ויכוין צו לשם תיקון כדי להחזיק דומיא

והנה הלח"מ (פ"ג מוכיה ה"ג) כתב בדעת הרמב"ם שם, דבקונה מחזירו סגי בנעילה לחוד, אבל בנכסי הגר צעין דוקא תיקון בגוף הבית ע"י העמדת דלת. וע"ש שכתב כן עפ"ד הרמב"ם שהקונה מחזירו סגי באכילת פירות, אבל בנכסי הגר צעין שיחזיק בגוף הקרקע. ומשו"ה לענין מכירה סגי בנעילה לחודא אע"פ שאינו מחזיק בגוף הקרקע, דלא גרע מאכילת פירות, אבל בנכסי הגר צעין שיחזיק בגוף הקרקע לריך שיעמיד דלתות. – ונמינו למדין, דבדין נעילת דלת אם הוא קנין, הוא משום דלא גרע מאכילת פירות. – וממילא חזין דפלוגתא דהרשב"ם לעיל נ"ג א' ד"ה נעל כו' והתוס' שם נ"ב ב' ד"ה נעל כו' אם נעילת דלת הוא קנין, הוא בהך דינא אם אכילת פירות הוא קנין. וא"ש לטעמייהו, דהרשב"ם דס"ל דנעילת דלת לא קנה, והיינו לטעמי' דאכילת פירות לא קניא. אולם התוס' דס"ל דנעילת דלת קונה, היינו משום דס"ל דאכילת פירות קונה.

ויבוד פלוגתא זו היא בגדר הקנין בחזקה, אם צעין שיהיה הוראת בעלות בגוף הקרקע, דהרשב"ם ס"ל דדוקא כשיש השבחה בגוף הקרקע קונה, דהוראת בעלות אינה חזקה בקרקע. אולם התוס' ודעמי' ס"ל דגם כשאינו עושה תיקון בגוף הקרקע קונה, כל שיש הוראת בעלות בקרקע. והו' שיטת הרמב"ם דס"ל דאכילת פירות קונה, ומה"ט נעילת דלת קונה וכמש"כ בפ"א ממכירה ה"י. והיינו טעמא דקנה עבד כנעני צמה שהעבד תפר בגד לרבו, וכמו שכתב

דנעל וגדר, כן פרשב"ם. אבל ר"י פירש דאם מתכוון לקנות קנה דהא דקאמרינן לא קנה היינו משום דאין מתכוין לקנות". עכ"ל הגה"מ. והיינו דהרמב"ם בהכרח יפרש כהתוס' בסוגיין, ולא כהרשב"ם. וכמשנ"ת.

והנה הגר"א בסי' קל"ב (ויתפרשו דבריו להלן) נקט דשיטת הרמב"ם דאין אכילת פירות קונה קרקע, רק כשייפו הקרקע וכיו"ב, וכמשנ"ת. ולפ"ז מיושב היטב מה שהגמ' לקמן פ"ו א' פריך אמתני' דתנן שם פ"ד ב' הלוקח פשתן מחזירו כו' ואם היה מחובר לקרקע ותלש כל שהוא קנה, ופריך משום דתלש כל שהוא קנה, ופרשב"ם ואמאי מי קני האי במשיכה דהאיך, ומשני רב ששת הכא במאי עסקינן דא"ל לך יפה לך קרקע כל שהוא וקני כל מה שעליה. ולכאורה מאי פריך משום דתלש כל שהוא קנה, והו"ך לשנויי הך שינוי, תיפול דתלוש ג"כ הוא חזקה לקרקע מדין אכילת פירות. אלא בהכרח דאין אכילת פירות חזקה בפני"ע לקנות הקרקע. – אכן לדעת שאר פוסקים דנקטו בשיטת הרמב"ם דאכילת פירות הו"ל קנין חזקה, קשה מאי פריך, וכמשנ"ת. וכבר כתב בחידושי הפלאה (סי' קל"ג) דל"ל דמתכוין וכל העומד ליצטר כצור דמי לענין קנין, וכמ"ש הרמב"ם (פ"ג דמכירה הי"ז), לכן פריך, דלא שייך לשנויי שיקנה באכילת פירות, דהא קמיירי בפשתן העומד ליצטר ודינו כמטלטלין דלא קנאם. דאין לומר דמיירי בפשתן שלא הגיע זמנו ליצטר, דהא בכה"ג לא הוא חזקה, וכדאמרינן לעיל ל"ו א' דאכלה שחת לא הוא חזקה.

המגיד משנה צ"צ ממכירה ה"ב. [דיעווי"ש שהציא מהרשב"א בחי' קידושין כ"ב ז' שכתב דכשהעבד תפר בגד לרבו לא קנה משום דלא קנה באכילת פירות, וכתב ע"ז המגיד משנה: "וכבר נתבאר למעלה דעת רבינו שהקרקע נקנה באכילת פירות וה"ה לעבד". עכ"ל].

והנה בשו"ע (סי' קצ"ב סעיף ט') כתב: "הל"ע מצעות צבית או בשדה ושכב עליהם או ערך שלחן ואכל ולא עוד אלא אפילו נתן כליו לתוכו או לבר צו פירות הראויים לנכור קנה". וזהו מדברי הר"ן פ"ק דקידושין (ח' ע"א מדפי הרי"ף). והב"י (צס"י קצ"ב ס"י) למד ד"ו מסוגיא דצ"ב נ"ג ז', אמר רב עמרם האי מילתא אמר לן רב ששת ואנהרינהו לעיינין ממתני', המל"ע מצעות צנכסי הגר קנה ואנהרינהו לעיינין ממתני' דתניא כי"ד בחזקה נעל לו מנעלו כו'. וכיון דצנכסי הגר קנה מכל שכן צמכר וצמתנה דאיכא דעת מקנה. עכ"ל ה"ב".

והגר"א צביאורו (צס"י קצ"ב ס"ק י"א) כתב ע"ד השו"ע, ח"ל: הרמב"ם וטור השמיטו, דס"ל דוקא לענין נכסי הגר איתמר, וכ"כ צסימן ער"ה סעיף י"ג יש דברים רבים כו', ופורט והולך, וכתב [שם סעיף ט"ו] המל"ע מצעות כו'. אבל כאן כתב צ"י [סעיף י'] דכ"ש הוא מנכסי הגר כיון דאיכא דעת אחרת מקנה. ואין דבריו מוכרחים". עכ"ל הגר"א. — וצמ"כ השו"ע הנ"ל דהל"ע מצעות צבית או בשדה "ושכב עליהם או ערך שלחן" כו', יעוי' צביאור הגר"א (ס"ק י"ב) דהיינו שיטת

תוס' והרא"ש, וכ"כ הרמ"א (צס"י רע"ה סט"ו), אבל הרמב"ם (פ"ב מזכיה ה"ד) ושו"ע (צס"י רע"ה סט"ו) כתבו דאפילו לא שכב. ולדבריו אינו ענין לשלחן, ע"ש צרמ"א. אה"ד הגר"א.

ובשו"ע (צס"י קצ"ב סעיף ח') כתב: "היתה הקרקע נחיה סלע שאין זה לא גדר ולא פרצה ואינה צת זריעה החזקה שקונה אותה שטיחת פירות או העמדת צהמה שם וכיו"צ משאר התשמישים". וזהו מדברי הרמב"ם (פ"א ממכירה ה"ט"ו), והוא מסוגיא דצ"ב כ"ט ז' דפריך אלא מעתה לונמא צמה יקנה, ומפרש הרמב"ם דפריקין אלא מעתה לא מעתה כו' לענין קנית הקרקע ומינה נילף גם לענין חזקת ג' שנים. והגר"א (צס"י קצ"ב סק"י) הוסיף דבלא"ה ס"ל להרמב"ם דכל שקונה בחזקת ג"ש קונה צקנין הקרקע. וצ"ן למה שביאר צד' השו"ע (שם סעיף י'). דהנה השו"ע (שם סעיף י') כתב: "המוכר שדה לצדירו ונכנס זה הלוקח וזרעה או נרה או שאסף פירות האילן או זמרו וכן כל כיוצא בצדירים אלו קנה". וזהו מדברי הרמב"ם (פ"א ממכירה ה"ט"ו), וכתב הגר"א (צס"י קצ"ב ס"ק י"ד) צוה"ל: "שם נ"ז א' כל שאילו צנכסי הגר כו', והרי ניר כו', וכפירוש רשב"ם שם [ד"ה אמר] דלאו דוקא נכסי הגר ה"ה לקנין שדה, אלמא דניר קונה השדה, וכ"ש זריעה ואסיפה מהאילן וכיו"צ, וכמ"ש הרמב"ן [צ"ב ל"ז ע"ב ד"ה הא דאמרינן] דניר אינו עולה אף מן החשבון, אבל שאר מלאכות עולה בחשבון וכמ"ש לעיל סימן קמ"א [ס"ק י"ט] לדעת הרמב"ן

נקטו דהרמ"א מודה לדינא דהמציע מצעות ושכב עליהם דקנה, וז"ל הסמ"ע: "ונראה דזהציע מצעות כו' הנ"ל בצע"ף ט' מודים דקנה כיון דנהנה גופו מגוף השדה, כמו שמהני כשמשתמש בעצדים עצודת הגוף כמ"ש הטור והמחבר לקמן בסימן קצ"ו [ס"ג], ולא דמי לאכילת פירות דאינו נהנה מגוף השדה כו'". עכ"ד. והיינו דמכיון ובגופו נהנה קנה לכו"ע.

ויעוי' בערוך השלחן (בסי' קצ"ב ס"ז) שהציא דעת הרמב"ם הנ"ל, ואח"כ הציא שיטת החולקים, וכתב: אבל יש מרבותינו דס"ל דאין קונון בחזקות אלו לא באכילת פירות ולא בהעמדת בהמה וכיו"ב שאינו מועיל לקרקע, וכתב רבינו הרמ"א דהכי מסתברא. ואפילו הניע מצעות ושכב עליהם ששימשה הקרקע להגוף אי"ז חזקה [הגר"א] ולא דמי לעצד דקרקע אינה עומדת לתשמיש גוף האדם. וי"א דבשימוש הגוף גם לדיעה זו הוי חזקה [סמ"ע], ולא פליגי אלא בשימוש זרכיו ולא בשימוש הגוף, אבל מלשון רבינו הרמ"א דזרכי משה משמע דגם בשימוש הגוף אינה חזקה לדיעה זו. עכ"ד הערוך השלחן.

**אמנם** בקונה מהפקר סגי ציפוי הקרקע, ולכן (בסי' רע"ה סעיף ט"ו) פסק השו"ע דהמציע מצעות בנכסי הגר קנאו ציפוי הקרקע. ויעוי"ש בערוך השלחן (בסי' רע"ה סעיף י"ד) שכתב: יש דברים רבים שבחזקות מכירה אינו מועיל ובהפקר מועיל כגון דברים שאינם דרך קנין אלא שייפה את

ע"ש. ועיין בירושלמי שם [פ"ג] הלכה ג', רב אמר עיקר חזקה הכנסת פירות שאם ראוהו חורש וקוצר ומעמר ודש וזורר ולא ראוהו מכניס פירות אינה חזקה. ואסיפת פירות שאמר הרמב"ם אינו אכילת פירות שאמרו שם [נ"ז א'] שאינה חזקה בנכסי הגר וה"ה בקנין השדה, אלא אסיפתם מן האילן שהוא כעין קוצר שהוא מלאכה בקרקע ובאילן, וקוצר הרמב"ם דלא יאז מן הכלל אלא מ"ש שם אכילת פירות, אבל כל שקנה בחזקות ג' שנים ה"ה לקנין, וז"ש [הרמב"ם בפ"א ממכירה הט"ז, ובשו"ע בסי' קצ"ב סעיף י"א] וכן אם אסף כו' [יעוי"ש שכתב: "וכן אם אסף המוכר כל של פירות ונתן ללוקה קנה לוקח], וכ"כ רב האי גאון [בספר המקח] שער י"ג ואי דלי כו'". עכ"ד הגר"א.

והרמ"א (בסי' קצ"ב סעיף י"א) כתב על כל ד' סעיפים הנ"ל בשו"ע, וז"ל: "ויש חולקין וסבירא להו דאין קונון בחזקות אלו לא באכילת פירות ולא בהעמדת בהמה וכיו"ב שאינו מועיל לקרקע והכי מסתברא", והוא שיטת הראב"ד (בפ"א ממכירה הט"ז) והר"ן בפ"ק דקידושין (ח' ע"א מדפי הרי"ף). — ויעויין צביאור הגר"א (שם ס"ק ט"ו) שכתב ע"ד הרמ"א במש"כ ויש חולקין כו', וז"ל: ר"ל על כל הד' סעיפים הנ"ל מסעיף ח' ואילך כו'". ולפ"ז פליג הרמ"א גם על דברי השו"ע (שם בצע"ף ט') דהמציע מצעות צבית או צשדה ושכב עליהם או ערך שלחן ואכל, וע"ז פליג הרמ"א וס"ל דאין קונון בחזקה זו. — אולם הסמ"ע (בס"ק י"ז)

הנכסים בצירויים נאים וכה"ג ובהפקר קנה שמראה שהחזיק בגוף הנכסים ונעשים שלו מן ההפקר. ע"ש.

ויסוד פלוגתא הנ"ל, הוא צביאור הירושלמי רפ"ג דצ"ב, דאיתא התם המוכר בית לחצירו כיון שצבר לתוכו פירות קנה, א"ר שמואל בר רב יוחנן ובלבד פירות שראויין לצבור. ועי' צביאור הגר"א (בסי' קצ"ב ס"ק י"ג) דזהו מקור דברי הרמב"ם דאכילת פירות קונה, וכבר הוצאו דברי הירושלמי במגיד משנה. אמנם בדעת הראשון יעוי"ש צביאור הגר"א (בסי' קצ"ב ס"ק ט"ו) שכתב: "והירושלמי הנ"ל, כיון שצבר לתוכו פירות כו', הוא לענין שא"צ לומר לך חזק וקני, דכן תני התם מפתח ומשכוכית כו'". עכ"ד.

והתוס' לעיל נ"ג ב' ד"ה לצני כו' כתבו דחפירת יסודות לצני אין זה משום קנין חזקה, והוצא ברמ"א (סי' ער"ה סעיף כ"א). והיינו דתרי גווי חזקה איכא, חדא כשמתכוין לקנות קרקע דלר"ך לעשות קנין חזקה דמהני לקרקע, ועוד גוונא איכא כשקונה בית דירה דלר"ך לעשות קנין חזקה דמהני לדירה. ולכן הצונה פלטריין בנכסי הגר ללא עשה פעולה המשציחה את הקרקע לא קנה הקרקע, ומה"ט כל זמן שלא עשה דירה הראויה למגורים לא קנה. וזהו שכתבו התוס' בדקדוק דצריהם, דהמואלא פלטריין נקטו לישנא דמשציח בנכסי הגר, ובקונה נקטו בנכסי הגר הוי הקרקע והיא לא נשתצחה, ודו"ק.

והר"י מיגאש פליג, וס"ל דחפירת יסודות לצני הוי חזקה. והיינו דס"ל דגם בחפירת יסודות נשתצחה הקרקע. והטעם דהצונה פלטריין בנכסי הגר ללא קנה צ"ל דמיירי בצנין ע"ג קרקע בלא שחפר יסודות, כן הוא ברש"א, והוצא במגיד משנה ובצ"י בסי' ער"ה. ועיין בלשונו של הר"י מיגאש בשיטתו"ק בסוגיא דהצונה פלטריין בנכסי הגר, שכתב: "ואם משאל אי הכי זה שהעמיד דלתות אמאי קנה והרי לא עשה מעשה בגוף הקרקע, היינו טעמא דקנה דמכיון שצנה הראשון פלטריין אלו בנכסי הגר נעשו הפלטריין מכלל נכסי הגר שהרי הן עצמן ילאו מרשותו משעה שצנאן בנכסי הגר וממילא נעשו מכלל נכסי הגר לפיכך כשבא זה האחר והעמיד בהם דלתות קנה, ועוד שהרי אותם דלתות משמרות הם לאותו קרקע ונעשה בהם חצר המשתמרת וכיון דאנו מעשיו בקרקע קנה אותם בכך". עכ"ל הר"י מיגאש. הרי להדיא דמהני קנינו משום דהקרקע משתצחת בכך. והא דהמואלא פלטריין בנכסי הגר, היינו שהגר צנה הצנין וחפר היסודות בקרקע, ונעשה הצנין חלק מהקרקע, ולכן המואל כך ותיקון בצנין, חשיב כמי שתיקון גם בקרקע, ולכן קנה גם קרקע.

ובעיקר טעמו של הר"י מיגאש בשיטתו"ק הנ"ל, דהא דמהני הדלתות שהעמיד השני משום שהגר הניח כתלים והמתקן אותם חשיב כמתקן בגוף הקרקע מכיון שהכתלים מחוברים לקרקע, דהתיקון שתיקון בכותל מהני. הנה לפ"ז א"צ שיתקן תיקון גמור של צנין. אולם ברמב"ם (פ"ב מזכיה

ה"ט) מתבאר טעם אחר, דהיינו משום שלא עשה תיקון בקרקע, ודוקא בהעמדת דלתות קנה שעשה דבר שהוא תיקון בקרקע. ולפ"ז צעין דוקא תיקון של בנין ובחידושי הרשב"א הביא בשם הר"י מיגאש כמ"כ הרמב"ם.

וביסוד דברי הר"י מיגאש שהוצא צשיטמ"ק, דחפירות ליסודות הוי הקנין ולא הבנין שבנאו, חזינן כמ"ש הנתה"מ (בתשו' בסו"ס ק"צ) צמי שקלקל כחלי הבית לזורך לבנות במקומם, אם הוי חזקה, ולידד דמכיון והבנין היה צנוי דינו כקרקע. וזוה חזינן בר"י מיגאש דלא נחית לומר דדוקא בנין חשיב כקרקע לחזקה, ורק בדברי הרמב"ם חזינן הכי, וכמשנ"ל. אלא דהנתה"מ נקט דכותל הצנוי בקרקע חשיב כחלוש, ודוקא החפירות עלמן חשיבי כמעשה בקרקע. וזוה חזינן כדבריו בדברי הר"י מיגאש וכמשנ"ת.

(ב) ב"ב ק' א', בגדר קנין חזקה בהילוך צשציל של כרמים, כתב הרשב"ם: "דרך הנאת המעשה קונין אותו כדאמרינן בחזקת הבתים הניע מצעות צנכסי הגר קנה" ומנינו ג' אופנים לבאר הדברים. דהנתה"מ (בסי' ק"צ סק"א) כתב עפ"ד המשאת צנימין סי' ל"א, דכשם דמניע מצעות צנכסי הגר קונה גם לשיטות דאכילת פירות לא קנה, והטעם דמניע מצעות ושכב עליהם עדיף משום גופו נהנה מגוף הקרקע, ואע"פ דמניע מצעות לא סגי בהנאת גופו לצד אלא צעין שיניע מצעות, היינו מפני דצעין תשמיש חשוב, דדרך שכיבה הוי עס

מצעות. אצל הילוך לצד זהו חשיבותו, וקונה בהילוך לצד. אצל המחנ"א (דיני שכירות סימן א') ציאר הטעם דקונה בהילוך שציל של כרמים, דהוא מפני דכדרך תשמישו כן דרך קנייתו. ומכיון דתשמישו של השציל הוא להילוך כמו"כ דרך קנייתו ע"י הילוך. ויהנה החוס' לעיל פ"ה צ' ד"ה כגון כו', בהא דמשנינן מחנ"א דזרק לה לתוך חיקה או לתוך קלתה הרי זו מגורשת דמיירי כגון שהיה בעלה מוכר קלתות, והקשו דנהי דנותן לה רשות ומשאלה מ"מ הא צעי חזקה, ותירץ ריב"א דאע"ג דאין המקום קנוי לה מ"מ כיון שיש לה רשות להציל קלתה שם קני לה קלתה, דכליו של אדם קונה לו צכל מקום שיש לו רשות להניח ע"ש. הרי דהמקום אינו קנוי, ורק לקנין פירות הוא של האשה. ומבואר כמ"ש המחנ"א]. אולם הנתה"מ (סי' ק"צ סק"ו) כתב אופ"א. דכשקונה קרקע צקנין הגוף, כגון צמכירה או שכירות ורצונו לקנות גוף לפירות, זוה צעין קנין צגופה של קרקע כגון נעל ופרץ. אצל כשקונה רק שעבוד וזכות להילוך שיהיה לו זכות שימוש, כגון שיהיה רשאי ללכת בהשציל של כרמים, זוה א"צ קנין צגוף הקרקע, וסגי צמה שמשתמש להילוך דקונה זכות הילוך.

[ובאצמת צשיטמ"ק מציא בשם הרא"ם דצשציל של כרמים אין קונה קנין הגוף, ורק זכות הילוך קנה. ויעוי' משל"מ פ"א מכירה הי"ד, דנחלקו צירושלמי פ"ק דצכורים אם מכר לו עד התהום או רק מקום דריסה. — אך יעוי' בעליות דרצינו

יונה, והוצא ג"כ בשיטמ"ק, דזהילוך קנה גם לזרוע שם].

**אמנם** הנתה"מ הרי כתב (בסק"א ובתחילת סק"ו) דקנין הילוך הוי משום הגאח גופו, דגופו נהנה מגוף הקרקע. והרי הגאח גופו קונה קנין הגוף כמו מליע מלעות. ול"ע מש"כ בסוף סק"ו דהילוך קונה רק לזכות שימוש כשכירות בעלמא, דשיעבוד השתמשות קונה ע"י השתמשות. – וכבר עמד צוה בס' דברי חיים (דיני חזקת קרקעות, סי' י"ד).

עוד יש להעיר בד' הנתה"מ, דבסק"א משמע דקונה מקום ישיבת ציהכני"ס קנין גמור, שהרי מדמה לדין מליע מלעות דקונה בקנין גמור. והרי בסק"ו כתב דמקומות ציהכני"ס אי"ו אלא רק שעבוד ישיבה.

**אבן** הנתה"מ בסק"ו הדר ציה, מטעמא דחזקת תשמישין, יעוי"ש. וחזר בו ממש"כ בסק"א, וא"ל להגיע לגדרי הגאח גופו.

**ובאמת** יעוי' צשו"ת בית יצחק (או"ח סי' כ"ג סק"א) דדקדק מד' הט"ו

(ס"ו) צסם משאת צנימין דקונה מקומות ציהכני"ס בקנין גמור דומיא דמליע מלעות צנכסי הגר. וע"ש שתמה ע"ד הנתה"מ (סק"ו). ופסק לדינא דגם ציהכני"ס של יחיד קונה המקום בקנין גמור. והציא מש"כ החת"ס (או"ח סי' כ"ט) דצבר ציהכני"ס שחרצה והיה ששה מקומות צלד לפון וששה צלד דרום למעלה ליד ארון הקדש, וכעת

הרחיצו ציהכני"ס מצפון לדרום ונתוספו עוד ג' מקומות מכל צד, ומעתה צעלי הששה מקומות טוענים שיש לחשוב מקומותם מארה"ק עד צד לפון זה אחר זה, ואח"כ הג' הנוספים עד סמוך לכותל צפונית ודרומית, והמערערים טוענים דאופן ג' שהיו תחלה סמוך לארה"ק יהיו גם עתה כן, ואופן ג' סמוך לכותל יהיו גם עתה כן, וצאמנע יהיו הנוספים. – ופסק, דצנצנה ציהכני"ס צאותו מקום שעמדה מקודם, יהי' כמו שהיו מקודם. דצשלמא אס היו צונים צמקום אחר אז היה מקום לטענה שיקבלו סמוך לזויות, וגם אז היה מקום לדון. ע"ש.

וע"ש דכתב החת"ס (או"ח סי' כ"ט), "הנה פשוט דצעלי המקומות צצהכני"ס אין רק הספסלים שלהם כי אס הקרקע קנוי להם לספסליהם ולצרכי ציהכני"ס, ויש ליה כל דיני קרקע, צכל ענינים, חוץ לענין דינא דצבר מצרא איכא פלוגתא [חוו"מ סי' קע"ה סג"ג] אצל פשוט שיש לו דין קרקע". – אמנם י"ל דאחיא כד' הנתה"מ, דגם החת"ס קמיירי רק על השימוש, ולא על קניית הקרקע לזרוע וכדו'.

והנה נפק"מ לענין פתיחת סידור צמקום ציהכני"ס דיל"ע אס הו"ל כישיבה דקנה. ולפ"ד הנתה"מ סק"א צכה"ג אחיא לא כד' הראצ"ד, והרמ"א פסק כן, וא"כ לא מהני. ולפמ"כ הנתה"מ סק"ו מהני לכו"ע. – ויעוי' צכסף הקדשים, שכ' דלקנין מקומות צית הכנסת א"ל ישיבה צדוקא, אלא סגי צהנחת סידור, וכדו'. [וכוונתו, צסידור של

המתזיק, ולא סגי בסידור של ציהכנ"ס. וכמו"כ מיירי שאינו מניחו ע"ג הכסא, אלא על מקום שמניחים הסידור]. ולמשנ"ת א"ש למסקנת הנתה"מ צסי' קצ"ב סק"ו.

ובם' אולם המשפט (סי' קצ"ב ס"ט) הק' לשיטת הרמב"ם דאכילת פירות היא קנין חזקה, א"כ מאי חידושה דקנין הילוך בשביל של כרמים, הרי הילוך זה לא גרע מאכילת פירות בעלמא. – וכתב, דהחידוש הוא, דאפילו צנכסי הגר דאין אכילת פירות קנין, מ"מ הילוך בשביל של כרמים הוא קנין גם צנכסי הגר. – ולכאורה זהו דוקא לשיטת קמאי דס"ל דזהילוך קונה את גוף השביל, ויכול גם לזרוע בו וכיו"ב, דה"ה נמי דמהני צנכסי הגר. אבל לשיטת קמאי דקנין שביל של כרמים זהילוך היינו רק זכות ההילוך ואינו קונה גוף הקרקע. וכ"ד הנתה"מ (צסי' קצ"ב סק"ו צסופו). לכאורה לא שייך זה צנכסי הפקר, דהרי צהפקר אין משמעות לזכות השתמשות בחילוק מהבעלות בגופה של קרקע. אמנם ז"א, דודאי קנה גם לשימוש צפ"ע.

והנה אכילת פירות היא חזקה לד' הרמב"ם פ"א מכירה ה"ו, וז"ע היאך מייחתינ ראה צגמ' לעיל נ"ג צ' דהמציע מצעות צנכסי הגר קנה, מעצד. הרי החס קנה מדין אכילת פירות, שהרי העצד עושה צנכסי חצירו ומהני מדין אכילת פירות. ועדיין לא שמענו על נכסי הגר. וצס' אולם המשפט (סי' קצ"ב ס"ט) כתב דשיטת הר"י מיגאש הוצא צשיטמ"ק דהפירוש צהצעת מצעות

הוא דאין הקנין צשכיצה, אלא צמה שמיפה את הקרקע. ולפ"ז הלצישו הרצ לעצד הוא גם משום יפוי. וצזה אין חילוק צין נכסי חצירו לנכסי הגר.

אלא דתמה דצאמת הרמב"ם כתב רק "הציע מצעות צנכסי הגר", אבל צשו"ע העתיקו והוסיף "ושבצ עליהם". – ויש להוסיף צתימא, שהרי צשו"ע סי' רע"ה סעיף ט"ו פסק המחצר כהר"י מיגאש, והרמ"א פליג. וכאן לא פליג הרמ"א צהאי טעמא. ודוחק לומר דצסעיף י"א דפליג כ"ל גם לזה.

ובשיטת הרשב"ם מוכרח דכשגופו נהנה קנה, גם צאכילת פירות. שהרי ס"ל צסוגיין צצ"ב נ"ז א' ד"ה והרי אכילת פירות, דאכילת פירות אי"ז חזקה, רק ראה על ג' שניס. ולקמ"י ק' א' ד"ה נקנה, הוכיח דהילוך הוא דרך הנאת המעשה ומה"ט קונה, מדינא דמציע מצעות צנכסי הגר, צצ"ב נ"ג צ', וע"ש צרשב"ם דהנאה זו עדיפא מנעל גדר ופרך, דאדרבא מהאי חזקה ילפי' שאר חזקות, וכדאמרי' ושבו צעריכס אשר תפסתם צמה תפסתם צישיצה. – והציאור, דכשגופו משתמש מגוף השדה, קנה לכו"ע. וכמ"ש הסמ"ע (סי' קצ"ב ס"ק י"ז) דגם הראצ"ד מודה צכה"ג. – ואשר לפ"ז יתישב קושיית האולם המשפט, דהחילוק צין כשיש אחר שמקנה או לא זהו רק כשהקנין הוא מדין אכילת פירות. אבל כשגופו נהנה מגוף השדה או העצד, ודאי קנה לכו"ע. (ועי' צאו"ש פ"ב מוכיה ה"ב,

צביאור החילוק דבנכסי הגר לא קנה באכילת פירות, ובמכירה בעלמא קנה, לשיטת הרמב"ם. וכתב דכשאוכל פירות של שדה הפקר אינו קונה גוף הקרקע, די"ל דרוצה ליקח הפירות עצמן ואין הוכחה על קניית הקרקע. אבל במכר שאין זכיה בלא דעת בעלים, והבעלים מוכר השדה עם הפירות ביחד א"כ כי מאסף פרותי ואכיל הרי אחזיק כדאחזקי אנשי. ומשא"כ בנכסי הגר דהגילוי הוא רק על הפירות ולא על גוף הקרקע).

ובד' הנתה"מ (סי' קצ"ב סק"א) יש להעיר, במש"כ לבאר טעם דמהני חזקה ע"י ישיבה צביהכנ"ס, דדמי למניע מנעות. – ולכאורה א"צ לזה, דהרי בפשטות דמי להילוך בשביל של כרמים, דהשביל מיועד רק לשימוש של הילוך, וה"ה ספסל של צביהכנ"ס. – ומד' הנתה"מ שביאר דהיינו משום דנהנה גופו, וכעין מניע מנעות ושוכב עליהם, חזין דע"ס השימוש בהילוך ובישיבה לא סגי לקנין. והוצרכנו לתוספת סברא של הנאת גופו. – ובאמת דלעיל נ"ג צ' בשמעתיא דהמניע מנעות בנכסי הגר, פי' רש"ם דשכב שם על הקרקע. והיינו דמיירי דגופו נהנה. ואשר לפ"ז א"ש מש"כ הנתה"מ הטעם בחזקה

ע"י ישיבה צביהכנ"ס דהיינו מה"ט דגופו נהנה. – אמנם הר"י מיג"ש פי' דקנין החזקה היינו שהניח המנעות ליפוי וקישוט. ולפ"ז אין צדינו ללמוד קנין חזקה בישיבת צביהכנ"ס. – ובפשטות י"ל לד' הר"י מיג"ש דקנה צביהכנ"ס דומיא דהילוך בשביל של כרמים. – וא"כ ז"ע למה הוצרך הנתה"מ למיחת לסברתו, דע"י הנאת גופו קנה.

ובד' הנתה"מ (סי' קצ"ב סק"ו) דקנין בשביל של כרמים ע"י הילוך, אי"ז קנין לגוף הדבר, אלא רק להליכה בעלמא. יש להעיר דיעוי' בסמ"ע (שם סק"ו י"ב) צביאור ד' הרמב"ם שאפילו שכונת מוכר הוא למכור לו מקום רחב להיות לו לדרך, דמ"מ לא קנהו בהילוך אחד, אלא הדין הוא שאם יש שם מקום מסויים צמחינות אינו קונה אלא רק מה שצחוך המחילות. ומה שמחוך למחינות צריך לקנין בפני"ע. והנה לד' הנתה"מ דכל קנינו הוא רק לשימוש של הילוך, יל"ע מאי טעמא לא מהני לקנות מה שחוך למחינות. דבשלמא אי נימא דקנינו הוא לגוף הדבר, א"ש דהוצרכנו לקנות בכל מקום, ועל חוץ למחינות ליכא קנין. אבל אם קנינו הוא רק לשימוש מ"ט לא מהני.

## סימן ל

## בסוגיא דהוצאת זיוין

חזקה, וחידוש הוא. ומ"מ אין לדבר הכרת, ואפילו את"ל דאם הוציא זיו אפילו לא נשתמש החזיק מ"מ כי האי לא החזיק דזה אינו עשוי לתשמיש אלא לחזק הזיו. והיינו דדוקא כשהזיו עומד לשימוש מסויים הוא חזקה בקביעותו, אצל כשאין הכרח לעומד לשימוש זה אין חזקה כל זמן שלא נשתמש בו בתשמישו. - אולם דעת בן המחבר בס' שי למורא (שם), דדברי הב"י הם דוקא בזיו פחות מטפח, דאילו בזיו בולט טפח מוכח דנעשה לתשמיש, ויש חשש חזקה.

ושיבת הרמב"ם (רפ"ח משכנים), שלא הזכיר דין מחאת בעל הגג בצעל החצר מלהשתמש בזיו, ביאר הלח"מ (שם) והגה"מ (בסי' קנ"ג סק"ב) דהרמב"ם לטעמיה דס"ל דאפילו בזיו פחות מטפח מהני חזקה לשימוש הזיו, דמדן היוק ראייה יכול למונעו מלהשתמש בו, וממילא ודאי דרשאי לעכב על צעל החצר מלהשתמש גם בזיו פחות מטפח. ולכן ליכא לפרושי הא דקתני במתני' ג"ט ב' דאינו יכול למחות, כפירוש קמאי דאם בא על החצר להשתמש בזיו אין צעל הגג יכול למונעו. [והרשב"ם ג"ט ב' ד"ה בצעל כו' ביאר טעמא דאין צעל הגג יכול למחות בצעל החצר, דאין צעל החצר

(א) ב"ב ג"ט א', הזיו עד טפח יש לו חזקה ויכול למחות כו', ובגמ' אמר רב הונא לא שנו אלא בעל הגג בצעל החצר אצל צעל החצר בצעל הגג יכול למחות. ובדין הוצאת זיו כשאינו משתמש בו, יעוי' בטור (בסי' קנ"ג ס"ט) שכתב בשם הר"י ברללוני, דדוקא זיו העשוי להשתמש בצד שכנגד חצר חצירו, חצירו מעכב עליו אצל הקובע זיו בכותלי ביתו מצפנים אע"פ שעובר מעבר לעבר ובולט לצד חוץ על אויר חצר חצירו רשאי מכיון שאינו משתמש מצד חוץ. והב"י ביאר טעמו דליכא היוק ראייה וגם ליכא חשש חזקה בכה"ג מכיון שאינו מעכבו מלהשתמש בו אה"כ דהרי לא נשתמש בצד זה. - וז"ל הב"י: "כתב הר"י אלברללוני זיו פחות מטפח וכו' שאם ירצה לקצבו ולהשתמש בו כלפי פנים, נראה לי דהכי קאמר שאם ירצה לקצוב יחד או קורה שתעבור עובי הכותל ותלא מצד זה ומצד זה כדי שתהיה חזקה יותר ואינו רוצה להשתמש בו אלא מצד פנים אין צעל החצר יכול למחות ולומר אולי תשתמש בו מצד חוץ וגם אינו יכול לטעון חזקה כיון שאינו משתמש בו". עכ"ל. ובספר שי למורא (בהגהות הטור הל' מקי שכנים) כתב ע"ז: "צ"ע דלפי דברי הרב א"כ אם הוציא אדם זיו ולא נשתמש בו לא יהיה לו

מפסידו דבלא"ה אין צעל הגג היה משתמש  
 בהזיו שהרי צעל החצר יכול לחתוך הזיו. וכ"כ  
 רבינו יונה]. ולפ"ד הרמב"ם דאפילו בפחות  
 מטפח מהני חזקה א"כ בהכרח דמשגתו לא  
 איירי לענין מחאת צעל הגג צעל החצר.  
 [וע"ש בלא"מ וזנתה"מ דהרמב"ם מפרש  
 הא דאמר רב הונא דצעל הגג מוחה צעל  
 החצר כפירוש השני ברשב"ם הנ"ל, שפירש  
 דמיירי לענין צעל החצר שצא לקבוע זיו  
 צכותל צעל הגג. אולם צ"ל שי למורא  
 (צהגהות הטור סק"ח) וצאלס המשפט (סי'  
 קנ"ג ס"ג) העירו דצחי' הר"י מיגש  
 וצפיה"ש להרמב"ם פירשו דמיירי לענין  
 מחאת צעל הגג צעל החצר מלכנות בחזירו,  
 וכדס"ל להרמב"ם צדין חזקת זיו פחות  
 מטפח וע"ע אבן האזל ע"ד הרמב"ם].  
 ולדינא גם לשיטת הרמב"ם כשלא החזיק צעל  
 הזיו, בגוונא דרשאי צעל החצר לסלקו, רשאי  
 צעל החצר להשתמש בהזיו ג"כ, וכמש"כ  
 הסמ"ע (צ"ג קנ"ג סק"ג).

והנה התוס' צווגיין נ"ט א' ד"ה עד טפח  
 כו', כתבו צ' דרכים, בתחילה כתבו  
 דזיו טפח יכול למחות צעל החצר אע"פ  
 שצעל הגג לא החזיק בהזיו, דאע"פ דצעל  
 החצר רשאי לסלק הזיו מ"מ אינו רשאי  
 להשתמש בו מכיון ורגילים להשתמש בזיו  
 טפח להנחת דברים כבדים ויש לחוש לקלקול  
 הכותל, וצדריך הצ' כתבו דדוקא אחר שהחזיק  
 צעל הזיו כדין יכול לעכב מצעל החצר  
 להשתמש בהזיו כדי שלא יפסיד שימושיו  
 טפח. (ולפ"ו הא דמפלגינן במתני' צין זיו

פחות מטפח לטפח היינו דוקא לגבי חזקה,  
 דפחות מטפח שאין לו חזקה יכול צעל  
 החצר להשתמש בו מכיון שאינו יכול לסלקו,  
 אבל בזיו טפח דיכול עי"ז לסלקו א"כ  
 מחזקתו בהשתמשותו שפיר יכול למחות צעל  
 החצר).

וברבינו יונה נקט כהדרך הצ' שכתבו  
 התוס'. [ועי' נה"מ (צ"ג קנ"ג  
 סק"ה) שכתב ג"כ דלא קי"ל כהדרך הא'  
 שכתבו התוס']. - והרא"ש (סי' ע"ד) כתב  
 דזיו טפח מודה רב יהודה דיכול לעכב,  
 דדוקא בזיו פחות מטפח דלא חזי לאשתמושי  
 אלא למתלי ציה מידי ומצי למיעבד צאהדורי  
 אפי' ואיכא היזק ראייה. והנה מתחילת דברי  
 הרא"ש משמע דאזיל כהדרך הא' שכתבו  
 התוס', דזיו טפח יכול צעל הגג למחות  
 צעל החצר. אולם הדרכי משה (צ"ג קנ"ג  
 סק"ג) כתב דהעיקר דצדריו דס"ל כהדרך  
 הצ', ומש"כ דזיו טפח יכול צעל הגג למחות  
 צעל החצר קאי קודם חזקה. וכ"כ הצ"ח.

ובב"ב שסיים הצ"ח, דהרא"ש נקט כהדרך  
 הא' שכתבו התוס', ז"ע דהרי  
 לפמש"כ הצ"ח בהכרח דס"ל כהדרך הצ'.  
 וכנראה דזהו מש"כ הש"ך (שם סק"ג)  
 לתמוה ע"ד הצ"ח. אמנם הנה"מ (שם  
 סק"ה) ציאר תמיהת הש"ך צאופ"א, דהנה  
 צמש"כ הרמ"א (צ"ג קנ"ג ס"ג) ואם לא  
 מיחה צו והניחו מרצונו צעל החצר יכול  
 להשתמש צו אבל לא צעל הזיו, יעוי"ש  
 צש"ך (סק"ג) שכתב דפחות מטפח  
 שהוציא צעל הזיו, אינו יכול להסירו כל זמן

טענת חזקה, ותירץ שכיון דצידו להסיר הזיו  
 איהו לאפסיד אנפשיה, דכל זמן שאינו  
 מסיר ציד צעל החצר להשתמש בו. ע"ש.  
 וחזינן דציו טפח יש חזקה לבעל החצר, אבל  
 בפחות שאין לו חזקה ממילא ליכא הפסד  
 לבעל הזיו, והו"ל זה נהנה וזה לא חסר  
 וכופין על מדת סדום.

וביבוא שיטת הרמב"ם (רפ"ח דשכנים) די  
 חזקה ציו פחות מטפת, שכחצ  
 זיה"ל: המצקש להוציא זיו מכותלו על אור  
 חצר חצירו כל שהוא צעל החצר מעכב עליו  
 כו'. והטור (בסי' קנ"ג) פליג וס"ל דציו  
 פחות מטפח אין לו חזקה כלל ויכול לעכב  
 עליו מלהשתמש צהזיו, והרמ"א (שם בסעיף  
 ז') הביא דברי הטור בשם י"א. ושיטת  
 הרמב"ם ציאר הב"י (בסי' קנ"ג סעיף ז')  
 וכ"ה בפיהמ"ש בסוגיין, דהא דקתני הזיו עד  
 טפח יש לו חזקה ויכול למחות, היינו דבעל  
 הזיו יכול למחות צבעל החצר מלצנות בהחצר  
 בגוונא דיפסיד את שימוש הזיו. והא דקתני  
 בסיפא פחות מטפח אין לו חזקה ואינו יכול  
 למחות, היינו נמי לענין זה שאין צעל הזיו  
 יכול למחות ולעכב מצעל החצר מלצנות  
 בחצירו. [וזהו פירוש רבו הר"י מיגש לקמן  
 נ"ט ז' בהא דאמר רב הונא לא שנו אלא  
 צעל הגג צבעל החצר, ע"ש]. והיינו דהא  
 דשנינו פחות מטפח אין לו חזקה קמייירי רק  
 לענין שאינו יכול למחות צבעל החצר מלצנות,  
 אבל עד שיבנה אין צעל החצר מעכבו  
 מלהשתמש צזיו. - ובשיטת הטור יעוי' בשו"ת  
 שער אפרים (סי' קנ"ט) דלמדו מדינא דחלון  
 למעלה מד"א.

שירצה צעל החצר. ושאיני מהולאת זיו טפח  
 שמיחה צו צעל החצר, צוה גם צעל הזיו  
 יכול להסירו כשרוזה. [ויש לדון האם צעל  
 החצר ישלם מדין יורד לבעל הזיו, ועי'  
 בספר אולם המשפט (סי' רי"ד ס"ד).  
 ונראה דלמעמי' דהש"ך (בסי' שצ"א סק"צ)  
 דדוקא כשירד על דעת להשביח לחצירו  
 נוטל יניחותיו אבל כשלא נתכוין לטובת  
 חצירו אינו משלם מדין יורד, ולכן צנד"ד  
 א"צ צעל החצר לשלם לבעל הזיו, דהרי לא  
 עשאו לזכרו]. - והש"ך כתב: "וכן מורה  
 לשון הטור צצ' מקומות צסעיף ו' וי', וגם  
 לשון הרא"ש מורה כן, ודלא כפירוש הצ"ח  
 כו". עכ"ל. והנתיב"מ (שם סק"ה) פירש  
 דברי הש"ך, דצמ"כ הרא"ש (סי' ע"ד)  
 נתקשו הפוסקים, דצתחילת דבריו כתב דציו  
 טפח צעל הזיו מוחה צבעל החצר, וצסו"ד  
 משמע כהדרך הצ' דכתבו התוס' נ"ט א'  
 ד"ה עד טפח כו', והד"מ (הנ"ל סק"צ)  
 והצ"ח (שם ס"ה) נתקשו צוה, ונקט  
 הנתה"מ דהש"ך פירש דכוונת הרא"ש  
 לענין הסרת הזיו, דציו טפח יכול צעל הגג  
 לצבוע להסירו, משא"כ ציו פחות מטפח. -  
 ולדינא כתב הנתה"מ (בחי' סק"ז) דלא  
 נקטינן כד' הש"ך בפחות מטפח, והריטב"א  
 צצ"צ נ"ט ז' כתב הכי להדיא, דליכא חילוק  
 צין זיו טפח לפחות מטפח, דיכול צעל הזיו  
 להסירו. וצציאור החילוק צין זיו טפח  
 לפחות מטפח, ציאר צספר שי למורה  
 (צהערות הטור סק"י צהגהת צן המחצר)  
 דלכאורה קשה היאך רשאי צעל החצר  
 להשתמש צהזיו הרי יש לחוש שיטעון אח"כ

ויעווי' בנתה"מ (בסי' קנ"ג סק"ד) שכתב דזו פחות מטפת, לדעת קמאי דס"ל דבעינן ג' שנים, אין לו חזקה אף שנשתמש בו, כיון שאינו דבר קבוע. וע"ש שביאר דחזקה זו דג' שנים (להנך קמאי דמיימי הרמ"א שם בסעיף ז') לא דמי לשאר חזקות ג' שנים, דבשאר חזקות ג' שנים בעינן אכילת פירות, משא"כ בזו אף שלא השתמש בו כלל בכל הג' שנים, ללא בעינן ג' שנים אכילת פירות רק כשאוכל משל חצירו, משא"כ בדברים שהטעם משום היזק, כל שעשה דבר קבוע ולא הקפיד ג' שנים הוא חזקה, וזו פחות מטפת אין לו חזקה אף שנשתמש בו כיון שאינו דבר קבוע. עכ"ד. - ונראה דלפ"ד הרמב"ם דזו פחות מטפת יש לו חזקה, דהיינו דוקא כשנשתמש בו, וכ"מ בפיהמ"ש בסוגיין דבעינן דוקא שישתמש בו. וכיו"צ יעווי' במרכבת המשנה (פ"ח משכנים ה"א) צד' הרמב"ם.

היזק ראה בפתיחת חלון רק כשנהנה מאויר חצירו, ולכן בחלון למעלה מד"א אין זו טענת היזק ראה, ע"ש. ולפ"ז י"ל דגם זו ליכא טענת היזק ראה רק כשמוציאו על אויר חצירו, דהלל היזק ראה דזו הוא מועט מהיזק ראה דחלון כמש"כ הנמוק"י בסוגיין, דא"ז נוק קבוע.

והרמב"ם (רפ"ח משכנים) כתב בצ"ל החצר מעכב עליו "שהרי מזיק בראה", משמע לכאורה דאחינן עלה מחמת היזק ראה, וא"כ יש לדון באיפכא ממש"כ הנתה"מ הנ"ל, דיתכן דמייירי דוקא בכנס לתוך שלו, אבל בהוציא זי לרשות חצירו רשאי חצירו לעכב עליו אפילו כשאין היזק ראה. אכן הנתה"מ נקט לא כן, ומבואר דס"ל ללא אמרינן בכה"ג טענת היזק ראה, ולכאורה הטעם משום דכופין על מדת סדום.

ג) דעת הב"ח (בסי' קנ"ג סעיף י') דשיטת הרמב"ם (פ"ח משכנים ה"ד) שמוותר לצעל החצר לקבוע זי בכותל חצירו, והשו"ע (בסי' קנ"ג סעיף י"ג) הביא דברי הרמב"ם, והרמ"א לא השיגו, והוסיף הב"ח דכן דעת הרשב"ם צ"צ נ"ט ז' ד"ה בצעל החצר, וכן דעת ה"ר יהודה זרעלני שהוציא בטור (בסי' קנ"ג סעיף י'). אכן הש"ך (בסי' קנ"ג סק"ג) פליג ע"ד הב"ח, וס"ל דנקטינן כמ"ש הרמ"א (בסי' קנ"ג סעיף ד') דצעל הכותל יכול למחות בצעל החצר שלא יקבע זי בכותל חצירו אפילו בזי פחות מטפת. ויעווי' בנתה"מ (סי' קנ"ג סק"צ) דלפמ"ש הרמב"ם (רפ"ח משכנים) דזו כל שהוא הי

ב) בעיקר מניעת הוצאת זי, יל"ד כשכנס כותל לתוך שלו האם ג"כ אינו מוציא זי, דלשון הרמב"ם שבי' מכותלו על אויר חצר חצירו, משמע דוקא כשהוציא לתוך חצר חצירו, אולם הנתה"מ (סי' קנ"ג סק"א) כתב דאפילו כשכנס הכותל לתוך שלו, ורוצה להוציא זי על אויר שלו כנגד חצר חצירו, מעכב צעל החצר עליו, כיון שבהוצאת הזי זיקנו בהיזק ראה, ומעכב עליו אפילו שאינו משתמש באויר שלו, וכשם דמונעו מלפתוח חלון כנגד חצירו אע"פ שאין פתיחתו על אויר חצירו. ע"ש. - ויש לדון בזה לפמ"ש הקלוה"ח (בסי' קנ"ד סק"א) דאין טענת

צעל צחצר לקצעו צכותל של צעל הגג כיון שהוא פחות מטפח אין צעל הגג יכול למחות צו וכגון זה כופין על מדת סדום ותולה צו חפציו ואין צעל הגג יכול למחות צו דאי משום היזק ראייה לית ליה לצעל הגג ומשום חזקה נמי לית ציה דכיון שאין צו טפח אין צו חזקה ואי משום טענת היזק הכותל זי שהוא פחות מטפח מעץ או מלוח אין יכול לתלות צו משא כבד כל כך שיש צו היזק לכותל, אבל צויו טפח יש צו חזקה שאיזה מהם שהחזיק צו צין צעל הגג צין צעל החצר הוי חזקה שאם החזיק צעל החצר צעל הגג משתמש צו וצונה ומטעין עליו כל מה שיכול לפי רוחב היזו שהחזיק צו ואם החזיק צעל הגג צעל החצר יש לו חזקה צחצר צמקום שתחזיו שיכול לעכב צעל החצר שלא יצנה תחזיו כלום לא תחת ארכו ולא תחת רחבו ויכולין למחות צתחילה זה צוה, עד כאן. "עכ"ל הטור צשם הר"י ברללוי. והטור השיג עליו, וכחצ: "ולא מסתבר כלל שצעל החצר יכניס זי פחות מטפח צכותל צעל הגג צעל כרחו, והא דאמרינן פחות מטפח אין יכול למחות דוקא צשימוש קאמר כדפרישית לעיל שצעוד שצעל החצר מניחו שם אין צעל הגג יכול למחות צו מלהשתמש צו". עכ"ל הטור. והרמ"א פסק כהטור, וכמ"ש הסמ"ע (סק"י).

והב"ח (צסי' קנ"ג ס"י) פסק כהר"י ברללוי, ופליג ע"ד הרמ"א שפסק כדעת הטור. יעוי"ש שהרשב"ם נ"ט צ' ד"ה צצעל החצר כו', והרמב"ם (פ"ח משכניס ה"ד) ס"ל כהר"י ברללוי.

חזקה ממילא יכול צעל הגג למחות צצעל החצר שלא ישתמש צו, ויקשה הא דשנינו צמשנתינו צ"צ נ"ט א' פחות מטפח אין יכול למחות, ובהכרח דס"ל כפי' צתרא דפירש רשב"ם דהא דאינו יכול למחות היינו צעל הגג צצעל החצר שצא לקצוע זי פחות מטפח צכותלו, ולפ"ז ס"ל להרמב"ם דשרי לצעל החצר להוציא זי פחות מטפח צכותל צעל הגג, וא"כ קשה למה השמיטו הרמב"ם והשו"ע דינא דשרי לצעל החצר לקצוע זי צכותל חצירו, ודלא כהרמ"א (הנ"ל צסעיף ד'). אלא בהכרח צ"ל דהציאור צד' הרמב"ם כמ"ש הש"ך (צסי' קנ"ג סק"ג) צדעת הרשב"ם הנ"ל דאין כוונתו שרשאי צעל החצר להוציא זי צכותל חצירו דהוא צכותל עצמו, אלא כוונתו להוציא סמוך לכותל. ולכן השמיטו הרמב"ם והשו"ע הך דינא, דהרי פשיטא דשרי לצעל החצר להוציא זי צחצרו סמוך לכותל חצירו.

דהגהה הרמ"א (צסי' קנ"ג ס"ד) כתב: "ואם צעל החצר רוצה לקצוע זי צכותל חצירו צעל הכותל יכול למחות צו אפילו צויו פחות מטפח". ומקורו מדברי הטור דפליג ע"ד ה"ר יהודה ברללוי שהוצא בטור (שם סעיף י') צוה"ל: "כתב ה"ר יהודה ברללוי זי פחות מטפח אין צו חזקה כלל צין אם קצוע צעל הגג צין אם קצוע צעל החצר אין צו חזקה, ולענין למחות צו אין צעל החצר יכול למחות צצעל הגג מלקצוע שאם ירצה לקצוע ולהשתמש צו כלפי פניס אין צעל החצר יכול למחות וצלצד שלא ישתמש צו צחון צחצר משום היזק ראייה, וכן אם צא

דהרשב"ם פירש אליבא דרב הונא דקיי"ל כוותיה דאמר צהא דשנינו דאינו יכול למחות היינו צעל הגג צבעל החצר, וז"ל: "אי נמי הכי קאמרה מתני' אין לו חזקה לצעל הגג וגם אינו יכול למחות צבעל החצר אם צא לקצוע זיזין סמוך לכתלו דהא ליכא היזק ראייה". עכ"ל הרשב"ם. ונקט הב"ח דמש"כ הרשב"ם "אם צא לקצוע זיזין סמוך לכתלו" היינו דקצועו סמוך לכתל מיידי בקצועו ככותל עצמו. - אולם הש"ך (בסי' קנ"ג סק"ג) הביא דברי הב"ח שפסק דאינו יכול למחות, וכתב דגם דעת הרשב"ם היא כן, וכתב הש"ך: "ואין דבריו נראין, דאין כונת רשב"ם לומר רק שיוציא זיז מרשותו עד סמוך לכותלו ולא ככותל של חצירו". והיינו דמש"כ הרשב"ם סמוך הוא לא ככותל עצמו. וכ"כ הגר"א (בסי' קנ"ג ס"ק י"ז) דהכרעת הרמ"א היא דלא כהר"י ברלובי, אלא כפירוש הרשב"ם, רק שרשב"ם מפרש סמוך לכתלו. ע"ש.

והנה הב"ח הוסיף דגם שיטת הרמב"ם (פ"ח משכנים ה"ד) שהוצא בטור (סי' קנ"ג סעיף כ"א) צדין הנחת סולם ברשותו של חצירו, דאם הסולם קטן אין יכול למונעו שהרי יאמר לו אין לך שום הפסד צוה שכל זמן שתרצה תצטלנו. והטור פליג, וכתב: "ואינו נראה דהיאך ישתמש בשל חצירו צעל כרחו". והשיב המגיד משנה, והוצא צב"ח (בסי' קנ"ג ס"כ) דכופין על מדת סדום [וע"ש צב"ח שזהו ג"כ דעת הרשב"ם נ"ח צ' ד"ה סולם כו']. ולפ"ז כתב הב"ח דנקטינן הכי, דאמרינן צכה"ג דכופין על מדת סדום. והשו"ע (בסעיף י"ג) פסק

כהרמב"ם, והרמ"א לא הביא דעת הטור שהשיגו. - אולם הש"ך הנ"ל כתב: "גם מה שהביא הב"ח מסולם לא דמי כלל" ולכאורה הביאור בחילוקו, דאין העמדת סולם קטן חשיבא כשימוש בגופו של רשות חצירו, אלא רק הנחת חפציו באופן ארעי, משא"כ בניית זיז כותלו של חצירו חשיבא כשימוש בגופו של רשות חצירו.

ויעוי' צב"ח שביאר סברת ה"ר יהודה ברלובי ממה שהקשה עליו הטור דלא מסתבר כלל שצעל החצר יכניס זיז פחות מטפח ככותל צעל הגג, דס"ל לה"ר יהודה ברלובי "דכיון דאין צעל הגג חסר צשום דבר צמה שמכניס צעל החצר זיז כל שהוא ככותלו שהרי אין ממנו אפילו היזק ראייה לצעל הגג וצעל החצר נהנה הו"ל זה נהנה וזה אינו חסר וכופין על מדת סדום". עכ"ל הב"ח.

והנה הב"ח הקשה ע"ד הרמ"א, דלענין זיז סתם כדעת הטור, והרי לענין סולם שהשו"ע (בסי' קנ"ג בסעיף י"ג) הביא שיטת הרמב"ם, לא הביא הרמ"א את שיטת הטור דפליג. והיינו דהטור אזיל לטעמייה, דמטעמא דפליג ע"ד ה"ר יהודה ברלובי דלא מסתבר כלל שצעל החצר יכניס זיז פחות מטפח ככותל צעל הגג צעל כרחו, מהאי טעמא נמי פליג ע"ד הרמב"ם בהעמדת סולם קטן דס"ל שאינו יכול למונעו ותמה הטור דאינו נראה דהיאך ישתמש בשל חצירו צעל כרחו, והיינו דס"ל להטור דצכה"ג לא כופין על מדת סדום. [ועוי' דברישה (בסי' קנ"ג) ס"ב].

קנ"ג סעיף כ') שכתב ג"כ בשיטת הטור, וז"ל: "ומ"ש על דבריו ואינו נראה דהיאך ישתמש כו', המגיד משנה כתב שם שטעמו משום שזה נהנה וזה לא חסר וכופין על מדת

קדום, ורבינו לטעמיה אזיל שכתב קנ"ג כ' לעיל בסימן זה סעיף י' אדברי ר' יהודה ברלובי בעינן הכנסת זי' בעל חזר בכותל הבית דחבירו". עכ"ל.

### סימן לא

#### בענין טענת ריבוי דיוורין

הבית שקנה לחצר דרך הפתח והחלון שפותחין. ויש מפרשים דבהוא פיתקא שדו שופכין חבל אותו הבית לפני החצר ואין יכולין לילך מפני הטיט ומרבה את הדרך, ומסתמא כל תשמיש שנתחדש בחצר מחמת בית אחד שקנה ולא היה בו מתחילה הוא, שהמרבה פתחים מרבה דרכים בציאה ויציאה והילכך אינו פותח לא פתח ולא חלון הראוי לתשמיש שמחמת התשמיש מרבה הליכותיו ומדבר עם חבירו דרך החלון כו". עכ"ל העיטור. והיינו דפליגי קמאי אם הטעם הוא משום מניעת צניעות וזהו דעת הרשב"ם, ושאר מפרשים נטו מהאי טעמא דלית להו דהך מלתא הוי היזק ראייה מחמת מניעת צניעות אלא מטעמים אחרים הוא, דכל שי' תוספת נזק שייך עיכובא. - וזרמ"ה (פ"ב דב"ב אות נ"ו) כתב דטעם העיכוב אינו מפני היזק ראייה, אלא דזימנין מזיק ליה מחמת קלא. וכיו"ב מצינו ברשב"א לעיל כ"א א' לענין חנות שבחצר.

א) ב"ב נ"ט ב' תנן לקח בית בחצר אחרת לא יפתחנה בחצר השותפין, וזגמ' ס' ב' מ"ט מפני שמרבה עליהם את הדרך, ופירש הרשב"ם, שרוב בני אדם יוצאין ונכנסין עכשיו בחצר יותר מבתחילה וליכא צניעות כדמעיקרא. וזמתי' פירש הרשב"ם דז"ה לא יפתחנה, שהרי הוסיף דיוורין בחצר ומטריח על בני החצר שמרבה עליהן דריסת הרגל. וזאו"ז כתב ג"כ דמטריח לבני החצר ומשמע דעיקר הטעם הוא מה שמטריח בני החצר, וטעמא דליכא צניעות הוא לא עיקר הטעם.

אמנם הבעל העיטור (אות מחאה) הביא דברי הרשב"ם, ונקט דז' דעיקר הטעם הוא משום דליכא צניעות, וזהו היזק ראייה. וז"ל: "ופר"ש רוב בני אדם נכנסין ויוצאין לחצר מפני תוספת הדיוורין וליכא צניעות כדמעיקרא כו". - וע"ש שכתב עוד, בזה"ל: "ואיכא דמפרשי ריבוי הדרך שנתרבה תשמיש החצר ומכניס ומוציא כליו וחפציו מן

ונידון זה, נפק"מ במקום שאין משתמשין בו בתשמישים לנועים, לדעת הרשב"ם דהטעם הוא משום דליכא נגיעות והיינו היזק ראיה, א"כ צכה"ג שאין משתמשים בו בתשמישים לנועים ליכא נזק ושרי לפתוח לתוכו עוד פתחים או חלונות. אולם להנך קמאי דנקטו טעמי אחריני, אסור לפתוח צכה"ג, דליכא טענת נזק מחמת ריבוי דיורים, או משום דוחקא או משום קלא או משום ריבוי זבל וכיו"ב.

ובצינו נידון זה בתשו' שמש נדקה (ח"מ מס' ל"ד והלאה) צעודא שראובן פתח פתח בית חדש למקום שאין משתמשים בו תשמישים לנועים דנחלקו בזה, דליכא דס"ל דאין בכך טענת ריבוי הדרך, משום דהעיקר הוא צמניעת הנגיעות, וצגמ' לא מצינו רק חצר והבו ללא להוסיף עליה. ואיכא דס"ל דא"י עיקר הטעם, אלא הטעם הוא שמטריח בני החצר שמרצה עליהם דריסת הרגל. וצכנסת הגדולה (סי' קנ"ד בהגהות צ"י סק"ט) כתב דצספק צכגון זה, חשיב צעל הבית מוחזק כיון שעושה צתוך שלו. וע"ע חזו"א (צ"ב סי' י"ב סק"ו).

והנה במקום שלא שמענו ולא ראינו תציעת ריבוי דרך חשיב כנהגו שלא להקפיד, אינם יכולים לעכב זה על זה. וכמ"ש המאירי בצוגיא נ"ט ב' צוה"ל: "שלא נאמרו אלא במקום קפידא ושמנהגם להקפיד צענייסי הללו, וכבר הגענו לזמן שאין קפידא בכך, ואדרבא נוח לנו צריבוי דרכים וצאחוזת רעים וצכנים הולכים וצאים, וכבר רמזנו צפרקים

שקדמו שצברים אלו מנהג מצטלם צכל מקום, והדיין יורד לעמק הדין ויצין דצר מתוך דצר לפי הענין ולפי המקום ולפי הזמן איזו ראיה לעכב ואיזו אינה ראיה לעכב, ויזהר ממי שהמשפט שלו. עכ"ל. וע"ע צשו"ת שמש נדקה הנ"ל כיו"ב.

ובעיקר הדין שאין השותף ראוי לפתוח פתח חדש לצצר השותפין משום היזק ראיה, כתב הרמב"ן צסוגיין, דהחידוש צמשנתנו הוא צגוונא שהיה לו ב' פתחים צביתו ורצה לצתוס פתח אחד וצמקומו יפתח פתח צבית צצחצר האחרת, דטענת היזק ראיה ליכא דהא צתס פתח אחר שהיה לו, וקמ"ל דלצית צצחצר אחרת אינו ראוי לפותחו משום טענת ריבוי דיורים. ע"ש. וכ"כ צעל העיטור (אות מחאה), והוסיף דליכא עוד גוונא, כשפותחו לצצר שלו הפתוחה לצצר השותפין דמשום היזק ראיה ליכא, דמ"מ אסור משום ריבוי הדרך. וצנתה"מ (סי' קנ"ד סק"א) כתב דתירושו של הרמב"ן הוא לא כמ"ש הרמ"א (שם צסעיף ד') דמי שיש לו פתח צחצר השותפין אינו ראוי לצותמו ולפתוח פתח חדש במקום אחר. (ועי' צחזו"א צ"ב סי' י"ב סק"ז כיו"ב). וכתב הנטה"מ דלפ"ד הרמ"א ז"ל דמיירי שקנה רשות לפתוח פתח צחצר השותפין במקום שירצה, דקמ"ל דאינו ראוי לפתוח פתח זה צבית צצחצר אחרת.

והנה הצ"י (צסי' קנ"ד סעיף ג') כתב: "ומכל מקום צלקח בית צחצר אחרת ופתח לתוך ביתו דשרי להרי"ף, כתב הרמב"ן

יעשו בני החצר האחרת קפנדריא דרך הבית לחצר השותפין וירצו עליהם דרך. וכיו"צ משמע בנמוק"י צמח"י שציאר צדינא דלקח בית בחצר אחרת לא יפתחנה לחצר השותפין צוה"ל: "ואע"ג שקותם צפתח האחר שהיה לבית זה ואינו עושה קפנדריא מחצר השותפין אפ"ה לא יפתח כו". עכ"ל. ומבואר דכשאינו קותם אקור בכל גווי מחשש קפנדריא. וכ"ה להדיא בחידושי הריטב"א שם.

ובחזו"א (צ"צ סי' י"ג סק"ה) הביא דברי הכס"מ הג"ל, וכתב דא"ל לזה, אלא כיון שעשוי להכניס דיורים בבית שקנה, והם יעברו לפעמים לחצר, וכיון שעשוי לכך יכולין למחות מיד.

והנה עיקר סברא זו מצינו בשו"י מהרל"צ"ח (סי' ק"י), דעיקר ההיתר לפתוח לתוך ביתו הוא משום דאין הבית הפנימי ראוי לדיורים בפני"ע מכיון שאין לו פתח מיוחד להחצר, והיינו דוקא כשקתם פתחו שבחצר האחרת, אבל כשלא קתמו דראוי לדירה בפני"ע דיכולים לנאת ולבוא דרך אותו פתח אינו ראוי אפילו לפתחו לתוך ביתו, ולפעמים יעברו דרך ביתו לחצר השותפין, אע"פ דעיקר יציאתם וציאתם דרך החצר האחרת מ"מ אינו ראוי להוסיף ריבוי דרך של דירה נוספת אע"פ שישתמשו בה רק לפרקים.

וביו"ב כתב צחי' רבינו העשיל מקראקא בטור. [ו]ל: "דדוקא שקתם פתח האחרת, וא"כ מקתמא אינו עושיהו בשביל

וקתם פתח שהיה לו באותה חצר וכמ"ש בסמוך, ונראה לי דלרבותא כתבה, שאפילו שקתם פתח שהיה לו באותה חצר ואין דרך להשתמש לבית זה אלא דרך חצר השותפין, כיון שאינה פתוחה לחצר השותפין אלא לביתו אינו יכול לעכב עליו". עכ"ל הצ"י. אולם הדרישה (שם סק"ג) הביא דברי הצ"י, וכתב ע"ד: "ואין לשון הרמב"ן משמעין לי כן, אלא דוקא נקט קתם, ומשום דאי לא הכי הרי כולם הולכים דרך הבית לדרך חצר השותפין, והוא עיקר המירוץ שמירץ רב הונא מאי בונה חדר שחלקו". וע"ש בדרישה שכתב: "ושו"מ שהדר ציה בעל הצ"י, וכתב בכס"מ צפ"ה דשכנים ז"ל, רבינו מפרש כהרי"ף שכתב בתשובה שמי שלקח בית בחצר אחרת יכול לפתחו לתוך ביתו אבל לא לחצר השותפין, ובלבד שיסתום הפתח שהיה לו לחצר אחרת כו' וכן דעת רבינו, ואע"פ שלא כתב פתח גבי בית כמו בעלייה מוכרח הוא דדבריו שלא אמר לא יפתחנה אלא לחצר הא לביתו יפתח, ועוד שכיון שקתם פתח של החד האחר היינו חילק ביתו לשנים, וכ"כ הרמב"ן כו' עכ"ל כס"מ שם". עכ"ד הדרישה. ולדינא פסק בשו"ע (סי' קנ"ד ס"א) דהיתר לפתוח לתוך ביתו הוא דוקא כשיסתום הפתח שהיה לו בחצר אחרת. וכתב הש"ך (סק"ב) דזהו עפמ"ש בכסף משנה הג"ל, ודלא כמ"ש הצ"י, וכמשנ"ת.

ובהיתר לפתוח פתח לתוך ביתו כשקנה בית חדש דוקא בגוונא שקותם פתחו הפתוח לחצר אחרת, ציאר הכסף משנה (פ"ה משכנים ה"ח) הטעם, משום שלא

דיורין כיון שאין להם דרך אלא עליו, אבל אם לא סתם יכולין לעכב דשמה ירצה דדיורין, כיון שיש להם גם דרך אחר וצני החצר מקפידים כיון שלפעמים ילכו דרך ביתו, והוא אינו מקפיד ע"ז אלא אם כן אין להם דרך אחר אלא עליו כו"ל. עכ"ל.

ובחזו"א הוכיח כביאור זה, ממש"כ הרמב"ן דהא דקס"ד לקמן ס' א' דהא דהתירו לפתוח עלייה לתוך ביתו הוא אפילו כשיש לה פתח גם לבית לית לה ד' אמות. ובגמ' מהדרינן דטעמא דמתני' הוא משום ריבוי דרך, והדר פריך דגם צוה איכא ריבוי דרך, ומשני דאין פתח נוסף להעלייה לתוך החצר. ושמעינן לפ"ז דכל שיש להעליה פתח אחר מלבד אותו פתח שפתוח להבית אינו רשאי לפתוח. ע"ש בחזו"א. [ו"ז"ב, דהתם מיירי דאף הפתח האחר פתוח לאותה חצר, דשייך ריבוי דרך בפתיחת אותו פתח, אבל לא שמענו לאסור כשהפתח המיוחד לה פתוח לחצר אחרת, דצכה"ג דריבוי הדרך אינו בקביעות י"ל דשרי].

(ב) ברמב"ם פ"ה משכנים ה"ט כתב אחד מהשותפין בחצר שהציא לביתו אנשי בית אחרת יש לחצירו לעכב עליו מפני שמרבה עליו את הדרך וכן המשכיר ביתו לבעל הבית אחד ואח"כ הציא עמו קרוביו או מיודעיו לשכון עמו כאחד בבית זה הרי המשכיר מעכב והמגיד משנה הוסיף דאם הם סמוכים על שלחנו אינו יכול לעכב עליו לא השותף ולא המשכיר. והוצא בשו"ע (סי' קנ"ד ס"ב).

ויעוי"ש צנתה"מ (בחידושים סק"ז) שכתב: "וצדיעבד אם כבר השכירו השוכר לאחר, אם יכול המשכיר לתצוה שכרו מאחר, נראה דאינו יכול, דכיון דהמשכיר צענמו ג"כ לא היה יכול להשכירו לאחר, דהשוכר הראשון מעכב עליו, דמי לחצר דלא קיימא לאגרא דקיי"ל בסי' שס"ג ס"י צרמ"א דמעכב מעליו מלהשכירו. – וצ"ל ערך שי העיר ממש"כ הגתה"מ גופיה בסי' שס"ג סק"ט דכשנתן השוכר רשות לאחד שידור בחנם עם השוכר ציחד דחייב לשלם, דהא ודאי איכא קלקול בבית, והפטור בזה דלא קיימא לאגרא משום דביתא מיתבא יתיב וממילא בגוונא דכבר דריס בבית וליכא מעליותא דדירתו מפאת ושאיה יוכת שער, מתחייב לשלם כל ההנאה מכיון דחסר מעט. ע"ש. וקשה ממש"כ הגתה"מ (בסי' קנ"ד סק"ז) הנ"ל דפטור משום דהו"ל חצר דלא קיימא לאגרא. – וצ"ל ערך שי תירך, דשאני כשהדיורים הנוספים הם בחנם או בשכר, דמש"כ הגתה"מ בסי' קס"ג סק"ט קמיירי בחנם ולכן חייבים לשלם הנאתו, משא"כ בסי' קנ"ד סק"ז דקמיירי בשכר ואין הנאתו שלימה לכן פטור מלשלם למשכיר. – וצ"ל בזה, דמה החילוק בנוגע למשכיר אם השוכר משלם או לא. – ולכאורה י"ל דכששכר בשכר י"ל דחשיב כשלו, אבל בחנם חשיב כנותן לו רשות להשתמש ואי"ז כמשכירו וממילא נהנה מהבעלים.

ובגוונא דהשוכר השני סמוך על שלחנו של השוכר הראשון פשוט דא"ל לשלם

למשכיר הראשון, ללא גרע ממש"כ המגיד  
משנה והוצא צשו"ע הנ"ל דאם הם סמוכים  
על שלחנו אינו יכול לעכב עליו. ומש"כ  
הנתה"מ צסי' סס"ג סק"ט דלריך לשלם  
למשכיר הראשון קמיירי בהכרח דאוכלים  
צפני"ע.

## סימן לב

## בענין חזקה בהיזק ראייה

שהחזיק בחלון, יעווי"ש צצ"י דנקט דמיירי  
שהחזיק בחלון כנגד חלון, וס"ל דמהני חזקה  
להיזק ראייה, ולא מהני לפתיחת חלון כנגד  
חלון, וכתב הצ"י דשמעינן מהא דס"ל  
להרשב"ם דבחלון כנגד חלון לא מהני חזקה.  
ע"ש. אולם הצ"ח פירש דצרי הרשב"ם  
דמיירי שהחזיק בשעה שלא היה לחצירו חלון  
כנגדו, ונפל הבית, וכשחזר לבנותו היה כבר  
חלון לחצירו כנגדו, ולכן אע"פ דמפאת  
פתיחתו לחצר השותפין רשאי לפתחו, ללא  
איבד חזקתו ונפילת הבית, מ"מ אינו רשאי  
לפתחו כנגד חלון חצירו. וכבר מצינו כן  
דצברי הרמ"ה שם צמתני' (באות י"ד),  
דמיירי שהחזיק בחלון וסממה בלא פריעת  
פזימין, ואח"כ פתח חצירו חלון כנגד החלון  
הסמוס ושתק בעל החלון, דמכיון וזה שכנגדו  
החזיק בחלון אינו רשאי להזיקו אע"פ  
דרשאי לפתוח החלון הסמוס מכיון שלא פרץ  
פזימין.

ובעיקר דצרי הרשב"ם ללא מהני חזקה  
כנגד חלון, יעווי' צרמ"א (צסי'  
קנ"ד ס"ג) שכתב: "ופתח כנגד פתח לא

(א) ב"ב נ"ט ז', לא יפתח אדם חלונותיו  
לחצר השותפין, והרשב"ם להלן ס'  
א' ד"ה ולסתום כו' פירש דמיירי שהחזיק  
בחלון כנגד חלון, וס"ל דמהני חזקה להיזק  
ראייה, ויעווי' צשו"ע (סי' קנ"ד ס"ג) שכתב  
"לא יפתח אדם חלון לחצר חצירו ואפילו אחד  
מהשותפים בחצר שצקש לפתוח לו חלון בחוץ  
ביתו לחצר מעכב עליו שותפו כו' ואם נתנו  
לו השותפים בחצר רשות לפתוח חלון או פתח  
רשאי והוא שלא יפתח פתח כנגד פתח או  
חלון כנגד חלון. והטור כתב צוה"ל: "וחלון  
כנגד חלון או פתח כנגד פתח לא יעשה כלל  
אפילו שיש לו רשות לפתוח החלון או פתח".  
וכתב הצ"י, ומ"ש רבינו אפילו שיש לו רשות  
פשוט הוא דבלא רשות אפילו פתח שלא כנגד  
פתח או חלון שלא כנגד חלון אסור לפתוח כו'  
אלא הכא צמאי עסקינן כשנתנו לו בני החצר  
רשות לפתוח פתח או חלון, ואפ"ה יכולים  
לעכב עליו שלא יפתח פתח כנגד פתח וחלון  
כנגד חלון. עכ"ד.

והנה צמ"כ צרשב"ם צמתני' ללא יפתח  
חלון לחצר השותפין, דפירש דמיירי

מהני חזקה וה"ה בחלון נגד חלון וי"א בחלון נגד חלון מהני. ודעה ראשונה היא דעת הרשב"ם. וממש"כ הרמ"א דעה זו דחלון כנגד חלון אין לו חזקה, ואח"כ הביא דעת י"א והיינו דעת הרמ"ה דמהני חזקה בחלון כנגד חלון, משמע דנקט לדינא כדעת הרשב"ם דאף בחלון כנגד חלון לא מהני חזקה. וכ"מ בחזו"א (ב"ב סי' י"ב סק"ד).

אולם דעת הב"י מתבאר דנקט לדינא דקיי"ל בהיזק ראייה יש לו חזקה ממילא מהני חזקה בחלון כנגד חלון. דהב"י (בב"ב קנ"ד) כתב דמדברי הרשב"ם נראה דס"ל דלא מהני חזקה בחלון כנגד חלון, במש"כ במתני' דלא יפתח לחצר השותפין כו' אפילו היכא דיש לו חזקה. וביאר הב"י טעמו דאע"פ שהחזיק יכול למחות משום דהיזק ראייה אין לו חזקה. והנה בהגהות דרישה ופרישה (סק"ד) כתב דכוונת הב"י דעת הרשב"ם דדוקא היזק ראייה דחלון כנגד חלון אין לו חזקה אבל היזק ראייה דעלמא יש לו חזקה. וע"ש שכ"כ הנמוק"י במתני', דלא מהני חזקה בחלון כנגד חלון משום דהוי היזק ראייה גדול ויש בו איסור. וכיו"ב נקט הרמ"א דדרכי משה (בב"ב קנ"ד סק"ה) צביאור ד' הב"י הנ"ל, שצ"י דכן דעת הריטב"א דחלון כנגד חלון אין חזקה. והיינו דבעלמא ודאי מהני חזקה בהיזק ראייה ורק בחלון כנגד חלון ס"ל דאין לו חזקה. וכיו"ב נקט הלח"מ בתשו' לחס רב (סי' קמ"ד). אמנם הב"י צדק הבית כתב להדיא דעת הרשב"ם דכל היזק ראייה אין לו חזקה, דיעוי"ש שכתב דלהלן הכריע דהלכה כ"א

דיש חזקה להיזק ראייה, והיינו דמכיון דנקטינן כדעת הפוסקים דהיזק ראייה אין לו חזקה מהני חזקה גם בחלון כנגד חלון. אכן הרמ"א נקט כדעת הרשב"ם דס"ל דחלון כנגד חלון גרע טפי, ואפילו דהיזק ראייה בעלמא מהני חזקה, מ"מ בחלון כנגד חלון לא מהני חזקה.

והנה הרמ"א דדרכי משה צ"י לדברי הריטב"א בשו"ת (סי' כ'), והובא בב"ב (בב"ב קנ"ד סעיף י"ז) בזה"ל: "ועוד שאפילו למ"ד היזק ראייה יש לו חזקה, הני מילי בחלון הפתוח לחצר, דבעל חלון מוזיק לחצר ובעל חצר לא מוזיק ליה, והיה לו למחות. אבל חלון כנגד חלון דתרוייהו מוזיק אהדדי לא. הא למה זה דומה להיזק ראייה דשותפין בחצר כו', ולדידי חלון כנגד חלון ופתח כנגד פתח כד"ן חצר הוא שאין לו חזקה, כ"ש דאיסורא מסייע ליה, ואין מחזיק באיסורא, וכן מצאתי לר"מ הלוי הנשיא ז"ל". עכ"ל. ומד' הרמ"א משמע דנקט צביאור ד' הריטב"א דבכל חלון כנגד חלון אין חזקה. וכיו"ב כתב בשו"ת לחס רב הנ"ל, ובתשו' פרח מטה אהרן (ח"ב סי' ג'). והיינו דבכל גווני דתרוייהו מוזיקין זה לזה ליכא חזקה. ובהכרח דס"ל דבגוונא שהאחד ניזוק מהשני אין שתיקת השני ראייה על מחילה, אע"פ שחיוז הרחקה הוא רק על האחד, דמכיון וסו"ס גם הוא ניזוק אין שתיקתו ראייה על מחילה.

ובתשו' מהרי"ט (ח"א סי' קי"ד) הביא דברי הריטב"א, ותמה היאך השוה

זוה, דמדצרי הרמ"ה (סו"פ חוקת הצמים, אות ר"פ) משמע דקאי גם על פתח כנגד פתח, דמה דלא מהני חוקה ומחילה היינו דוקא לענין שהראשון יכול לכופף חצירו להרחיק, אבל כששניהן מתרצין אין לעכב עליהן.

(ב) ובר"ן חוקה צהיזק ראייה בחלון, הנה שיטת הרמב"ם (פ"ז משכנים ה"ו) דאף חלון שיש בו היזק ראייה יש לו חוקה, ואינו יכול לכופו לסותמו. אמנם לענין היזק ראייה לחצר השותפין כתב הרמב"ם (פי"א משכנים ה"ד) דאין לו חוקה, וכופהו לעשות מחילה בכל עת שירצה, משום דהוי נזק גדול ודמי לקוטרא וצית הכסא. וכיו"צ כתב ג"כ (צפ"צ משכנים ה"ד) דלא מהני חוקה בחצר השותפין בלא מחילה, משום שהיזק ראייה היזק הוא ואין לו חוקה בחצר. וציאר המגיד משנה דס"ל כדעת רבו הר"י מייגאש, דבחלון דעביד מעשה יש לו חוקה משא"כ בחצר שותפין דממילא מוזקין זה את זה אין לו חוקה. ויעוי' בחידושי הר"י מייגאש בריש צ"צ ובסוגיא דף נ"ט שציאר זה. [והרשב"א בתשו' (המיוחסות סי' ז"ב) נתקשה בדבריו, דמכיון דחשיב ליה להיזק ראייה כקוטרא וצית הכסא א"כ לא מהני חוקה אף בעביד מעשה. וז"ל דסברת הר"י מייגאש דא"י כקוטרא וציהכ"ס ממש, רק דדמי להו לענין דנזק גדול צעינן חוקה דעביד מעשה ושחיק ליה. וע"ש בתשו' הרשב"א דהרמב"ם נקט כדעת רבו, וכמשנ"ת.]

דין חלון כנגד חלון לחצר השותפין, דהרי טעמא דחצר הוא משום שכל אחד סומך על חצירו שהוא יערער תחילה, דיאמר למה לי למחות יותר ממך. משא"כ בפתח חלון חדש כנגד חלון חצירו דהוא מוחזק בו מתחילה, שבשעה שפתח לחצר לא עיכב הלה צידו. וע"ש דמסיק דהריטב"א מיירי דוקא בגוונא שהאחד לא החזיק עדיין כדן, והשני יכול למחות בו, דצכה"ג דמי ממש לחצר השותפין. והיינו כד' הב"י דלפ"מ דקיי"ל דהיזק ראייה יש לו חוקה, מהני נמי חוקה בחלון כנגד חלון.

והנה צדעת הרמ"ה דפליג ע"ד הרשב"ם וכמשנ"ת דס"ל דמהני חוקה בחלון כנגד חלון אבל בפתח כנגד פתח לא, יל"ע כששניהן מתרצין לפתוח חלון או פתח האם מהני. וצד' הרשב"ם כתב הסמ"ע (צס"י קנ"ד סק"י) דלא מהני חוקה אפילו כשיש עדים שמחל לו או שנתן לו שטר וקנין על זה, כיון דיש איסור בדבר. והחזו"א (צ"צ סי' י"ב סק"ד) כתב דמשמע מדברי הסמ"ע דאפילו כששניהם מתרצין בכך אין צ"ד מניחין להן וכופין אותן להרחיק. - וע"ש בחזו"א, דאפשר דמכיון והשני עשה באיסור כופין אותו להרחיק, שהרי מעשיו גרמו חסרון לניעות, ולכן אע"פ שעשה ברשות חצירו כופין אותו להרחיק.

והנה בחזו"א נקט צדעת הרמ"ה דאין כופין להרחיק חלון כנגד חלון, אבל בפתח כנגד פתח אע"פ ששניהם מתרצין כופין אותן צ"ד להרחיק. ולכאורה יל"ע

והב"י (בס"י קנ"ד סעיף י"ו, ובס"י קנ"ה סעיף ס') נקט בדעת הרמב"ם כמשנ"ת, ותמה ע"ד הטור שכתב שם הרמב"ם דהיזק ראייה דחלון אין לו חזקה. (ובדרישה ציאר באופן מחודש, דהטור ס"ל דמש"כ הרמב"ם דחלון יש לו חזקה היינו דוקא בחלון שאינו גדול כל כך, או שאינו פתוח כל היום, דזהכי מהני ביה חזקה, אבל חלון גדול פתוח דמי לחצר השותפין שאין לו חזקה).

והנה הרא"ש (פ"ק ד"ב ס' ז') כתב לחלק בין היזק ראייה דחלון דיש לו חזקה, ובין היזק ראייה לחצר השותפין דאין לו חזקה, וציאר בתרי טעמים, חדא דטעמא דחזקה הוא מכיון דשתק ולא מיחה הפסיד וזהו דוקא כשהוא מוזיק ולא ניזק, אבל בפומת לחצר השותפין דשניהן מוזיקין זה את זה מצי אמר ליה דלא הו"ל למחות יותר משכנגדו, דהלא הייתי מוזיקך כמו שהיית מוזיקני. ועוד כתב, דהחלון אינו היזק תדיר, שהחלון עשוי לאורה ולא להסתכל, ואסור להסתכל צמעשה חצירו, אבל חצר שמשתמש בכניסה ויציאה ואי אפשר שלא יסתכל צמעשה חצירו דמי היזקא לקוטרא וצית הכסא דאין לו חזקה. - ובתשו' פרח מטה אהרן (ח"ב ס' ג') ציאר דלפמש"כ הרא"ש צטעמא קמא, תליא רק במה דתרוייהו מוזיקי אהדדי, אבל אם אחד מוזיקו יש לו חזקה אף במידי דממילא צלא מעשה. וכיו"ב כתב בתשו' מהרי"ט (ח"א ס' קי"ד) ע"ש.

והב"ע (בס"י קנ"ד ס"ק כ"ג) הביא

חילוקיו של הרא"ש. ועי' בדברי משפט (שם סק"א) שכתב דאפשר דהשו"ע ס"ל כחילוקו הראשון דכתב הרא"ש, רק דס"ל דבעינן תרוייהו, גם מידי דממילא וגם דשניהן מוזיקין זה לזה. דדוקא בחצר השותפין ששניהן מוזיקין זה את זה צלא מעשה ליכא חזקה, אבל כשאחד מוזיק לחצירו יש חזקה גם צלא מעשה. אבל כשעושה מעשה מהני חזקה גם כששניהן ניזוקין. - ולפ"ז כתב בדברי משפט, דהפומת חלון על חורבת חצירו, להנך דס"ל דאין לו חזקה, והחזיק זה בחלון זה אחר שצנה הלה את חצירו, דמהני בזה חזקה. ע"ש. וע"ע צשו"ת תשורת שי (ח"א ס' ק"ס).

ג) בתשו' הרשב"א (ח"ג ס' קנ"ו) כתב דמניעת כניסת אויר לאויר הו"ל היזק דמחייב אותו להתרחק יותר מד' אמות כפי שיעור הנהוג להשאיר אויר פנוי לצורך אויר. והוצא ברמ"א (בס"י קנ"ד סכ"ה). וע"ש בקלוה"ח (סק"ט) שציאר דלא זכה בעל האויר לשעבד אויר חצירו, אלא דמיירי בזכה מן ההפקר. דאל"ה ודאי דאין הלה יכול לשעבד האויר שע"ג ביתו של חצירו שלא יהיה יכול לצנות בחלקו משום שעשה הלה אויר, דלא גרע ממש"כ הרשב"א בתשו' (ח"א ס' אלף קל"ב) שהוצא צסמ"ע (ס' קנ"ד ס"ק ל"ח) שאין יכול לשעבד ד' אמות לצורך האורה שצריך להחלון העשוי לאורה, וכ"כ הנתה"מ (שם ס"ק כ"ג) דזהכרח דזכה מהפקר והיינו דמיירי שעשה האויר קודם שזכה זה בהמקום שצלה לצנות, והרי

זכה הוא באור שצריך להיין כמו שזוכה  
 בהאור שצריך לחלונות.

ונראה דבחלונות העשויות לצורך כניסת אור  
 לבית, דינו כאור יין הנ"ל, דהא  
 עשוי החלון לכך וכאור יין. והיינו כגונא  
 דזכה מהפקר וכנ"ל.

ולענין חלון שאינו מיוחד לאור מצינו  
 ברמב"ן בסוגיין, יעוי' בדבריו נ"ט  
 א' ד"ה הא דתנן במתני' חלון הצורי יש לו  
 חזקה כו' שכתב שם רבינו אפרים דבחלון  
 שאינו עשוי לאורה אינו מרחיק כדי שלא  
 יאפיל רק כדי שיהיה אור. וז"ל: "והרב רבי  
 אפרים ז"ל פירש כיון שאינו עשוי לאורה אינו  
 מרחיק כדי שלא יאפיל אלא שציק ליה רווחא  
 כי היכי דעייל ביה אורא". והרמב"ן השיג  
 עליו, דאין חיוב להרחיק חלון משום אור.  
 וז"ל: "ואין דבריו נכונים, שאע"פ שאינו  
 עשוי לכך כיון שהוא נהנה באורו אינו צדין

להאפיל. ועוד שהוא דן אותם צדין חדש שלא  
 הזכיר בגמרא הרחק חלון משום אור".  
 עכ"ל.

**ואמנם** הרמב"ן מיידי בחלון שאינו מיוחד  
 לאור, ובחלונות דעלמא שעשויות  
 לאורה, אצל כשיעודו של החלון הוא גם  
 לאור, ודאי דדינו כאור יין, וכנ"ל. – אכן  
 יסוד הנידון הוא כדי שלא נימא דהרשב"א  
 בתשו' הנ"ל יחלוק ע"ד הרמב"ן במש"כ  
 שלא הזכיר הרחקת חלון מטעם אור. אך יש  
 לדון דשאני הרחקת כותל מחלון של אור יין  
 ושמן שאינו משום אור סתמא אלא הו"ל  
 מניעת היזק היין והשמן בהרחקתו, ושאיני  
 מנידון דברי הרמב"ן דמיידי בהרחקת אור  
 סתמא דשפיר נקט דאין להרחיק בזה. אמנם  
 מד' הקצוה"ח הנ"ל חזינן דלא נחית לפלוגי  
 בהכי, ובהכרח ז"ל כמשנ"ת.

סימן לג

**המשייר לעצמו פירות שלא באו לעולם**

(א) ב"ב ס"ג א' ת"ר צן לוי שמכר שדה  
 לישראל ואמר לו על מנת שמעשר  
 ראשון שלי מעשר ראשון שלו, ופרכינן אמאי  
 הא אין אדם מקנה דשלצ"ל, ומשני דכיון  
 דאמר על מנת שמעשר ראשון שלי שירי  
 שייריה למקום מעשר. הרי דלשייר לעצמו  
 פירות שלצ"ל הוי כמקנה דשלצ"ל, מלצד

כשמשייר מקום הפירות, מאחר שמקום  
 הפירות בא לעולם. – והנה צקוב"ש (אות  
 רע"ט) דקדק בסוגיית בגמ', דמשמע דלמ"ד  
 דיכול להקנות פירות דקל ה"ג יכול לשיירן.  
 והקשה דמה יועיל השיור, דכיון דהלוקח קנה  
 את הדקל, א"צ קנין מיוחד לקנות את  
 הפירות. ורק צדד דלצ"ח הקנאה, בזה מהני

שיר לומר שלא הקנה. (ועי' בקה"י צכורות סי' א', שהקשה כיו"ב, והוסיף דהא גס לר"מ דאדם מקנה דשלז"ל היינו דקנין חייל כשצא לעולם, אצל באופן דכשיצא לעולם לא יוכל להקנות לא קנה. וא"כ כשמשייר פירות שיצאו לעולם, הרי כשיצאו לעולם יהיו של בעל הדקל, וכשם שהשיר לא חל כעת, ה"נ לא יחול אחר שיצא לעולם).

ובביאור הדברים, למדנו מתורת הגרעק"א בתשו' (תנינא סי' פ"ח), דדין שיר הוא שהמקבל חוזר ומקנה לו זכות זה מהדבר שמשייר לעצמו. ולכן למ"ד אדם מקנה דשלז"ל יכול לשייר הפירות שיצאו לעולם, דחשיב שהמקבל חוזר ומקנה לו הפירות שיצאו לעולם. [ע"ש בהא דמקנה לו גוף מהיום ופירי לאחר מיתה, אין פירשו דהקנין פירות חל לאחר מיתה, דהא אין קנין לאחר מיתה. אלא הביאור הוא, דהנותן שייר לעצמו הקרקע לפירות שיגדלו כל ימי חייו. וע"ש שהגאון צית מאיר השיב, דא"כ כל הקרקע שייר, דכולה מקום פירות, ומה הקנה לו. והגרעק"א השיבו, דהקנה לו כל השדה, רק דשייר לעצמו הקרקע לזכות זה לאכול הפירות כל ימי חייו, וכאילו חזר המקבל ונתן לו זכות זה, כמו נתן קרקע לחזירו לפדות כל ימי חייו. ע"ש]. ולפ"ז דענין שיר הוא דהוי כאלו חזר והקנה לו, א"ש הא דאפשר לשייר פירות דקל למ"ד אדם מקנה דשלז"ל. (ועי' בקוצ"ש אות רפ"א, מה שנתקשה בזה).

שם בגמ', צנן לוי שמכר שדה לישראל ואמר

לו על מנת שמעשר ראשון שלי מעשר ראשון שלו. וצשיטמ"ק צ"ש הר"י צי"א, דצנן לוי שמשייר לעצמו מעשר ראשון צ"ש שמוכר לישראל, קנוי חלק זה המיועד למעשר ראשון צקנין שאלה לישראל לעשותו מעשר ראשון על פירותיו. וז"ל: "וא"ת עוד כיון ששייר זה מקום המעשר הרי הוא כאילו שייר עשירית הפירות לעצמו וא"כ כשיתן לו ישראל את המעשר היאך נתקנו פירות של ישראל זה. יש לומר כיון שאמר לו על מנת שעשירית הפירות שלו ש"מ שכך אמר ליה הריני משייר מקום עשירית הפירות ועל תנאי כן שיהו מושאלין לך לעשר בהן פירותיך ואח"כ תחזירם לי, והיינו נמי דקתני מת יחזיר ליורשיו ולא קאמר מת יתן ליורשיו". עכ"ל. ויעוי' בחזו"א (אהע"ז סי' ע"ז ס"ק ט"ז) שהציא השיטמ"ק הנ"ל, בזה"ל: "דאע"ג דצנן לוי שייר עשירית הפירות הן מושאלין ללוקח לעשותן מעשר ומשמע דאינו יכול לחזור". והוסיף החזו"א: "ושמעיתן מזה דהמשאל טבלו לחזרו לעשותן מעשר קנה חזרו ואינו יכול לחזור מדין שאלה כמו שקונה הפרה לחרישה". וי"ל דכשם דמהני להשאל לאחר זכות לעשות פירותיהם מעשר, ה"נ יכולים לשייר לעצמם זכות עשיית מעשר כשמקנים פירותיהם לאחר, דרק הם יעשרו ולא הלוקח.

ובדמאי (פ"ז מ"ה) שנינו, המקבל זיתים לשמן כו' ר' יהודה אומר ישראל שקיבל מכהן ולוי זיתים לשמן למחצית שכר, המעשרות לבעלים. ובחזו"א (דמאי סי' י"ד סק"ט) הקשה, דמכיון והמעשרות לבעלים

הקשו דמאי שגא מהמקבל אחרוג צמתנה ע"מ להחזיר דיוצא ידי חובתו אע"פ שאינו יכול להקדישו. וצתשו' חת"ס (ח"מ ס' קל"א) הציא צשס הגרעק"א שמירך, דמתנה ע"מ להחזיר ליכא שיעור צמתנה רק תולה צתנאי, משא"כ כשנותן סתם רק שמשיר לעצמו שלא יהיה יכול להקדישו הו"ל שיעור צמתנה. והיינו דדוקא צשיר אינו יכול להקדישו, דהשיר מהני אף צדצר שאין צו ממש, וכמשייר שלא יהיה יכול להקדישו, ומשא"כ צתנאי צעלמא.

וביו"ב מתצאר בקצוה"ח (צס' קי"א סק"צ) ע"ד השו"ע (שס ס"ד) דמי שנתן קרקע לצנו על תנאי שלא יחול עליו שום שעבוד ואין לו צן אחר ומת האב, דצע"ח של הצן גוצה הימנו. והוא מתשו' הרא"ש (כלל ע"ח ס' ג'). והוסיף הקצוה"ח צשס תשו' מהר"א ששון (ס' רכ"ה) דהיינו דוקא צאומר על תנאי דצכה"ג גוצה הצע"ח מהצן, מכיון דאם יצטל התנאי הרי הוא של הצן צתורת ירושה, אצל צאומר חוץ מצע"ח שלא יגצה שפיר מהני דהא קי"ל חוץ. שיעורא הוא דהוי, והרי האב שיער לעצמו זכות זה שלא יחול צו חוב, וד"ז לא נפקע. ע"ש. ומצואר דאע"ג דהשיר הוא דצר שאין צו ממש, שפיר מצי לשייר לעצמו שלא יגצה ממנו צע"ח. [ועי' צחזו"א (אהע"ז ס' ע"ג ס"ק י"ג) מש"כ ע"ד הקצוה"ח, דלפ"ז משמע דיכול לשייר שיעבוד. דליכא מכירה לענין שיעבוד, ולכן מהני שיעור גם שלא ימכרנה, וע"ש מה שמתמה ע"ז. אך עי' בקצוה"ח (ס' רמ"א סק"ט) ודו"ק].

צהכרח דשיירו לעצמן שיעור מעשר, ומעשר משל צעה"צ על של המקבל. והרי לשיטת הריצ"ס צצ"מ פ"ח א' הפירות של המקבל הוי לקות, ושל הצעלים חייב מהחורה, והו"ל תורם מן החיוצ על הפטור. ע"ש. אמנם יש ליישב לפמשנ"ת, דא"צ שיעיר הישראל המקבל קנין ממש לצעלים, אלא סגי שיעיר רק קנין לעשות מעשר, ולא קנין ממש. וצכה"ג שמשאל טצלו לענין הפרשת תרו"מ צלצר דרק השואל יפריש ולא הצעלים, מהני.

והנה לענין שיעור צדצר שאין צו ממש יעוי' צשו"ע (ח"מ ס' רי"צ ס"צ) וכן המוכר לחצירו אויר חורצתו ואויר חצירו אינו כלום אלא אם כן הקנה לו חצירו להכניס צו זיזין וכן כל כיו"צ, אצל אם מכר לאחר צית ואילן וחורצה וחצר ושייר לעצמו דירת הצית ואכילת הפירות ואויר החורצה ואויר החצר מהני, דהוי כאילו פירש ששייר לעצמו מקום, ואפילו לא הזכיר שיעור צחצר כלל. והגרעק"א הקשה דלגצי אויר החורצה או אויר החצר מהני השיור צלא"ה, דשפיר מצי לשייר לעצמו כיון שלא מכר לו, וממילא הוא למוכר, וכמש"כ צתשו' הרצ"א (ח"צ ס' שפ"ד) שהוצא צצ"י (ס' רי"ד) וצסמ"ע (שס ס"ק כ"ו). ומצואר דהגרעק"א נקט דהמוכר יכול לשייר לעצמו שיעור אפילו דצר שאין צו ממש, ורק למוכר לאחרים אינו יכול.

וביו"ב נקט הגרעק"א, צהא דאיתא לקמן קל"ד א' צסוגיא דמתנת צית חורון, דאמרינן התם דכל מתנה שאינה יכול להקדישה אינה מתנה, וצתוד"ה מתנה כו'

וביו"ב מתבאר בדברי הגר"ז בשו"ע שלו  
 בהל' פסח, לענין המוכר חמלו לגוי,  
 דבעיקר הדין דהחמירו בהקנאת חמץ לגוי  
 במתנה ע"מ להחזיר אחר הפסח אע"ג  
 דבעלמא נקטינן דהנותן מתנה ע"מ להחזיר  
 הוא מתנה גמורה, וכדקיי"ל בשו"ע (או"ח  
 סי' תמ"ח ס"ג), כתב בשו"ע הגר"ז (שם  
 סעיף כ"ג) דאפ"ה דיכול המוכר לשייר  
 לעצמו שיור אף שאין בו ממש, וע"ש דכתב  
 דיכול המוכר לשייר לעצמו זכות שלא ימכרנו  
 הלוקח לאחרים אלא למוכר. וז"ל הגר"ז שם:  
 אבל מותר לומר לו לכתחילה הריני מוכרו לך  
 במכירה גמורה לחלוטין, אבל זכות זה שיירתי  
 לי בו, שאם תרצה למכרו לא תמכרנו לשום  
 אדם חוץ ממני, וטוב שכל אדם המוכר חמץ  
 לנכרי יאמר לו כן בפירוש, ויעיל ששום אדם  
 חוץ ממנו לא יוכל לקנות חמלו מן הנכרי  
 לאחר הפסח, ומ"מ אף אם לא אמר לך כן  
 בפירוש אין שום אדם יכול לקנותו מן הנכרי,  
 דבדאי יתה דעתו כן כשמכר לנכרי שישאר  
 לו זכות זה בחמלו, ששום אדם לא יוכל לקנות  
 מן הנכרי. אבל לא יתנה עם הנכרי בשעת  
 מכירה שעל מנת כן אני מוכר לך שלא  
 תמכרנו לשום אדם חוץ ממני, שמא יעבור  
 הנכרי על תנאי זה, וימכרנו לאדם אחר,  
 ונמצא שלמפרע לא היה החמץ קנוי להנכרי  
 מעולם, ועבר עליו הישראל צל יראה וצבל  
 ימנא, ויאסר החמץ בהנאה. עכ"ל. ויליף  
 לדבריו ממש"כ הט"ז (שם סק"ו) דכתב  
 דימכור החמץ לגוי בתנאי שאם רוצה למכרו  
 לא ימכרנו אלא לעצמו. וע"ש בשעה"ט (ס"ק  
 ס"ג). וע"ע בתשו' חת"ס (אות סי' קט"ו).-

אמנם בשו"ת דברי חיים מנלו (ח"א חו"מ  
 סי' ל"א) נקט דצכה"ג חשיב שיור בדבר  
 שאין בו ממש. יעוי"ש שנשאל צמי שמכר  
 קרקע מאחורי ביתו לחצירו, והתנה עמו  
 בכתב שלא יעשה שם בית מציגה, ואח"כ מת  
 המוכר, והקונה מכר המקום לאחרים,  
 והלוקח מהקונה רוצה לפתוח שם בית מציגה.  
 וכתב שם, דהו"ל שיור בדבר שאין בו ממש,  
 ולא הוא שיור. ושאי מהמוכר לחצירו על מנת  
 שמעשר שלי, דשייר קרקע, משום דבעין יפה  
 שייר לעצמו. ומשא"כ במוכר בית והתנה עמו  
 שלא יעשה שם בית מציגה, הרי לא שייר  
 לעצמו כלום. - אכן בתשו' מהרא"ל זינן (סי'  
 מ') דן בנידון השאלה שנשאל הדברי חיים  
 הנ"ל, ופסק דשפיר חייב הלוקח לקיים  
 התנאי, משום דהוי שיור. וכיו"צ פסק בשו"ת  
 אבני נזר (חו"מ סי' י'). ויסוד דצריהם  
 עפמש"כ הריטב"א בקידושין כ"ג צ'  
 במשחרר עצדו כשהקנה לו אחר מנה ואמר  
 לו על מנת שאין לרצך רשות בו, דרבי מאיר  
 סבר דכשאמר לו קני, קני עצד וקני רבו, וכי  
 אמר לו ע"מ לאו כלום קאמר ליה. ורבנן  
 סברי דמכיון דאמר ליה ע"מ אהני ליה  
 תנאיה. והקשה הריטב"א דהיאך יעבור על  
 תנאו ויקנה רבו, הרי הנותן הקנה בתנאי  
 כפול, ומכיון שנחצטל התנאי נחצטל המתנה.  
 ותיריך דהנותן מתנה לעצדו של חצירו ע"מ  
 שאין לרצו רשות בו מהני מדין שיור. דכל כי  
 האי גוונא שהתנאי הוא בגופו של מעשה  
 ואינו אומר בלשון עשה ולא מעשה אינו  
 תנאי אלא שיור, וכל המשייר לעצמו דכו"ע  
 לא פליגי דשיורו שיור. ע"ש. ומבואר דמהני

שיר גם בדבר שאין בו ממש, גם היכא דלא משייר לעצמו מיד. (וע"ע צס' מנחת פחים סי' רמ"א סעיף י"ז). - אמנם יש לחלק, דיתכן לומר כמש"כ הדב"ח הנ"ל דא"ו שיר, ואפ"ה לענין הנותן לעצד ע"מ שאין לרצו רשות בו שפיר הוי שיר, דשאני התם צנות לעצד דהוי שיר צגוף המתנה, ומשא"כ צנידון הדב"ח דהשיר הוא צעיקר מכירת הצית דא"ו שיר, דלא מכר לו חלק זה.

ב) בבבורות ג' צ' תוד"ה דקא כו', כתבו צסס ר"ת דאי אפשר להקנות חזון העובר לגוי דהו"ל דבר שלא צא לעולם, אלא היה מקנה צהמה לאחזני עובר כמו דקל לפירותיו. וצ"צ אמאי עובר חשיב דשלב"ל, דלכאורה לגבי קידושין שפיר הוה דשלב"ע מפני שאין העובר אלא חתיכת צשר ולא צר תפיסת קידושין הוא, אצל למה לא יהא יכול למכור הולד של הצהמה, נהי דאכתי א"ו צהמה, אך עכ"פ צשר הוא ומוכרו צתורת צשר כדרך שיכול למכור אצריה הפנימיים. ולכאורה צ"ל כמש"כ הנתה"מ (סי' ר"ט סק"צ) דהא צלא"ה היה יכול להקנות חזון הצהמה לפוטרו מהצורה, וצהכרח דלא רצה להקנות להגוי שיהיה לו חלק צגוף הצהמה, רק שיהיה לו חלק צעובר. ואם היה מקנה להגוי שיהיה לו תיכף חלק צהעובר דהוי כהקנה לו אחד מאיצריה הו"ל כאילו היה לו להגוי חלק צגוף הצהמה ויכולין לכוף זה את זה לחלקה צגוד או איגוד או לשוחטה, וזה לא רצה להקנות לו רק לכשתלד, וצכה"ג הוי דשלב"ע.

ובמש"ב מהאור זרוע יעו"ש (צסי' ת"פ) צוה"ל: "צריך להקנות גוף האם עצמה כו' וצענין זה יועיל אפילו הקנה לו קודם שהיתה מעוצרת דא"ל פרה לעוצרה אני מוכר לך כו' וכ"ע לא ידעו וכו' אלא

האחרונים דאין לסמוך ע"ד האו"ו, ע"ש  
 צמח ש"ס). אמנם י"ל דסו"ס צשעת הקנין  
 אי"ו גופא אחרינא, ודאי דהו"ל ירך אמו.

ג) ובמעמא דדבר שלא צא לעולם לא קנה,  
 יל"ע אם הוא חסרון בגמירות  
 דעת או חסרון צמעשה הקנין דמכיון ואינו  
 ראוי לחול עכשיו אינו חייל כלל. והנה יש  
 לחקור אם לך חזק וקני דדבר שלא צא לעולם  
 מהני, דלכאורה אם חסרון של דשלצ"ע הוא  
 בגמירות דעת י"ל דגם כשאומר לך חזק וקני  
 נמי לא מהני, אבל אם החסרון הוא צמעשה  
 קנין י"ל דכשאומר לך חזק וקני שפיר קנה.  
 ויעוי' בתשו' הגרעק"א (ח"ג סי' פ"א ד"ה  
 ואלום) דחקר בד"ו, וז"ל: "וצאמת הייתי  
 נצוך די"ל דזהו דוקא כשעושה הקנין עתה  
 על דבר שלא צא לעולם, אבל באומר  
 לכשאקחנה מעשה צו קנין וזוכה אז, ועשה  
 אח"כ קנין י"ל דמהני דהאמירה היה רק  
 גילוי דעת ורשות שיעשה אז קנין וזכה צו  
 וצאותו שעה הוא צא לעולם". (וע"ש  
 שלכאורה מדברי הטור חו"מ סי' רמ"ג  
 סט"ו צשם הרמ"ה משמע דצכה"ג לא מהני,  
 אבל לפמ"ש הדרישה שם אין סחירה משם).  
 ועי' חזו"א חו"מ (ליקוטיו סי' ט' ס"ק י"ג)  
 שחקר כע"ז, צמוכר פירות דקל וא"ל  
 לכשיצואו לעולם משוך וקני והלך ומשך אי  
 קנה, "דלא אמרו אין אדם מקנה דשלצ"ל  
 אלא צעושה עכשיו צקנין שקנין זה יגמור  
 המכר כשיצוא לעולם לא מהני אבל הכא  
 עושה הקנין כשיצוא לעולם ע"פ צואתו.  
 וע"ש דליד דמהני. והגתה"מ (צסי' ר"ט

יאמרו אזני עוברי אני מוכר לך ויהיו סבורים  
 שחל הקנין אפילו הקנה לו קודם העיבור כו',  
 ואותו קנין כו' דהוה דשלצ"ל כו' ואתו לדי  
 תקלה כו', הלכך לדברי ר"ת אין מקנין  
 העובר כו' מיהו לענין הלכה למעשה נראה  
 צעני כו' דשרי לן להקנות לעכו"ס צין צו צין  
 צאמו כו' היכא דל"ל למימשך קני צכסף כו'  
 ה"נ כשמקנה לו העובר הואיל והעובר לאו  
 צר משיכה הוא מעות קונות ואע"ג דאפשר  
 לקנותו צחליפין כו', ואעפ"כ מעות קונות,  
 הלכך היכא דהוכר העובר מקני און העובר  
 אפילו לר"ת עכ"ל. והיינו דדוקא קודם  
 שהוכר העובר הוה דשלצ"ל אבל משהוכר  
 העובר הוה דבר שצא לעולם, וכד' הרמב"ם  
 פ"ו מה' אישות, וס"ל דגם לקנין מהני.  
 וצו"ת מהרש"ם (ח"א סי' מ"ז) כתב דגם  
 להסבירים דעובר ירך אמו עולה יפה דינו של  
 האו"ו. דהא מצואר צצ"י (חו"מ סי' ק"ט)  
 צשם הרשב"ץ, דגבי קנין כסף גם אם לא חל  
 צשעת נתינה מ"מ אם אח"כ יוכל הקנין לחול  
 כל זמן שלא החזיר לו המעות שפיר מועיל  
 הקנין. וכמ"ש הבית מאיר (אהע"ז סי' ז'  
 סעיף ז'), וכיו"צ משמע צסמ"ע (סי' קצ"א  
 סק"ע). ומעתה י"ל דצשעה שנעקר הולד  
 צשעה שיצבה על המשבר לכו"ע עובר לאו  
 ירך אמו, דהרי כתבו התוס' צגדה מ"ד א'  
 ד"ה איהו מייט כו', דכשיצבה על המשבר  
 אע"פ שלא יצא העובר אפ"ה כשנעקר  
 ממקומו הוה גופא אחרינא, וא"כ צאותה  
 שעה חייל קנין כסף צציד המוכר, דצאותה  
 שעה א"א צמשיכה כיון דלאו ירך אמו הוא,  
 ומהני צכסף לצד. (אמנם למעשה הסכימו

סק"ג וסי' רמ"ג סק"ו) נקט דלא מהני, ורק תפיסה מהני. אולם הקצוה"ח (סי' קכ"ג סק"א) נקט דמהני.

**ואמנם** י"ל דחקירת הגרעק"א אחיא גם אם חסרון של דשלזל"ע הוא בגמירות דעת, דאפ"ה יתכן לזדד דכשאומר לך חוק וקני קנה. והיינו דכשאומר לך חוק וקני סגי בניחותא דמהקנה, וכמ"ש הגמ"מ (סי' קל"ו סק"ד) דמהני אומדנא של דעת מקנה דסגי בניחותא דהמקנה ואילים טפי מיאוש שלא מדעת, ושאיני מדעת קונה שהוא חלק מהקנין ולא מהני אומדנא. ולכן שפיר י"ל דאע"פ דחסרון בקנין דשלזל"ע הוא בגמירות דעת, היינו דוקא בגמירות דעת שהוא חלק מהקנין, אבל צמה דסגי בניחותא דזעלים שפיר י"ל דמהני גם בדשלזל"ע.

**ופשטות** הסוגיא צ"מ ט"ז א', משמע דטעמא דאין אדם מקנה דשלזל"ע משום דלא סמכא דעתיה. וכ"ה להדיא בנמוק"י צ"מ ס"ז ז'. ואין חסרון דסמיכות דעת מפני דאכתי לא חל הקנין, אלא דליכא גמירות דעת. דהרי מעצם הקנין שפיר חייל דהא דדצר שבא לעולם מהני קנין לאחר ל' ואיכא סמיכות דעת, אלא דהכרח דהגדר הוא דדצר שאינו עכשיו בעולם קים להו לחז"ל דאין הקנין נעשה בגמירות דעת. וע"ע קוב"ש (צ"צ אות רע"ו ואות ת"ט).

[והנה הגרעק"א בתשו' (סי' קל"ד) כתב דדצר מי שקנה מחזירו דשלזל"ע וכשבא הדצר לעולם הביא המוכר את הסחורה והוציא הוצאות צבאה זו, והלוקח

חזר צו מהמקח, דהלוקח חייב לשלם דמי ההוצאות צבאת הסחורה, מדינא דגרמי דקיי"ל בסי' של"ג ס"ח. ע"ש. ויל"ע, דאם החסרון צהקנאת דשלזל"ע הוא משום דלא סמכא דעתיה, א"כ לא היה למוכר להביא הסחורה צהוצאה זו, רק לאחר שיאמר לו הקונה אחר שבא לעולם שיקח הסחורה. ויש ליישב, דסו"ס לאחר שהביא איכא סמיכות דעת, רק דהלוקח חוזר צו. אמנם צנו"צ (תנינא אהע"ז סי' נ"ד ס"ק י"ב) כתב דאין החסרון צהקנאת דשלזל"ע מטעם סמיכות דעת, והגמ' צ"מ ט"ז א' דמייתי טעמא דלא סמכא דעתיה אינו טעם אמאי אינו קונה דשלזל"ע, אלא זהו טעם למה לא אמרינן דהאומר לחזירו מה שבעלה מצודתי מכור לך, דעכ"פ אחר שצד הדגים נתכוין לזכות הקונה, וכהא דמנינו צמוכר שדה גזולה שקונה מהגזול לזכות הלוקח, וע"ז אמרינן דלא סמכא דעתיה].

ד) ובהקנאה צסיטומתא דדצר שלא צא לעולם, נחלקו הפוסקים, דהנה ה"ט"ז צאו"ח (סי' ת"ג סק"ו) כתב: "ראוי לעיין צמה שנוהגים צמדיות רוסיא וואלי"ן ציהודים ששוכרים אורגנדי"ס מהשררה שלוקחים מדות מאלני"ן מכל מי שטותן מאל"ך, והמאל"ך הוא חמץ גמור, כדת מה לעשות צשבוע של פסח. ומו"ח ז"ל [צ"ח צסו"ס ת"נ] כתב צזה שיעשה דרך מכירה או נתינה לעכו"ם, כמו שכתוב סימן תמ"ח". — וכיו"צ הביא המג"א (שם ס"ק י"ב) צזה"ל: "כתב הצ"ח, ואותן השוכרים מהמושל יורות וריחים ליקח מכל שר

שמבשלין מדה חמץ, אם ישראל מחויב לתקן היורות והריחיים כשמתקלקלים, אז הם ברשות ישראל, ואסור לקבל אפילו מעות בשכרו, כיון דמנהגם לתת חמץ, דמי לנהגה בדמי החמץ, ואם יש לו כח למנוע מהם שלא יבשלו כלל, מחויב למנוע מהם, דהו"ל רו"ה בקיומו. וע"י מכירה שרי, דהיינו שימכור קודם פסח לעכו"ם כל המדות שיגיע משבוע זו, ויטול הדמים. ואע"פ שנתן לו העכו"ם אח"כ המדות שרי, כמו שכתוב סימן תמ"ח כו".

והנה הט"ז הקשה ע"ד הב"ח: "חדא, דמכירה לא שייכא בדבר שלא בא לעולם, כדאיתא בפ"ק דב"מ ט"ז א' מה שתעלה מלודתי מכור לך לא אמר כלום". והמקו"ח (סק"ח) תמה על קושייתו, דממנ"פ אם דשלבל"ע הוא, א"כ גם ישראל לא קנה אותו מהשר. ואפילו למ"ד דאדם מקנה דשלבל"ע, מ"מ קודם שבא לעולם יכול לחזור בו, והרי ישראל יכול לומר קודם הפסח הריני חוזר בי וממילא נשאר החמץ של השר. וע"ש דאע"ג די"ל דכשאינו חוזר מכל השנה אינו יכול לחזור משבוע אחד, ומדמחזיק בריוח של כל השנה זידו נראה שאינו חוזר בו אף משבוע של פסח. אכן קשה עדיין למה לא שרי להשכיר הריחיים לטחינה, כמו שמבואר (בסי' ת"נ ס"ה) דשרי להשכיר התנור לגוי שיאפה בו מנה ואם יאפה בו חמץ אין זקוק לו. — וביאר המקו"ח דקנין זה מהני מדין דינא דמלכותא, והוי זבינא מעליא כמו סיטומתא. וכמ"כ בשו"ת מהרש"ל (סי' ל"ו). וזהו שהקשה הט"ז,

דאפילו דמקנה שפיר זכה"ג, מ"מ בחמץ ללאו זר הקנאה הוא צפסח, ואין ישראל יכול למוכרו, הוי כנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס דלא נקנו לו, וה"נ כוותיה. ואפילו אי מקנה מ"מ היאך מותר לעשות כן, דצפסח זכי מכחו והוי כמוכר חמץ צפסח, והישראל קונה אותו מהגוי. — וע"ז תירץ הט"ז דאיסורא לא ניח"ל דלקני, וכיון דכל קנינו הוא רק אחר שבא לעולם אמרינן דדעת קנייתו היה שלא יקנה לו עד שעת היתר, שהרי אינו צרור באיזה שבוע טחינת הריחיים, ואמרינן דמסתמא לא היתה דעתו לקנות רק עד שעת היתר. — וזדעת המג"א דלא חש לקושיית הט"ז הנ"ל, ביאר המקו"ח דס"ל דדוקא לר"מ אין הקנין חל אלא כשבא לעולם, דאע"פ דמקנה דשלבל"ע אפ"ה יכול לחזור בו קודם שבא לעולם, משא"כ בקנין מדינא דמלכותא וסיטומתא, כמו שקנה ה"נ מקנה, והקנין חל מיד כיון דאינו יכול לחזור בו.

ונבצינו למדין, דהמקנה דבר שלא בא לעולם צפיטומתא, וזשעה שבא החפץ לעולם אין המקנה צתורת הקנאה, ביאר המקו"ח (סי' ת"נ סק"ח) דנחלקו בזה הט"ז ומג"א, דהט"ז ס"ל שאינו יכול להקנות דאפילו לר"מ דס"ל דאדם מקנה דשלבל"ע אי"ז אלא אם הוא ראוי להקנות כשיבא לעולם, והמג"א ס"ל דיכול להקנות אע"פ שזשעה שיבא לעולם אינו זר הקנאה משום דהקנין חל מעכשיו. — וי"ל דיסוד הדברים הוא בגדר קנין סיטומתא, דהט"ז ס"ל דיסוד הקנין הוא גמירות דעתו לקנות,

מקנה דשלבל"ע אלא דסצרא הוא שלא שייך קנין על מה שאינו בעולם, וא"כ פשוט דסיטומתא לא עדיף מקנין תורה דעל מה יחול הקנין. ואע"פ שמשמע דרמב"ן דזהו מדין להסיע על קיצתו, הנה לא שייך אלא בתורת חיוב ולא בתורת קנין, אבל כשלא בא לעולם דליכא עליו דין קנין ודאי ללא מהני מהתורה, וא"כ מנ"ל דסיטומתא מהני דשלבל"ע, ובהכרח דהו"ל קנין דרבנן, ותקנו שיקנה גם דשלבל"ע. וע"ש שחמה ע"ד החת"ס בתשו' (יו"ד סי' שי"ד) דסיטומתא קונה מהתורה, וס"ל דמהני גם דשלבל"ע. — אמנם י"ל דיסוד הקנין הוא ממנהג, דזוהו אמרינן מנהג מצטל הלכה, ולכן גם דשלבל"ע מהני. ובאופ"א י"ל דמהני מחמת גמירות דעת, ועי' בקוב"ש (ב"ב אות רע"ו) דביאר הכי דצכה"ג סמכה דעתיה.

והמקו"ח (סי' תמ"ח סק"ה) כתב דסיטומתא אינו אלא מדרבנן. וכ"ה צנתה"מ (סי' ר"א סק"א), והוכיח דהא קנין דרבנן לא גרע ממנהג שנהגו הסוחרים ואפ"ה לא חשיב רק לקנין דרבנן לענין קידושין. (יעו"א אהע"ז (סי' כ"ח ס"א) דאם קידשה בגזל לאחר יאוש מקודשת רק מדרבנן). אך בשו"ת חת"ס (יו"ד סי' שי"ד) הביא דברי הגתה"מ, וכתב דקנינים דרבנן לא דמו לסיטומתא, דבקנינים דרבנן לא הנהיגו הסוחרים כן צרכונם אלא שהם אנוסים בתקנת חכמים ומטעם הפקר צ"ד הפקר, אבל מה שהנהיגו צרכונם ודאי דכל תנאי שצממון קיים. (ובקנין דרבנן שלאחר התקנה

והו"ל כשאר קנינים בעלמא, והא דמהני דשלבל"ע היינו דסמיך דעתו לקנות מכיון דהכי המנהג. אכן מכיון וגדרו כשאר קנינים הו"ל להיות בעולם בשעת ההקנאה. והמג"א ס"ל דגדר סיטומתא הוא כמנהג שעוקר הלכה, ואי"ז כשאר הקנאות של תורה.

ובעיקר דינא דהקנאה דשלבל"ע בסיטומתא, נחלקו בזה קמאי, דצהגות מרדכי (שבת אות תע"ב תע"ג) הביא מרבינו יחיאל, דסיטומתא קונה רק דדבר שבא לעולם, דכיון דמהני צו קנין תורה מהני ג"כ מנהג לקנין, אבל דשלבל"ע שאין מועיל צו קנין אין מועיל צו מנהג להחשיבו קנין. והוצא צמהרש"ל (פ"ח דב"ק סי' ס') ובקו"ה"ח (סי' ר"א סק"א) והגרעק"א בתשו' (סי' קל"ד). אמנם מהרש"ש בתשו' (כלל י"ג סי' כ', וכלל י"ב סי' ג') מבואר דסיטומתא קונה גם דדבר שלא בא לעולם. וכ"מ בתשצ"ן (סי' שצ"ח) בשם מהר"ם מרוטנבורג. וכ"ה בשו"ת מצי"ט (ח"ב סי' קנ"ג), ובתשו' מהרש"ל (סי' ל"ו). ועי' נתה"מ (סי' ר"א סק"א) שג"כ הביא דבריו, אלא דכתב דאפשר דאי"ז נסתר מהגהות מרדכי הנ"ל שהוצא בקו"ה"ח שם, די"ל דנידון המהרש"ל הוא ג"כ מדינא דמלכותא. ועי' שו"ת מהרש"ם (ח"ב סי' רי"ח) דלדינא קיי"ל דסיטומתא קונה דדבר שלא בא לעולם.

ובגדר ההקנאה דלשל"ע, יעו"א צאולס המשפט (סי' ר"א) שתמה, דהא זה ודאי דליכא שום קנין כלל מהתורה דשלבל"ע, דהא ליכא קרא כלל דאין אדם

נהגו כן בין הסוחרים מרזונס הוי באמת קנין לאורייתא, מדין סיטומתא. ויעוי' בס' אמרי בינה (ח"א שו"ת סי' י"ז) שהקשה ע"ד החת"ס, דמאן יימר דישראל כשרים חשיבי כאנוסים בתקנת דרבנן, הרי ודאי מקצלים ברזונס לעשות תקנת חכמים. וצ"ל דבר אברהם (ח"א סי' א' סק"ג) ביאר, דיסוד דין קנין מצד המנהג נלמד מקנין חליפין, וזהו דוקא בקנין שנוהגין לקנות בו, אבל קנין שאין נוהגין לקנות בו אלא שהתנו עליהם, כיון שאין נוהגין בו אינו נלמד מדין חליפין. ע"ש.

ובחת"ם (יו"ד סי' ש"ד) כתב דאף לד' הנתה"מ דסיטומתא קונה מדרבנן מ"מ מה שהוא דינא דמלכותא קונה מהתורה. ותמה ע"ד הב"ש (אהע"ז סי' כ"ח סק"ג). וכיו"צ תמה האבנ"מ (שם סק"ז). אך המהרש"ם (ח"ד סי' כ"ז) הביא מהעליות דרבניו יונה לעיל נ"ה א' והרשב"א גיטין י' א' דקנין מדינא דמלכותא קונה מדין סיטומתא, ואם סיטומתא אינו אלא מדרבנן, ה"נ דינא דמלכותא אינו אלא מדרבנן. אמנם יעוי' בדבר אברהם (ח"א סי' א' ענף ז') שהאריך בד' רבינו יונה הנ"ל, ומסיק דדינא

דמלכותא קונה מהתורה. — ח"ל החזו"א (חו"מ ליקוטים סי' ט"ז סק"ט) "וצטעם דינא דמלכותא משמע דהוא כעין קנין מלחמה דילפינן גיטין ל"ח א', דנכרי קונה וה"נ כח המלכות תמיד על מה שהיא שולטת וכן קבלו רז"ל. והר"י ז"צ נ"ה א' כתב שיכולין להפקיע ולהפקיר אבל אינן יכולין להקנות בלי קנין, אלא שאפשר דחשיב כסיטומתא וקונה מטעם מנהג, ומ"מ לא חשבינן ליה סיטומתא אלא אם יש צוה דינא דמלכותא להפקיר, ורשאי הזוכה מדינא דמלכותא לעשות קנין ולזכות ואז דעתו למקני צדינא דמלכותא, אבל אם אין כאן דינא דמלכותא לא חשבינן ליה כסיטומתא. וצוה ניחא הא דגיטין י' ז' דאמר תני חוץ מכגיטי נשים ולא אמרינן דקנה מטעם סיטומתא, אלא כיון דמלכותא אינה מקפדת שנידון צדיני ישראל אין דעת ישראל למקני צדינא דמלכותא ממנהגא. וטעמו של דבר שיכולין להפקיע ואינן יכולין להקנות, דכח המלך לקנות לעצמו שזה קנין מלחמה, אבל להקנות לאחרים צריך הזוכה מידו קנין, והלכך מפקיע מכל יחיד שזו נוגע למלכות לקיים החק אבל הזוכה מכחם צריך קנין".

## סימן לד

## בענין טומאת תנור כשהוא מחובר לקרקע

והוא הנידון בסוגיא דשבת קכ"ה א', ע"ש דילפינן מקרא דיותן דאע"ג דמחובר לקרקע טמא דסד"א מכיון דחצריה לארעא כגופא לארעא דמי קמ"ל. והיינו דהגם דמטעם דין דמחובר לקרקע טהור היה לנו לטהר התנור המחובר בקרקע, וזהו אמרינן בשבת קכ"ה א' דגזיה"כ דיותן גס דמחובר. ויעוי' כאן בתוד"ה הר"י, שכתבו דתנור חשוב מחובר. והביאור בזה הוא כמשנ"ת, דמש"כ בתוד"ה לא כו', היינו רק לענין דלא הוי חיבור גמור לבטל שם כלי.

וחזינן לפ"ז דדעת התוס' דהא דתנור מקבל טומאה הוא מתורת טומאת כלי חרס, והא דילפינן מקרא דיותן היינו לענין דחיבור תנור אינו חיבור. (ועי' באו"ש פט"ז מכלים שכתב כיו"צ).

וב"ה דעת רש"י בצ"מ נ"ט א' ד"ה וחכמים מטמאין כו', ע"ש שכתב: "כשאר תנורים שלהם היו עושין כעין קדירות גדולות ופיו למעלה, וזורף בכבשן כשאר קדירות ומטלטלין כו'". עכ"ל. הרי דהא דתנור טמא היינו דוקא כשהוא מטלטל. וכ"כ רש"י בצרכות י"ט א' ד"ה חתכו חוליות כו', בזה"ל: "תנור של חרס שהוא עשוי ככלי ומטלטל ותחילת צרייתו מן הטיט ומזרפו

ב"ב ס"ה א', בזה דתנן דהמוכר את הבית לא מכר את התנור, יעוי' בתוד"ה לא כו' שדנו האם התנור מחובר או תלוש, וכתבו: "א"י אומר רש"א דאירי דמחובר דסתמייהו מחוברין כדאמרינן כלים פ"ה משנה ז' וגורר את הטפלה עד שיהא בארץ, אבל אין חיבורו חשוב חיבור מדמקבלי טומאה". עכ"ל. ומצאנו דאפילו תנור מחובר אינו חשוב חיבור. ובתשו' גידולי טהרה (סי' י"ז) ובפי' הגרי"פ לספר המצות לרס"ג (מנחה קס"ט) ובקוב"ש כאן (אות רפ"ג) הקשו מהא דאיתא בשבת קכ"ה א' דהטעם דתנור טמא אפילו הוא מחובר הוא מגזיה"כ (ובקוב"ש הוסיף דכ"מ מד' הרמב"ם בפיהמ"ש פ"ה דכלים משנה י"א), וז"ע מש"כ התוס' הטעם דהיינו משום דאינו חיבור.

והנראה בזה, דהגם דבאמת התנור טמא מפני שאינו חיבור וכמש"כ התוס', והיינו לענין היותו תורת כלי, דהלא הנידון בסוגיין הוא על תורת כלי, דמה"ט מכר לו את הבית לא מכר לו את התנור מכיון שאינו מחובר להיות נטפל לקרקע שיהיה נכלל במכירתו לבית. – אמנם איכא עוד נידון לענין טהרת מחובר לקרקע, דגם כשהוא כלי מ"מ אינו מק"ט מאחר והוא מחובר לקרקע,

כבשן כשאר הקדירות". עכ"ל. הרי דינו  
 דטמא הוא רק דומיא דשאר קדירות, והיינו  
 מטלטל. וכבר פירש רש"י הכי צפירושו  
 עה"ת צפ' שמיני (פרק י"א פסוק ל"ה)  
 עה"פ דתנור וכירים יותן, צזה"ל: "תנור  
 וכירים, כלים המיטלטלין הם והם של חרס  
 יש להן תוך ושופת את הקדרה כו". עכ"ל.  
 הרי דתנור הוא מטלטל. וע"ש בגור אריה  
 שתמה דשנינו במשנתנו צכמה דוכתי דהתנור  
 מחובר הוא. וי"ל דס"ל דגדר טומאת תנור  
 הוא ככלי חרס, ולכן נקט רש"י דהוא  
 מטלטל, והיינו דלרין שיהיה ראוי להטלטל  
 כדי שיהיה כלי. ומדוקדק מש"כ רש"י צב"מ  
 וצברכות שהיו מזרפין אותו כבשן, דעי"ז  
 נעשה כלי.

אולם הר"ש צפ"ה דכלים מ"א הוכיח דגם  
 כשלא צירפן מקבל התנור טומאה.  
 וע"ש דמייתי מהתו"כ דר"א ס"ל דהתנור  
 נטמא גם בלא היסק. ומשמע דגדר טומאת  
 תנור אינו ככלי חרס.

וגם ציסוד דצרי רש"י ותוס' הנ"ל, מצינו  
 ברמז"ס דפליג. דיעוי' צפיהמ"ש צפ"ה  
 דכלים מ"א שכתב: "שהכלים הצנויים צארין  
 טהורים זולת תנור וכירים אשר ציארם  
 הפסוק, אולם מחוץ מזה הנה השורש אללנו  
 כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע. עכ"ל.  
 וכ"כ הרמז"ן עה"ת (ויקרא פרק י"א פסוק  
 ל"ה) צזה"ל: "צא הכתוב ללמד שיהיה דין  
 התנור והכירים שהיו עשויים מן הטיט  
 ומסיקין האור צתוכן ואופין הפת צהם  
 צחצורן לקרקע כדין כלי חרס שהן הקדירות

והקיטוניות האפויין כבשן והן מטלטלין שאף  
 הם יקבלו טומאה ואין להם טהרה צמקוה".  
 עכ"ל.

ובביאור דצרי הר"ש והרמז"ס נראה לומר,  
 דהנה ציסוד דין טומאת תנור,  
 ציארם המקד"ד (צקונטרס טהרות סי' צ')  
 והתו"א (כלים סי' ז' סק"ז) דאי"ז מדין  
 טומאת כלים אלא טומאה מחודשת דתנור.  
 דתנן צפ"ה דכלים מ"א דתנור של אבן ושל  
 מתכת טהור והרמז"ס והר"ש הציאו  
 מהתו"כ דדריש דמכיון דלא הוי צר נתינה  
 טהור, ומצואר דבלאו ילפותא קס"ד דגם  
 תנור של אבן נטמא, והרי אינו מחרס ולא  
 הוי ממין המקבל טומאה, וצהכרח דטומאת  
 תנור הו"ל טומאה צפני"ע. וכיו"צ הוכיחו  
 ממה דהר"ש צפ"ה מ"א דכלים דן אם צריך  
 צירוף כבשן צתנור והוכיח דגם כשלא צירפן  
 מקבל טומאה, ומייתי מהתו"כ דר"א ס"ל  
 דתנור נטמא גם בלא היסק. והרי מכיון דלא  
 הוי צירוף כבשן א"כ הו"ל ככלי אדמה והיאך  
 מקבל טומאה. אלא ודאי דהא דתנור טמא  
 אי"ז מדין טומאת כלים אלא טומאה  
 מחודשת, ולכן גם כשלא הוי חרס מקבל  
 טומאה. — וכיו"צ יעויין צר"ש פ"ה דכלים  
 מ"ת, דמייתי תוספתא נתן עליו טיט וחרסית  
 אדמה וסיד וגפסיס אפילו כל שהוא טמא  
 אצל זפת וגפרית ושעוה ושמרים צצק וגללים  
 וכל דבר שאין עושין צו תנור טהור כללו של  
 דבר שאין עושין ממנו תנורים אינו מחבר את  
 הסדקין, ועי' חזו"א (כלים סי' ז' סק"ז)  
 דמוכח מהר"ש דצסיד וגפסיס עושין ממנו  
 תנור וטמא צטומאת תנור אע"ג דלא הוי של

מעמיד הוא, אלא מחמת שהוא צר נתינה, ולכן טמא מדין תנור אע"ג דאינו של חרס. – ונראה דזהו ג"כ הציאור במש"כ הר"ש פ"ה דכלים מ"ג בהא דעטרת הכירה טהורה דעטרת התנור טמאה, דמייירי כשלא חיבר את עטרת התנור לתנור. וז"ל דהיאך מלטרף עטרת התנור עם התנור כשלא חיברו, והרי אינו כלי אחד, ולפמשנ"ת י"ל דמכיון ויסוד טומאת התנור הוא דין מחודש ולא מתורת כלי חרס דעלמא, שפיר נטמא כל מה שנכלל בשימושי התנור.

ויעו"י צשו"ת אמרי יושר (ח"א סי' פ') שכתב דעפ"ד התוס' בסוגיין דלא הוי חיבור גמור, נראה דגם תנור של מתכת מחובר מטמא כיון דאינו חיבור גמור. וזה דלא כשיטת הרמב"ם פט"ו דכלים שכתב דתנור של מתכת שחיברו בארץ אינו מק"ט, והיינו משום דתשמישו עם הקרקע. ע"ש. ולמשנ"ת א"ש דאזלי לטעמייהו, וכמש"נ.

חרס, דלא צעין חרס לטומאת תנור. – וכיו"צ יעוין צר"ש צפ"ה מכלים מ"ג דמייתי תוספתא, ג' אבנים שחיברן זה לזה ועשאן תנור ועשה להן טפילה בין מצפניס בין מבחוץ מטמאות במגע וצאויר, והוצא התוספתא ברמב"ם פט"ו מכלים הי"א, הרי להדיא דגם תנור מאבן נטמא בטומאת תנור, וא"צ שיהיה כלי חרס לטומאת תנור, דע"י שטפלו בטיט חשיב כחרס. וכיו"צ מפורש במשנתינו פ"ו דכלים מ"א דהעושה כירה מאבנים וחיברן בטיט טמאים מדין כירה אפילו כשהכירה היא מאבן מכיון דשייך נתינה ע"י הטיט. והציאור בזה, דהנה נחלקו בשבת ט"ו א' אם אזלין בתר המעמיד או לא, וחכמים ס"ל דלא אזלין בתר המעמיד, וז"ל מהא דשנינו צפ"ה דכלים מ"א דתנור של מתכת שיקב ועשה לו טפילה של טיט טמא בטומאת תנור, ואמאי התנור טמא הרי עיקרו של מתכת, ובמקד"ד ובחזו"א הנ"ל ציירו דבתנור לאו מחמת דינא דאזלין בתר

## סימן לה

### בענין המניח מבלא תחת הצינור פוסלת המקוה

שקצעו ולצסוף חקקו, והוסיף דמייירי דוקא כשיש לה ארבע שפות שראויה לקבל המים, דבלא"ה אי"ז בית קיבול. וכ"ה בתוס' צ"ק ס"ז א' ד"ה נור כו' ובצ"צ ס"ה צ' ד"ה צינור ו'.

מקואות פ"ד מ"ב, המניח טבלא תחת הצינור אם יש לה ליצו פוסלת את המקוה ואם לאו אינה פוסלת את המקוה זקפה להדוח צין כך וצין כך אינה פוסלת את המקוה. ופי' הר"ש דמייירי צינור

ובדינא דזקפה על צידה לידוח דאפילו יש לה שפות אינה פוסלת מכיון שאינה עומדת צענין שראויה לקבל, כתב הרא"ש (הל' מקואות סי' ה') דמיירי כגון שהמים ראויים לבא למקוה זולתה, אבל אם אין המים ראויים לבא למקוה זולתה אפילו זקפה על צדה או כפאה על פיה פוסלת. – והרא"ש ביאר צטעמא דכשאין המים ראויים לבא למקוה זולתה דפוסלת "משום דהויה ע"י טהרה צענין". וצטור (בסי' ר"א) כתב הטעם: "כיון דמקבלת טומאה". והיינו הך, דמכיון דצענין שמהיה הויות המקוה ע"י טהרה ממילא פוסלת המקוה.

ויעוי' צ"י שם, שהקשה דהרי אין הטבלא מקבלת טומאה, דהא הו"ל פשוטי כלי עץ. ותירך בתלמא אנפי, חדא, דצמתני' יש לאוקמי דיש לה ארבע שפות אלא שכפאה על פיה, ואפ"ה פוסלת מפני שהיית המקוה ע"י דבר המקבל טומאה. וז"ל: "מ"ש רבינו אפילו אין לה שפה כלל פוסלת, לאו למימרא שאין לטבלא שפה כלל דא"כ היאך כתב שמקבלת טומאה הא קימ"ל (כלים פ"ב מ"א) דפשוטי כלי עץ אינם מקבלים טומאה, אלא ציש לה ארבע שפות עסקינן, אלא שכפאה על פיה ונמצא שהמים עוזרים צמקום שאין שם שפה כלל ואפ"ה פוסלת מפני שהיית המקוה ע"י דבר המקבל טומאה". – ועוד צידד הצ"י, דהא דפשוטי כלי עץ אינם מקבלים טומאה היינו דוקא כשמעולם לא היה להם בית קיבול, אבל היכא שהיה להם בית קיבול ואח"כ ניטלו ולא נשבר לגמרי שפיר מקבל טומאה, וצמתני' מיירי

צבה"ג. וז"ל: ואפשר דצניטלו כל שפתומיה איירי, ואפ"ה מקבלת טומאה כיון שמתחלה הייתה מקבלת ועכשיו לא נשברה לגמרי, והא דפשוטי כלי עץ אינם מקבלים טומאה היינו דוקא כשמעולם לא היה להם בית קיבול, וז"ע. – ועוד תירך צצדק הצית דמכיון דפשוטי כלי עץ מקבלין טומאה מדרבנן, ממילא אי"ז הויתו ע"י טהרה. וז"ל: "ואפשר שצאין לה שפה כלל מיירי ואפ"ה פסלה משום דפשוטי כלי עץ אע"פ שאינן מקבלים טומאה מן התורה מקבלין טומאה מדרבנן". עכ"ד.

אולם הט"ז (בסי' ר"א ס"ק מ"ג) תמה ע"ד הצדק הצית, ממשנתינו להלן מ"ג, דצינור שאין לו ארבע שפות אינו חשוב כלי וראוי להציא על ידו מים למקוה, והרי צינור לא עדיף מפשוטי כלי עץ דמקבל טומאה מדרבנן, ואפ"ה ראוי להציא על ידו מים למקוה, וכדקי"ל (בסי' ר"א סעיף ל"ו), ומשמע אפילו אי אפשר להציא זולתה. – ויעוי' צש"ך (שם ס"ק ע"ו) שהציא מהגרות דרישה (שם אות י"ב) שצתמה מהא דלהלן צפ"ה מ"ה נוטפים שעשאן זוחלין סומך אפילו מקל כו' ור' יוסי פליג דכל דבר המק"ט אין מזחילין צו, והרא"ש (צב"ל) מקואות סי' י"א, וצמתני' שם) הוציא מזה דהצא להמשיך מים למקוה צריך שלא יהא צדבר המקבל טומאה כגון מי גשמים שרואה להמשיכם למקום אחר לעשות מקוה לא יאחזו צידו דף ויעצירם עליו אלא יניח הדף צקרקע, וכמ"ש צשו"ע (סי' ר"א סעיף מ"ח), והיינו מכיון שהאדם מקבל טומאה,

משא"כ דף שהוא פשוטי כלי עץ ואינו מקבל טומאה מן התורה. וכמ"ש הש"ך (שם ס"ק ק"ד).

ויעוי"ש בט"ז (ס"ק מ"ג) ובש"ך (ס"ק ע"ו) בשם הב"ח, דבסוגיין קמיירי בכלי עץ שייחדו לאיזה תשמיש, דהשתא אפילו אין לה שפה מקבל טומאה מדאורייתא. (וע"ש בש"ך שהוסיף דאע"פ דקיי"ל בסעיף י"ד בנוטפין שעשאן זוחלין, וכגון שסמך למקום המנטף טבלא של חרס והרי המים זוחלין ויורדין עליה דכשרים, אצל כל דבר שמקבל טומאה אפילו מדרבנן אין מוחליין בו, הרי דגם בדבר המק"ט מדרבנן אין מוחליין. ומירך הש"ך דשאני דינא דזוחלין מדינא דנוטפין, דדוקא לענין זוחלין לא מכשרינן להו, דהיינו לענין שיהא המים נקראים עליהם שם זוחלין לטהר אף בזוחלין צעינן דבר שאינו מק"ט אפילו מדרבנן, אצל מ"מ מקרי שפיר נוטפין ומטהרין באשבורן אפילו בדבר המק"ט מדרבנן, כל שאינו מק"ט מדאורייתא. וכיו"צ כתב הש"ך שם בס"ק ק"ד. ויעוי' בתשו' חת"ס יו"ד סי' קצ"ט ד"ה והנה כו' שיישצ דשאני הכשר מקוה מהכשר מעיין. עיי"ש).

והנה בתירוטו הב' של הב"י, דהא דפשוטי כלי עץ אינם מקב"ט היינו דוקא כשמעולם לא היה להם בית קיבול אצל היכא שהיה להם בית קיבול ואח"כ ניטלו שפיר מק"ט, יל"ע ממתני' כלים פט"ז מ"צ סרוד של נחתומים טמא ושל צעלי צחיס טהור גיפפו מארבע רוחותיו טמא נפרך מרוח

אחת טהור כו', הרי דפשוטי כלי עץ דהיה להם בית קיבול מארבע רוחותיו ונפרך מרוח אחת טהור. וז"ל דהתם הנידון הוא לענין צורת כלי, ולאחר שנפרך מרוח אחת נתבטלה צורת כלי וטהור, משא"כ בצווגיין מיירי דשפיר נשאר עליו צורת כלי, ורק ניטלו הבית קיבול לכן שפיר מק"ט.

ובאמת דביסוד דינא דמתניתין דכלים פט"ז מ"צ נחלקו קמאי, יעוי"ש דתנן ארובות של נחתומים טמאות ושל צעלי צחיס טהורות, ובפיהמ"ש להרמב"ם פי' דמיירי שהיה עליהם צורת כלים. אולם הר"ש לא כתב דטמאות מה"ט, אלא דממה שלשים שם הלחם הוא דטמאות. וברמב"ם (פ"ה מכלים ה"א) כתב: "כל עץ שאין עליו צורת כלי אע"פ שמשמשין בו אינו מקבל טומאה, ארובות של נחתומין שסודרין עליהן החלות כשהן צ'ק מתטמאות שהרי צורת הכלי עליהן כו'". אולם הראב"ד פליג, וס"ל דטומאתו אינה מפאת דהו"ל צורת כלי אלא משום דמיוחד לתשמיש, וז"ל: "והטעם של נחתומין טמא מפני שהוא מיוחד כלי לזה התשמיש, אצל של צעל הבית אין תשמישו תדיר ואין מיוחד לכלי ואם יחדו טמא, והכי איתא בתוספתא (כלים צ"מ פ"ה ה"ב)". עכ"ל הראב"ד. וכיו"צ נחלקו שם לעיל באותה הלכה, לענין קופות מעץ דטמאות, דהרמב"ם כתב בזה"ל: "והערך משיעשה בו צפירה אחת אע"פ שלא גמר גבהן מקבלין טומאה שהרי נראו למה שנעשו והרי צורת הכלי עליהן, למה זה דומה לצגד שנארג מקפתו". ובראב"ד השיג: והערך כו' והטעם

מפני שאדם משתמש באלו כמה שהן, מה שאין כן בשאר כלים שהזכיר למעלה. – ולטעמייהו אזלי לקמיה (בפרק י"ח מכלים ה"י) לענין שצרי כלי חרס, דהרמז"ס כתב דחידושא דידהו הוא דאע"פ דנפסדה נורתן אך ראויין לתשמיש מקבלין טומאה אע"פ שאותן השצרים ראויין לתשמיש חוץ משצרי כלי חרש שאם היה בהן חרש הראוי לקבל הרי הוא מקבל טומאה כו'. והראב"ד השיג, דא"ל להאי רבותא דנפסדה נורתן, וז"ל: א"ל כמה אני תמה על זה כי כל המשניות והתוספתות מלאות מזה שהכלי הנשצר ועושה מעין מלאכה ראשונה ובכלי עץ שיהיה לו בית קיבול טמאים וכשרבה הכתוב שצרי כלי חרס רבותא שהייתי סבור חרס הנשצר אין לו תקנה". עכ"ל. והיינו דלטעמי' דליכא דין דנורת כלי בטומאת כלי עץ א"כ ליכא רבותא בשצרי כלי חרס כמה שליכא בהו נורת כלי, דהא בלא"ה אינס טמאים, ולכן נטה מדברי הרמז"ס ופירש דהרבותא הוא שהייתי סבור דחרס הנשצר אין לו תקנה.

ובבמש"ב הדק הבית דפשוטי כלי עץ אע"פ שאינס מק"ט מהתורה מ"מ מק"ט מדרבנן, ז"ל דגם אס הוא משמשי אדם אינס מק"ט מהתורה, וכמ"ש ברמז"ס (פ"א מכלים ה"י) וצמשל"מ (פ"ד מכלים ה"א) דקדק כיו"צ מד' הרמז"ס שם. – ויש לחקור בזה לענין הצלת צמיד פתיל, דהנה מתבאר מדברי הרמז"ס צפיהמ"ש (פ"י דכלים מ"א) לענין הצלת צמיד פתיל, דכלי טמא אינו חוץ היינו דוקא בטומאה דאורייתא, אבל בטומאה דרבנן שפיר חוץ.

דיעווי"ש שכתב גבי פשוטי כלי עץ דמזילין שהטעם הוא משום שאינן מקבלין טומאת שרץ מדאורייתא, ומשמע דכלי המק"ט מדרבנן מזילין צנמיד פתיל. וז"ל: "ומה שאמר כלי עץ הטהורים כוונתו בזה פשוטי כלי עץ אשר כבר קדם שאינן מקבלין טומאת שרץ מדאורייתא".

אמנם יל"ע ממש"כ הרמז"ס צפיהמ"ש שם בתחילת דבריו צביאור המשנה דתנן אלו הכלים מזילין צנמיד פתיל כלי גללים כו', בזה"ל: "ואני אבאר לך אמרם בזה אינן מקבלין טומאה לא מדברי תורה ולא מדברי סופרים כו'" עכ"ל, הרי דלענין הצלת צמיד פתיל הוצרכנו שלא יקבל טומאה לא מדאורייתא ולא מדרבנן. וז"ע. ויתכן דקאי רק ארישא דמתני'.

והנה לפמש"כ הרמז"ס הנ"ל דכלי המק"ט מדרבנן שפיר מזילין צנמיד פתיל, א"כ י"ל דמש"כ הרמז"ס דפשוטי כלי עץ מזילין דהיינו אפילו צפשוטי כלי עץ המשמשי אדם וכלים שהם מקבלין טומאה מדרבנן וכדתיאיר בתוספתא (פ"י ג' דכלים ה"ג) וצרמז"ס (פ"ד מכלים ה"א). ולפ"ז יל"ע צמש"כ הרמז"ס (בפכ"א מטו"מ ה"א) לענין כלים שאינן מק"ט המזילין צנמיד פתיל, בזה"ל: "ונסרים של עץ שהן פשוטין", ומשמע דדוקא צכה"ג דאינס מק"ט אף מדרבנן הם דמזילין.

ויש לדון האם לפ"ד הרמז"ס הנ"ל כלי זכוכית יזילו, דהאמנם דכלי המק"ט מגבזו אינו יכול להזיל צנמיד פתיל כדאייתא בחולין כ"ה א' וכלי זכוכית דמטמאין מגבזו

כדאיתא בשבת ט"ז א', מ"מ מכיון דטומאתן מדרבנן שפיר י"ל דינילו צמיד פתיל. ואכן מנינו בתוספתא (פ"ז דכלים ה"י) דכלי זכוכית השלמים מנילים צמיד פתיל, והלא מק"ט מגבן מדרבנן, ומשמע כמשנ"ת דשפיר מנילים. אך התוס' בשבת ט"ז א' ד"ה לא ליטמאו כו' כתבו דמהך תוספתא מצואר דכלי זכוכית אינם מנילים צמיד פתיל. וע"ש ברש"ש שהכי גרסו בתוספתא. וז"ע.

ובידון הנ"ל הוא צפשו התוספתא (פ"ז דכלים ה"ד), דתניא עצמות העופות כו' וכלי עץ מנילין צמיד פתיל ור' יוסי מוסיף אכסי קמטרא כו'. ומשמע מהא דר' יוסי מוסיף כלי עץ המק"ט מדרבנן דת"ק מיירי בכלי עץ הטורים אפילו מדרבנן. אך י"ל דגם ת"ק ס"ל דאפילו טמאים מדרבנן מנילי צמיד פתיל, אלא דר' יוסי מוסיף דאינהו נמי כלי עץ טורים.

### סימן לו

#### בדין אונאה בכדי שאין הדעת טועה

(א) ב"ב ע"ז ז', מכר את הצמד לא מכר את הצקר רבי יהודה אומר הדמים מודיעים וחכמים אומרים אין הדמים רחיה. ובגמ' אמרינן דצבדי שהדעת טועה היא אונאה וציטול מקח, וצבדי שאין הדעת טועה אימור מתנה יהיב ליה. וכ"פ צטור וש"ע (סי' ר"כ סעיף ח'). - ויש לחקור באונאה צבדי שאין הדעת טועה, האם התוספת על שיווי המקח הו"ל כמתנה בעלמא או דלמא הו"ל כדמי המקח (דאע"ג שיש צוה תוספת של יותר משתות וציטול מקח מ"מ מכיון שהלוקח נתרצה לפסיקה זו דיינינן ליה כאונאה פחות משתות דהו"ל מחילה). - ולכאורה פשוט דצריהם של התוס' צסוגיין ע"ח א' ד"ה אצל, דהתוספת הוא בכלל המקח, שכתבו: "אצל צבדי שאין הדעת

טועה מתנה יהיב ליה, אומר ריב"ס דליכא למפרך מהכא לרב דאמר צפרק האיך מקדש גבי קדש אחרותו, אדם יודע שאין קידושין תופסין באחרותו וגמר ונתן לשם פקדון, דהתם אין המעשה קיים כל עיקר אצל הכא לענין צמד המקח קיים, ואין צבדא שמעות הצמד לא יחזיר והמותר יחזיר". עכ"ל. והיינו דמכיון ופקדו ציניהם על המקח ממילא המותר הו"ל ג"כ דמי המקח, ואי"ו כמתנה. ושאיני מקידושי אחרותו דאין כאן מקח, ולכן ס"ל לרב דהמעוט פקדון, דלא מסתברא דהוי מעוט מתנה בעלמא.

וביו"ב מצואר מדברי הפרישה (צסי' ר"כ ס"ה), דיעווי"ש צטור שהציא דינא דמשנתנו דהמוכר הצמד לא מכר הצקר,

וכתב: "ואפילו משך הלוקח הצמד והצקר ולא נתן המעות מו"א"ים ממנו הצקר והמעות, ואין הדמים רחיה כו". עכ"ל. וכתב הפרישה צוה"ל: "ולפי מה שהסכים רבינו צסמוך שאם הוא צכדי שאין הדעת טועה שמתורת מתנה זכה המוכר צמעו קצת קשה מה טעם להוצאה זו שמו"א"ין מהלוקח כל המעות וכי כופין על המתנה, הא ודאי פשיטא שכל הנותן מתנה יכול לחזור בו כל זמן שלא נתנו. ודוחק לומר דמ"ירי צדקנו מ"יניה, שהרי רבינו לא הזכיר קנין. ויש לומר נהי צצקתם מתנה שנתנו לו משעה ראשונה לשם מתנה יכול לחזור בו, מ"מ זה צצתורת מקח וממכר ירד ליה ועל תנאי נתינת כך וכך מעות משך זה החפץ ודאי מועלת המשיכה שאינו יכול לחזור בו, וצריך ליתן המעות אע"פ שאין המוכר יכול לזכות בו אלא מטעם מתנה". עכ"ד הפרישה. הרי להדיא דאין הציבור צאונאה צכדי שאין הדעת טועה דהו"ל ההוספה צתורת מתנה צעלמא, אלא דנותן התוספת צתורת דמי המקח, דהרי צתורת מקח וממכר ירד ליה, ועל תנאי נתינת כך וכך מעות משך חפץ זה.

**אבנבם הגרעק"א צב"מ נ"א ע"א נסתפק** צזה, וכתב: "חפץ זה שאני מוכר לך צמאחיים יודע אני שאינו שוה אלא מנה, מסתפקנא צאם החפץ היה שוה רק צ"ט, אם נימא דהוה כמוכר לו שוה צ"ט צק, דאידך מאה הוי רק צמתנה צעלמא צלא מקח, דלצבי שומת המקח דאמר לו ששוה רק ק' הוי רק טעות מן צ"ט למנה והוי מחילה. או נימא דהוא ידע ומחיל ומתרה שיהא

האונאה צק, אצל צמותר לא מתרה והוי צמאנהו שוה צ"ט צר' ולזה לא נתרה, וצ"ע". עכ"ד. והיינו דמסתפק צדינו של היותר משווי המקח, אם ניידן כחלק מדמי המקח והלוקח מתרה שיהא אונאה צק, והו"ל כאונאה שאינו מקפיד צה. או דלמא דהוי צמתנה, וממילא שומת המקח היא רק צמאה, והאונאה היא מוצ"ט עד ק', דדין המאה שמסך ק' עד ר' הוי צמתנה. [והניידן צזה, דאם נימא דהו"ל צדמי המקח ונתרה שיהא אונאה צמאה, ממילא אף כשיש אונאה של מאה, אין צכך אונאה, מכיון שהלוקח נתרה, ודמי לאונאה של פחות משתות. ולכן כשהאונאה יותר ממאה צשצינן כל המאה ואחד כאונאה ויש צזה ציטול מקח. וצהא דמספק"ל אם המנה שמהמאה עד המאחיים הוי צמתנה או כאונאה שאינו מקפיד דדמי לאונאה פחות משתות].

ובצ"נו צזה פלוגתא דהקצוה"ח והגתה"מ. צצהא דאיתא צב"מ נ"א א', האזי צצרה דהוי נקיט וורשכי לוציני קרי שיתא ושוי חמשא, ואזי יחב ליה חמשא ופלגא הוה שקיל, אחא האזי צצרה ואמר אזי יהיצנא חמשא ופלגא הוי מחילה, אחתן ליה שיתא ואחצעינא לדינא, אחא לקמיה דרצא אמר לו לא שנו אלא צלוקח מחגר, אצל צלוקח מצעל הצית אין לו אונאה. יעוי' צמרדכי (שם סי' ש"ו) דדקדק מסוגיא זו, דאם ידע הלוקח ושתק עד לאחר זמן ותצבו לדין לא הויא שתיקתו מחילה. והרמ"א (צס"י רכ"ז סעיף ז') הציאו, וז"ל: "היה יודע הלוקח צשעה שלקחו שנתאנה ושתק, ומיד אחר הלקיחה

קודם זמן שיראה לתגר או לקרובו תוצע אונאתו, לא אמרינן דמחל הואיל וידע". עכ"ל. - והצ"ח (שם ס"ט) פירש דברי המרדכי דקמייירי שאמר בפני עדים שיתצענו לדין, וע"ש דמדמהו לדינא דאונאה בכדי שאין הדעת טועה, דאיתא בסוגיין דצ"צ ע"ח א' דמתנה הוא דיהיב ליה ואין צוה אונאה, וא"כ כ"ש כשנתברר שידע בשעת לקיחה שאין החפץ שוה כדמי המקח. - והקצוה"ח (סק"ה) פליג ע"ד הצ"ח, וכתב: "וגרתינן דברי הרמ"א והסמ"ע, דאי נימא דכי לא אמר אתציעה לדינא מאי הוי, כיון דלא היה אנוס בדבר הוי מחילה, ואפילו מסר מודעה קודם כל שלא הכירו באונסו זכיניה זכיני, ואפילו לא קיבל רק מעט, וכמו שכתב הריב"ש סימן קכ"ז, ו"ל: דאע"ג דצנהא מועטת שקיבל הנותן דינו כמתנה ולא אמרינן אגב אונסיה גמר ומקני, מ"מ לענין זה דמי למכירה דצעינן שידעו העדים באונסו כמו במכירה, דכיון דמקבל הנאה ליכא למימר הכי, דאפילו אם אינו אנוס כיון שאמר שאינו נותן מדעתו כו', ע"ש, וכ"כ הרמ"א סימן ר"ה סעיף ד' ע"ש, וא"כ כי אמרו אתציעה לדינא מאי הוי, כיון דאינו אנוס זה ברור". עכ"ד הקצוה"ח. והיינו דנקט דהמותר חשיב כדמי המקח, ולכן תשלוס האונאה הוא כמקח בזול דהא שיווי החפץ הוי פחות מהמקח, וזהו דמדמי להא דקיי"ל צסי' ר"ה ס"ד דתליוהו וצין מקח בזול דצעינן שידוע באונס, וממילא הכא ליכא אונס. - אולם הגתה"מ (צסק"ד) פליג ע"ד הקצוה"ח, וכתב: "לא דמי זה לזה כלל, דשם

רואה לצטל גוף המכירה, וכשאין ידוע אונסו אמרינן דלמא היה רצונו למכור באמת, אבל הכא שאין רצונו לצטל המכירה שהרי קנה ומחזיר אונאה, ואין הדין רק אם מחל חוב אונאה שיש לו אלל המוכר, ודאי דסגי בגילוי דעת שאינו מוחל תציעת דמי אונאתו". עכ"ד. והיינו דטעות בכדי שאין הדעת טועה לא חשיבא כדמי המקח אלל כמתנה, דחשיבין ליה כמחילה שמוחל על האונאה, ומחילה דינה כמתנה כדקיי"ל צסימן ר"ה סעיף ג', וצמתנה לא צעינא אונס אלל כל שיש מודעה וגילוי דעת שאינו רואה ליתן סגי בהכי, וכדקיי"ל צסי' ר"ה ס"ו. - וחזינן דפלוגתא דהקצוה"ח והגתה"מ צגוונא שידע הלוקח שנתאנה ושיש צמקח אונאת שותם אם מהני מסירת מודעה שאינו נותן השותם ואתציעה לדינא, דלדעת הקצוה"ח דדמי למכר פחות משום דלא מהני מסירת מודעה רק כשהאונס ברור, ולדעת הגתה"מ מהני גילוי דעת צוה. הנה הך פלוגתא תליא צנד"ד אם המותר חשיב כדמי המקח, או כמתנה. וע"ע צנתה"מ (צסי' רס"ד סק"ח).

וביבוד דברי התוס' צסוגיין ע"ח א' ד"ה אבל כו' שחילקו צין קידושין דהו"ל פקדון להכא דהו"ל מקח, דהתם אין המעשה קיים כל עיקר אבל הכא לענין צמד המקח קיים ואין צצרא שמעות הצמד לא יחזיר והמותר יחזיר. ויל"ע האם כשמלוה לו חשיב כמעשה קיים, דהא את החלק שמחוייב לשלם לו על ההלוואה חייב להשיב צלא"ה וממילא איכא קיוס למעשה, ולכאורה פשוט דהו"ל

מעשה קיים. וא"כ ז"ע מה שהמשיכו להקשות מהא דאיתא צ"מ ס"ג ז' גבי האי מאן דיזיף פשיטי מחצריה ואשכח יתירתא אס צכדי שאין הדעת טועה לא לריך לאהדורי אימור צמתנה יהצה ניהליה, והיינו דקשה מהמקדש אחותו דאמר רב בקידושין מ"ו ז' דאדם יודע שאין קידושין תופסין צאחותו וגמר ונתן לשם פקדון, ואמאי לא אמרינן דהו"ל מעות מתנה. וז"ע מה הקשו, הרי כבר כתבו דבקידושין אין המעשה קיים, משא"כ צהנותן טופיינא צהחזרת הלואה הרי המעשה קיים, דהא את החלק שמחוייב לשלם לו על ההלואה חייב להשיב צלא"ה. וז"ל דצהכרח החילוק שחילקו צתחילת דצריהם צין קידושין דהו"ל פקדון להכא דהו"ל מקח היינו משום דשאני היכא דאיכא מעשה דחייל ושייך לומר שמכיון וחל המעשה ממילא נותן לו מתנה על המעשה שחל, משא"כ כשלא חייל כלל דאין סבירא שנותן לו מתנה על מה שלא חל, והיינו דחילקו התוס' צין קידושין דליכא מעשה כלל דלא שייך לומר שנתן לו למתנה, דהא אין כאן דבר שיחול עליו המתנה, משא"כ צמוכר צמד וצקר דשייך לומר שנתן מתנה על הדבר שחייל צמעשיו צמקצת.

ובבושנ"ת מיושב קושיית המהדורה צתרא כאן, שהקשה צמה שנתקשו התוס' דהאי שינוייה לא שייך צאיזהו נשך גבי האי מאן דיזיף פשיטי מחצריה ואשכח יתירתא אס צכדי שאין הדעת טועה לא לריך לאהדורי אימור צמתנה יהצה ניהליה. והקשה

המהדו"צ: "ק"ק דהא המעשה נמי קיים צסך שהלואה ולא דמיא כלל לקידושין צאחותו דאין המעשה קיים כלל, ויש ליישב". אמנס לפמשינ"ת א"ש, דמה שכתבו לחלק צין קידושין שהמעשה אינו קיים כלל לסוגיין דהמעשה קיים, היינו מפאת דכשיש חלק דחייל המקח אמרינן דנותן לו מתנה על מה שחל, ולא אמרינן דנותן מתנה צגוונא דאינו נותן לו כלל. ולפ"ז שפיר הקשו מסוגיא דצ"מ ס"ג ז' צהמלוה לצצירו וכשהחזיר לו אשכח ציה טופיינא, דצהכי שפיר י"ל דהמעשה קיים צחלק שהלואה ומחוייב לאהדורי, דאמרינן דנותן לו מתנה על כך. דצהלואה לא שייך לומר שנותן לו מתנה על עיקר החוב, דהא דוקא שאיכא מקח אמרינן הכי, משא"כ צהלואה אינו מחוייב ליתן לו החוב, דהא דוקא שאיכא מקח אמרינן הכי, משא"כ צהלואה אינו מחוייב ליתן לו רק את הסך שקיבל, ויותר מזה או דהו"ל ריציית או דלא שייך צכה"ג תוספת על עיקר חיובו כלל.

ובאופ"א יש לצאר דצריהם, דצתחילה חילקו צין גוונא דחייל מקצת מעשה דאמרינן דהכל חייל, ולכן בקידושין דלא חל חלק ממעשיו, הכל לא חייל. אבל צצמד וצקר דחייל חלק ממעשיו שפיר חייל הכל. וקושייתם מהא דאשכח טופיינא היינו ממה שהמלוה הלואה לו יותר ממה שציקש ממנו ללוות. דמכיון וחלק מחוייב להחזיר ממילא יתחייב להחזיר הכל. אולם המהדו"צ שהקשה נקט דהציאור צהא דאשכח טופיינא היינו ממה שהלואה מחזיר לו, ודו"ק.

כתב: וראה זו איני מכיר דהתם איכא טענה דמכר לו אבל הכא אין כאן אלא טעות בלא טענה. והיינו דנקט דראיית המרדכי דכנד"ד רבי יהודה מודה לרבנן דהדמים מודיעים, וממילא כתב דיש לחלק דהתם י"ל דהוי חלק מהמכר, משא"כ הכא דאין לדונו כחלק מההלואה. וכע"ז כתב ג"כ בגידולי תרומה (בשער מ"ו ח"ד אות ג'), אלא דחילק מחמת דהו"ל ברי ושמא. – והנה כדעת רבינו ירוחם כתב ג"כ הרא"ש בסוגיין (פ"ה דב"מ סי' י"ג) וזיינו הב"ח הנ"ל והש"ך (שם סק"ב), וכ"כ הריטב"א והמאירי בסוגיא דב"מ ס"ג ז'. וכן הביא השיטמ"ק בשם הרמ"ך. ובספר התרומות (שער מ"ו ח"ד אות ג') פסק כן, בזה"ל: "ומסתברא דדוקא כי שתיק ולא תבע ניהליה באתו יתרת, הוא דאין חייב להחזיר, אבל אי אחי בתר הכי ואמר טופייאנא יתרתא יהצית לך וטעינא, אע"פ שהוא בכדי שאין הדעת טועה בו" אפ"ה מחזירין לו דאיהו ברי ואידך שמא, ובכולה גמרא קיי"ל ברי ושמא ברי עדיף". והש"ך (בסי' רל"ב סק"ב) הביא מהשלטי גבורים דפסק ג"כ דלריך להחזיר.

וחש"ך הביא עוד בשם השלטי גבורים, בזה"ל: "וכתב עוד שהמלוה לחזירו ואינו תובע הלואתו אין הלוה חייב לשלם לו מאליו, הואיל ואינו תובע במתנה ביקש ליתן לו ע"כ, וז"ע בזה". – והנה הק"וה"ח (בסי' ק"ד סק"א) כתב ג"כ שכל זמן שאין המלוה תובע אין מנזה לפרוע חוב, ובנתה"מ (שם סק"א) תמה דהא רחמנא חייביה לפרוע, דה"ע פריעת בע"ח מנזה היא. והמהרש"ס

והנה ביקוד דין תביעת הנותן מעות כשנמנא בו טופיינא, דאמרין דאפילו אם לא תבעו חייב להחזיר אם הוא בכדי שהדעת טועה. כדאיתא בב"מ ס"ג ז' אמר רב נחמן האי מאן דאוזיף פשיטי מחצריה ואשכח ציה טופיינא אי בכדי שהדעת טועה מיחייב לאהדורי ליה ואי לא מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה. יעוי' במגיד משנה (פ"ד ממלוה ולוה ה"י) שכתב, נ"ל שגירסת הרמב"ם האי מאן דאוזיף פשיטי לחצריה ואשכח ציה טופיאנא, פירוש ואשכח ציה לכשמחזירם לו. וגירסת אחרת יש האי מאן דיוזיף פשיטי מחצריה, ונ"ל לפי גירסא זו דוקא כשלוה מנזל יתיר, אבל כשהמלוה מנזל יתיר, יש לתלות שהלוה נותן יתיר משום רבית, ואסור שלא בתלמיד חכם. ויעויין בזה בטור יו"ד סי' ק"ס, ובב"ח ופרישה שם, ובגידולי תרומה (שער מ"ו ח"ג אות י"א).

והנה כשכח אח"כ הנותן ואמר טעינא במנין באופן שאין הדעת טועה, נחלקו קמאי, דהב"י (בסי' רל"ב) הביא בשם רבינו ירוחם (בנתיב ט' חלק ג') שחייב להחזיר בב"ד, אולם בהגהות מרדכי (ב"מ סי' תל"ג) כתב דאינו חייב להחזיר. וז"ל הגמ"ר שם: "וכתב הרב ז"ל היכא דהבליע לו בחשבון בכדי שאין הדעת טועה, אפילו אם בא הנותן לאחר מכאן לשאול ממנו המעות, נראה ללא יהיב ליה כלום". ויעוי"ש דדקדק מדמנינו בסוגיין פלוגתא דר' יהודה ורבנן אם הדמים מודיעים במכר לו הנמד לא מכר הבקר, הרי דדוקא התם נחלקו, אבל הכא אין הדמים ראייה. אולם הב"ח (בסי' רל"ב ס"א)

במשפט שלום (סי' רל"ב ס"ב) העיר ממה שלא הזכירו דברי הש"ך הנ"ל. – ויעוי' בשער משפט (סי' נ"ח סק"א) שכתב דנידון השלטי גבורים והש"ך הוא תלוי צדין מחילה בלב אי הוא מחילה, דמש"כ השלטי גבורים דכשאינ המלוה תוצע חובו. הו"ל מתנה, היינו משום דס"ל דמחילה בלב הוא מחילה. וזה פליג הש"ך. וע"ש בשעמ"ש שכתב דבעיקר הדין דעתו נוטה כהשלטי גבורים דא"ל הלוה לשלם למלוה כשלא תצטע, משום דאפשר שהרחיב לו הזמן, מ"מ להטעם שכתב השלטי גבורים שבמתנה ביקש ליתן לו נמנינו למדין דכשהמלוה מת אין היורשים יכיים לגבות חוב זה, וד"ו ליתא. [וע"ש דאף לפמשנ"ת דהשלטי גבורים ס"ל דמחילה בלב הוא מחילה, וממילא לדידן דנקטינן דמחילה בלב לא מהני, ויכולים היורשים לגבות החוב, לא דמי לדינא דהכא גבי אשכח טופיינא דאמרינן שבמתנה ביקש ליתנה לו. דהא אי אמרינן שבמתנה ביקש ליתנה אי"ו מחילה בלב, שהרי עשה מעשה שנתן לו המעות]. ויעוי' באמרי בינה (דיני גביית חוב סי' ב') שהביא פלוגתא דהקצוה"ח והנתה"מ הנ"ל, והוכיח כדעת הקצוה"ח מדברי השלטי גבורים שכתב דינו חייב לשלם עד שיתצטענו, אלא שהוסיף: ואף דכתב הטעם שבמתנה ביקש ליתן לו, ובאמת הוא רק מספק, דהא כשמת ודאי חייב לשלם ליורשיו, מ"מ כיון דהוא חי ואינו תוצע דלא רמיא עליו לשלם יהיה מאיזה טעם שיהיה ג"כ על דעת זה נתחייב לשלם לו כשיתצטענו או ליורשיו, וכל זמן שהוא חי ואינו תוצע לא נתחייב לשלם

שפיר י"ל כמו שכתב הקצוה"ח דמלוה הבא לידו לקיימו לא נדחית מפני מה שיצא עליו אח"כ אף בצירור שיצא. [ויש להעיר בדבריו, דכשלמא כשהמלוה נמצא בעיר ואינו תוצעו שפיר י"ל דמחל ללוה, אבל בנידון הקצוה"ח דהמלוה במדינת הים ודיינינן אס ליתן לבע"ח דידיה, מהיכי תיחי נימא דמחל לו]. וצביאור פלוגתא דהקצוה"ח והנתה"מ הנ"ל י"ל דהוא בגדר מנות פריעת בע"ח, האם הו"ל כמנות צין אדם למקום או כמנות צין אדם לחצירו, דהנתה"מ נקט בגדר הדין הוא דהו"ל כמלוה צין אדם למקום וגם כשאינ מחייב סו"ס הוא מחוייב לפרוע, אבל הקצוה"ח נקט דהו"ל מלוה צין אדם לחצירו וממילא כל מצוותו הוא רק כשיש תוצע, וכשהמלוה אינו תוצעו אינו מחוייב כלל, דחיובו נעשה ע"י תציעה ומצוותו תליא ביעוד חיובו.

ועיקר נד"ד תליא במקור המלוה של החיוב לפרוע חוב, דכתשו' הרדב"ז (ח"ב סי' תר"י) כתב דמנות פרעון חוב הוא מנות עשה של תורה דכתיב והשיב את הגזילה או את הפקדון, וכתב הרמב"ם צפ"ז מהל' גזילה אחד הגזול כו' או שהלוה או שהפקיד אללו כו' הרי שהרמב"ם השוה דין הלוהה לשאר דברים הנזכרים בכתוב. והיינו לענין דינא דכשכפר ונשבע והודה שחייב לשלם קרן וחומש ואשם בהלוהה כמו בגזל ואינך דביה איירי קרא, וממילא דה"ה לענין עיקר מנות השבת גזילה הנלמד מהאי קרא דה"ה יש ללמוד גם למנות פריעת חוב מזה. ובתחילת

דהלואה ויש לו לשלם ואינו רוצה, איכא אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא הלואה לו, ונתבטל שם הלואה ונעשה גזון למפרע. וע"ש דכשאינו רוצה לשלם יש ללואה רשות לכנוס לציטו למשכנו].

ובעיקר קושיית התוס' צ"צ ע"ח א' ד"ה אצל כו' גבי נמד וזקר שהקשו מסוגיא דאשכח טופיינא צ"מ ס"ג ב' דהוי מתנה לרב דאמר בקידושין מ"ו ב' דהמקדש אחותו דמעו פקדון, הנה לכאורה י"ל דשאני המקדש אחותו דאפילו הוי פקדון הרי אינו חייב להחזיר כשאין תוצעין אותו וכמ"ש הש"ך (בסי' רל"ב סק"ב) בשם השלטי גבורים (ב"ק מ"ה ע"ב מדפי הרי"ף אות א'), ובהכרח דהתוס' נקטו דאפילו תוצעו הנותן שלא נחזרין למתנה לא מהני, והיינו דמשמעות הסוגיא צ"מ ס"ג ב' דמתנה ביקש ליתן לו הוא בכל גווני. ועי' בסי' אולם המשפט (בסי' רל"ב ס"ב), ודו"ק.

(ב) ובגדר איסור הונאה, יש לחקור בהמאנה בשמות ע"מ להחזיר אם הו"ל בכלל אונאה. ויסוד הנידון הוא האם הו"ל כמקח שהוסיף בפסיקתו, או דלמא חשבינן ליה כגזילה וממילא גם כשמאנהו בשמות ע"מ להחזיר אסור דומיא דגזול ע"מ להחזיר. ומנינו בזה להדיא בדברי התוס' צ"מ נ"ב א' ד"ה אמר אביי כו' דמותר להנות חזירו בשמות אדעתא להחזיר לו האונאה ואינו עושה כן רק כדי שיתקיים המקח בשויו, וכמו שצ"ח לזה בנתה"מ (בסי' רכ"ז סק"ב). - וביאור דבריהם, דצ"מ ס"א

ההלכות הנ"ל כתב הרמב"ם שאם גזל חייב להחזיר שנאמר והשיב את הגזילה כו' זו מנזת עשה כו', וכשם דאיכא מנזת עשה להשיב הגזילה ה"ה לכל הנזכר בכתוב, והלואה בכלל, ולא מנה מנזת עשה לפרוע החוב צפנ"ע לפי שמנזת השבה בכלל מנזת עשה אחת היא, שכל מי שיש לחזירו אלכלו ממון באיזה דרך שיהיה כגון בגזל ועושה ופקדון והלואה מ"ע להשיב את הגזילה כו' לפי שבו פתח הכתוב תחילה וה"נ לאינך. ע"ש ברדב"ז [והוציא בגליון מראה כהן בערכין כ"א ב' ובאמרי בינה שם]. אולם רש"י בכתובות פ"ו ב' כתב דמנזת פריעת חוב ילפי' מדכתיב הין נדק שיהיה הן שלך נדק. ומדברי רש"י משמע דעיקר המנזת היא לפרוע בזמן, דזהו בכלל דהין נדק. אולם לפמ"ש הרדב"ז בדעת הרמב"ם עיקר המנזת היא שלא יגזול את חזירו. ומעתה י"ל דנפק"מ בגוונא דילן, כשהמלוה אינו תוצעו, דלדברי רש"י ודאי דמחוייב הלואה לפרוע בזמן, דהא עיקר המנזת רמיא עליו שיקיים דיבורו. אולם לפמ"ש"כ הרדב"ז לדקדק בדברי הרמב"ם, נמצא דיסוד חיובו הוא מפאת מה שגזול המלוה, וא"כ שפיר י"ל דכשהמלוה אינו תוצעו ליכא מנזת לפרוע חוב. [ויעוי' באמרי בינה הנ"ל שהציא מהמרדכי בכתובות שהקשה ע"ד רש"י, דהוא תימה דהא מחוייב הוא שלא לגזול את חזירו ולפרוע מה שהלואה וכיפינן ליה דכתיב בחוץ תעמוד. וע"ש באמ"צ שדקדק מפרש"י בגיטין דל"ו ב' ומדברי רש"י ריש סנהדרין דלואה ואינו משלם לא מקרי גזון דמלוה להונאה ניתנה, ומשמע

א' קס"ד דאונאה וגזל וריבית הוא איסור אחד, ומשני דלא ילפינן אונאה מגזל וריבית משום שהם אינם דרך מקח וממכר משא"כ אונאה הוא דרך מקח וממכר. ובפשטות זהו הוא דשקיל וטרי התם, דצקס"ד נקטינן דאונאה הוא בכלל גזל ולא חשבינן לאונאה מדמי המקח אלא הו"ל גזילה, ומשני דאונאה הוא חלק מדמי המקח אלא דאיכא חיוב צפנ"ע להחזיר דמי האונאה. ולפ"ז מבואר דכשאנו מאנהו רק כדי יתקיים המקח בשוויו, וצדעתו אח"כ להחזיר לו האונאה, שפיר דמי, מכיון שזהו חלק מנורת המקח. ואינו דומה לגזילה דנתרבה צ"מ ס"א א' דאסור גם ע"מ לשלם.

הן אמנם דמדברי התוס' משמע דשרי להונות את חבירו אפילו כשדעתו להחזיר רק כשהמאנה יתצענו. והגתה"מ הגביל את דבריהם דאין היתר להונות גם כשהמאנה לא יתצענו אלא דוקא כשהמאנה ע"מ להחזיר לו האונאה. — ועכ"פ הביאור ד' התוס' הוא דדין אונאה אינו כגזל אלא זכות תביעה, ולכן אם נתכוין להשיב כשיתצענו ממנו, שפיר דמי. ונ"ע.

והנה דברי התוס' הנ"ל הוא לשיטת רש"י התם, אצל התוס' גופייהו פירשו באופ"א ע"ש. ויעויין בתוס' הרא"ש שהביא פירוש רש"י, וכתב: "והדבר נ"ע אם מותר לאנות כשדעתו להחזיר, כי לפי הקונטרס אי אפשר לפרש צענין אחר. ונראה לפרש כו"י עכ"ל. הרי דדוקא לפרש"י כתבו כן, והניחו הדברים צנ"ע, ומה"ט נטו מדברי רש"י,

וממילא לדינא משמע דפליגי זהא. — אכן הגתה"מ נקט כפשט דצריהם, שלא הניחוהו צנ"ע.

והנה באחיעזר (ח"ג סי' פ"א) חקר האם שייך חיוב השבת אונאה בלא איסור, וידד עפ"ד הפנ"י צ"מ ס"א א' דחיוב השבת אונאה ילפינן מהלך השוה דגזל וריבית ואונאה שכן גזלו, א"כ שמעינן דמחיוב השבת גזילה ילפינן לה ולא מפרשת אונאה, ולכן י"ל דצנוגא דליכא איסור אונאה מ"מ חיוב השבת אונאה איכא. ע"ש. — ויש להעיר דחיוב השבת הוא רק לאחר שיש איסור וכמשנ"ת צד' הגתה"מ.

הן אמת ד"ל דאונאה ע"מ להחזיר אין איסור אונאה מטעמא אחרינא, דהרי יסוד איסור אונאה הוא משום שעושה מקח שלא כפי שיעור שווה, וממילא כשהוא ע"מ להחזיר לא יהיה כאן מקח יותר משוויו, שהרי יחזיר המקח. — אלא שיש לדון בזה, דיתכן ומכיון ואיכא ציטול מקח, ממילא מה שהמחזיר המקח או המעות הו"ל גזל.

אלא דיתכן לזדד דהו"ל כאונאה פחות משתות, דלא גרע המאנה ע"מ להחזיר מהמאנה פחות משתות, ואין כאן גזילה. ובאנו למה שנסתפק הרא"ש (פ"ד דצ"מ סי' כ') והוצא צשו"ע (סי' רכ"ז סעיף י') בזה"ל: "יש להסתפק אם מותר להונות את חבירו בפחות משתות אם יש באונאה שוה פרוטה". — ושו"מ צשו"ת אמרי יושר (ח"ב סי' ק"י) שכתב להסתפק באונאה פחות משתות לענין איסור, וז"ל: ד"ל דאונאה

מבטלין המקח, אולם הגר"א צביאורו (שם סק"כ) כתב צכה"ג דמוקמינן אחזקתו והמוציא מחזירו עליו הראיה. ולכאורה נחלקו בגדר העמדת המקח במצב שיש ספק באונאה, אם הו"ל חסרון בעיקר המכירה או לא. - דהמרדכי בכתובות (סי' ר"ו) כתב: "על דבר המעיל שקנה ר' ברוך בשליחות קהלינו, ויטעון שם עם ר' יוסי כהן כי הקהל אומרים שיש בו אונאה כו'. והקהל אומרים שישלח אותו עדיין לשוק אם יש בו אונאה, מה ראה לרדף, הא קמן שיש בו אונאה כו'. ועוד הא קיי"ל כר' נתן דאמר אם צריא הוא עליו הראיה ששכיב מרע היה, אלמא אזלינן בתר השתא כו'. זאת אשר השיב כו', ושער שצשוק עשוי להשתנות מצוקר לערב הכל לפי הלקוחות והמומנין לנורך השעה שצריכים להפצים הנמכרים צשוק, והאי דר' נתן דאזל בתר השתא, משום דמעיקרא צריא היה ואוקמייה אחזקה דרוצ בני אדם צריאין". עכ"ל. והוצא צרמ"א (בסי' רכ"ז סעיף טו') צוה"ל: "אמר המאנה שנשתנה השער ומתאנה אומר שלא נשתנה על המתאנה להציא ראה דדרך השערים להשתנות תמיד". עכ"ל. וע"ש צנתה"מ (סק"ח) צביאר דצרי המרדכי, דמכיון ודרך שערים להשתנות ממילא אין כאן חזקה רק ספק, ואין מקלקלין קנין צרור שהוא לפנינו צשביל ספק. אולם ע"ש צביאור הגר"א (סק"כ) דלאחר שדרך השערים להשתנות אמרינן דהמוציא מחזירו עליו הראיה. וממילא לדעת הנתה"מ גדר אונאה ציותר משויו דהמקח חל רק הוצרכנו לצטל המקח. ולדעת הגר"א לא חל המקח, דהספק הוא בעיקר המקח.

שיעור שמות ליכא איסור כלל כשדעתו להחזיר אונאה כמ"ש תוס' צ"מ דף נ"ב הוצא צנה"מ סי' רכ"ז, וא"כ גם באונאה פחות משמות דיש לומר דהוי כדעת המאנה להחזיר האונאה. אבל יש לומר דדוקא באונאה שמת כיון דדינא להחזיר את האונאה לא עביד איסורא כלל כשדעתו להחזיר, אבל צפחות משמות כיון דצאמת צדיעצד א"צ להחזיר אונאה הוי איסורא אף דהיה צדעתו להחזיר דמה שמחזיר הוי כמתנה צעלמא, ולפי"ז יהיה פחות משמות חמור מאונאה שמת. וזה לא מסתבר. ע"ש עוד מש"כ.

ובאונאה יותר משמות ואכל הלוקח מקחו, אם יכול הלוקח לתצוב אונאה שהמוכר אינהו, נחלקו צוה החות יאיר (סי' קפ"ז) והפ"ת (צסי' רכ"ז סק"צ). וטענת הפ"ת דהו"ל גול ציד הלוקח וממילא אמרינן דודאי מחל, וז"ל: "אם נשתמש צהם, צודאי דצריך לשלם כפי ההשואה, ואינו מועיל מה שעדיין המכר צידו, דכיון דאם לא נתרצה לא היה רשאי להשתמש צהם דנקרא גולן, אמרינן דודאי מחל כו'". אמנם החו"י ס"ל דאי"ז גול, וא"צ לפרוע רק כפי שויין צשומא, כיון שיש לו טעם על מה שלא מחה צו לצטל המקח. ואי"ז גול למפרע, וצפשוטו הצביאור דצצריו דמכיון ויש צידו לצטל המקח א"כ גם כשמשתמש צצבר שאינו שלו אין כאן חסרון בעיקר המכירה, דהא יכול לשלם על כך, ולכן אין שימוש חסוצ כגזילה.

והנה צנתה"מ (סי' רכ"ז סק"ח) כתב דכשיש ודאי מקח וספק אונאה לא

אבן צעיקר דברי הרמ"א נחלקו הפוסקים אם נקטינן כדבריו, דהקל"ה (סי' רכ"ז סק"ז) נקט צביאור דברי המרדכי דהטעם הוא משום דדרך השערים להשתנות תמיד, ולכן תלינן שנשתנה אחר גמר המקח. ולפ"ז כתב דהטור בזה"ע"ז (סי' ל"א) שהביא בשם הרמ"ה דלא ק"ל הכי, דאי קדיש במידי דלא ידעינן אי הוה שוה פרוטה צעידן קידושין או לא, אזלינן בתר השתא, ואי אית ציה שוה פרוטה השתא הוה קדושי ודאי, ולא חיישינן שמא באותו פעם היה פחות משוה פרוטה כדי לחוש לקדושי שני. והצית שמואל (שם ס"ק י"א) הביא דברי הרמ"ה להלכה, כאילו אין צוה חולק. וכתב הקל"ה דזהו דלא כדברי הרמ"א דפסק כדברי המרדכי דלא אזלינן בשערים בתר השתא ע"ש. ולפ"ז על המאנה להביא ראיה שנשתנה אחר גמר המקח. וכיו"צ מתבאר בתשו' חת"ס (חור"מ סי' ל"ז) שהקשה צעיקר דברי המרדכי, דאם אמרינן צכה"ג כל שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, א"כ בטלת דין המוליא מחצירו עליו הראיה. ולא שמענו סברא זו אלא בשם הספק בגוף הדברים שאנו דנים עליהם כמו מומי כלה או צהמה, אבל כל שהספק מעלמא כגון שער שבשוק צוה אמרינן המוליא מחצירו עליו הראיה. ע"ש עוד. - אולם הגתה"מ (סק"ח) כתב שאין טעמו של המרדכי והרמ"א משום דדרך השערים להשתנות, אלא דמכיון ודרך השערים להשתנות ממילא לא אזלינן בתר השתא. והטעם דאינו ספק היינו משום דכיון דכבר חל המקח אין ספק אונאה מוליא מודאי מקח. וכיו"צ משמע בתשו'

מהרי"ט (ח"צ חור"מ סי' י"ט) והוצא צנתה"מ.

ג) והנה הרמב"ם פי"ג מהל' מכירה ה"א כתב, המחליף כלים בכלים או צהמה צהמה "אפילו" מחט צשרין כו' אין לו הונייה שזה רוצה צמחט יתר מן השרין כו'. והוצא צשו"ע (סי' רכ"ז סעיף כ'). וצמ"כ "אפילו", צ"צ הלא צכה"ג הוה מידי שאין הדעת טועה, ואף צמקח וממכר אין להם אונאה, דמתנה הוה דיהיב ליה, וכדאמרינן צסוגיין. ויעו"ז צס' מתנה אפרים (דיני אונאה סי' י"ג) שעמד צוה, וז"ל: "וכה"ג יש להקשות אדברי הרמב"ם ז"ל צפרק י"ג מהלכות מכירה ז"ל המחליף כו', ואיכא לאקשו"י צכה"ג מאי אפילו דקאמר, והלא מחט צשריון הוה מידי שאין הדעת טועה, וצכה"ג אפילו צמקח וממכר אין להם אונאה". - וע"ש שחקר צפשטא דשמעתא, אם כשלא הגיעו המעות ליד הלוקח נמי אמרינן דיהיב ליה מתנה. - וכתב המחנ"א: "ואי הוה אמרינן דהיה"א דפרק הספינה צשכבר צאו המעות ליד הלוקח דוכה, אבל כל זמן שלא צאו לידו לא. אפשר ליישב דברי הרמב"ם, דאיירי אפילו צשלא החזיק עדין צשריון, שכן דרך החליפין כיון שמשך זה המחט זכה חצירו צשריון". עכ"ד המחנ"א.

ויעו"י"ש צמחנ"א שדקדק מדברי הטור, דפליג צוה וס"ל דאפילו כשלא נתן הדמים עדיין אלא צצמשיכת הצמד נתחייב לתת לו צמתנה, נמי אמרינן דאין צוה אונאה. וז"ל המחנ"א: "איצרא שצריך לחקור, צהיכא

אפילו מחט זשריון או טלה זסוס אין לו אונאה משום שזה רוצה זמחט יותר מהשריון, אם היינו זצעלי זתים דוקא, דלדיהו שייך לומר שזה רוצה זמחט יותר מזשריון, ולא זסותרים הלוקחים הרצה סחורה ולא שייך גזייהו למימר דעדיף להו הרצה מחטים יותר מהרצה שריונות. ולכן יש להס אונאה אפילו לדעת הרמב"ם. והרדב"ז זתשו' (ח"ד סי' רס"ט) כתז דזחליפין לזורך סחורה יש אונאה. אולם המהרשד"ם (תו"מ סי' שפ"ג) כתז דגס זכה"ג אין אונאה. וזנתה"מ (זסי' רכ"ז ס"ק י"ז) כתז ע"ד הרדב"ז, דהיינו דוקא זששמו אותן קודם או אח"כ, אבל זשלז שמו אותן לא קודם ולא אח"כ אין לו אונאה, דלא גרע מפירות. – ופ"ת (שם) כתז, דלפ"ז י"ל דלא פליגי הרדב"ז עם הרשד"ם, דמהרשד"ם מייירי זשלז שמו אותן והרדב"ז מייירי זששמו אותן. וכתז הפ"ת דלפ"ז מיוזז מה שזתמה זסי' מזנה אפרים (דיני אונאה סי' י') על הרדב"ז הנ"ל מדברי השיטמ"ק הנ"ל זשם הר"י מיגלש, דמזואר שם דאפילו זמחליף סחורה זסחורה אמרוה, ולהנ"ל לא קשה דהרי הרדב"ז מייירי דוקא זששמו אותן.

ויבוד הדין זשמחליף פירות זפירות זשלז שמו אותן דאין זזה אונאה, הוא מזואר זכס"מ (פי"ג ממכירה ה"א) וכיו"ז כתז הסמ"ע (זסי' רכ"ז ס"ק ל"ו) דדוקא זששמו הפירות יש להס אונאה, זין ששמו אותם קודם מכירה זין ששמו אותם אחר מכירה. וכזר העיר הפ"ת (זסי' רכ"ז ס"ק י"ז) ע"ד השזות יעקז (ח"א סי' קס"ו)

דאמרינן דאם שזה זכדי שיראה לתגר דהוי מחילה, אם זה הוי אפילו זשעדיין לא נתן הדמים כל זמה דלית ליה טענת מייגו מזזיה טעם הוי, דאי משום דכיון דשתק גמר ומחיל סוף סוף היאך מתחייב ליתן יותר מדמי שיווי המקח. הגע עזמך מי שלקח חפץ מזזירו שזה אחד זתלת ועדיין לא נתן הדמים אלא שמשך זלזד מי מתחייב זאותה משיכה לתת לו ג' כמו שפסק. – וזפרק הספינה דף ע"ז ע"ז גזי זכר את הזמד לא זכר את הזקר פריך עלה ולהוי זיטול מקח, ומשני כי אמרינן אונאה או זיטול מקח היינו דוקא זכדי שהדעת טועה, אבל זכדי שאין הדעת טועה אימור זתנה הוא דיהז ליה. – והתם גופיה איכא למיזעי אי איירי זשכזר נתן הדמים דוקא, דאמרינן זתנה הוא דקא יהיז ליה, וכיון שזאו לידו זכה זזה. או דילמא אפילו זשלז נתן עדיין הדמים לא שזמשיכת הזמד מתחייב לתת לו אותה זתנה. – ומדברי הטור סי' ר"ך מוכח זזהדיא דאיירי אפילו זשלז נתן הדמים עדין יע"ש. עכ"ד המחנ"א.

(ד) השיטמ"ק זכ"מ מ"ו ז' הזיא תשו' הר"י מיגלש זזה"ל: "מי

שהחליף עם זזירו סחורה זסחורה מזלתי שישומו אותם זדמים כלל, אין אחד מהם יכול לטעון על זזירו טענת אונאה, לפי שעיקר זידינו חליפין אין זהן אונאה". – וזפ"ת (זסי' רכ"ז ס"ק י"ז) כתז לפ"ז לזאר מה שדנו הפוסקים זשיטת הרמב"ם פי"ג ממכירה ה"א והוזז זשו"ע סי' רכ"ז ס"ב, דהמחליף כלים זכלים או זהמה זזהמה

דכשלא שמו הפירות ג"כ יש אונאה. – וגדר הדין, דהתוספת בפירות הוי כמתנה על הערך האמיתי של הפירות שמחליף, דמי לדינא דמשלם מאתים זוז על זמד, דאמרי דהתוספת הוי מתנה.

והנה צעיקר דין חליפין דלית זהו אונאה, וכדקיי"ל (בסי' רכ"ז ס"ב) דהמחליף כלים בכלים או צהמה בצהמה אפילו מחט צשריו או טלה בסוס אין לו אונאה שזה רוצה צמחט יותר מהשריון, יעוי' צסמ"ע (שס ס"ק ל"ה) שכתב: "זה מיירי אפילו שמו הכלים קודם המכירה או אחריה, מ"מ כיון דדרך חליפין החליפוס, ויש רוצה צמחט יותר מצשריון, משו"ה אין צו דין אונאה דלאו ממכר הוא, דאל"כ מאי איריא חליפות פירות צפירות דמסיק וכתב דיש צו אונאה צשמוה, הלא גם כלים בכלים נמי דינא הכי צשמוהו". וכ"ה צמגיד משנה וכס"מ רפי"ג ממכירה, וצתשו' רדב"ז (ח"ד סי' רס"ט) והוצאו צנחלת צבי (סי' רכ"ז ס"ב). אולם ע"ש צנחלת צבי צשס הסמ"ק שהציא דצרי הרמב"ם דהמחליף כלים בכלים אין צהס אונאה, ומפרש דוקא כשלא שמוהו קודם, אלא דהחילוק צין כלים לפירות הוא דצפירות אפי' שמו אחר המכירה יש להס אונאה, אצל כלים בכלים לא מהני שומא אחר המכירה. וע"ש צנחלת צבי צציאר הטעם מכיון דסתם פירות לשומא עומד, הוי כאלו התנו מתחילה שישומו אותן, משא"כ כלים אס לא שמו קודם רק לאחר המכירה אין לו אונאה מכיון דסתם החלפת כלים לא עומד לשומא שזה

רוצה צמחט יותר מצשריון, ומשו"ה לא מהני השומא שאחר המכירה. אצל אס שמו קודם המכירה גם בכלים יש אונאה, דהא חזינו צמה דשמאו דמקפיד הוא על שיווי, והו"ל צכלל מכר. – גם צמתנה אפרים (דיני אונאה סי' ח') נקט דכששמאוהו קודם, יש אונאה אפילו בכלים. וז"ל המחנ"א: "ומה שכתב הרצ המגיד דכלים בכלים אפילו מקפיד אין לו אונאה שהרי הזכיר צפירות שומא וזהו שמקפיד עליהם ונראה שצינא צזה בכלים אין לו אונאה ע"כ, אינו נראה לעג"ד, שהרי הרמב"ם ז"ל יהיב טעמא משום שזה רוצה צמחט יותר מן השריון כלומר ואינס מקפידים על שיוויים ועיין צחי' מהר"ר צלאל ז"ל צסוגיין דמכור לי צאלו יע"ש. והיה נראה לע"ד דמ"ש הרמב"ם ז"ל צפירות צין ששמו אח"כ לאו למימרא דשומא דאחר מכירה הוי קפידא, אלא הכי קאמר אע"פ שלא שמו אותם קודם מכירה יש להס אונאה דסתמא אדעתא דשיוויים נחתו מעיקרא כו". ע"ש צמחנ"א. – אולם הנחלת צבי סיים, דצכלים אפילו שמו אותם קודם מכירה אין מוציאין מיד המאנה, מכיון ודעת המגיד משנה וכס"מ וסמ"ע הרי. רק כשהמתאנה מוחזק יכול לומר קיס לי, דצלא"ה הראב"ד צפי"ג ממכירה פליג וס"ל דאפילו צלא שמו כלל ואפילו לא ראה הכלי יש לו אונאה, ודוקא כשניכר שאינו מקפיד אין לו אונאה, וכ"ד הרדב"ז צתשו' (ח"ד סי' רס"ט) הנ"ל, אלא שהרדב"ז ס"ל דכשראה את הכלי לא הוי כשמאו. ועכ"פ כשהמתאנה

תפס מהמאנה י"ל דגם לדעת הרמב"ם אין מוציאין מידו, עפ"מ"ש הסמ"ק בשיטתו.

ב"ב מ"ז א', פשיטא דמיס ואין מקפיד עליהן הא קאמרינן דקני דחליפין דמו, חליפין ומקפיד עליהן מאי כו', אמר רבא כו' אלא כל חליפין מיקפד קפדי וקנה כו'. וכתב הרמב"ן בזה"ל: "חליפין ומקפיד עליהן מאי, אע"ג דאסיקנא דחליפין נינהו נראה לי שיש לו אונאה האיל והקפיד עליהן, וכי אמרינן דאין אונאה לחליפין בחליפין שאינו מקפיד עליהן אצל במקפיד יש לו אונאה, וכן אני אומר בחליף כלי כלי וראה אותו שיש לו אונאה, ולא אמרו אין לו אלא במי שניכר שאינו מקפיד כגון מכור לי כאלו אצל בכל חליפין דעלמא יש לו אונאה. ויש מי שחולק ואומר לעולם אין אונאה לחליפין". עכ"ל. הרי דס"ל דהמחליף כלי כלי דיש לו אונאה היינו דוקא כשמקפיד, אצל כשאינו מקפיד אין אונאה, דומיא דמכור לי כאלו שאין זו אונאה. — והרמב"ם (פי"ג ממכירה ה"א) פסק דלעולם אין אונאה לחליפין, ודוקא במכר יש אונאה, והטעם כתב הב"י (בסי' רכ"ז סכ"ז) בשם תלמידי הרשב"א דממכר כתיב, וכ"ה בסמ"ע (סי' רכ"ז ס"ק ל"ה). ואמנם בנחלת נבי (בסי' רכ"ז סעיף כ') העיר ממה שהרמב"ם כתב טעם אחר, והוא משום "שזה רוצה במחט יותר מצשריון". הרי דנטה ותפס טעמא אחרינא. וע"ש בנחלת נבי דבציאור הדברים ז"ל דגם הרמב"ם שכתב הטעם שזה רוצה כו' ס"ל נמי טעמא דתלמידי הרשב"א דחליפין לאו

ממכר הוא, אלא שהוצרך לטעמא דזה רוצה כו' היכא ששמו הכלים דהשתא דומה למכר, מ"מ מנד שזה רוצה כו' לאו ממכר הוא, ומה ששמו לא היה רק לרווחא דמילתא ולא לעיכוזא, ובדאי אפילו היה יודע שיש אונאה היה ג"כ מרוצה. וכיו"צ כתב בס' אולם המשפט (בסי' רכ"ז ס"כ) בתוספת ציאור, יעוי"ש שדקדק בדברי הרמב"ם והשו"ע בטעמא דאין אונאה במחליף כלים בכלים משום שזה רוצה במחט יותר מצשריון, דתמוה דהא ע"מ שאין לך עלי אונאה סתמא לא מהני דלא ידע כמה אונאה אית ציה, ומ"ש הכא. וגם על מש"כ תלמידי הרשב"א דדוקא ממכר אמר רחמנא ולא חליפין, תמוה לכאורה דבעלמא הרי חליפין בכלל מכר, וציותר קשה לפמ"ש"כ החוס' דאע"ג דבעלמא שכירות לא קנה מ"מ הכא רבי רחמנא ממכר יתירא, וכ"ש דהו"ל לרבות חליפין שהוא בכל דוכתי בכלל מכירה. ועוד הקשה הנתה"מ (בסי' רכ"ז ס"ק כ"ב) אמאי אחין שחלקו ה"ה כלקוחות ויש להם אונאה, והא הוי כחליפין. ולכן כתב האולם המשפט, דהנך תרי טעמי צריכי אהדדי, דבלא טעמא לאפוקי חליפין ומכללא דממכר לא הוה ממעטינן, אלא מכיון דדרך חליפין הוי מכיון דזה רוצה יותר במחט מצשריון א"כ מסתברא נמי דלענין אונאה חליפין לא הוי כמכר, מכיון דאין דרך להקפיד, ומדוקדק היטב לשון הסמ"ע (בסי' רכ"ז ס"ק ל"ה) דנקט בשני הטעמים יחד, ומעתה א"ש דבאחין שחלקו שאין כונתן על החליפין אלא על החלוקה בשומא הו"ל מכר גמור. וע"ש

באולם המשפט דדקדק הכי מעיקר דברי רבא דאחין שחלקו הרי הם כלקוחות, ש"מ דחליפין בעלמא אין להם אונאה.

והנה הקלו"ח (בסי' קנ"ה סק"א) ביאר הטעם דמהני קנין חליפין בגוי, הגם דכתיב וכי תמכרו ממכר לעמיתך וגוי לאו עמיתך, וכמו שהקשו התוס' בצבורות י"ג א' ד"ה אימא כו', וכתב בקלו"ח לפמ"ש"כ בתשו' הרי"ף (סי' קע"ב) והוצא בשיטמ"ק ב"מ מ"ו ב' דחליפין לאו בכלל איסור אונאה הוא ודוקא במכר אזהר רחמנא צבל תוני ולא בחליפין, וכיו"צ כתב הכס"מ פי"ג ממכירה ה"א בטעמא דאין אונאה במחליף כלים בכלים בשם תלמידי הרשב"א דגבי אונאה ממכר כתיב וחליפין לאו ממכר הוא, ולפי"ז ביאר הקלו"ח דהא דכתיב וכי תמכרו ממכר לעמיתך דילפינן לישראל בחדא ולגוי בחדא היינו דוקא גבי ממכר דליכא בהו אלא או כסף או משיכה, אבל חליפין לאו ממכר הוא. ומבואר בקלו"ח הנ"ל דנקט דהטעם שכתב הרי"ף ותלמידי הרשב"א הוא טעם בפני"ע לדינא דליכא אונאה בחליפין. דאם נימא דהעיקר הוא טעמא דכתב הרמב"ם שם ובשו"ע הביאו (בסי' רכ"ז סעיף כ') דהיינו משום שזה רוצה במחט יותר מבשריון, א"כ י"ל דדוקא לענין אונאה מפלגינן בין אונאה למכר, אך לענין הילפותא דלעמיתך בחדא שפיר י"ל דמייירי גם בחליפין.

ובנחלת נבי (בסי' רכ"ז ס"ב) כתב נפק"מ בין הטעמים דאין אונאה בחליפין אם הוא משום דהוי דרך ממכר או משום

שזה רוצה במחט יותר מהשריון, בגוונא דמחליף פירות בפירות צלא שמו, דלא שייך טעמא שזה רוצה כו' אלא רק הטעם דחליפין לאו ממכר הוא ונתמעט מגזירת הכתוב, וזוה אס הטעמהו צכפל יש להם אונאה. [ובשיטת הרמב"ם, כתב בתשו' הרדב"ז הנ"ל, דאפילו ע"י מוס אין החליפין מתצטלין, שהרי מחט בשריון אין לך מוס גדול מזה. ובמחנ"א (דיני אונאה סי' ט') תמה דמחט בשריון שאני, ומשום דזה רוצה במחט יותר מבשריון ונתרצה בזה, אבל כשנמנא מוס שלא ידע בו מעיקרא לא נתרצה דחזקה לא נתפייס במומין. וממנ"פ אס הרדב"ז קמייירי במוס שידע בו מעיקרא, א"כ אפילו במוס שידע בו מעיקרא אין לו טענה אפילו צלא חליפין. עכ"ד המחנ"א. ולכאורה הביאור ברדב"ז דקמייירי כשידע שיש בזה מוס וקמ"ל דגם בזה שייך הטעם דנתרצה במוס]. — ודעת הראב"ד דגם בחליפין יש אונאה.

ובם' פרי יצחק (ח"ב סי' נ"ה) כתב בשיטת הרמב"ם, דאע"פ דבעלמא חליפין לא הוי בכלל מכר, אבל באיסור אונאה דהוא בכלל גזל כמבואר בצ"מ ס"א א' צכה"ג גם חליפין הוי בכלל מכר, וזוה הוא דנקט הרמב"ם הטעם שזה רוצה במחט יותר מבשריון, ומכיון ויש חילוק בין חליפין למכר ממילא אמרינן דחליפין לאו בכלל מכר הוי.

ויעזרי' צחי' חת"ס בשו"ע (סי' רכ"ז סעיף כ') שכתב בפשיטות שאס אינו מחליף מחט בשריון אלא ע"י הוספת מעות העודף, בזה פשיטא דלכו"ע יש אונאה, וצלא"ה דעת

הפירות ידועים, ואעפ"כ לא כתב שם דהרא"ש נחלק על זה, וכאן כתב דהרא"ש נחלק.

והנה הדרישה (בסי' ר"ט סק"א) עמד ג"כ בזה, וכתב: "דבכה"ג מודה הרא"ש, דהתם טעמא משום דנחית ליה בתורת חליפין, משא"כ הכא דלתורת מוכר ירד ליה, להכי ודאי איכא אונאה. ואפשר שזה היה דעת המגיד משנה והצ"י שלא למד גוף דין קנין דבר שאינו מסויים מזה, משום דס"ל דאף דאמר רב הונא מכור לי באלו קנה, עיקר הוא משום חליפין כו". עכ"ד. והביאור דכשמוכר ערימה זו של חטין בכך וכך או מרתף של יין בכך וכך, איכא פסיקה ברורה על המכירה, בסכום שקולב לו וזוה לכו"ע חילוף הפסיקה ושפיר איכא אונאה. משא"כ כשאומר מכור לי באלו, דהפסיקה עצמה מסופקת, מכיון ותולה את המקח במה שצידו והוא דבר שאינו משוער כלל.

והב"ח (בסי' רכ"ז) הנ"ל, יישב קושייתו דדוקא בתופס מעות בלא מנין ואומר מכור לי פרתך או חפץ שלך באלו, התם הוא דדמי לחליפין, וס"ל לרב אבא דלגמרי דינו כחליפין, וכיון דמספק"ל להרא"ש אי הלכתא כוותיה לא מפקינ מיד המאנה, אבל גבי ערימה ומרתף של יין אני מוכר לך בכך וכך כו' כיון דאמר ליה בכך וכך לא דמו לחליפין אפילו לרבי אבא, והילכך יש לו אונאה לדברי הכל. עכ"ד. והיינו דנוסח דיבורו הוא דהו"ל כמכירה, ואיכא אונאה ככל מכירה דעלמא.

הראב"ד והרמב"ן דגם בחליפין יש אונאה. ובפ"ת (בסי' רכ"ז ס"ק י"ב) הניח ד"ו ב"ע, ע"ש בפ"ת דלידד דהוי ככלים בכלים דאין להם אונאה, והיינו דהשלמת המעות הוי מתנה, ולא בתורת חליפין. — ולכאורה ההחלפה בכה"ג הוא רק על ההפרש שבין התוספת שמשלם, וזוה קאחינן לסברת הרמב"ם והשו"ע שזה רואה במחט יומר מבשריון. אך להמבואר בתלמידי הרשב"א יש לדון דמכיון ומשלם חלק מהשווי במעות, ממילא חשיב כממכר, ופשוט טפי לומר דהו"ל בכלל אונאה.

ה) ב"ב מ"ו ב', אמר רבה אמר רב הונא מכור לי באלו קנה ויש לו עליו אונאה, קנה אע"ג דלא משך דכיון דלא קפיד קנה דכי חליפין דמי, ויש לו עליו אונאה דמכור לי באלו קאמר ליה. רב אבא אמר רב הונא מכור לי באלו קנה ואין לו עליו אונאה. והרמב"ם פי"ג ממכירה ה"ב פסק כרבה, וכן דעת הר"ף (כ"ח ע"א מדפי הר"ף). אולם הרא"ש (פ"ד סי' ו') כתב דספיקא דדינא הוא, הלכך מספיקא לא מפקינ ממונא מיד המאנה. והטור (בסי' רכ"ז סעיף כ"א) הביא פלוגתא דהרמב"ם והרא"ש. ויעוי"ש ב"ב שנתקשה בדברי הטור, דלעיל (בסי' ר"ט ס"א) הביא הטור את דברי הרמב"ם (פכ"א ממכירה ה"ב) דצאומר ערימה זו של חטין אני מוכר לך בכך וכך מרתף זה של יין אני מוכר לך בכך וכך דקנה ויש לו עליו אונאה. והיינו דין זה דסוגיין, דמכר לו במה שצידו, דמאי שנא כשאין הדמים שצחפניו ידועים ומאי שנא כשאין

אולם הסמ"ע (בסי' רכ"ז ס"ק ל"ד) נקט דהחילוק בין גוונא דחפן מעות ואמר ליה מכור לי פרתך באלו, וזה מספק"ל להרא"ש, ובין האומר ערימה זו של חטין אני מוכר לך בכך וכך והוא אונאה גם לשיטת הרא"ש, היינו צריגילות המסחר, דבאומר ערימה זו של חטין אני מוכר לך בכך וכך הרגילות בעלמא למכור ככה"ג, ולכן יש צוה אונאה. משא"כ כשחופן מעות בידו ואומר לו מכור לי פרתך באלו שאין רגילות למכור בכך. וז"ל הסמ"ע: "ונראה דדוקא אמעות אכסרה כתב כן משום דאין דרך קנין בכך כי אם בחליפין, אבל בפירות אכסרה יש דרך מקח, שרגיל אדם לקנות כרי תבואה ופירות בלא מדה ומנין, ומשום"ה סתם וכתב בסימן ר"ט בלי פלוגתא וכאן דוקא במעות אכסרה כתב פלוגתא". עכ"ד. והיינו מש"כ בדרישה לעיל בסי' ר"ט, וכמשנ"ת. – וזוהי מבואר ג"כ מה שהרמ"א (בסי' רכ"ז סעיף י"ט) הביא דברי הרא"ש, בזה"ל: "וי"א דספיקא הוא ואין מו"אין ממון מיד המאנה". אבל (בסי' ר"ט ס"א) לענין מוכר ערימת חטין בכך וכך, לא הביא שיש חולקין בזה. והיינו מפני דאחיא ככו"ע, וכמשנ"ת.

והנה הט"ז (בסי' רכ"ז ס"ט) כתב דדעת הרמ"א דהיא פליג אתרוייהו, וגם המוכר ערימת חטין בכך וכך באלו לפלוגתא, ולדברי הרא"ש דמיייתי הרמ"א (בסי' רכ"ז ס"ט) פליג גם על דינא דשו"ע (בר"ס ר"ט) במוכר ערימת חטין בכך וכך. אלא דהתם לא בא להשמיענו אלא דיש קנין בזה, והביא דברי הרמז"ס ואגב גררר העתיק ג"כ

דיש אונאה, וסמך עצמו למש"כ בהלכות אונאה. די"א דספיקא הוא ואין מו"אין ממון מיד המאנה.

וביסוד דברי הסמ"ע, תמה הט"ז דמה שייכות לדין אונאה אם הוא שכיח או לא, דדוקא בתקנתא דרבנן במשיכה שייך לחלק בזה.

ונראה לבאר דברי הסמ"ע, דאין הכלל בזה דמה שהוא שכיח הוא מכר ומה שאינו שכיח אינו מכר, אלא כונתו דמכיון והרגילות להתעסק בצורה של מכירת ערימת חטין כך וכך ומרתף של יין בכך וכך ממילא יש בכך פסיקה צרורה על המכירה, וזוהי לכו"ע חילת הפסיקה ושפיר איכא אונאה. אבל כשחופן מעות בידו ואומר לו מכור לי פרתך באלו שאין רגילות למכור בכך ממילא אין בכך פסיקה, ומה"ט אין בזה אונאה לכו"ע.

והנה יסוד הטעות באונאה הוא במה שיש טעות באומדנא, וכמש"כ רש"י ב"מ נ"ו ב' בצעיא דרבא חטין וזרעם בקרקע מהו, וז"ל: כדצעי לה כמה שצריך לקרקע דמידי דאומדנא דשכיח דטעו הוא כדין אונאה", עכ"ל. ויעוי' במחנה אפרים (דיני אונאה סי' ח') שכתב דכשלא הזכירו במקחן מנין או מדה לא הקפידו על דבר שבמדה ושצמסקל כדי להיות חוזר בסל שהוא. ולפ"ז ביאר החילוק בפסקי הטור בין סימן ר"ט לסימן רכ"ז, וז"ל: "והטור בסי' ר"ט הסכים ג"כ בכאן לדעת הרמז"ס ז"ל דיש בו דין אונאה, ואע"פ דגבי מכור לי באלו כתב בסי'

רכ"ז דאין לו דין אונאה היינו טעמא משום דמכור לי באלו שאין אדם יודע מה שציד חצירו אמרינן קיטרא דחייתא סבר וקביל, משא"כ במוכר פירות ערימה דכל אחד היה סומך על האומד שלו דסבור בדעתו שאין זו אונאה. ע"ש.

(ו) ב"ב נ"א ב', אוחיבנא לרב דאמר האומר לחצירו על מנת שאין לך עלי אונאה דיך לו עליו אונאה מדתניא האומר לחצירו על מנת שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה, ושני רבא לא קשיא כאן בסתם כאן במפרש דתניא במה דברים אמורים בסתם אבל במפרש מוכר שאמר ללוקח חפץ זה שאני מוכר לך במאתים יודע אני זו שאינו שווה אלא מנה על מנת שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה, וכן לוקח שאמר למוכר חפץ זה שאני לוקח ממך במנה יודע אני זו ששוה מאתים ע"מ שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה. וכ"פ בשו"ע (סי' רכ"ז סעיף כ"א). ונ"ב למאי הוצרכנו לתנאי שאין לו עליו אונאה, תיפול גם בלא דיני תנאי מחמת דהו"ל בכדי שאין הדעת טועה, וכסוגיא דב"ב ע"ח א' דהו"ל מתנה. ונ"ל בלא אמרינן דהוי בכדי שאין הדעת טועה בכל דבר, אלא דוקא כגון במוכר למד במאה או במאתים, אבל בעלמא כשמוכר שוה מנה במאתים אי"ז בכדי שאין הדעת טועה.

ויעוי' בנתה"מ (בסי' רכ"ז סק"ד) שהקשה בב"מ בסוגיין בתוד"ה במה דברים אמורים בסתם, כתבו ח"ל, אבל מפרש על מנת שאין לך עלי אונאה, נעשה כאומר יודע

אני שאינו שוה, ואמאי כר' יהודה כו'. ועיין מהרש"א שם, דלר' מאיר באומר יודע אני, ישל ועליו אונאה, כיון דודאי קא עקר, ע"ש. הרי בהדיא, דאפילו יודע בשעת מקח שאינו שוה כ"כ ונתן, אפ"ה יש לו עליו אונאה, רק לר' יהודה מהני משום התנאי, דס"ל דתנאי מהני בדבר שבממון, אף דשם מיירי ג"כ בציטול מקח בשוה ק' צר', וא"כ קשה מהא דב"ב הנ"ל. – ותירץ הנתה"מ: "ולפענ"ד נראה דכשמתנה בעל מנת, אף שאמר יודע אני, גרע, משום דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה. וכן מוכח בדברי תוס' כתובות נ"ו א' ד"ה ה"ז מקודשת, גבי הא שהקשו ללא יהא אדם יכול למחול חובו על תנאי, משמע דמחילה בלא תנאי מהני, מוכח דמחילה בתנאי גרע ממחילה סתם, וע"ש. עכ"ד הנתה"מ.

וביאור דברי הנתה"מ, דכשמוכר במנה על מנת שיתן מאתים שלא יהיה זו אונאה בכה"ג גרע דרואה במכירה והו"ל מתנה עמ"כ בתורה ולכן אפילו בכדי שאין הדעת טועה המקח בטל ומחזיר אונאה. אבל כשאינו מתנה ע"מ שלא יהיה זו אונאה הו"ל אין הדעת טועה דהוי מתנה.

ובבב"ב אולם המשפט (בסי' רכ"ז ס"ז) כתב הכלל בזה: "ולענין שיעור בכדי שאין הדעת טועה, הנה מצינו במפרש ובקרקעות [ובבב"מ ובהמה לר"י] דהוצרך לאשמועינן דעד כדי דמיהן אין אונאה ש"מ דהא בכל מיילי עד כדי דמיהן יכול לתבוע אונאה. וע"כ דאכתי הוה כדי שהדעת טועה. ונראה דאין

זה תלוי בשיעור האונאה, אלא לפי הענין, דלפעמים בחפץ אחד טועין הרבה ובאחר אין דרך לטעות אפילו מעט, והכל לפי הדברים". עכ"ד.

והנה כתב בשו"ע (סי' רכ"ז סעיף כ"ג) ויש מי שאומר דדוקא שהלוקח יודע שזה המוכר צעה"צ אבל אם לא ידע או שקנה ע"י סרסור יש בו אונאה. ונחלקו הסמ"ע והט"ז בגוונא שידע הלוקח שקנאו מהסרסור שהוא של צעה"צ האם יש בו אונאה, דדעת הסמ"ע (ס"ק מ"ז) דגם צכה"ג יש בו אונאה, דצעה"צ נתייחס מלחצו אונאתו דסובר שלא ידע הלוקח שהן של צעה"צ ועל דעת להחזיר לו אונאה מסרו לו. והט"ז פליג, דלמא ליה צעה"צ לסרסור שלא יתנו רק בסך קרוב יותר משויו והוא מכר כן, וכיון שהלוקח ידע שהמעות מגיעות לצעה"צ המשלחו ממילא מפסיד הלוקח מכה עצמו. ובקצוה"ח (סק"י) הסכים לדעת הסמ"ע, משום דשאני הלוקח מצעה"צ דחשיב כאילו התנו ע"ד שאין צכך אונאה, מכיון דכשהמוכר יודע צלוקח שמצין צטיב המקח כמה שיה ורובה יותר משויו הו"ל כאילו התנה המוכר אדעתא דמחילה, וה"ה דהללוקח קונה נמי אדעתא דהכי. אבל צלוקח מסרסור שאין הדבר ידוע לסרסור שהלוקח יודע שהוא של צעה"צ, אע"ג דהלוקח יודע שהוא של צעה"צ צהכי כתב הרמ"א לעיל סעיף ז' דכשהיה הלוקח יודע בשעה שלקחו שנתאנה ושתק ומיד אחר הלקיחה קודם זמן שיראה לתגר או לקרובו תוצע אונאתו לא אמרינן דמחל הואיל וידע.

ויעוי"ש בקצוה"ח (סק"ה). — אמנם הנתה"מ לעיל (סק"ד) השיג ע"ד הקצוה"ח, דלא נהירא, חדא דמהיכי תיתי נאמר דהוי כאילו התנה, הא צתנאי צעינן דיני תנאים, ואיזה אומדנא דמוכח יש כאן. ועוד, דמוכח מהא דצ"מ נ"א צ' גבי יודע אני שאינו שיה אלא מנה, וצעינן דוקא שיאמר על מנת שאין צו אונאה, וגם זה לא מהני רק לר' יהודה ולא לר' מאיר, כמ"ש התוס' שם. ע"ש. — וצייקר דצרי הקצוה"ח שהשוה לדינא דהתנו זה עם זה ע"מ שאין צכך אונאה מפאת האומדנא, גם אם לא נימא כהנתה"מ שתמה איזה אומדנא דמוכח יש כאן, יש לדון צוה, די"ל דהטעם שאין אונאה בצעה"צ המוכר כלי תשמישו אינו משום דחשיב כהתנה עמו שאין לו אונאה, וכמו שנקט הקצוה"ח, אלא הציאור הוא דכך הם שיווי של מקחו דצעה"צ, שהרי אינו מוכר כלי, וממילא הלוקח מצעה"צ הסכים לשלם כפי שיווי המקח, ולא מפני שהוא כמו שהתנה ע"ד שאין צו אונאה. [ודצרי הקצוה"ח (צסק"ה) דנקט דכשמכיר המוכר צלוקח שידע מהאונאה ומוחל הו"ל כאילו התנה, היינו דוקא התם דאיכא צכך אונאה, צוה י"ל דהמוכר יודע שהלוקח מוחל לקיים המקח. אבל אכתי לא דמי לנידון הקצוה"ח כאן].

והנה הנתה"מ (ס"ק ט"ז) הסכים להט"ז. והיינו לכאורה צטעמי' לעיל (צסק"ד) דפליג צעיקר סצרת הקצוה"ח דאיכא אומדנא דמוכח דמוחל האונאה. — ויעוי' צנתה"מ לקמן (ס"ק י"ט) שהקשה ציסוד דין צעה"צ המוכר את כלי תשמישו ואינה את

קצת מקום לומר שאין המחילה אלל הלוקח חלוטה כ"כ, דאפשר שהלוקח חושב שהמוכר משצית מקחו אומר כן, וצאמת שזה יותר, לכן צעינן על מנת עכ"ד.

ז) ובעיקר סוגיא דצ"מ מ"ו ז', אמר רבה אמר רב הונא מכור לי צאלו קנה ומחזיר אונאה, ופרש"י אחו צידו מעות ואמר לחצירו מכור לי חפץ שלך צאלו שצידו, ולא הקפיד לשאל כמה הם וקיבלם מיד הלוקח, קנה לוקח החפץ צמעות הללו, ואין אחד מהם יכול לחזור. יעו"י צצ"י (צסי" ר"ט ס"א) שכתב דזהו מקור לדברי הרמב"ם (פכ"א ממכירה ה"א) שהוצא צטור וש"ע (צסי" ר"ט ס"א) דכשהמעות היו ידועים אצל מדת הסחורה אינה ידועה, דקנה המקח ויש בו אונאה. – אלל שהצ"י הקשה מסוגיא דצ"מ ס"ד א' דתניא ההולך לחלוצ את עזיו ולגוזו את רחליו ולרדותאת כוורתו כו' מצאו חצירו ואמר לו מה שעזי חולצות ושכוורתתי רודה מותר. וע"ש דהיתר הוא דשרי לקנות החלוצ או הצמר ואין צו משום אגר נטר, הגם שאפשר שימצא יותר מדמיו, מכיון שקיבל עליו צין להפסד צין לשכר אין צו משום רצית. ודקדק הצ"י מלשון מותר, דמקח זה מותר לכתחילה, וממילא אין צו גם איסור אונאה, הגם שאפשר שימצא פחות מהערך ששילם. ולפ"ז הקשה הצ"י ממש"כ הרמב"ם (פכ"א ממכירה ה"א) והטור צשמו (צסי" ר"ט) דהמוכר דבר שאינו מסויים שיש צו אונאה, והרי אינו ידוע צשעת המקח אם ימצא הערך צפחות או יותר מדמיו. – ותירץ הצ"י, דיש לחלק צין היכא שידוע שיש לו

הלוקח אין צו דין אונאה, והא צסעיף כ"א מצריך שיפרש לו סך האונאה. – ולכאורה י"ל דהטעם צצעה"צ המוכר כליו, דהיינו שיווי של כליו, וא"צ לפרש אלל כשהשווי הוא אחרת מהמחיר שלוקח עצורם.

ובבר כתב כן הנתה"מ לקמן (ס"ק י"ט) צזה"ל: "דצעה"צ אין צו שום איסור אונאה כלל, כיון דלא נחית אדעתא דשווי כלל ומוכרין ולוקחין על האמת כו' ולישא ולימן על פי האמת לא אסרה תורה כלל ואין צו דין השצה. וצמכור לי צאלו ג"כ יש לומר דמייירי שהמוכר יש לו אומדנא כמה החפץ ושייך צו אונאה כמ"ש רש"י צצ"מ דף נ"ו ע"צ צד"ה כדצעי לה ע"ש, אצל צדבר ששניהם אי אפשר להם לידע אפילו ע"פ אומדנא, לא שייך אונאה, דלא נחת אדעתא דשווי כלל ואינן רק כמשחק צקוציא, ואידי דצעי לקנות גמר ומקנה כמ"ש הט"ז צסימן ר"ט ס"א ע"ש". עכ"ד הנתה"מ.

ולעיקר קושיית הנתה"מ (צסק"ד) ע"ד הקצוה"ח מהא דמוכח צצ"מ נ"א צ' גצי ידע אני שאינו שזה אלל מנה, וצעינן דוקא שיאמר על מנת שאין צו אונאה. לכאורה י"ל דצברי הקצוה"ח היינו דוקא כששניהם ידועים שיווי החפץ דצכה"ג הוי כאומדנא, ושאני מהתם דאין הדבר ידוע כלל. וכבר כתב כן הפ"ת (סק"ד) צשם תשו' גליא מסכת (ח"א סי' ד') צזה"ל: דהנכון עם הקצוה"ח, דצאמת צכולהו ענינא שהידיעה צרורה וגלויה דמחיל, אין צריך על מנת, רק גצי ידע אני שאינו שזה אלל מנה, צזה יש

שער ידוע או לא, לדוקא היכא שידוע שיש לו שער ידוע כגון חיטין, יש בו אונאה. אבל חלב וגיזה שאין להם שער ידוע וכל אחד קונה כמו שחפץ אי בו אונאה. – אולם הדרכי משה (בסי' ר"ט) השיג ע"ד הב"י, וס"ל דגם כשהשער אינו ידוע יש בו אונאה, והא דאמרינן בב"מ ס"ד א' דשרינן למכור גיזה וחלב ולא חיישינן לאיסור אונאה, כתב הד"מ דהתם קמייירי בגוונא שלא הגיע ההפרש כדי שיעור אונאה, ואע"פ שכל אחד קונה כחפצו בלא שומא מ"מ מייירי שאפשר לשומו אם יש בו כדי אונאה. ע"ש בב"מ.

והנה יש לבאר פלוגתתם בתרי אנפי. דהב"י כתב שחלב וגיזה אין להם שער ידוע וכל אחד לוקח כפי מה שחפץ, ויש לומר דהגם ובאמת יש שער ידוע, מ"מ לפני הגיזה והחליצה דעדיין לא ידוע שעור החלב והגיזה בכה"ג כל אחד קונה כהמחיר שחפץ ואין לו שער ידוע, ומה"ט אין בו אונאה, וזהו החילוק בין האומר מכור לי באלו שאפשר לזרר הדבר שנמכר, משא"כ בהולך לחלוב את עיזו. והד"מ הקשה דגם בחלב אפשר לזרר האונאה כשיוודע כמות החלב והגיזה, וכשימנא שאומדנו בתחילה היה בטעות יחזיר האונאה, ומה דמשמע בגמ' ס"ד א' שמקח זה מותר ואין בו אונאה היינו בגוונא שלא הגיע לשיעור כדי אונאה. והב"ח כתב כד' הד"מ, וההיא דגיזה וחלב תירץ דלא קמייירי לענין אונאה אלא לענין רבית. וכע"ז תירץ בהגהת דרישה וכ"פ הש"ך (בסי' ר"ט סק"א). [ובבאר הגולה (סי' ר"ט סק"ב) תירץ קושיית הב"י, דשאני גיזה וחלב שעדיין

לא נחלבו ונגזזו ואי אפשר לעמוד עליהם לא במדה ולא במשקל, ודמי למוכר באכסרסא דקיי"ל (בסי' רכ"ז סעיף י"ט) שאין בו אונאה. ע"ש ובציאור הגר"א (סק"ב). ולכאורה זהו תירוטו של הב"י. ודו"ק.]

ובאופ"א יש לבאר פלוגתא דהב"י והד"מ, דמש"כ הב"י שחלב וגיזה אין השער ידוע וכל אחד לוקח כמו שחפץ היינו דוקא אם הערך של הגיזה והחלב שעדיין לא נחלב ונגזז נמדד כפי ערכו האמיתי בשוק לאחר שנחלב ונגזז דבכה"ג יש כאן מחיר ידוע, והאומדנא הו' רק בכמות. אבל מכיון והכמות אינה ידועה זהו חלק מהשומא, ומחירו אחרת ממחיר חלב שנחלב, ולכן התשלום בזה הוא לפי מה שחפץ כל אחד לשלם, שאין השער ידוע בזה, ולפי"ז אין בו אונאה. ושאני מחיטין, דהחיטין בעולם אלא דחסר במדידה. וזה שהקשה הד"מ, דגם שומא זו יש לה ערך ידוע, ואע"פ דלא ידוע הכמות מ"מ איכא שומא לערך משוער, שפיר שייך בזה אונאה.

במצ"נו למדין, דנחלקו הב"י והד"מ, בגוונא דשומא של החלב והגיזה שעדיין לא נחלב ונגזז היא כפי המחיר של חלב וגיזה שכבר נגזז ונחלב, וכן בגוונא דמשעריס החלב והגיזה במחיר בפנ"ע כפי הכמות המשוערת. – ונידון פלוגתתם האם שמין כמה חלב וגיזה ירויחו מהבהמה שלפנינו, הגם שעדיין החלב אינו בעולם וכן הגיזה עדיין לא נגזזה, הנה מכיון והבהמה בעולם ואפשר לשומא בערך הנראה לעין. – ויש לדון בגוונא

פחות לא שייך אונאה למי שמשתכר הרבה כיון שדרך המסחר כן הוא. עכ"ד. ומצואר דכשיש כמה מחירים בשוק אי"ז אונאה אולם לכאורה לפמ"כ הדרכי משה (בסי' ר"ט סק"א) והב"ח (שם) דכשאין השער ידוע יש בזה אונאה, וכ"פ הש"ך (שם סק"א), א"כ נמצא דדברי הערוך השולחן תליא ברבצבתא. אכן י"ל דדברי הערוך השולחן הוא דוקא צמי שמוכר בשעה שאין עדיין ערך כללי לסחורה, אבל הוא מוכר צמחיר בצבירות הביקוש, ובמכירה זו אין אונאה. אבל נידון הב"י והד"מ הוא בגוונא שהטעם שאין השער ידוע היינו מפני שאין לנו אפשרות למדוד את הערך מכיון שאין צפנינו הגורמים לקביעת הערך, וזוה נחלקו הפוסקים האם שייך בזה אונאה. [וכשאין שוק כלל, וכל סוחר מוכר לפי רצונו, בזה לכאורה יש אונאה, ועי' בספר ערך שי סי' ר"ט ס"א].

ולחברעת הש"ך והב"ח ודעמי' דאף בדבר שאין לו שער ידוע יש אונאה, יל"ע היאך לקבוע המחיר שיהיה בו אונאה. ולענין שכירות פועלים נקטינן (בסי' של"א ס"ג) דהשוכר פועל וא"ל כאחד ושנים מצני העיר מחשבים היתר שצבירות והפחות שצבירות ומה שצנייהם נותן החלי. ויעוי' ברמ"א (סי' של"ב ס"ג) דבעה"צ שהטעה פועלים וא"ל עשו עמי בד' כמו שאר פועלים נשכרים ונמצאו שנשכרים ביותר או שהפועלים הטעו בעה"צ הו"ל כאלו לא שכרו זא"ז ונותן להם כפחות שצפועלים, והט"ז הקשה מהא דנקטינן לעיל (בסי' של"א ס"ג) דמשלם כשער צינוני, ותיירך דדוקא כשאומר

שהדבר המשוער אינו כלל בעולם, ולכאורה י"ל דלכו"ע אין בו אונאה. ויעוי' צ"י (בסי' ק"ט) שהביא מתשו' הרשב"ך (ח"א סי' נ"ב) דאע"פ שאין להקדש אלא מקומו ושעתו וה"ה למכר, היינו דוקא כשהמכר נעשה בשעה שראוי למכור, אבל בזמן של מגיפה שאינו ראוי למכור כלל הוי כמוכר בלא אכרזתא והמכר בטל. וע"ש צ"י שהקשה עליו, והביא מתשו' הרשב"א שחולק וס"ל בלשון שמכרה בשעת מלחמה דהמקח קיים. והרמ"א (בסי' ק"ט ס"ג) הביא ב' דעות אלו. אולם הט"ז חילק בין שעת מלחמה לשעת המגיפה, דבשעת מלחמה יש עכ"פ שער שאינו ממתין למכור, אבל בשעת המגיפה אין שער כלל משום דמתחין למכור עד שחעבור המגיפה. ובספר משפט שלום (בסי' ר"ט ס"א) הוכיח מדברי הט"ז דבגוונא דלא קפני זביני לא מקרי שער כלל ולפיכך אין בו אונאה. וע"ע בשו"ת אמרי יושר (ח"ב סי' קנ"ה) שאם הסוחרים נמנעים מלמכור מפני שינא חוק חדש למסים, הו"ל כאין לו שער כלל. וגרע ממש"כ הב"י בסי' ר"ט הנ"ל דדבר שאין לו שער ידוע אין לו אונאה, דאפילו להנך דפליגי וס"ל שיש בזה אונאה, היינו דוקא אם השער אינו ידוע בזוה י"ל שיש בזה אונאה, אבל בגוונא שאין שער לסחורה לכו"ע אין בכך אונאה. ע"ש. והיינו מדברי הט"ז בגוונא של מכירה בשעת מגיפה.

והנה צ"ע ערוך השולחן (סי' רכ"ז סעיף ז') כתב: מיני סחורות שאין כל החנויות מוכרות בזה אלא זה משתכר יותר וזה

כאחד או כשנים מצני העיר משלם כשער צינוני, אבל כשאומר משלם לי כדרך שצני העיר משלמים אזלין בתר הפחות שצפועלים. ובקל"ח (בסי' של"א סק"ג) הביא מהשיטמ"ק שהקשה דמ"ש דפועלים דנותן פחות שצפועלים, וכשאומר כאחד וכשנים מצני העיר נותן החלי, וכתב דמכיון ואין הולכים בממון אחר הרוב ממילא אינו נותן אלא הפחות שצפועלים, ואפילו איכא רוב דמשתכרי צוקר, והא דאמרינן משמניס ציניהם ונותן המי"טע היינו משום דאמר באחד או כשנים מצני העיר, אבל בשוכר סתם אין לו אלא כפחות שצפועלים. וחזינן מד' ה"ט"ז והקל"ח דבעלמא אינו משלם אלא המחיר הפחות, דדוקא כשנחית לשומא אזלין בתר המי"טע. ומעתה י"ל דבאונאה הנידון הוא כפי השומא של החפץ, דדוקא צפועלים דלא שייך ערך לפי החפץ אמרינן דאין הולכים בממון אחר הרוב, אבל לענין שומת החפץ שפיר אזלין בתר הרוב כדי לקבוע את מחירו. ויעוי' בערוך השלחן (בסי' רכ"ז סעיף ט"ז) דכשיש הכחשה צין התגרים בשומא של החפץ אזלין בתר הרוב. וכשהרוב אומרים שטעה והמיעוט אומרים שלא טעה או להיפך אזלין בתר הרוב, דרוב דעות שאני מהא דנקטינן בעלמא שאין הולכים בממון אחר הרוב, דהמיעוט כמאן דליתא, דהרוב אומרים שהמיעוט טועים הם.

(ח) לעיל ס"א ב', כתבו בתוד"ה שמע כו' בשם הרשב"ם ד"ה צבקה גדולה כו' דליכא למימר דמיס לא גבי צירה ולא גבי צבקה דהא אין אונאה לקרקעות,

וכתבו התוס' ע"ד דאין נראה לר"י דזה אינו בשביל ששוא יותר דהא הקדשות ועצדים נמי אין להם אונאה אלא גזירת הכתוב הוא ושייך שפיר הודעת דמיס.

והנה הרשב"ם לקמן ק"ו א' ד"ה ינכה כו' נקט דבזקקע אין אונאה אפילו יותר מפלגא. והיינו דהטעם בזה הוא דזהו שיווי הקרקע. ואמנם יעויין ברמב"ן עה"ת פ' בבה (ויקרא כ"ה, י"ד ט"ו) שתמה, דהא עיקר אונאה כתיב בקרקעות, דכתיב לפי רוב השנים תרבה מקנתו דמשמע שיש לו למכור לפי ערך השנים כדי שלא יבא לידי אונאה. ותירץ הרמב"ן דלא נתמעטו קרקעות רק מהשבה, אבל לאו דלא תונו איכא בהו. וז"ל הרמב"ן: "ואני חושב עוד סברא שודאי המאנה את חצירו לדעת עובר בלאו צין צמטלולים צין בקרקעות שבהן דבר הכתוב אל תונו איש את אחיו במספר שנים אחר היוכל שהוא מזהיר שיקנו וימכרו לפי השנים ולא יונו איש את אחיו, אבל רבותינו דרשו באונאת תשלומים בשתות המקח וציטול מקח ביותר משתות ומוזה בלבד מעטו הקרקעות לפי שהאונאה בהם אפילו ביתר משתות מחילה, כמו שהוא מחילה צמטלולים בפחות משתות אע"פ שהוא אסור להונות כן לדעת, אבל אין דרך צני 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 צמטלולים שאינו נוהג בקרקעות והוא חזרת הממון, אבל אזהרת הלאו נוהגת בכלן. ולכן

לקרקע, אלא מכיון ואין השער קבוע ליכא  
בכך אונאה, ועי' צ"י וצרמ"א ד"מ צ"מ צ"מ  
סימן ר"ט, שנחלקו בזה. וע"ש צ"י סק"א.

[ובמג"ח (מנזה של"ז) הקשה אמאי אין  
לוקין באונאת קרקע, מ"ש  
מהחובל בחבירו דעובר בלא יוסף דבהכאה  
שזה פרוטה משלם ואינו לוקה ובהכאה שאין  
בה שזה פרוטה משלם ואינו לוקה, וא"כ  
באונאת מטלטלין דניתן לתשלומין שפיר אינו  
לוקה, אבל באונאת קרקע דאינו משלם אמאי  
אינו לוקה. והמ"ט כתב המנ"ח דהרמב"ם  
ס"ל דליכא לאו באונאת קרקע, ויש ליישב  
דשאי לאו דאונאה דעיקרו הוא תשלומין ולא  
למלקות ולכן גם באונאת קרקע דמחוייב  
לנאת יד"ש מיקרי לאו הניתן לתשלומין,  
משא"כ לאו דחבלה דעיקרו לא ניתן  
לתשלומין אלא דפטור ממלקות מחמת דאין  
לוקה ומשלם לכן כשאין חיוב מפאת רשעה  
דממון שפיר לוקה. (והיינו טעמא דכתב  
הרמב"ם דלאו הניתן לתשלומין אינו לוקה,  
וסברתו דדוקא כשבתשלומין יתוקן הלאו  
אמרינן דבחזרת הממון יתוקן האיסור, דלא  
קעציד מידי ואינו ראוי ללקות). וזה מיושב  
קושיית הנחלת צ"י צ"י רכ"ז סעיף כ"ט,  
ודו"ק].

אמנם הסמ"ע (סימן רכ"ז ס"ק ג"א) הביא  
ממהרש"ל שעצדים שטרות וקרקעות  
נתמעטו מלאו דלא תונו, ואף איסורא ליכא  
בהוי והגרעק"א בגליון צ"י לדברי הרמב"ן  
עה"ת הנ"ל, ולס' החינוך (מנזה של"ז)  
דס"ל שיש בהם לאו. והמהרש"ם צמשפ"ש

אמר וכי תמכרו ממכר לשון רבים למוכר  
הקרקעות ולמוכר המטלטלין, או קנה מיד  
עמיתך היחיד מהם המוכר מטלטלין מיד  
ליד, ואמר לכולן אל תונו, וכיון שיחד והפריש  
המטלטלין ריבה בהן דין אונאה והוא בחזרת  
התשלומין. וזה הדבר נכון כפי המדרשים  
שקבלו רבותינו צרמזי התורה, ואולי יהיה כל  
זה אסמכתא, כי הלאו אזהרה בין בקרקע בין  
במטלטלין, וחזרת הממון מידם קבלה  
במטלטלין ולא בקרקעות, כמו שאמרו דבר  
השוהל כל כסף, כי השיעורים כלם בשמות  
ויתר על שמות כפי דעות בני אדם. ולמה לא  
יולאו הקרקעות מן הדין הזה, והם הולאו  
ממנו כלי בעל הבית ואמרו לא שנו אלא  
בלוקה מן התגר אבל בלוקה מצעל הבית אין  
לו אונאה מפני שדרך בעלי בתים שלא ימכרו  
כלי תשמישן". עכ"ל הרמב"ן. והיינו דיש  
מחיר לקרקע רק אין מצטלים המקח מחמת  
האונאה, וזה כתב הרמב"ן בתרי אנפי או  
דכך קיבלו חכמים או מפני שקבלת חכמים  
היתה דמחיל באונאתו.

ומדברי הרשב"א משמע לכאורה דנקט דאין  
מחיר לקרקע, דיעוי' בתשו'  
הרשב"א (בח"א סי' תשל"ו ובח"ה סי'  
קס"ה ובח"ז סי' שט"ו) והוצא צ"י יו"ד  
(סו"ס קס"ד) שהוכיח דאין ריבית בשכירות  
קרקע מכיון דקיי"ל דאין אונאה לשכירות  
קרקע כמו שאין אונאה למכירת קרקע. ואם  
נימא כמ"ש הרמב"ן דיש מחיר לקרקע  
ומה"ט עובר בלאו אונאה, אמאי ליכא ריבית  
בכה"ג. אלא בהכרח דס"ל שאין מחיר  
לקרקע. אכן י"ל דשפיר ס"ל דיש מחיר

הוסיף דכ"ד רבינו יונה. – אולם מדברי התוס' בב"מ ס"א א' ד"ה אלא כו', דקדק המשל"מ (פ"ד ממלוה ה"א) דאפילו לאו ליכא. והוצא בגליון הגרעק"א.

ומדברי הרמב"ן עה"ת הנ"ל חזינן לכאורה דפליג ע"ד הרשב"ם, דהא לדברי הרמב"ן מתבאר דיש מחיר לקרקע ומה"ט יש קרקע איסור אונאה, ומדברי הרשב"ם חזינן דאין מחיר לקרקע אלא דאמרינן דכך הוא שיווי הקרקע אף דמכר לו שוה דינר בצלף. וכמ"ש התוס' לעיל.

ואמנם יעוי' בקט"ח (סי' שי"ב סק"ב) שכתב דהרמב"ן בחידושו צמק"א פליג ע"ד הרשב"ם הנ"ל. דיעוי"ש שהקשה במש"כ הרמ"א (שם ס"א) דהמשכיר צית לחזירו ולא קצב לו זמן דהדמים מודיעים, ממה שכתב הרשב"ם הנ"ל, לעיל ס"א ב' דהדמים מודיעים ליכא למימר משום דאין אונאה לקרקעות. וה"נ נימא בשכירות קרקע דאין בהם אונאה וממילא היאך אמרינן צוה דהדמים מודיעים. וע"ש בקט"ח שכתב דהרמב"ן פליג ע"ד הרשב"ם וס"ל דאפילו בקרקע אמרינן הדמים מודיעים. ולכאורה הצי"אור הוא דס"ל להרמב"ן דשפיר שייך לומר דיש מחיר לקרקע. וז"ל הקט"ח: "וכן מוכרח ממ"ש הרמב"ן צ"ש רבינו האי גאון גבי חלק לפלוני דמכר אמרינן הדמים מודיעים, ומשמע דאפילו בקרקע, כיון דקשיא ליה מהך שמעתא דרבה וכתב משום דהזכיר פלגא כו', ומשמע דבחלק אפילו בקרקע אמרינן הדמים מודיעים, דאי נימא

דבקרקע לא אמרינן הדמים מודיעין, א"כ מאי קשיא ליה מהך דרבה בקרקע מיירי, וע"ש בחידושי הרמב"ן צמ"ש צ"ש ר"ח דבקרקע נמי יכול לומר סבור הייתי שאקנה כך וכך והרי הדמים ראה ע"ש, ואעפ"י שחולק שם על דברי ר"ח היינו צדין אחר שם צ"ש ר"ח אצל בחלק בקרקע מצואר שם דהדמים ראה, ומוכח דאפילו בקרקע כל שאין הלשון סותר אמרינן הדמים ראה". עכ"ד הקט"ח צ"ש הרמב"ן שם.

ובעיקר הגידון באיסור רבית בשכירות קרקע דדמי להא דאין אונאה לקרקעות, יעוי' בספר שער דעה (סי' קע"ג סק"ב) דתמה מה ענין רבית לאונאה, דנתי נמי שאין אונאה לקרקעות היינו מפני שהוא גזירת הכתוב כמו שטרות והקדשות, אצל מ"מ לענין רבית למה לא יהא מחזי כרבית דהא ניכר שצביל המתנת מעות נותן לו יותר משויו, דאף בקרקע אין דרך לקנות צוקר. וסי"ש השער דעה: ומלאתי סיוע לדברי אלה בתוס' בב"ב דף ס"א ע"ב ד"ה ש"מ צ"ש ר"י שהשיג על הרשב"ם שכתב דלא אמרינן בקרקע הדמים מודיעים משום דאין אונאה לקרקעות, והקשה עליו ר"י דזה אינו צביל ששוה יותר דהא הקדשות ועבדים נמי אין להם אונאה אלא גזירת הכתוב הוא ושייך שפיר אונאת דמים, וכן הקשה הרמב"ן בחידושו שם, ע"ש. – ותירץ השער דעה, דמש"כ הפוסקים הטעם דאין אונאה בקרקעות היינו לאו דוקא, אלא עיקר הטעם הוא דלפעמים אדם קונה קרקע ציותר משויו, וכמ"ש התוס' בב"ב צ"ב ס"א ב' הנ"ל

שהלוקח רוצה בקיום המקת, בזה י"ל שפיר  
 דהמקח בטל מספיקא דדינא דמוקמינן  
 בחזקת מרא קמא. אבל כשהלוקח נתאנה,  
 דהיינו כשלקח שוה דינר באלף והמוכר דהוי  
 מרא קמא אינו חפץ להעמידו על חזקת מרא  
 קמא דהלל רוצה הוא בקיום המקח, א"כ  
 אמאי בטל מקח. (ובשלמא אם גדר חזקת  
 מרא קמא הו"ל כהנהגה, וכחזקה באיסורים,  
 א"ש דאי"ז תלוי בדעת המוכר. אבל אם גדר  
 חזקת מרא קמא הו"ל כמוחזק ותפוס, א"כ  
 איך נחזיקנו בדבר שאינו חפץ בו. ועי'  
 בקונטרס הספיקות כלל א'). וי"ל דעיקר  
 הספק הוא קודם התפיסה, וממילא לא שייך  
 שהמוכר רוצה המוקח יחזור בו, ודו"ק.

בשם ר"י דלכך לא אמרינן בקרקע הדמים  
 מודיעים דלפעמים אדם קונה קרקע בהרצה  
 יותר ממה שהוא שוה אף בכפל. [ועי' בתשו'  
 מהרש"ם ח"ג סי' קכ"ד מה שדקדק כיו"צ  
 בד' הרשצ"ס לקמן פ"ז א', ודו"ק].  
 והנה כתב בשו"ע (סי' רכ"ז סעיף כ"ט)  
 אלו דברים שאין להם אונאה העבדים  
 שטרות וקרקעות אפילו מכר שוה אלף  
 בדינר או שוה דינר באלף אין בהם אונאה.  
 ובדמ"א, וי"א דדוקא עד פלגא כו'.  
 והגרעק"א כתב דמספיקא דדינא אוקי  
 אחזקת מרא קמא ובטל המקח. וי"צ  
 דבשלמא כשמכר שוה אלף בדינר ונתאנה  
 המוכר רוצה המוכר לבטל המקח אע"פ

## סימן לו

### בענין חצר דהקדש

הו, והגזר ג"כ שליח הקדש הוא, והטעם  
 דאין מעילה הוא מכיון שאין מעילה בדבר  
 שהוקדש מאליו, ללאו מקדשי ישראל הוא  
 וכדאיתא כע"ז צוצחים מ"ה א' דאין מעילה  
 בקדשי גויים מכיון דבעינן מקדשי ישראל.

ובמש"ב התוד"ה ואין כו' דהטעם הוא  
 משום דחצר משום יד איתרבאי ולא  
 מצינו יד להקדש, יעוי' צנתה"מ (צסי' ר'  
 צפתיחה) שהקשה דמצינו יד להקדש, דהרי  
 כשהגיע ליד גזר לא מהני שאלה, והטעם

ב"ב ע"ט א', אבל הקדיש צור ואח"כ  
 נתמלא מים אשפה ואח"כ נתמללה זבל  
 שובך ואח"כ נתמללה יונים כו' מועלים צו  
 ואין מועלים צמה שצתוכן. והרשצ"ס והתוס'  
 כתבו דהטעם שאין מועלים צמה שצתוכן הוא  
 משום דאין חצר להקדש. אולם הרמב"ן כתב  
 עוד טעם צזה"ל: "א"נ קני לה ואין מעילה  
 בזכייתה". וציאר הקצוה"ח (צסי' ר' סק"א)  
 דודאי גם לדעת הרמב"ן שפיר קונה החצר  
 להקדש דהא חצר משום שליחות איתרבאי ויש  
 שליחות להקדש דהא הני כהני שלוחי דרחמנא

הוא משום דהגזבר קונה במשיכה וכמ"ש הש"ך זסי' רנ"ה, הרי דהגזבר קונה להקדש והוי יד להקדש. ולעג"ד י"ל דמה שהגיע ליד הקדש שפיר נקנה להקדש, אבל לענין שאלה הנידון אינו על הקנין, אלא על רשות גבוה, ולאחר שהגיע ליד גזבר נכנס לרשות גבוה ולא מהני שאלה, ואין צוה לתא דקנין.

והנה גדין חזר להקדש, פסק המג"א (סי' קנ"ד ס"ק כ"ג) דאין להקדש חזר משום דאין יד להקדש. ולכן המוצא מציאה בחזר ציהכ"נ זכה בו. ומקור ד"ו מהאגודה, שלמד דינו ממשנתנו מעילה י"ג א' דמייטינן הכא, הקדיש צור מלא מים אשפה מלואה זבל שובך מלא יונים כו' מועלין בהם וצמה שצתוכה, אבל אם הקדיש צור ואח"כ נתמלא מים אשפה ואח"כ נתמלא זבל שובך ואח"כ נתמלא יונים כו' מועלין בהם ואין מועלין צמה שצתוכו. וצמוד"ה אבל כו' כתבו דאין מועלין צמה שצתוכו משום דחזר משום יד איתרצאי ואין יד להקדש. — וצתוי"ט (פ"ג דמעילה) תמה צעיקר הדבר, דנהי שאין יד להקדש הא מ"מ יש שליחות להקדש, דהא הני כהני שלוחי דרחמנא נינהו, וחזר מטעם שליחות. — ובק"וה"ח (סי' ר' סק"א) יישב, דחזר משום שליחות היינו דוקא בחזר הדומה ליד, והואיל ואין יד להקדש, א"כ גם חזר משום שליחות לית ליה, וכמ"ש צתוס' צגיטין כ"א א' ע"ש.

ובב"ש"ב הרמב"ן: "והא דאמרין מועלין צהן ואין מועלין צמה שצתוכו,

שמעתי משום דלא קניא חזר להקדש, דמשום יד איתרצאי ואין יד להקדש. וכן פירש הרב ר' שמואל ז"ל. ויש לומר אי נמי קניא ליה אין מעילה צוכייתה". עכ"ל. וציאור דצריז דאין מעילה צוכייתה, פירש הק"וה"ח (סי' ר' סק"א) דצעינן קדושת פה לענין חיוב מעילה, וכ"ה להדיא צרצינו יונה ור"ן וריצ"א צגמ' שס: "דמעילה גצי קדושת פה כתיבא", והיינו משום שכתוב מקדשי צני ישראל [ואע"פ דהתוס' צוצחים מ"ה א' ד"ה דומיא, כתבו דצקדשי גויים לצדק הציט מועלין בהם, מ"מ כשמקדיש שלא ע"י אדם כלל אין מועלין צו]. ונמנינו למדין דפיסקא דהמג"א דאין חזר להקדש תליא צרצתא, ולדעת הרמב"ן זכה צו ההקדש, והמוצא מציאה צציהכ"נ זכה צו ציהכ"נ.

אמנם צנתה"מ (צפתיחה לסי' ר') כתב דלדינא ליכא נפקותא צוה צין הרמב"ן והאגודה, וגם לדעת הרמב"ן המוצא מציאה בחזר ציהכ"נ זכה צו המוצא, דאין הקדש זוכה צמציאה. דצרי הרמב"ן אמורים רק צבור ונתמלא מים או שובך ונתמלא יונים דאי לאו הצור או השובך לא היו מים או יונים כלל. אבל כשמצא מציאה בחזר הקדש לא קנהו הקדש. — ונימוקו, דהנה הר"ן צ"מ י"א צ' כתב דצמציאה לא זכה בחזר אם הוי מטעם שליחות, דצממון צעינן שליחות של צעל הממון, וגם דהוא חצ לאחריני, ורק מטעם יד קונה, ואין יד להקדש. ואכן מטעם שליחות הו"ל להקדש לקנות דכהני שלוחי דרחמנא, וכמו שהקשה התוי"ט (פ"ג דמעילה). אלא דצמציאה לא

מהני שליחות כמשנ"ת דזעינן שלוחו של בעל הממון וגם הוא חב לאחריני, וזוה גס להרמז"ן לא קנה הקדש. והרמז"ן מיירי צבור ונתמלא מים וצוּבך ונתמלא יונים דאין זהא חובה לאחריני, שהרי אי לאו הצור או השוּבך לא היו מים או יונים, וההקדש גורם למים או ליונים שיצואו, וזוה הוי שפיר הגזר יד הקדש ושלוחא דרממנא. וגם בהפקר א"ש שליחות של בעל הממון, דהא ליכא בעל הממון כלל, ומשא"כ צמציאה דכל זמן שלא אחי ליד זוכה לא ינא מרשות הבעלים, ולכך צעינן שליחות מצעל הממון. עכ"ד הנתה"מ.

ובעיקר דברי הנתה"מ הנ"ל, יל"ע דדבריו אחיין רק אליבא דהרמז"ן דס"ל צבור ונתמלא מים או צוּבך ונתמלא יונים זוכה צהן הקדש, והיינו מטעם דשייך שליחות צכה"ג. אבל האגודה הרי מוכיח שאין חזר להקדש מהא דהקדיש צור ונתמלא מים אין מועלין בו, וס"ל שאינו קדוש כלל, וא"כ צהכרח דהאגודה פליג ע"ד הרמז"ן.

ובבמש"ב הנתה"מ, דצמציאה כל זמן שלא אחי ליד זוכה לא ינא מרשות בעלים, יעוי"י כמו"כ צנתה"מ (סי' ק"ה סק"צ) וכיו"צ כתב (בסי' רס"ב סק"ג). וכ"ה צקצוה"ח (סי' ת"ו סק"צ). – ובמש"כ הנתה"מ (סי' רס"ב סק"ג) דכשנצטל סיבת היאוש חזרת האצידה לצעל האצידה, כיון שלא ינא מרשותו. יעוי"י חזו"א (צ"ק סי' י"ח סק"ג) דפליג וס"ל שהאצידה ינא מיד מרשותו. וע"ע שערי יושר (שער ה' פרק

י"ב). ועכ"פ לדברי החזו"א אין לחלק צין מציאה והפקר לענין שלוחו של בעל הממון.

וביבסוד דברי הנתה"מ יש להעיר, דאכן לשיטת הר"ן צצ"מ (ה' א' מדפי הרי"ף) דס"ל דחזר אינה קונה מציאה משום שליחות רק משום יד, א"ש הא דאין יד להקדש, ומטעם שליחות אין קנין צמציאה וכמש"כ הנתה"מ. אבל הרי"ף והרא"ש (שם) ס"ל דחזר קונה מציאה מטעם שליחות, א"כ יקשה דגם חזר הקדש תיקני.

ובבמש"ב הנתה"מ דהרמז"ן מודה להאגודה דצמציאה לא מהני חזר משום שליחות מפני דזעינן שלוחו של בעל הממון וגם משום דהוי חב לאחריני, העירו דהא הרמז"ן צצ"מ י' א' כתב דמציאה לא מיקרי חב לאחריני מכיון שהוא רק מניעת ריות. (עי' צס' תקנת עורא צמעילה י"ג מש"כ צוה).

ובדין חזר ציהכ"נ אם דינה כהקדש או כחזר השותפין. יעוי' צקצוה"ח שהקשה, דהנה צמג"א (סי' קנ"ד ס"ק כ"ג) מתצאר דדינה כחזר הקדש, ואמאי לא חשיב כחזר השותפין, ומה"ט כתב צריצ"ש (סי' ר"ה) דארבע אמות זוכה לכל אדם צציהכ"נ דה"ל חזר השותפין, וכדאיתא צנדריס ר"פ השותפין מ"ו צ' והוצא צצ"ש צאהע"ז (סי' ל' סק"ט) עי"ש. וא"כ ה"ל חזר השותפין שמצואר צשו"ע (סי' ר"ס ס"ד) דזוכין השותפין, ובהדיא תניא צצ"מ כ"א צ' המוצא מעות צצתי כנסיות וצצתי מדרשות הרי אלו שלו, וע"ש צצ"מ כ"ד א' דמיירי צשל ישראל,

וא"כ מוכח להדיא דמנא צבית הכנסת הרי אלו שלו, אבל לאו מטעמא דאין יד להקדש כיון דצתי כנסיות דין שותפין דהדיוט הוא וכדאיתא להדיא צנדריס, והרי צתי כנסיות כחצר שאין צו דין חלוקה, אלא כיון דהדיוטות הוו א"כ שפיר שייך ציה כל התירוטים שנאמרו בגל וצכותל, או משום דהו"ל צאיסורא אחי לחצר, או משום דאינו רגיל לצא אינו זוכה שלא מדעת, כיון דהדיוטות דשותפין צריך דעת, עכ"ד הקצוה"ח.

והנתה"מ (צפתיחה לסימן ר') כתב ליישב קושיית הקצוה"ח, דכיון ששיעצדו הקהל הצית לצורך הקדש של צית הכנסת לא גרע מחצר המושכר להקדש, דהא חצר המושכר קונה לשוכר, והגזר יד הקדש הוא ורואה לזכות לצורך הקדש, וגם דעת שכניה איכא. ולכן הוצרך האגודה לטעם דאין יד להקדש. עכ"ד. — אכן הקצוה"ח לא הקשה מטעם דחצר השותפין לא קונים זה מזה, רק דציהכ"נ לא הוה הקדש אלא דהדיוט, וזהו שכתב הריצ"ש (שם) דד"א של אדם זוכה לכל אדם צציהכ"נ דהו"ל חצר השותפין. וא"כ מאי אכפ"ל צמה שמושכר להקדש, דסו"ס היאך הדיוט קונה ע"י ד"א. (ומש"כ הקצוה"ח מחצר השותפין, כוונתו היא דהו"ל ג"כ חצר השותפין, אבל יסוד קושייתו היא דציהכ"נ איננו של הקדש אלא דהדיוט).

ונראה ליישב קושיית הקצוה"ח, דהמג"ח צשם האגודה מיירי צית הכנסת של כרכים שאין להם צעלים מיוחדים. וצכה"ג

אין ציהכ"נ קונה צחצר דדמיא להקדש שאין לה צעלים מיוחדים, ומה שהצית צקצוה"ח מהצ"ש, התם מיירי צצית הכנסת של כפרים שיש להם צעלים מיוחדים. — וצחידושי הרא"ה צציתה ל"ט צ' צצר כתב דהא דציהכ"נ הוה כשותפין לענין גזרים, מיירי צציהכ"נ של כפרים. (ועי' שו"ת צאר יצחק או"ח סי' כ"ד).

ויעוי' צקצוה"ח (סי' רנ"ט סק"א) דהצית מהרמב"ן דכתב דלא דמהני יאוש אלא כשהדבר אינו צרשותו, והקשה הקצוה"ח מהא דאיתא צ"מ כ"ד א' המוצא מציאה צצתי כנסיות וצתי מדרשות הרי אלו שלו מפני שהצעלים מתייאשין, והרי חצר צציהכ"נ הוה חצר השותפין, כדאיתא צנדריס מ"ו א' דציהכ"נ הוה כחצר שאין צו דין חלוקה, וא"כ לא יאוש מרשותו ואפ"ה מהני ציה יאוש. ע"ש. אמנם י"ל דהא דאיתא צנדריס (שם) דציהכ"נ הוה כחצר השותפין היינו צציהכ"נ של כפרים שיש לו צעלים מיוחדים, וכמש"כ הרא"ה צציתה הג"ל. אבל צסוגיא דצ"מ מיירי צציהכ"נ של כרכים שאין לו צעלים מיוחדים, ולכן מהני ציה יאוש דאי"ז צרשות הצעלים.

ובעיקר מש"כ המג"ח (סי' קנ"ד ס"ק כ"ג) מהאגודה דחצר צציהכ"נ אינו קונה לרשות צציהכ"נ, ולכן המוצא מציאה צחצר צציהכ"נ זכה צה המוצא. יעוי' צתשו' חת"ס (או"ח סי' מ"ד) שהעיר, דגם אס יש חצר לצציהכ"נ מ"מ הרי אינה משתמרת, וא"כ צלא"ה לא זכה צציהכ"נ. אמנם הפרמ"ג

קדושה זו מקדושת פה. ודברי הרמב"ן הוא באופן שהחזר זכה מעצמו, ולא כשהתורה קדשו. וכיו"צ יעוי' בספר מקור ברוך ח"א סי' כ"ד. ובקה"י שבועות סי' י"ט, וע"ש בקה"י שצידד לומר דרק בחזר ליכא מעילה משום דבזכיית החזר לא נתפס קדושה רק זכות ממון להקדש, ולכן ליכא מעילה, וכדאיתא ב"מ כ"ז ב' בויני בחול ואח"כ מקדישין הרי דאע"פ דהוי ממון הקדש ליכא מעילה רק בהקדש אח"כ. אבל כשיש ע"ז קדושה כגון בבכור שפיר דמי גם בלא קדושת פה. ע"ש. ובמה שמצינו מעילה בזוללות קדשים אע"פ שלא היה קדושת פה, יעוי' במקור ברוך שם.

והקצוה"ח (סי' ר' סק"א) הוכיח דגם בלא קדושת פה איכא מעילה כל שזכה בו הקדש, ללא כמו שביאר בשיטת הרמב"ן, מנדרים ל"ד ב', דלמרינן התם היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זו הקדש דאיכא מעילה. והר"ן פירש להכחך היה בתוך ד' אמות שלו וזכה ד"א שלו להקדש כענין מגביה מציאה לחצירו שנעשה שלוחו של הקדש לזכות צעד ההקדש. הרי דגם בלא קדושת פה אלא רק קנין דהקדש ואפ"ה אית ציה מעילה. [ודין קדשי בני ישראל דבעינן קדושת פה, כתב הקצוה"ח שאינו אלא בקדושת הגוף ולא בקדושת דמים].

ויעוי' בקה"י (כאן סי' ל"ו סק"ד) די"ל דהרמב"ן מפרש כפירוש הר"א ממיץ שהוצא ברא"ש שם דקנה מטעם דזידו לזכות

(בא"א שם) כתב דהוי חזר המשתמרת. — ולכאורה י"ל דמש"כ המג"א בשם האגודה היינו בחזר ציהכ"נ בדוקא שאינה משתמרת, וזהו גופיה טעמו דהאגודה דאין החזר קונה מטעם שאינה משתמרת, וממילא אין דברי הרמב"ן בסוגיין דכתב דיש חזר להקדש, צהיפוך מהאגודה, אלא דהרמב"ן מיירי בחזר המשתמרת והאגודה מיירי בחזר שאינה משתמרת. ולפ"ז צציהכ"נ גופא יקנה הציהכ"נ דהו"ל מקום המשתמר. אמנם הפרמ"ג (שם) כתב דמש"כ המג"א מנא דבר בחזר ציהכ"נ הוא לאו דוקא, אלא אפילו צציהכ"נ גופא קנה, דהוי מקום המשתמר, ואפ"ה לא קנאו הציהכ"נ משום דאין חזר להקדש. [ובעונג יו"ט (סי' ט"ז) כתב דמכיון ויש לקטנים חלק צציהכ"נ א"כ כשם שהקטן לא זכה ה"נ הגדול לא זכה].

וברברי הרמב"ן הנ"ל דמעילה שייך רק בדבר שהוקדש צפה, הקשה האחיעזר (ח"ג סי' ס"ז) דאמאי בבכור יש מעילה כדאיתא בשבועות כ"ד ב', הרי אין שם קדושת פה דמאליו הוא קדוש. ואין לומר משום דיש מצוה להקדישו, דהא מאליו הוא קדוש. ותירץ, דשאני בכור דכיון דהוי קדשים קלים ויש צוה זריקה לא גרע מעשה זריקת הכהן מקדושת פה. (ומה שאין מעילה בקדשי גויים, היינו משום דהוי עולות, ובעולה גם בישראל המעילה היא עוד מקודם זריקה, ולכן אין הזריקה מקדשת. משא"כ בכור דהוי קדשים קלים, דמתקדש רק ע"י הזריקה דהרי ע"י הזריקה יש מעילה). — עוד תירץ, דבכור נתקדש מרחם, ולא גרע

בו (ועי' בקצוה"ח סי' ר"ד סק"ג). אלא שהקצוה"ח הוכיח דהר"ן פליג על שיטת הרמב"ן וסובר דאפילו בהקדש מאליו אית ציה מעילה, והא דליכא מעילה צבור ונתמלא מיס, היינו כמש"כ ברש"ם והתוס' דחזר אינו קונה להקדש כלל משום דאין חזר להקדש, משא"כ בההיא דנדרים דהני ד"א הם חזירו של ההדיוט והי כידו או כשלומו של הדיוט, וההדיוט זוכה בצאתו חזר לצורך הקדש מדין זכיה שיכול לזכות לאחרים. את"ד הקצוה"ח. ובקה"י כתב די"ל דגם הר"ן סובר כהרמב"ן, דכל שהוקדש מאליו אין צו מעילה משום דאינו מקדשי בני ישראל, אבל כשאדם זוכה לצורך הקדש שפיר קרינן ציה מקדשי בני"י כיון שע"י זכיית ישראל נעשה הקדש. וזהו עפ"ד הר"ן פ"ב דקידושין, שהציא דעת הסוברים דזכיה לאו מטעם שליחות מדמהני זכיה לקטנים גבי נשיא אחד למטה. והיינו דכח זכייתו לאחרים אינו מטעם שהוא שלוחו של זה שזוכין בשבילו, אלא שזהו כוחו שלו, שכמו שיכול לזכות לעצמו ה"י יכול לעשות חלות בעלות לחזירו כשמתכוין במעשה זה לזכות לחזירו, וע"ש.

והנה החת"ס בתשו' הנ"ל (או"ח סי' מ"ד) כתב דהאגודה המוצא במג"א (בסי' קנ"ד) ס"ל דמקום שרצים מנזיים שם חשוב חזר המשתמרת. אולם כל הפוסקים פליגי וס"ל דאי"ז חזר המשתמרת, דבהא דשנינו ב"מ כ"ו ב' מנאו צחנות הרי אלו שלו כתב הרמב"ם פט"ז מגזילה ואצידה ה"ד דהטעם בזה הוא משום שאינה חזר המשתמרת ואע"פ שבעליה בתוכה צריך לומר

תקנה לי חנותי. וכעיי"ז כתב הרמ"ש (פ"ב דצ"מ סי' י') דאפילו איתיה צחנות לא קנה, דאין מועיל עומד בצדו אלא אם יכול לשמרו ויכול לעכב שלא יטלוהו אחרים אבל הכא כיון דלא ידע דאיתיה שם ורצים מנזיים שם לא קנה. וכעיי"ז כתב הנמוקי"י בשם הרשב"א והרנב"ר, והוצא בש"ך (סי' ר"ס ס"ק י"ח), וכתב הש"ך דה"ה כל מקום שרצים מנזיים. – ולכאורה יש לדון בד' החת"ס, דיתכן להנך קמאי מיירי דוקא במקום שאינו יודע שצאה מציאה לחזירו, דמכיון דרצים מנזיים שם והוא אינו יודע שצא הדבר לחזירו אי"ז חזר המשתמרת ולא קנה, אבל אם יודע שיש שם מציאה י"ל דקנה אף אם רצים מנזיים, ובהכי קמייירי האגודה.

ובגדר חזר המשתמרת יש לדון דחזר המוקפת מחיצות הרי היא חזר המשתמרת אע"פ שלא נעל דלתו, וכ"כ הנתה"מ (סי' ר' סק"ג) צוה"ל: "והנה מה נקרא אינה משתמרת, נראה דדוקא כשהוא מגולה בלא מחיצות נקרא אינה משתמרת, וכן מוכח בגיטין בפרק הזורק ע"ט א'. וראה לזה, דהא כלים מטעם חזר הוא כמבואר בש"מ ט' ב', וא"כ קשה למאן דס"ל דבעינן דוקא בתוכה (ברמ"א סי' ר' ס"א), א"כ כלי צסימטא אמאי קנה דהא לאו משתמרת הוא, ועומד בתוכה אי אפשר בכלל, אלא על כרחך דמחיצות הכלי כמחיצות החזר וחשיב כחזר המשתמרת". וכיו"צ כתב שם הנתה"מ (בסק"ו) דכלי נידון כחזר המשתמרת וא"ל לעמוד בצדו. ויעוי' ג"כ בערוך השלחן (סי' ר' סעיף ב') שכתב: "אין

דדין כלי כחצר המשתמרת ע"י המחיצות דאל"כ הו"ל לעמוד בתוכה וזה לא שייך בכלי. יש להעיר דהנחה"מ (בסי' ר"צ סק"ה) כתב דבעת אחרת מקנה סגי כשעומד בצדו וא"כ שיהא עומד בתוכו. (דוקא בזכיות מציאה כריך שיהא עומד בתוכו דומיא דידו). ולפ"ז אין הכרח דכלי הו"ל חצר המשתמרת מדלא שייך שיהא עומד בתוכו, דהרי קמייירי כשקונה מחצירו, וצכה"ג סגי בעומד מצדו, וסגי אע"פ שאינו עומד בתוכו.

ויעוי' בשו"ת דברי חיים (ח"א יו"ד סי' ס"א) דכתב דאף כלי שיש לה תוך אינו קונה אלא"כ עומד על גבה ורוצה לקנות על ידה. – ובדברי הרמ"א (סי' ר' ס"א) שהצריך עומד בתוכו, י"ל דזהו דוקא בחצר שיש לו מחיצות דאם עומד מבחוץ אי"ז עומד בתוכו, אבל כשאין הפסק מחיצות סגי בעומד חוץ לו, וה"ה בכלי. וכ"כ הבית שלמה (או"ח סי' ס"ד), והחלקת יואצ (ח"א חו"מ סי' ו'). והוסיף החלק"י להוכיח מדמהני נתינת גט ע"ג עבדה דהו"ל חצירה ואפילו בע"כ משום יד, והרי אין צדק עמידה בתוכה. ובהכרח דהרמ"א אחי לאפוקי רק רחוק מהחצר.

ועי' בס' ערך שי (סי' ר' ס"ט) דהא דלריך עומד בתוכו היינו רק בקרקע ולא הוא דומיא דידו אלא כשעומד בתוכו, אבל בכלי דהוי דומיא דידו צמה שאוחז בכלי אע"פ שאינו עומד בתוכה.

ובבמה דבעינן בחצר שתהא משתמרת י"ל דיסודו הוא מפני שלא יקדמנו אחר

חצירו של אדם קונה לו אלא"כ משתמר לדעתו כגון שהוא מוקף מחיצות אף שאינו נעול ואינו מקורה". ולפ"ז כשיש מחיצות כשחלק מבחוץ למחיצות, ג"כ קנה בעל הבית את החפץ, וכמש"כ בס' ערך שי (סי' רס"ח) בזה"ל: "נ"ל אם מקנתה חוץ לחצירו או חוץ לד"א קונה המקנת שבחצירו לחצירו כידו או דקונה מה שצידו אף שהשאר לא קני, ומש"כ הנחיצות דבחצירו נמי כשמונה מקנת חוץ לחצירו לא קנה היינו מה שמונה חוץ לחצירו".

אמנם בדברי הגתה"מ הנ"ל, יל"ע טובא. דמנ"ל דסגי במחיצות למהוי חצר המשתמרת, ובפשיטות הגדר דהוא אם הלוקח מחצר זה נתפס עליו כגנב. ובראייתו מהא דכלים מטעם חצר דהקשה לפמש"כ הרמ"א דבעינן דוקא בתוכה, י"ל דהיינו דוקא כשהשמירה באותו חצר היא דומיא דידו שזהו השמירה המעולה, וזהו כשיכול להכנס לתוך החצר, אבל כשאין באפשרותו להכנס לתוכו וכגון בכלים א"כ סגי כשעומד בחוץ. ומעתה י"ל דאינו נקנה בחצר. – ובעיקר דבריו של הגתה"מ, יש לדון. די"ל דדברי הרמ"א (בסי' ר' ס"א) מייירי במקום שמוקף מחיצות ולכן הו"ל שיעמוד בתוכו, דהרי כשעומד בחוץ אי"ז כעומד בצדו שהמחיצות חוצצות, אבל כשאין דבר אחר מעכבו, ודאי דקנה.

ובעיקר דברי הגתה"מ שכלי שיש לו תוך דינו כחצר המשתמרת, הנה הוכחתו מדאמרינן דכליו של אדם קונה לול ומוכת

לזכות זה, ולכן כשיש דעת אחרת מקנה א"ל שהחזר תהא משתמרת שהרי בלא"ה החזר משתמרת לו מאחרים שלא יזכו בהחפץ, שהרי המקנה מעבד קנינו לאחרינא רק להזוכה זו. ודוקא לענין מציאה צעינן שתהא חזר המשתמרת שהרי אין מעבד לאחרינא לזכות בדבר, ורק צמה שהיא משתמרת מעבד אחרים מליקח. ויסוד הדברים מצואר בשיטת"ק, "ב"מ י"ב א' ד"ה חזר, שכתב: "צמתנה מועיל גם באינה משתמרת, משום דמתנה אינה משתמרת כמשתמרת דמיא, ולעולם היא משתמרת למקבל אף כי החזר אינה משתמרת, כיון דדעת אחרת מקנה אותו הרי אין שום אדם יכול לקנות זו כי אם מדעת המקנה והרי נותנה ומקנה אותה למקבל, נמצא שהמתנה משתמרת למקבל אף כי אינה משתמרת משאר בני אדם מה בכך מ"מ אינם יכולין לזכות בה, אבל מציאה דהפקר היא וכל הקודם זכה בה, להכי לא זכי בה באינה משתמרת דאין המציאה משתמרת לבעל החזר יותר משאר בני אדם כיון שהחזר אינה משתמרת". והוצא בקצוה"ח (סי' ר' סק"צ). והנה בקצוה"ח (שם) כתב דכיסוד זה מתבאר גם בדברי הגהות מיימוני (פ"ג

מכירה הי"ב) הוצא ב"ב (סי' ר"ב) בזה"ל: "נ"ל דלא צעינן ישן אלא בגט דחוב הוא לה התם צעינן חזר המשתמרת לדעתה, אבל במכר ומתנה לזכות הוא לו ויש שם דעת אחרת מקנה אפילו אינו משתמר ואינו עומד בצדו כו' ואפילו הוא ניכוח ריון שאינו יכול לילך הוי שפיר חזר לקנות זו המטלטלין שעליו וכו'". וכתב הקצוה"ח דהרי בניעור ליכא שימור כלל, ואפילו לא שימור דהנותן, ועכ"ז מהני דעת אחרת מקנה, וחזינן להדיא דגבי דעת אחרת א"ל שימור, דשום אדם לא יזכה זו. — ותמה הקצוה"ח ממש"כ אח"כ ה"ב (בסי' ר"ב) דליכא מ"ד דחזר שאינה משתמרת קנה אפילו במכר ומתנה. והרי ה"ב גופי' הביא דברי ההגה"מ דכשדעת אחרת מקנה א"ל משתמרת. אמנם י"ל דאין דברי ההגה"מ כד' השימ"ק, דבאמת נקיט ההגה"מ דגם כשדעת אחרת מקנה צעינן שהחזר תהא משתמרת. אלא דא"ל משתמר לדעת המקבל וסגי לדעת הנותן. ודוקא בגט צעינן שהשימור יהיה לדעת האשה דהרי לא סגי כשהבעל משמר כדאיתא בגיטין ע"ח א'. — אמנם בשו"ע (בסי' ר' ס"א) פסק דלא כד' השימ"ק הנ"ל, וכמש"כ בקצוה"ח שם.

## סימן לח

## בדין חזרת המאנה כשהלוקח יכול לחזור בו

אמאי שניהם חוזרין צדיטול מקח, ואמאי לא אמר אי לאו דאוינתן כו' כמו בשמות, ומירצו: "לפי שהוא רחוק מן המקח יותר מדאי וכאילו לא מכר כלל שאין ראוי מקח כזה להתקיים". הרי דלא נקרא עליו שם מקח כלל, וז"ל הרא"ש: "לפי שרחוק מן המקח יותר ואין דרך בני אדם לטעות לא נקרא עליו שם מקח ונתבטל המקח מעיקרא". ומבואר דאי"ז חזרה מהמקח, אלא דלא נקרא עליו שם מקח מעיקרא. – אולם התוס' והרא"ש הביאו בשם הריב"ם לתרץ, דבאמת חל המקח רק דיכול המתאנה לחזור בו, וממילא גם המתאנה יכול לחזור בו, וז"ל הרא"ש: "אבל ביתר משתות דהוי אונאה מרובה כשצא המתאנה להתרעם על אונאתו חשיב כמקח טעות ויכול אף המתאנה לחזור ואין חשוד מקח כלל כו'". הרי דדוקא כשצא המתאנה להתרעם על המקח הוי מקח טעות, הלא"ה אינו בטל. והו דעת הרי"ף. ועי' בנתה"מ (בסי' רכ"ז סק"א) נפק"מ במקדש אשה במקח זה עד שיתרצה המתאנה, האם הקידושין חלו.

והנה לכו"ע זכות ציטול מקח תלוי במתאנה, רק דנחלקו כשהמתאנה חזר בו ואח"כ חזר מחזרתו, דלדעת הרמב"ם ודעמי' יכול לחזור בו שוב, דהכל תלוי בו, ולה"ר

(א) ב"ב פ"ג ז', אמר רב חסדא מכר לו שיה חמש צשש והוקר ועמד על שמנה מי נתאנה לוקח, לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר משום דא"ל אילו לא אוינתן לא הוה מציית הדרת כך השתא דאוינתן מציית הדרת כך כו', מאי קמ"ל מתנייתין היא, אי ממתני' הו"א דלמא דרב חסדא תרוייהו מצי הדרי בהו כו'. והרא"ש (פ"ה סי' י"ד) הביא פלוגתא דרבינו יונה והרי"ף בחזרת המתאנה כשהלוקח יכול לחזור בו, דרבינו יונה ס"ל דכל זמן שהמתאנה לא תבע אונאתו יכול המתאנה לחזור בו, והרי"ף ס"ל שהמתאנה יכול לחזור רק כשהמתאנה תובע אונאתו. וביאור פלוגתתם הוא אימתי חלות המקח שנעשה באונאה, דרבינו יונה ס"ל דמקח שנעשה באונאה לא חייל עד שיתרצה הלוקח, וכל זמן שלא חייל רשאי לחזור בו. וז"ל: "כיון דמסתמא מקח טעות הוא גם המתאנה חזר דהא לא שייך למימר אי לאו דאוינתן כו' שהרי כנושא ונותן בלא משיכה דמי אבל אם נתרצה המתאנה במכר אין המתאנה יכול לחזור בו אח"כ". ומבואר דעד שנתרצה המתאנה חשיב המכר למקח בלא משיכה דלא חייל. והיינו דרק בהסכמת המתאנה לקיום המקח, חייל המקח.

ובי"ב נקט הרא"ש והתוס' בסוגיין שהקשו

יונה לא יכול לחזור מחזרתו. – והדברים מבוארים בחידושי הריטב"א בסוגיין, שכתב: "והקשו בתוס' לפום טעמא דר' חסדא היכא דאיכא אונאה יתר משתות, למה אמרו שניהם חוזרים ואפילו המאונה, לימא ליה אי לאו דאזניתן לא מנית הדרת בך כו'. ומירץ ריב"ס דאה"ג, ולא אמרו שניהם חוזרים זהם אלא כשהמתאנה רונה לקיים מקחו אין המאונה חוזר בו, וכן דעת מורי נר"ו ורבו הרמב"ן וכן נראה דעת הרי"ף". – ויעוי"ש בריטב"א שהציא דברי רבינו יונה, בזה"ל: אבל החסיד הר' יונה ז"ל הקשה על זה דגבי אונאה יתר משתות שהמקח בטל מי הזכיר תביעת אונאה כלל עד שנאמר שאין המאונה חוזר בו אלא כזה תובעו אונאה שאין צידו לתבוע, והוא ז"ל אמר דודאי פשיטא דכשארמרו ביותר משתות בטל מקח אינו משום לתא של מאונה, אלא כיון שאין דרך להעמיד מקח שיש בו אונאה, צו תקנו שיוכל המאונה לחזור בו לגמרי ועשאוהו מפני חזרתו כדין מקח טעות ושיהיו שניהם חוזרים בו להראות כי מקח כזה ראוי שיהא בטל, ומ"מ אם קודם שהספיק המאונה לחזור בו ידענו שיתר המתאונה אונאתו שוב אין המאונה יכול לחזור, דא"ל אם לאו דאזניתן כו'. ומפני זה תמנא שאלו שהה הלוקח המתאונה בכדי שיראה לתגר כיון שנתרנה שוב אינו יכול לחזור אף המוכר המאונה אינו חוזר בו, ואע"ג דבעלמא כשנתאנה מוכר לעולם חוזר מעתה כיון שהוקרו הפירות קודם שחזר בו המאונה, אגן סהדי דמחיל ויתר אונאתו ושוב אין המאונה חוזר בו, אבל

אילו בא מתאונה ואמר שלא נתרנה, נאמן הוא על עצמו ואם בא לחזור איכא חזרה על כל אחד מהם מכאן ואילך. ע"כ דברי הרב שלא בלשונו ממש, ודברים נכונים וברורים הם וליכא למינדא מינייהו". עכ"ל. הרי להדיא דלכו"ע זכות ציטול מקח תלוי במתאנה, רק נחלקו כשהמתאנה חוזר מחזרתו, דרבינו יונה ס"ל דמחל בחזרתו ואינו יכול לחזור בו מכך. והרי"ף והרמב"ם ס"ל דשפיר מצי לחזור מחזרתו.

(ב) והבאנה חזירו והלה לא תבע עדיין האונאה, אם שרי להמאנה להשתמש בזה, יעוי' בנתה"מ (סי' רכ"ז ס"ק י"ט) שכתב דשרי להמאנה להשתמש בזה. ע"ש שכתב בזה דקיי"ל דהמוכר שדה ויפאו עליה עסיקין דבטל מקח, וכתב הרמ"א (בסי' רכ"ו ס"ה) דאם יאך רק קול בעלמא אפילו לא נתקיים המקח לגמרי לא יוכל לבטל המקח בשביל דברים בעלמא, ולידד הנתה"מ דלכאורה נראה דהיינו דוקא בקרקע דקיימא לאגרא או למכירת פירות, שיכול הלוקח לאכול הפירות או למכרם עד שיבוא הנגזל ויטרוף הפירות ויחזור על המוכר מכח אחריות דשבתא ופירי, משא"כ במטלטלין דכשעומדין ברשות הנגזל דהיינו שלא נתייאש הנגזל, אסור לשום אדם להשתמש בו דשאלא שלא מדעת גזלן הוא, והוא אדעתא דלהשתמש בו או למכרן לקחן, וכשאינו יכול להשתמש בו, המקח בטל. אמנם סיים הנתה"מ, דגם אם נימא דבמטלטלין אסור להמאנה להשתמש, דמכיון וקנאם אלא דחייב

עתה ואין המתאנה יכול לתבוע אונאתו אלא כשיש שם אונאה בשעה שהמקח מתקיים כו'. עכ"ל. והב"י כתב דאע"ג דמשמע מדברי הרא"ש שדעתו נוטה לדעת ה"ר יונה, סתם רבינו דבריו כדברי יש אומרים משום דמסתבר ליה טעמייהו, וכ"פ הרמב"ם (בפי"ב ממכירה הט"ו). – אולם הדרישה (ס"ק י"ב) תמה ע"ד הב"י, דמה ענין דרבינו יונה לכאן, הא דברי יש אומרים ורבינו יונה שהביא הרא"ש, קאי על דברי רב חסדא, ולפרש דבריו. וכתב: "זה מוכרח להמדקדק בלשון הרא"ש שם שבתחילה הביא שם דברי רב חסדא, וכתב עליו דלא קיימ"ל כותיה דדיניה, ואח"כ כתב סוגיית הרי"ף ורבינו יונה, ואחר סיום דברי רבינו יונה הביא דברי ה"א ורבינו יונה, ודברי ה"א קאי על דברי רב חסדא דמיירי באונאה שמת, דאי אדרבינו יונה קאי דמיירי ביתר משמות הרי ציטול מקח היה ולא יכול לתבוע אונאתו. ומ"ש ואם אין הלוקח רוצה לחזור כו' היינו נמי אליבא דרב חסדא דאמר לוקח יכול לחזור כו'. – וע"ש בדרישה, דשיטת רבינו יונה דקיי"ל כרב חסדא, וממילא לדין דקיי"ל דבשמות קנה ומחזיר אונאה, א"כ אפילו רבינו יונה מודה דחייב ליתן ללוקח הסלע האחד. עכ"ד הדרישה. – וגמלינו למדין, דדעת הב"י טעמא דרבינו יונה הוא משום דלא נגמר המקח, כשיכול הללוקח לחזור כו, דכו"ע מודים בזה. ולדעת הדרישה בזה נחלקו רב חסדא ורבנן, דלכו"ע הו"ל מקח טעות.

להחזיר אונאה, כמ"ש הסמ"ע (בסי' רכ"ה סק"ה) הו"ל ציטול דוקא כלפי הלוקח, אבל לגבי המוכר המקח חל, דעד שהנגזל יוציאנו צ"ד אינו יכול לציטל המקח. ועוד כתב הנתה"מ סבירא אחרת בזה, דאפילו המתאנה יכול להשתמש בו כל זמן שלא חזר בו המתאנה, דאימר לא יחזור בו המתאנה כלל. – חכן כשהלוקח נתאנה ורוצה לחזור, אסור להמתאנה להשתמש בזה.

והנה הטור (בסי' רכ"ז סעיף י"ב) כתב: "והיכא שמכר לו שוה חמשה בשעה ולא הספיק להראותו עד שעמד בשמנה אע"פ שחזר לדין ציטול מקח אצל מוכר אפ"ה אינו יכול לחזור בו, ולא עוד אלא שחייב ליתן ללוקח האחד שהרי נקנה המקח וברשות לוקח הוקר. וכן אם מכר שוה ששה בחמשה והחול ועמד בשלשה חייב לוקח ליתן סלע של האונאה שהרי נקנה המקח וברשות לוקח הו"ל". והב"י הביא בזה פלוגתא ד"א ורבינו יונה שהובא ברא"ש (פ"ה ד"ב ס' י"ד) בזה דקאמר רב חסדא מכר לו שוה חמשה בששה והוקרו ועמדועל שמונה מי נתאנה לוקח לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר, וכתב הרא"ש: "ואם אין הלוקח רוצה לחזור בו אלא תבוע אונאתו מן המוכר י"א שצריך להחזיר לו אונאתו דכיון שאם תבוע קודם שהוקרו היה צריך להחזיר לו אונאה גם עתה כשהוקרו ברשות ידיה אייקור. וה"ר יונה ז"ל כתב שאין יכול לתבוע אונאתו דכיון שהיה יכול לחזור בו לא נתקיים המקח עד

סימן ל"ט

בסוגיא דכליו של מוכר ברשות לוקח

שלא יהיה יין נסך, וכתב הב"י הטעם, משום דצמדידה מן הסתם אינו מכוין לקנות ולא קנה צמדידה בעלמא. וזה הוא כסצרת הראב"ד. – והקל"ה"ח (סי' ער"ה סק"ד) יישב דסצרת הטור (צסי' ר') היא משום דמיירי בדעת אחרת מקנה, וצכה"ג קונה גם כשאינו מתכוין. ומהני מטעם זכיה שמזכה לו המקנה, וזהו דוקא בישראל ולא בגוי, דאין זכיה לגוי. [וצס' אולם המשפט סי' ר' ס"ז הקשה ע"ד הקל"ה"ח, דהא הרמב"ם נקט כדעת הטור צרפ"ז דמכירה, דגם כשלא נתכוין לקנין קנה כשמדד, ואפ"ה כתב דאם התחיל למשוך צרה"ר דאע"פ שקונה צמסירה אפ"ה כשהתחיל למשוך ולא נתכוין לקנות צמסירה לא קנה. הרי דגם כשיש דעת אחרת מקנה, לא קנה]. והנחה"מ (סי' ר' ס"ק ט"ו) יישב, דהגבזה קונה מדין יד ולא גרע מחצירו דקנה שלא מדעתו, וצכה"ג דקנה שלא מדעתו מהני רק מטעם שליחות, ואין שליחות בגוי. (והנה השו"ע שהציא דעת הראב"ד דלא קנה צכה"ג, משמע דפליג ע"ז, וס"ל דהגבזה לאו מטעם יד קנה).

ובב"ש"ב הנחה"מ דכשקונה מטעם יד א"צ כוונה לקנין, ולכן הגבזה למדוד מהני רק בישראל ולא בגוי, דהגבזה מטעם יד הוי (ועי' צזה צנחה"מ סי' קל"ח סק"ג),

(א) ב"ב פ"ד ז', א"ר אסי אמר רבי יוחנן מדד והניח ע"ג סימטא קנה, א"ל ר' זירא לרב אסי שמא לא שמע רבי אלא צמודד לתוך קופתו, א"ל כו' מדד לתוך קופתו מימרא צעי כו'. – ונקטינן דכליו של מוכר צרשות לוקח לא קנה, וכמזואר צשו"ע (חו"מ סי' ר' ס"ה). וכשמדד הלוקח, נחלקו הפוסקים אם קנה, יעו"י"ש צרמ"א (סעיף ז') די"א דצמדד הלוקח קנה מטעם משיכה (והיינו דעת רבינו יונה צסוגיין צד"ה מתני'). והוצא צהגה"מ פ"ד מכירה ה"א) ויש חולקין דלא קנה הלוקח צמדדתו (שם צס הראב"ד). ויעו"י"ש (צסעיף ח') צשו"ע, שהציא דיש מי שאומר דלא קנה הלוקח צמדדתו (והיינו דעת הראב"ד), אך הרמ"א הציא (שם) דיש חולקין וס"ל דאם מדד לוקח קנה (והיינו דעת הטור).

ובעיקר הכרעת הטור דמדד הלוקח קנה, אע"פ דצמדידה צסתמא אינו לכוונת קנין, ומה"ט פליג ע"ד הראב"ד שפסק דכשמדד הלוקח לא קנה שלא נתכוין למדידה זו צתורת קנין רק למדידה בעלמא נתכוין. והטור כתב ע"ד דלא צסתצרה. הנה המשל"מ (פ"ד ממכירה ה"ה) תמה, דצטור (יו"ד סי' קל"צ) צדיני יין נסך כתב דצעינן שהגוי יגציה היין לקנות קודם מדידה כדי

וכשקונה שלא מדעתו מהני רק משום שליחות, ואין שליחות לגוי. – הנה ד"ז לטעמי, דבריש ס' ר' כתב הנתה"מ דמה דחזירו של גוי קונה הוא מתורת יד. – ועוד צריך להוסיף, דלפמ"ש הנתה"מ (ס' קפ"ח סק"א וס' קל"ח סק"ג וס' רס"ח סק"ב) דקנין יד מהני רק על מה שבחוק יד, ז"ל דמדידה (דקמיירי צס' ר' ס"ח) היינו שמודד ומניח המצואה בחוק יד, ולא סגי צמה שאוחזו מבחון. (ובאמת דכ"ה צנתה"מ צס' ר' צחידושים ס"ק כ"ו, שכתב: "ודוקא כשהגציה צידו קונה צישראל דלא גרע מחזירו דקונה שלא מדעתו", הרי דדוקא כשהמדידה הימה צידו). – אמנם ז"ע צעיקר דברי הנתה"מ, דאיך יתכן לפרש הדברים צקנין הגציה דהוי מתורת יד, הרי צשו"ע מצואר דהוי מדין משיכה, וכיו"צ מפורש צרמ"א (ס' ר' ס"ז) שהציא דעת הפוסקים דמהני מדידתו לקנין, צזה"ל: "דמדידתו הוי כמשיכה".

וביסוד דברי הנתה"מ, דמדחזיין דקנין יד מהני שלא מדעתו, צהכרח דהוי מטעם שליחות. הנה יעוי' צתוס' לעיל נ"ד א' ד"ה אדעתא, דגם ציד דמהני שלא מדעתו, הקנין הוי מטעם יד, ולא מטעם שליחות. שהרי כתבו דאס יודע שנמצא החפץ בחזירו ואין מתכוין לקנות לא קני. ומדמהני מחשבתו לקצוע הקנין צהכרח דאי"ז מטעם שליחות, דאס מטעם שליחות לא אכפ"ל צמחצבתו, סו"ס הרי קונה בחזירו.

ובמש"ב הנתה"מ דהגציה (כשהחפץ כולו

בחוק יד, וכמשנ"ת) קונה שלא מדעתו, יעוי' צשו"ת צית שלמה (ח"מ ס' ס"ז) שהעיר מצ"ק כ"ט צ' דההופך את הגלל ולא נתכוין לזכות צה פטור, הרי דהגציה אינה קונה שלא מדעתו. ויש ליישב דמיירי צהגציה מחוק לידו, דציה אינו מטעם יד. – עוד קשה מדברי הרשב"א צסוגיין פ"ד צ' צהא דאמריין דהמוכר פירות לחזירו מדד ולא משך לא קנה, וכתב הרשב"א דאפילו כשמדד הלוקח דיש כאן הגציה ומשיכה לא קנה דלא נתכוין לקנות. וכיו"צ כתב צשיטמ"ק צ"מ י' א' דהמגציה ולא נתכוין לקנות דמי לעודר צנכסי הגר וכצבור שהוא שלו דלא קנה. וגם ציה יש ליישב דמיירי צהגציה חוק לידו דאי"ז מטעם יד אלא הגציה כדינה – ויעוי' עוד צתשו' צית שלמה הנ"ל, שמתה ע"ד הנתה"מ, שמתן דצרו עפ"ד המהרי"ט (ח"צ ס' מ"א), והרי המהרי"ט עלמו חזר צו (צס' ק"נ) שבחילת דצרו נקט דכסם דחזירו קונה שלא מדעתו ה"ה ידו קונה שלא מדעתו, ואח"כ הוכיח דיד אינה קונה שלא מדעתו, מצ"ק מ"ט צ' דהמחזיק צשטרות של גר דאס דעתיה לאו אשטרר לא קנה, הרי דיד אינה קונה שלא מדעתו. [וע"ע צתשו' סס, שהציא מציטין ס"א א' דעני שהחזיק צלקט ולא נתכוין לקנותו דאינו קונה, דיד אינה קונה כשאינו מתכוין ע"ש צתוס'. אמנם הרשב"א והר"ן פליגי וס"ל דשפיר קונה].

ובמש"ב הנתה"מ דטעמא דחצר קונה שלא מדעתו הוי משום שליחות, יש לצדד דא"צ כוונת קנין כלל ציה, דסו"ס ע"ס מה שנמצא צרשותו קונה, ואין כאן מעשה

## מנחת

בבא בתרא

## חיים

רצא

קנין שהולכנו כוונת קנין. ועי' אבנ"ז (אהע"ז סי' קס"א).

והנה זיסקוד הדין דחזירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, חזינן מהא דקטן אינו קונה דבאמת צעין דעת אלף דסגי צדעה כללית לקנין, ולכן קטן שאינו צר דעת לא מהני קנין. [ובגמ"מ בפתיחה לסי' ר', כתב באופ"א, דהיינו מטעם דאין יד לקטן, אלף שנתקשה בקטן שהגיע לעונת הפעוטות שיקנה, ולמשנ"ת א"ש]. – וכיו"צ מתבאר לעיל נ"ד א' תוד"ה אדעתא, שכתבו דהא דחזירו של אדם קונה לו שלא מדעתו היינו כשאינו יודע אם הוא בחזרו ואם היה יודע היה רוצה לקנות, אבל אם יודע ואין מתכוין לקנות את מה שבדודו ובחזירו, עי"ז אינו קונה. ומשום דלקנין חזר צעין דעת, ובכה"ג ליכא דעת. – וכיו"צ מתבאר בדברי הראב"ה צ"מ כ"ו א', דהנה שנינו שם כ"ה צ' מלא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו, ומפרשין מפני שיכול לומר לו של אמוריים הן, והקשו בתוד"ה דשתיך, אמאי לא קנה בעל החזר או בעל הגל את המציאה בקנין חזר. ויעוי"ש בהגהות אשרי (סי' ט') שתיריך בשם ראב"ה, דאין חזירו של אדם קונה לו בדבר שהיה יכול להעלות צדעתו שיזכה בו, אבל דבר שאינו מנוי כלל שיגיע לחזירו ולא העלה על לבו שיקנה אותו, לא קנה. והוצא ג"כ צמרדכי (שם סי' רנ"ח). הרי דכשאין דעת לקנין אינו קונה אף בקנין חזר. – ויעוי' עוד בפסקי רי"ד צ"מ י"א א' דטעמא שחזירו של אדם קונה לו שלא מדעתו הוא משום דכל אדם שיש לו חזר דעתו בשעה

שזכה בחזר דכל מה שיצא לחזירו יזכה לו חזרו. והציאו באמרי צינה (קונטרס הקנינים סי' ו' סוד"ה והקל"ה ח).

ובמחנ"א (קנין משיכה סי' ה') ציאר הירושלמי פ"ד דשביעית, מאימתי אדם זוכה צפירות שביעית, ר' ירמיה סבר משימתם לתוך כליו, ר' יוסי סבר אפילו נתנם לתוך כליו לא זכה בהם, דהוא סבר דאינהו ידידיה ולאו אינהו ידידיה. ע"כ. והיינו, דר' ירמיה סבר שהלוקט פירותיו שביעית נהי דאין ידו זוכה לו משום דאינו מכוין לזכות שסבור שהם שלו, מ"מ כל שנתנם לתוך כליו זכה דכליו של אדם זוכה לו מדין חזר כדמוכח בפ"ק דצ"מ, וקיי"ל חזירו של אדם זוכה לו שלא מדעתו, ולא דמי לידו דאינו קונה לו שלא מדעתו דחזר מדין שליחות אחי וקיי"ל זכין לאדם שלא מדעתו. ור' יוסי סבר חזרו מדין יד קני, וכשם שאם אחוס צידו וסבור שהם שלו לא קנה, ה"ה חזירו.

ובמש"ב הקל"ה ח (צסי' ער"ה סק"ד), דדעת אחרת מקנה מהני מטעם זכיה, הציאור הוא, דאין הקנאת המקנה מהני רק כשיש קונה, ולכן צעין רצונו של הקונה והיאך סגי צדעת מקנה, ובכרח דזהו מטעם זכיה. ובשו"ע (או"ח סי' רמ"ו ס"ג) צדיני שציתת צהמתו, מצואר דכשהשאל או השכיר צהמתו לגוי קודם שצת ועיכבה הגוי שצת יאמר צהמתי קנויה לגוי כדי שיגלל מאיסור תורה, והמג"א (סק"י) כתב דז"ל צהמתי קנויה לך, אבל אם לא א"ל צפניו לא מהני, דאפילו צישראל לא מהני אלף א"כ

זכה לו ע"י אחר, לכן נ"ל דל"ל לגוי דוקא בפניו כדי שיתכוין לקנות". והיינו, דמכיון ולא יכל מרשות הנותן לא מהני ע"י דעת מקנה רק מטעם זכיה, ואין זכיה לגוי דהו"ל מטעם שליחות ואין שליחות לגוי. וחזינן ג"כ דדעת מקנה בפני"ע לא מהני רק כשיש כאן קנין מהקונה, דכל מקח וממכר הוא ע"י קונה ומקנה, ובהכרח הו"ל הקנאת מקנה מדין זכיה.

ובעיקר דברי המג"א, יעוי"ש ז"ל בפרי"ש שהקשה אמאי בישראל לא מהני אלא כשזכיה לו ע"י אחר, הרי זכין לאדם שלא בפניו. ואין לומר דכיון שהשואל או השוכר אינו מתכוין לקנות הוי כעודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו הן דלא קני. דזה אינו, דכל דאיכא דעת אחרת מקנה לו קנה, כמ"ש הרשב"א בגיטין דף כ' ב' גבי עובדא דזקן שאני דידיע לאקנויי, ע"ש. וכ"כ הנמוק"י צ"צ דף מ"א א' מעובדא דרב כהנא הדר גודא. – וכתב שם דצמח"א (קנין חצר סי' י"ב) כתב כן, דצמתנה לא צעינן דעת המקבל אם יש דעת אחרת מקנה, ומיייתי לדברי הרשב"א והנמוק"י הנ"ל. וכתב ראה מדברי השו"ע בהל' שבת הנ"ל ודלא כהמג"א. (וה"ל המחנ"א: "גבי מתנה לא צעינן דעת המקבל כל דאיכא דעת מקנה, כמ"ש הראב"ד ז"ל בפרק חזקת והביאו הנ"י, והרשב"א ז"ל בחידושיו לפ"צ דגיטין גבי עובדא דזקן שאני דידיע לאקנויי, יע"ש. ובא"ח סי' רמ"ו כתב דאם הניח בהמתו אלל הגוי בשבת יאמר הישראל בהמתו קנויה לגוי כדי שינצל מאיסור דאורייתא. ע"כ. ואע"פ

שהגוי לא ידע מזה מהני כיון דאיכא דעת מקנה, ודלא כס' מגן אברהם יע"ש. עכ"ד המחנ"א). – וסיים היד אפרים: ומנחתו בקצה"ח ח"ב סימן רע"ה סק"ה שעמד ג"כ בזה על דברי הגמרא דק" (סי' קכ"ט) ועבודת הגרשוני (סי' ק"ב) שכתבו לענין זכור דכל שלא כיון העכו"ם לקנות דלא קני, והקשה מדברי הרשב"א והנ"י הנ"ל, וכתב לחלק דצמח"א לא מהני דעת אחרת מקנה שאינו רק מטעם זכיה שהנותן עצמו זכה לו שלא בפניו, ואין דין זכיה לעכו"ם. – וסיים היד אפרים: ומ"מ דברי המ"א ז"ע, דמשמע דאף בישראל כה"ג לא מהני אם לא בזכיה ע"י אחר. וזה אינו, דדעת מקנה ודאי קונה. ואפשר דס"ל להמג"א דצעינן דוקא שתיה בנכסות הזוכה בשעה שזה מזכה לו, ואז מועיל אף שלא נתכוין לזכות, וא"כ אם מקנה שלא בפניו יש לחוש שמא תהיה או הצהמה באגס וכדומה דלא קנה, ומה שימשכנה לרשותו אח"כ זה לא מהני כיון דאין מתכוין לקנות, ואז אין דעת אחרת מקנה. ולפ"ז אם הישראל רואה הצהמה עומדת בחצר העכו"ם שפיר הוא יכול להקנות שלא בפניו. ואפשר דמ"מ החצר אינו קונה להעכו"ם כו'. עיי"ש צמח"א.

(ב) שם בגמ', חצר השותפין קונין זה מזה כו', ומוקמינן צמודד ומניח לתוך קופתו. ויעוי' בס' מחנ"א (דיני קנין חצר סי' ו'), וזיינו הגרעק"א (בסי' קע"ו ס"ב), שכתב דהגם דאין חצר השותפין קונין זה מזה אלא דוקא כשמדד והניח לתוך קופתו, ובלא"ה לא קנה להם, מ"מ נראה דקמייירי

כשהיה שם כבר החפץ, אבל כל שהציא עכשיו חפץ והניחו בחצר השותפות כדי שיקנה חצירו, קנה. ומשום דיש שינוי רשות להוציאו מרשות לרשות. — אולם הגתה"מ (בסי' קע"ו סק"ז) תמה, דבסוגיין מוכח דלא כוותיה, אלא גם כשמשך עכשיו חפץ ומניחו בחצר השותפות כדי שיקנה חצירו לא קנה רק כשמדד והניח לתוך קופתו. [וע"ע באו"ש (פ"ד משלוחין ה"א), ו"ע מסוגיין].

ובקצוה"ח (בסי' קע"ו סק"א) כתב, דאפשר דהא דחצר השותפין אין קונין זה מזה היינו דוקא לקנותו כולו, אבל בגוונא דהקנין הוא להיות שותפין בחפץ שפיר מהני גם בחצר השותפין וגם בזה תמה הגתה"מ, דמה הפרש בין לקנות פלגא ובין לקנות כולה. וצביאור דברי הקצוה"ח י"ל, דאין הוראת בעלות לעצם הקנין צמה שנמצא בחצר השותפין כשהמוכר שהוא המקנה הוא שותף, דהרי אינו יוצא מרשות מוכר. משא"כ לקנותו לענין שיהיה שותף בו, בזה שפיר איכא הוראת בעלות צמה שנמצא בחצר השותפות, ושפיר נקנה להיותו שותף בו.

ובגתה"מ (שם) כתב, דכשכרו המקום שלא יהיה רשות להניח בו רק דברים המשותפים קנה, אבל הכא בסוגיין מיירי בחצר שהוא של שניהם לגמרי, שכל אחד יש לו רשות להניח בו מה שירצה, אין קונין זה מזה ע"י חצר המשותף. — ובטעמא דמילתא, דכשיש לכל אחד רשות להניח מה שירצה אין קונין זה מזה, ציאר הגתה"מ, עפ"ד הר"ן בדריס מ"ה ב' דהטעם דמותר צמודר

הנאה ליכנס לחצר השותפין למ"ד דיש ברירה וכשמשתמש הוצרר הדצר דאיתו מקום הוא שלו לגמרי ובשלו הוא משתמש, ומשו"ה אין קונין זה מזה, דתיכף כשהניח ראובן השותף החפץ שלו בחצר השותפין הוא הוצרר הדצר שהמקום שהניח עליו החפץ היא של ראובן, ושוב לא הוא מקום זה חצירו של שמעון וא"א לקנות לו, דמקום הנחת כלי של מוכר הוא חצירו של מוכר מטעם ברירה, משא"כ בחצר ששכרו בשותפות שלא יניחו בו רק דברים המשותפים ולא דברים שאינן שייכים לשותפות, וכשמניח בו השותף דבר שהוא שלו בעצמו שאין לו רשות להניח בחצר זה, לא שייך לומר בו ברירה דהא אין לו רשות להשתמש בו בזה ועדיין המקום של השותפות הוא וקונה המקום לשני השותפים. ע"ש.

ובגתה"מ (בסי' קס"ד סק"ז) כתב דבשותפין אמרינן דאחד משאיל לחצירו המקום כל זמן שהשותפות קיימת ואפילו בשעה שאין הפקדון צרשמו, דהו"ל כשכירות לזמן דממכר הוא. יעו"ש שיי"ש ב' בזה קושייתו צמ"כ רש"י ב"מ קט"ז ב' ד"ה לא קפדי כו' והגמוק"י (שם ע"א ע"א מדפי הרי"ף) הטעם בזה דשותפין לא קפדי אהדדי דהוי כאילו השאיל לו מקום וקשה דהא מצוה צכורות י"ח ב' באחד שהפקיד אלל רועה טלה חי והיה לצעה"צ כמו"כ טלה חי, ומת אחד, דיכול לומר שלך מת, ומשמע דאפילו השאיל לו מקום בחצרו ויחד לו מקום הדין כן, וגם בכל פקדון כתב הרא"ש בפ"ק דפסחים (סי' ד') דהוי כאילו השאיל לו מקום בחצרו. ועוד דמוכח (בסי' קל"ח

ס"א) דכשהצית של אחד וחצירו לקח אללו  
 דהוי בחזקת המוחזק צבית, ובהכרח ז"ל  
 דשאני שותפין דהו"ל כשהשכיר לו המקום.  
 וכיו"צ ביאר בנחה"מ (בסי' קל"ח סק"צ).  
 אולם יעוי' בנחה"מ (בפתיחה לסי' ר')  
 באופ"א.

והנה הרמ"א (בסי' ר"ז סעיף י"ג) כתב  
 לענין אסמכתא במשחק בקוביא, די"א  
 דאינו מותר רק כשהדף שהמעות מונחים  
 עליו קנוי לשניהם. וע"ש בחידושי הגרעק"א  
 שתמה דהא קי"ל דחצר השותפין אין קוין  
 זה מזה. וכיו"צ הקשה הקל"ה"ח (שם  
 סק"ו). – ולדברי המחנ"א (בדיני קנין חצר  
 סי' ו') שכתב דדוקא כשהיה כבר מונח על  
 מקום השותפות ללא קנה. אבל אם הביא  
 מציחו חפץ והניחו על מקום שותפות קנה,  
 כיון דיש שינוי רשות להוליאו מרשות לרשות.  
 ע"ש. ולפ"ז א"ש דמה"ט קנאו בחצר. –  
 אמנם הנחה"מ (בסי' קע"ו סק"ב) תמה  
 ע"ד המחנ"א מסוגיין. ולפ"ז ז"ע דברי  
 הרמ"א.

ולבאורה י"ל לפמש"כ הקל"ה"ח (בסי'  
 קע"ו סק"א) דהא דחצר השותפין  
 אין קוין זה מזה היינו דוקא לקנותו כולו,  
 אבל בגוונא דקוין זה מזה להיות הדבר שייך  
 לשותפות מהני גם בחצר השותפין, ע"ש.  
 ולפ"ז יתכן דגם במשחק בקוביא דקני היינו  
 צכהאי גוונא, דקודם נקנה המעות לשניהם,  
 ואח"כ מקנה אחד לחצירו, עפ"מ שזכו  
 בקוביא.

ובהג' אמרי צרוך לקל"ה"ח (בסי' ר"ז  
 סק"ו) י"ש, עפמ"ש החוס'  
 בסנהדרין כ"ה א' ד"ה כל כו', צזה"ל: "והא  
 דפסקינן משחק בקוביא קני, דוקא כשמעות  
 שניהם עפ"י הדף, לפי שהדף והמקום קנוי  
 לאותו שירויח כדי לקנות המעות אשר עליו"  
 עכ"ל. וכתב באמרי צרוך, דאפשר כונתם  
 שתחילת זכייחם צדף הוא אדעתא דהכי שלמי  
 שירויח יהיה הדף אז שלו כדי לקנות המעות  
 שעליו, וכה"ג אמריין צרייה, כמ"ש הר"ן  
 בנדרים ר"פ השותפין. – אמנם מקור דברי  
 הרמ"א הוא מדברי רבינו ירוחם (נתיב ט"ו)  
 שהוצא צ"י (בסי' ר"ז) צזה"ל: "ורבינו  
 ירוחם כתב שאם הדף אינו של שניהם הוי  
 כמשחק באמנה ולא קנו כו". הרי דנקט  
 בפשיטות דהדף אינו שייך לשניהם, ולא נחית  
 דלהוי כצרייה.

ג) הרשב"ם בסוגיין פ"ה א' ד"ה  
 המופקדין כו', כתב על הנמצא  
 ביד הנפקד, צזה"ל: "ומסתמא הקנה לו  
 נפקד למפקיד את רשותו לצורך פירותיו  
 למכור ולמדוד פירותיו צביתו כדרך כל  
 הנפקדים". ונקטו הט"ז (סי' קפ"ט)  
 ומהרי"ט (ח"א סי' ס"ה) שהציאור צזה  
 דרשות נפקד קנויה למפקיד.

ובפשט דברי הרשב"ם, יתכן דאין כוונתו  
 שהרשות שהפקדון נמצא בו הוי של  
 המפקיד. אלא שהנפקד נתן רשות למפקיד  
 להתעסק בסחורתו במקום זה, וצכה"ג  
 חשיבא כחצרו של המפקיד, שרשאי להכנס  
 שם ולהתעסק עם אחרים במקום זה, אבל

## מנחת

בבא בתרא

## חיים

רצה

מחמת הפקדון ענמו י"ל דאי"ז חזרו של המפקיד.

עוד יש לדון, דאפילו נימא דרשות שהפקדון נמלא בו הוא של המפקיד, י"ל דהיינו דוקא כשאין הנפקד מקבל על ענמו אחריות שמירה, ולכן חשיב כרשותו של המפקיד. אבל כשמקבל הנפקד אחריות שמירה, אין למפקיד זכויות בפקדון כלל דנימא דזכה לו חזירו, אלא כל אחריותו על הנפקד. ולפ"ז יש לדון בקושיית הקלוה"ח (בסי' קפ"ט סק"א) מקידושין מ"ז א' כשהפקיד אכל אשה, וקבלה שמירה ע"ז, ואח"כ מקדשה, דצמה מקדשה הרי הוא חזר המפקיד. ולמשנ"ת י"ל דמכיון וקבלה ע"ז שמירה, אין זה רשות המפקיד. דדוקא כשאין אחריות שמירה על המקבל הפקדון, אמרינן דחשיב רשות המפקיד. אבל צכה"ג דקבלה האשה השמירה עליה, קנתה בקנית חזר.

וי"ל"ע ביסוד הדבר שהנפקד מקנה למפקיד רשותו שהפקדון נמלא בו, דצשלמא כשהשימוש של המפקיד היה לזכרו ולשאר עניניו, שפיר י"ל דקנוי לו. אבל כשהשימוש הוא רק לשמור הפקדון שנתחייב בקבלת השמירה, יתכן דלרין קנין גמור, ואינו קונה בשימוש בעלמא. וזוהי אמנם חזינן דהרשב"ם נקט לא כן. אך יש לחלק לפמשנ"ת, צמה שדימה הקלוה"ח ד' הרשב"ם לדינא דשואל גרגורחני, צצ"מ ק"ג א', דהיינו מקום לחפור צאר, דכרי ליה בכל מקום שירצה. וכמו"כ הוכיח משוכר דקונה בשימוש, כדאיתא צצ"מ קט"ז ב'. דלפמשנ"ת אין

הכרע לדברי הרשב"ם, דלא שמענו התם אלא רק כשימושו הוא לזכרו.

ובם' דברי משפט (סי' קפ"ט סק"א) כתב, דד' הרשב"ם דחזר הנפקד קנויה למפקיד, היינו דוקא כשמפקיד לזמן, ובתוך הזמן אין הנפקד יכול לומר למפקיד טול פקדונך ולא, ולכן אם בתוך הזמן רוצה המפקיד להקנות לנפקד את הפקדון לא קנה הנפקד את הפקדון, מכיון דחזר הנפקד היא רשותו של המפקיד. אבל כשהפקידו צתמא, צלא הגבלת זמן, וכל שעה יכול נפקד לומר למפקיד טול פקדונך ולא (ובדקיי"ל סי' רצ"ג) אין הקרקע קנויה למפקיד.

וביבובקו, דאף דרשות נפקד שהחפץ מונח, צו הוא רשות של המפקיד, מ"מ הרי גוף החזר הוא לנפקד, ואפילו שנתנו למפקיד לשימוש הפירות שבו, וממילא אינה קנויה למפקיד לשימוש בעל כרחו של הנפקד. (ע"ש דמייתי הכי מגמ').

ועפ"ז יישב קושיית הקלות החושן, מקידושין מ"ז א' האומר לאשה התקדשי לי בפקדון שיש צידך, והלכה ומלאתו שנגנב או שאצד, אם נשתייר ממנו שוה פרוטה מקודשת. וכי נשתייר מאי הוא, צמאי מקדשה, הלא מחסרא משיכה, וצחזר אינה קונה דחזר דמפקיד היא. ויישב הדברי משפט, דמכיון והפקיד צתמא, וכן שעה יכולה לומר טול פקודיך, ואין הקרקע קנויה למפקיד לפירות בעל כרחו דנפקד, ממילא קנתה האשה בקנין חזר. (ועי' צנתה"מ סי' ר' צסוף הפתיחה).

והנה לפ"ד, יש ליישב גם קושיית הקצות החושן מע"ז ס"ג א', שהטלה עומד בחזרה של האשה, וכשזא עליה קנאחו מתורת אהנן, בקנין חזר. וחזינן דאע"פ שהזהמה היתה שם קודם, חשיב המקום כרשותה של האשה, וקונה מדין חזר. וקשה ע"ד הרשב"ם דחזר דנפקד קנויה למפקיד, דא"כ כמה קנתה האשה. אך לפמשינת, י"ל דמכיון והפקידה בסתמא, וכל שעה יכולה לומר טול פקודנך, אין הקרקע קנויה לו.

ובמש"ב הקצות החושן הנ"ל דהציאור ד'ה הרשב"ם ז"צ פ"ה א' ד"ה המופקדין, שרשות נפקד שהחפץ שם הוא רשות מפקיד, דנקנה בחזקת תשמיש. יעוי' בנתה"מ (סי' ר' בפתיחה) דלענין שיהיה חזירו לקנות על ידו, לא מהני שאלה לתשמיש עד שיהיה לו קנין ממש בגוף החזר. והיינו כמש"כ בס' ק"צ סק"ו, ע"ש דהוכיח מחזר שיש לשוכר רשות להורדת מי גשמים או העמדת סולמות שאין חזר זה קונה להשוכר. ולכן כדי שיהיה חזר שלו שיקנה לו מה שצמחו, צריך שיהיה לו קנין הגוף ממש לפירות.

ובדברי הקצות"ח הנ"ל דרשות הנפקד קנויה למפקיד, יש להעיר במש"כ הקצות"ח (סי' רמ"ד סק"ג) להסתפק למאי דקיי"ל באהע"ז (סי' קמ"א סמ"ג) דאין שליח עושה שליח לקבלת גט משום דהוי מילי, היאך נדון בעושה שליח לקנות חפץ והגיע החפץ לחזר השליח אס קונה, דהא חזר דגזרעא הוא משום שליחות, כדקיי"ל

בחו"מ (סי' רמ"ג סכ"ג), ושליח לקבלה אין שליח עושה שליח. ויעוי"ש בקצות"ח שהוכיח דחזר השליח קונה למשלח, מסוגיין פ"ה א' דשנינו "ברשות המופקדים אללו לא קנה עד שיקבל עליו", וחזינן דאס קיבל עליו נפקד זוכה לוקח ע"י חזר דנפקד, מוכח דשליחות דנפקד מהני בחזר, דהא חזר דנפקד קונה הוי מטעם דהנפקד זוכה בחזירו, ושלח ע"י הנפקד אין חזר דאחרים קונה לו. ע"ש. ויש להעיר, דהרי הרשב"ם פירש, דהא דלא קנה ברשות המופקדים אללו לא קנה עד שיקבל עליו, היינו שהפקיד שם מוכר פירותיו ומסתמא הקנה לו נפקד למפקיד את רשותו לצורך פירותיו למכור ולמדוד פירותיו בציתו דדרך כל הנפקדים, ולא קנה עד שיקבל עליו נפקד במצוות המפקיד לייחד לו רשות ללוקח לקנות הפירות. ע"ש. הרי דהלוקח קונה הפירות מפני שהמקום שצו הפירות הוא חזירו של הלוקח, ואי"ז מטעם שהנפקד נעשה שלוחו של הקונה ומקנהו מחמת חזירו של הנפקד, אלא דהחזר נעשית חזירו של הקונה, וכמ"ש הקצות"ח ג"כ בס' קפ"ט.

ובמש"ב הקצות"ח (בסימן רמ"ד סק"ג) דנידון אס חזר של שליח קבלה

קונה במתנה צעד המקבל, מכיון וחזר מהני מתורת שליחות, ואין שליח עושה שליח, דמילי לא ממסרי לשליח. ופשט מהא דאיתא בסוגיין דאס קיבל הנפקד עליו, קנה לוקח. [ובמתנה"א הל' קנין חזר (סי' א') הוכיח מהך דינא דאס קיבל הנפקד עליו, קנה הלוקח. דמוכח באמת דחזר משום יד, דאי משום שליחות לא היה מהני חזר של שליח

צעד המקבל, דהלא מילי לא ממסרי לשליח].  
 יעוי' צס' חבל יעקב (ח"א סי' א') שהעיר  
 ע"ד, דהא הביאור בהך דינא, דהמקנה נעשה  
 שליח לקנות המקום דהנפקד בהנחת פירותיו  
 צעד המקבל ונעשה המקום של המקבל  
 הקונה. וא"כ אינו מוכח דחזר של שליח יקנה  
 צעד המשלח, דהתם החזר הוא של שליח ואין  
 שליח עושה שליח. והחזר הוא שליח של שליח.  
 (וע"ש צס"ד). עש"ה.

שמתחת הפקדון קנויה למפקיד, אבל כשניטל  
 הפקדון מהרשות דהנפקד, כבר אין כאן  
 רשות שיקנה זה. — ומעתה אין הכרח  
 ממשנתינו לשיטת הרשב"ם דרשות נפקד  
 קנויה למפקיד, דהרי הנידון הוא בשעה  
 שנוטל החזית ומטוה, ובאותה שעה כבר  
 אי"ז רשות המפקיד.

וראייית הקצוה"ח אינה אלא רק מהא דתנן,  
 החושב לשלוח יד בפקדון אינו חייב,  
 והקשה הקצוה"ח דאמנם מטעם שליחות ידל  
 יכא לחייבו, אך מכיון וצדעתו לגנבו יקנה  
 חזירו, דהלא חזר קונה גם בלא מעשה קנין,  
 וסגי צדעתו לגנבו. — והקצוה"ח דחה  
 הראיה, ממש"כ רש"י בגיטין ע"ז א' דכדי  
 שיקנה בחזר צעינן מעשה גניבה, וא"כ אין  
 הכרח מהא דלא מחייבינן במחשבה מטעם  
 קנין חזר, לד' הרשב"ם הנ"ל, דהאי בלא"ה  
 אינו קונה בחזר משום דהו"ל מחשבה  
 בעלמא.

והנה הקצוה"ח דקדק הכי מלשון רש"י שם,  
 שכתב: "גגו וחזירו כגון שנכנסה  
 לחזירו ונעל בפניה", ומשמע דצעינן דוקא  
 נעל בפניה כדי שיתחייב. אבל אם נכנסה  
 ממילא לחזירו ואמר לגזולה אינו מתחייב  
 ואפילו חישב לקנותה בחזירו, ומכ"ש בחשב  
 לשלוח יד בפקדון דלא נעשה גזלן במחשבה.  
 ויעוי' ג"כ צ"מ י' צ' רש"י ד"ה גגו וחזירו,  
 שאם נכנסה שם ונעל בפניה לגונבה שהוא  
 חייב. אמנם י"ל דמש"כ רש"י ונעל, אי"ז  
 משום דצעינן מעשה כדי שיקנה הגניבה  
 בחזר, אלא דצעינן ראייה דרובה לגנוב, ואם

ובעיקר דברי הרשב"ם הנ"ל, דחזר הנפקד  
 המושאלת למפקיד הוא רשות  
 המפקיד, יעויין בקצוה"ח סי' קפ"ט סק"א  
 שכתב להוכיח כן, מצ"מ מ"ג צ', וז"ל: וכן  
 נראה מהא דתנן סוף פרק המפקיד, החושב  
 לשלוח יד בפקדון אינו חייב, ע"ש, והא חזר  
 דגניבה איתרבי לחיוב, וא"כ תיקני ליה חזירו,  
 אלא מוכח דחזר דמפקיד הוא". — ולכאורה  
 כקושיית הקצוה"ח יש לפרש ג"כ מהמשך  
 המשנה התם, דתנן: "הטה את החזית ונטל  
 הימנה רביעית ונשברה אינו משלם אלא  
 רביעית, הגזיה ונטל הימנה רביעית ונשברה  
 משלם דמי כולה". וזה יש להעיר, דאמאי  
 כשהטה ולא הגזיה את החזית אינו חייב אלא  
 על מה שנטלה, ולא חייב על כולה מטעם  
 דכשהטה קעביד מעשה גניבה, ויקנה בחזר,  
 אע"כ דרשות הנפקד קנויה למפקיד, ואי"ז  
 חזר הנפקד.

אבן יש לדון, דיתכן וצעשה שהגזיה החזית  
 בהטותו אותה, תו אינה מנויה בחזר  
 הקנויה למפקיד, דדוקא צעשה שהפקדון  
 מונח ע"ג הקרקע של הנפקד הוא הרשות

איכא ראייה אחרינא דרוצה לגנוב סגי לקנותו  
צבך.

והנה הנתה"מ (צפתיחה לסי' ר') הכריע  
ללא כהקל"ה"ת, אלא דרשות הנפקד  
אינה קנויה למפקיד.

והנה הרא"ש צפסחים (פ"ק סי' ד') כתב  
כדברי הרשב"ם. דיעווי"ש שהציא  
דברי הגאונים דס"ל דישראל שהפקיד חמנו  
אלל גוי או אלל ישראל חזירו, וקבל עליו  
הנפקד אחריות, דהנפקד חייב צדיעורו ולא  
המפקיד, אע"פ שהוא שלו אינו ברשותו.  
וע"ש שרבינו יונה פליג, וס"ל דלעולם ברשות  
המפקיד הוא, וחייב לצערו. וביאר הרא"ש

צטעמו דרבינו יונה: "וני"ל דדבר פשוט הוא,  
דאע"פ דהנפקד קבל עליו אחריות מ"מ  
עיקר הממון של הצעלים הוא, וכיון שהשאלו  
הנפקד ציתו לשמירת ממנו קרינא ציה  
ציתו". הרי להדיא, דרשות הנפקד קנויה  
למפקיד, וצ"י לזה בהגהות אמרי צרוך על  
הט"ז הנ"ל.

אמנם נראה, דצ"י דברי הרא"ש אמורים  
אלא רק בצמח, דכתיב ציתך, לכן כל  
שהוא ציתו מחמת שהשאלו לשמירת ממנו,  
חייב. אבל עדיין לא שמענו דחשיב חצרו של  
המפקיד לענין קנינו. ועי' תשו' הרשב"א  
(ח"א סי' קע"ז) ודו"ק.

### סימן מ

## בסוגיא דמסר צלוחית ביד בנו

סק"א) תמהו מסוגיא זו ע"ד הטור דפסק  
(צסי' רס"א ס"ד) דאצידה מדעת הוא  
הפקר. ואמאי כשהחנוני גול הצלוחית מידו  
של הקטן חייב צאחריותה. ומירץ הנתה"מ  
דאצידה מדעת צידי קטן לכו"ע אינה הפקר,  
כיון דמשומר קצת צידו של הקטן, ודרך  
צעלמא למסור צידו, ורק מכיון שאינו משומר  
כל כך חשיב אצידה מדעת לענין דאם צאה  
הצלוחית לידו של חנוני רשאי להחזירה לידו  
של הקטן. והנה אע"פ שאינו מחוייב  
להחזירה ליד הצעלים מפני דהו"ל אצידה  
מדעת יש לדון דאפ"ה הוא עליו דין שומר.

א) ב"ב פ"ז צ' אמרינן דאז שמסר צלוחית  
ציד צנו הקטן ע"מ שהחנוני ימלא  
שמן לתוכה נחשב כאצידה מדעת כלפי  
הצלוחית, וכ"פ צשו"ע (סי' קפ"ח ס"צ).  
ולכן אפילו שהחנוני נטל הצלוחית מהקטן  
ומילא שמן בתוכה והחזירה לו, והקטן שצרה  
אח"כ, דפטור מאחריותה. אבל אם החנוני  
השתמש בצלוחית שלא מדעת הצעלים הו"ל  
גזלן ומחוייב להחזירה למקום המשתמר ולכן  
כשהחזירה ליד הקטן נחשיב צצצירתה אח"כ  
ע"י הקטן. — והט"ז (צסי' רס"א ס"ד)  
והגר"א (שם ס"ק ט') והקל"ה"ח (שם

אמנם צ"כ דברי משפט (סי' רס"א ס"ד) כתב דאין עליו דין שומר. וכ"מ צביאור הגר"א (צסי' שמ"ח ס"ק כ"ג). אכן בדברי הנתה"מ הנ"ל מצואר דיש עליו דין שומר. וכיו"צ כתב הערוך השולחן (סי' רס"א ס"ד) דאם נטלן לידו מתחייב בשמירתו.

דהגה הטור (צסי' רס"א ס"ד) הביא דברי הרמב"ם (פי"א מגז"א הי"א) דאצידה מדעת אסור ליטלה לעצמו, ופליג וס"ל דאצידה מדעת הוא הפקר. וצ"י כתב ע"ד הטור דלאו מילתא היא, דצבייל שאינו חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שיפקירם, והש"ך (סק"ג) ציאר דעת הטור, דאין כונתו להשיג על הרמב"ם מסצ"א דכשאינו מפקח על נכסיו ממילא מפקירם, אלא כונתו להשיג דכלל מקום דאמרינן אצידה מדעת פירוש דהוי הפקר. ובקצ"ח (סק"א) הביא מסוגיין דאצידה מדעת אינו הפקר.

ובביאור דברי הטור דנקט דאצידה מדעת הוא הפקר, ציאר הגרנ"ט (צ"מ סי' קנ"ב) דכשאינו חייב להשיבה ליכא אסור גזל ולכן מותר ליטלה לעצמו, דמכיון ואצוד ממנו אין כאן גזילה. אצל הרמב"ם ס"ל דאע"פ שאצוד ממנו מ"מ אסור ליטלנו לעצמו רק דנתחדש באצידה מדעת דאינו חייב ליטפל ולהשיבה לצעליה, ולכן אע"פ דאינו מחוייב בהשבה מקרא דאשר תאצד פרט למאצד מדעתו מ"מ אסור לו ליקח לעצמו דהרי גם בלאו הילפותא היה אסור וכמשנ"ת.

והנה הש"ך הוכיח מדעת הטור דאצידה מדעת הוא הפקר, מצ"מ כ"א צ' צמכנשתא דבי דרי, דסתם אצידה מדעת הוא הפקר, והיינו דפריך לאציי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואע"ג דמייאש לצסוק לא מהני דצאיסורא אחי לדיה, ופריך מפירות מפוזרין הרי אלו שלו אע"ג דלא ידע דנפל, ומשני דמייירי צמכנשתא דבי דרי דהוי אצידה מדעת, דמכיון דמייאש לצתה ידיע מהני היאוש. ויעוי' בקצ"ח שייצב דצאמת אצידה מדעת לא הוי הפקר, והתם מהני מטעם יאוש לחודא, דהרי הטעם דצעלמא לא מהני היאוש הוא משום דצאיסורא אחי לדיה ולא מהני מה שנתייאשו אח"כ, אצל הכא כיון דאצידה מדעת הוי אי"ו צאיסורא אחי לדיה ושאפיר מהני היאוש. דטעמא דלא מהני היאוש כשאמת לדיה צאיסורא, כתבו התוס' צצ"ק ס"ו א' ד"ה הכא כו' דהוא משום דכבר נתחייב בהשבה, וא"כ באצידה דלא נתחייב בהשבה וכדילפינן מקרא דאשר תאצד ממנו פרט למאצד מדעתו, לכן מהני היאוש אח"כ. וצפרט לפמש"כ הרמב"ן צמלחמות (צ"מ י"ד ע"ב מדפי הרי"ף) דהטעם דלא מהני היאוש כשהגיע לידו צאיסורא הוא מפני דנעשה שומר של הצעלים ויאוש צרשות לא מהני, א"כ באצידה מדעת שאינו נעשה שומר של הצעלים שאפיר מהני היאוש דאח"כ. ע"ש בקצ"ח. והנה לדברי הקצ"ח צ"ל דמה שמותר ליטלו לעצמו הוא רק לאחר יאוש. וצ"ב דהרי צגמ' משמע דמיד הוי שלו. וכבר עמד בזה הגרנ"ט.

ואמנם יש לחלק בין דברי הב"ת, דנידון דבריו היה שהקטן החזיק המטבע עד שאבדו והגיע ליד המשרת, ולא מיירי שהמשרת לקח המטבע מהקטן, וכיון דצכה"ג שנתן לקטן הו"ל אצידה מדעת שאס יאבד מיד הקטן לא נתחייב בהשבה, ממילא הוא של מוצאה, ושפיר פסק הב"ת דהוי קידושין. – והיינו, דודאי נכונים דברי הקצוה"ח דאפילו לדעת הטור דאצידה מדעת הוי הפקר זהו היכי דכבר הוי אצידה, אבל מה שהוא ביד קטן עוד לא הוי אבד, והגמ' צ"צ קאי לענין חיוב שמירת הלוחית, דקאמריין דהוי אצידה מדעת דהחנוני מחוייב לשמור הלוחית יותר ממה ששמרו הצעלים, וכיון שנתנו הלוחית לקטן רשאי החנוני להחזירה לו אע"פ שאינה שמורה בידו, אבל אכתי לא הוי אבדה. אכן כשהצעלים כבר נתנו לקטן והקטן אצידה יש ע"ז דין אצידה מדעת, ומכיון דפטור מהשבה הרי הוא של מוצאן, וזהו שכתב הטור דהוי הפקר כשראה שמסלין כיסו לרה"ר דהיינו דמותר ליקחנו גם קודם שנעשה עדיין אצידה.

והנה הנה"מ (סק"א) תירך, דשאני הא דאיתא בסוגיין דמיירי בנוטל מקטן, ולכו"ע אי"ז הפקר, מכיון דמשומר קצת בידו של קטן וגם רוצה דאינשי נותנים חפצים ביד קטן פיקח א"כ אומדנא דמוכח דלא מייאש נפשיה, וקרי ליה אצידה מדעת לענין שהנוטל ממנו א"צ לשומרו יותר מהצעלים (דמה שחשיב אינו משומר במקצת הו"ל אצידה מדעת).

והקצוה"ח הביא מתשו' הב"ח (סי' ל"ז) באחד שהיה לו מטבע ונתן המטבע לתינוקת שלו לשחוק, והגיע המטבע ליד הנער משרתו וקידש בו אשה, ופסק הב"ח דהוי קידושין, משום דהרי לא חשש לשמור לאותו מטבע ונתנו לתינוקת לשחוק בו הו"ל הפקר, וז"ל "דכל אצידה מדעת הוי הפקר לדעת הטור בחו"מ סימן רס"א, ואע"ג דאין כן דעת הרמב"ם צפרק י"א מהלכות גזילה שכתב המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו כו' ואע"פ שאסור לרואה ליטול דבר זה לעצמו אינו זקוק להחזיר שנאמר אשר תאבד פרט למאבד מדעתו, ונראה ודאי דהרמב"ם מלא דרשה זו בתוספתא או בירושלמי, והשתא די"ק, מדאכטריך אשר תאבד דאין נזקקין למאבד מדעתו, מכלל דאסור ליטלנה וכו', מ"מ נראה להביא ראה לדעת הטור החולק עליו מדאיתא ריש פרק אלו מציאות במכנשתא דבי דרי עסקינן דאצידה מדעת היא, אלמא משמע דאצידה מדעת הוי הפקר עכ"ל. ויעוי' בקצוה"ח שהשיג על הב"ת, דבנידון דבריו שנתן לתינוקת לשחוק בו א"כ אליבא דכו"ע לא הוי הפקר, וכדמוכח בסוגיין בשולח בנו קטן אלל החנוני ומדד לו באיסר שמן ונתן לו את האיסר דהחנוני חייב לשלם, ואע"ג דהפונדיון שנתן ביד הקטן הוי אצידה מדעת וכן הלוחית הו"ל אצידה מדעת, ואפ"ה אס החנוני נתן את הלוחית למוד זה חייב לשלם, ומצואר דהגם דהנותן לקטן הוי אצידה מדעת אפ"ה לא הוי הפקר, וממילא בנידון הב"ח אי"ז הפקר ואין חוששין לקידושין.

(ב) אמנם אם האב נתן לבנו הקטן מתחילה בכונה כדי לזולל בחנוני, א"כ י"ל דהחנוני פטור, דהנה צ"ק כ"ו ז' אמר רבה זרק כלי מראש הגג וצא אחר ושצרו במקל פטור מ"ט מנא תצירא תצר, ופרש"י זרק בעל הכלי כלי מראש הגג. וע"ש צרא"ש (פ"ג דצ"ק סי' ט"ז) דמילתא דפשיטא היא דהמשצר פטור, דהא הו"א צידה מדעת, ועוד דהיכי פשיט צ"ק י"ז ז' מהא דצמר מעיקרא אזלין, הרי אפילו אזלין בתר לצסוף פטור, דאצידה מדעת היא והו"א כאלו הפקירוהו הצעלים. – ויעו' צנתה"מ (צסי' רס"א סק"א) שתירץ דמיירי במקום שיט מזלין ולא מתיאש משום דאיכא ג"כ כל תשחית ומזוה על אחריים להזילו. [ובס' נחלת דוד (צצ"ק כ' ע"ג צמוד"ה אפקורי) השיג ע"ד הנתה"מ, דהרי בגמ' איתא דאדרבא האחר ששצרו פטור, ורק כשאחר זרקו פרש"י דחייב. וקושיית הרא"ש היא כשזרקו בעה"צ במקום שאין מזלין].

אולם צשו"ת בית הלוי (ח"א סי' כ"ד) תירץ, דהמשליך חפץ לאיצוד אצל יש לו תכלית צאיצודו לא נעשה הפקר, וקודם שנתקיימה השצירה שלו הו"ל שלו. וצוה יישב ג"כ מה שהקשה הנתה"מ ע"ד הטור דס"ל דאצידה מדעת הו"א הפקר, אמאי אמרינן צסנהדרין מ"ח א' היו אציו ואמו מזרקין צו כלים מזוה על אחריים להזלין, ולא נעשו הפקר כשאיצדו מדעתם. אלא הטעם הוא מכיון דרצונם לאסור הכלים ולכן קודם שנאסרו הרי הם שלהם, ולכן מזוה על אחריים להזילם. ולפ"ז אין לצדד לפוטרו מה"ט.

(ג) בתב צתשו' הרשב"א (ח"א סי' תתקנ"ז) והוצא צסמ"ע (סי' רל"ה סק"ד), דקטן צן שש שנתנו לו מתנה ע"י גדול ולא פירשו לו אימת יתגנה לו, והוא נתן לו עכשיו, דאם אין הקטן חריף וצקי אזי פשע זה הגדול צמה שנתן לו.

ויעו"י"ש צאלס המשפט שהעיר ע"ד, דלכאורה הו"ל פשיעה צמה שנסרו לקטן, דהא קיי"ל (צסי' קפ"ח ס"ג) גצי המפקיד על דעת אשתו וצניו דהיינו צניו הגדולים אצל לצניו הקטנים חייב. וכתב צאלס המשפט דהרשב"א לטעמי' א"ש, דס"ל דנפקד מקטן ליכא עליו דין שמיירה ופטור אפילו מפשיעה, כמ"ש הצ"י (צסי' ל"ו) צשם הרשב"א צצ"מ מ"צ א' ד"ה גמ' מ"ט שאינו מתחייב צדין השומרים ואפילו צפשיעה שכיון שפטרמו תורה אפילו מדין פשיעה פטרה אותם. וע"ש צאלס המשפט דהיינו דוקא כשמסר לקטן שהגיע לעונת הפעוטות, אצל פחות מעונת הפעוטות הו"ל מויק גמור, וצייב. – וזהו כשמסרו לקטן חפץ של הקטן, דצוה אמרינן דהרשב"א לטעמייה. אולם כשהחפץ של אחר, יעו' צנתה"מ (צסי' רל"ה סק"א) דנקט דהרשב"א מיירי צגוונא שהחפץ הנאצד של הקטן, וכיון דחכמים תיקנו שיהיה מתנתו ומחילתו קיים, כ"ש פרעון שפרע לידו, ולכן פטור, כשהקטן הגיע לעונת הפעוטות, אצל אם היה הפקדון של אחריים כשמסרו לקטן אע"פ שהמפקיד על דעת אשתו וצניו הוא מפקיד, כשמסר לקטן חייב, וכדקיי"ל צסי' (קפ"ח ס"ג).

## סימן מא

## בענין מקח טעות

הרמ"ה דצמקח טעות המוכר חשיב כגזול על המעות.

והב"י (בסו"ס רל"ב) הביא פלוגתא דקמאי צמקח טעות האם הדמים ששילם הוא כהלואה או כזקין, ונפק"מ אם יכול ליתן מטלטלין צמקוס שיש לו מעות, ע"ש בזה"ל: כחוב צתשובות מיימוניות דספר משפטים סימן י"ג המוכר לחצירו דבר שהוא מקח טעות שצריך להחזיר לו הדמים דינו כבעל חוב דאי אית ליה זוזי לא מצי לסליקיה צארעא, ור"י אומר שדינו כזקוס דאע"ג דאית ליה זוזי מצי לסלוקיה צארעא. ועיין בגמוק"י שכתבתי בסמוך". והיינו מה שהביא הב"י קודם לזה, מהגמוק"י צסוגיין בזה"ל: "כתב גמוק"י צריש פרק המוכר פירות (מ"ו ע"ב מדפי הרי"ף) היכא דהוי מקח טעות משמע מהכא דהיכא דלית ליה זוזי למוכר לא מצי למימר הרי שלך לפניך טרח וצדין, אלא אי אית ליה זוזי צעי למיתן ליה שדינו כדין צע"ת, ועיין צדברי תשובות מיימון שאכתוב צסמוך". עכ"ד הב"י. — והרמ"א (בסו"ס רל"ב סכ"ג) פסק כר"ת צצ"ק כנ"ל והגמוק"י צסוגיין, דצמקח טעות הוי המעות הלואה, וז"ל: "כל מקוס דהוי מקח טעות וצריך להחזיר דמיו ואית ליה זוזי, צריך ליתן לו מעות דהוי כצע"ת, ודלל כיש אומרים דיכול ליתן לו קרקע".

א) ב"ב ז"ב א', איתמר המוכר שור לחצירו ונמלא נגתן רב אמר הרי זה מקח טעות ושמואל אמר יכול לומר לו לשחיטה מכרתיו לך כו', היכי דמי אי דליכא לאשתלומי מיניה ליעכב תורא צזויה דאמרי אינשי מן מרי רשותך פארי אפרע, לא צריכא דאיכא לאשתלומי מיניה כו'. הרי דכשיש למוכר זוזי אינו יכול ליתן השור או שאר מטלטלין לפרעון אליצא דרב דהו"ל מקח טעות, וצטעמא דמילתא יעוי' צתוס' צ"ק מ"ו צ' ד"ה ה"ג צשס ר"ת דצצרא הוא שדינו כצע"ת, וצע"ת אי אית ליה זוזי לא מצי לסלוקי צשאר מילי כדאיתא צכתובות פ"ו צ'. — אולם התוס' צסוגיין ד"ה אי כו' גרסו צגמ' צאופ"א, צהא דאמרינן היכי דמי, "אי דליתנהו להנהו זוזי ליעכב תורא צזוזי", ומצואר דאע"פ שיש למוכר זוזי מ"מ יכול ליתן השור ושאר מטלטלין אפילו אליצא דרב דחשיב ליה מקח טעות, וצטעמא דמילתא ציארו צתוס' צשס ר"י, דלל דמי לצע"ת דאין יכול לפרוע צמטלטלין היכא דאית ליה זוזי, משום: "דהתם אדעתא דפרע ליה זוזי אחופיה, אצל לוקח דהכא דהוי טעות לא משלם ליה זוזי כי ליתנהו להנהו זוזי אפילו אית ליה זוזי אחריני, דכשהו"א אותן מעות הוי כמו מזיק מעות של חצירו והוי דינו כזקוס עכ"ל. ועי' צגמוק"י צ"ק ט' א' צשס

ובם' נחל יצחק (סי' פ"א סק"ו ענף ב') נתקשה צמ"כ הרמ"א דצמקח טעות הוא המעות כהלואה, דהלל שיטת הרמ"א (סופ"צ דקידושין) והטור (אהע"ז סו"ס כ"ח) דהמוכר איסור הנאה וקידש צדמיהן אינה מקודשת כיון דהמעות הוא כגזל תחת יד המוכר, והצ"י שם פסק דהוי ספק מקודשת מכיון דהר"ן מסתפק אם המעות הוא כהלואה. וא"כ איך הכריע הרמ"א דהוי כהלואה ומוציאים ממון מיד המוכר ומתחייב לשלם מעות דוקא כדין צע"ח אע"פ שהוא מוחזק, והרי הרמ"א והטור פליגי בזה, וגם הר"ן מסופק בדין זה. והרמ"א צסי' כ"ח סעיף כ"ב סתם כהש"ע. – ועוד הקשה בנחל יצחק, בדברי הרמ"א, דצסוגיין פסק דהמעות הוא הלואה, ולכאורה סותר מש"כ צסופ"צ דקידושין דצמקח טעות המעות הוא גזילה ציד המוכר. [דיעווי"ש צרא"ש שכתב צמתני' דהמקדש צערלה כו' מוכן וקידש צדמיהן מקודשת צזה"ל: "וא"ת והא הני זוי לאו דידיה נינהו שצריך להחזיר הדמים כיון שמכר לו איסורי הנאה, וי"ל דמיירי שמכרו לעכו"ם או לישראל והכיר צהם דהוו מעות מתנה". והוכיח הרמ"א מהירושלמי דהמעות צציד המוכר הוא כגזל, וסיים הרמ"א: "ואנן דקיי"ל דקדשה צגזל לפני יאוש אינה מקודשת, צריך לאוקמה כדפרישית, ואי לאו הירושלמי דמחשיב ליה גזל לא הוה קשיא לי מיד, דהני דמים לאו גזל הן צידו כי צתורת מקח צאו לידו, ואע"ג דמקח טעות הוא ישלם מציתו, אצל הני זוי להוצאה ניתנו לו". וכ"כ הטור צאהע"ז (צסי' כ"ח) וכמשנ"ת.

וכבר כתב המחנ"א (דיני גזילה סי' כ"ג) דדעת הרמ"א הכי צכל מקח טעות דהמעות הוא גזילה ציד המוכר].

ויעו' צנחל יצחק הני"ל, שכתב ליישב עפמש"כ המשל"מ (פ"ה מאישות ה"ו) דדוקא היכא דהכיר צמוס צכה"ג אמרינן דהמוכר נתכוין לגזול והו"ל גזל ציד המוכר, אצל היכא דלא הכיר צמוס לא הו"ל המעות גזל צידו. ולכן שאני צהא דהמוכר שור ונמלא נגחן דמיירי צגצרא דוצין לשחיטה ולרדיא, דהמוכר לא פשע ומה"ט אין דינו של המוכר כגזלן על המעות של הלוקח. אצל כשהמוכר ידע מהמוס ולא הגיד ללוקח ונתכוין להטעותו צכה"ג הו"ל גזלן על המעות של הלוקח, וצהכי קמיירי הרמ"א צסופ"צ דקידושין. – אכן יעו' צאצני מילואים (צסי' כ"ח ס"ק ס"ג) שכתב דלדעת הרמ"א (צסי' רל"ב סכ"ג) דצכל מקח טעות הוא המעות הלואה, א"כ גם צמכרן וקידש צדמיהן דינא הוא דמקודשת. ע"ש שהשוה דין מקח טעות מחמת שנמלא צו מוס למוכר איסורי הנאה.

הן אמת דד"ז ז"ע ממה שנתבאר צדברי הרמ"א, דלפ"ד האצנ"מ נמלאו פסקי הרמ"א לכאורה סותרים זא"ז, וגם ע"ד הרמ"א יקשה ממה שלא הגיה צדברי השו"ע צאהע"ז. ויעו' עוד צאמרי צינה (ח"א צתשו' סי' א') שהקשה כעיי"ז ע"ד האצנ"מ, דלד' הרמ"א (צסו"ס רל"ב) דהו"ל צע"ח א"כ כשלא ידע הלוקח שהוא איסור הנאה הו"ל מעות הלואה.

להחזירם, דלא עדיף מאצק ריבית, דא"צ להחזיר דלא גרע מהמלוה לחזירו על שדהו ואמר לו אס לא תיתן לי עד ג' שנים הוא שלי ולא אמר מעכשיו, בגוונא שהמקח אינו קיים, דחוק ג' שנים לא יאכל פירות ואם אכלם לא יחזיר דהו"ל אצק ריבית, וכדקיי"ל (בסי' ר"ז וציו"ד סי' קס"ד ס"ד). ולכן ציאר הסמ"ע, דלאו מטעם ריבית הוא, אלא כיון דהמקח בטל מעיקרו הפירות שאכל או שטר השכירות דחזר שדר צו יהיה בגזל צידו, ולכן אע"פ שלא נתן לו עדיין דמי הקניה צריך להחזיר לו הפירות ושטר החזר. – והנה צריך להוסיף צוה, דהגם דהרמ"א לקמיה (בסעיף כ"ג) פסק דהמעוה אצל המוכר במק"ט הוא כהלואה ולא גזל, מ"מ היינו דוקא לענין המעוה אצל המוכר, אצל הכא שלא קיבל צדוק פרעון אלא הוא לקיחה חדשה באכילת פירות, ושאיני מהתם דהלוקח הרשה את המוכר בתחילה להשתמש במעוה, ודיינין למעוהו בתורת חוב. (ובשכירות החזר נמי הו"ל לקיחה חדשה).

ובש"ט הגבורים (ב"מ ל' ע"ב מדפי הרי"ף) כתב ע"ד השו"ע (בסי' רל"ב סט"ו) שהוא דברי הרמב"ם (פט"ו ממכירה ה"ח) דהמוכר שדה לחזירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נמצא צו מוס שאם רוצה להחזיר חייב להחזיר גם הפירות, או אם דר בחזר צריך שיעלה לו שטר. ודקדק מזה, דמשמע מדבריו דוקא אם עשה הלוקח מוס במקח שדרכו לעשותו הוא דאינו משלם למוכר כלום, אצל אם הרויח במקח שלקח מן המוכר שהוא צא לחזור צריך שיתן לו כל מה

ובעיקר דברי הרמ"א שפסק כדעת ר"ת דהמעוה במק"ט הוא הלואה, יעוי' באו"ש (פ"ה מאישות ה"ב) שכתב דאפ"ה אסור למוכר להשתמש במעוה והו"ו כפקדון, ודוקא לאחר שנשתמש במעוה חשבינן להו כהלואה לענין דצריך לפרוע במעוה ולא במטלטלין היכא דאית ליה זוזי, דס"ל לר"ת דלגבי המעלה שיש לבע"ח ה"ה דיט למוכר במק"ט מכיון דהלוקח יהיב ליה מדעתו והמוכר נהנה במעוה, ולכן לא גרע מצע"ח דלא מצי לסלק ליה אלא במעוה, כשיש לו מעוה, מכיון וקיבל מעוה. וע"ע בספר ערך שי (אהע"ו סי' כ"ח סעיף כ"ב) שכ"כ, דדברי הרמ"א דהמעוה הוא הלואה היינו דוקא לאחר שהוציאם, אצל קודם שהוציאם הו המעוה כגזל ופקדון ציד המוכר.

והנה צוה דקיי"ל (בסי' רל"ב סעיף ט"ו) דהמוכר קרקע לחזירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה לו צו מוס אס רצה להחזיר הקרקע לצעלים מחזיר כל הפירות שאכל. ציאר הלבוש הטעם דאס לא יחזיר הפירות שאכל הו"ל כריבית, דמכיון והמקח נתבטל מעיקרא הויין הדמים הלואה גביה, והפירות שאכל הן בעד דמי המעוה שהיו צידו בטלים. וגם צמ"כ צשו"ע שאם היה חזר ודר צו דצריך להעלות שטר, ציאר הלבוש דהיינו משום דאל"ה הוא ריבית כנ"ל.

והסמ"ע (ס"ק ל"ג) הקשה, דא"כ הו"ל לחלק דהיינו דוקא אס כבר קיבל המוכר מהלוקח דמי הקניה. ועוד דאפילו כשנתן לו כבר דמי המקח אינו צריך

שהרויח בו, א"כ המוכר סוס לחצירו והרויח בו מעות ולאח"כ מנא בו מוס ורואה לחזור נריך שיתן לו מה שהרויח באותו סוס, ואפילו לא הרויח בו כלום אלא שעשה בו מלאכתו, נראה דנריך להעלות לו שכרו, דסוס דומיא דחצר שפקק הרמז"ם שחייב להעלות לו שכר כשצא לחזור בו. — אמנם כתב השלטי הגבורים: "מיהו מה שהכחיש הסוס קודם שנודע לו המום, נראה דאינו חייב לשלם דמי הכחישות, שהרי מוס זה לא עשה בו, אלא שדרכו בכך דומיא דשוחט את הפרה כו". ויעוי"ש שהציא כן מתשו' מיימוני (בספר קנין סי' ז') שכתב ג"כ: "ולענין כחש נראה דיש לשמעון לשלם לראובן כל מה שכחש מחמת מלאכה שרכב עליו משעה שנודע לו המום כו", ומשמע מדבריו להדיא דמה שכחש קודם שנודע לו המום פטור, דהא לא עשה בו מוס שאינו דרכו. — וסיים השלטי הגבורים בקושיא, וז"ל: "אלא שקשה היאך יתחייב לשלם כחש שעשה בו לאחר שנודע לו המום והא קיי"ל שאם נשתמש הלוקח במקח אחר שראה המום שמחל ואינו יכול להחזיר כו' וז"ע". עכ"ד. [ויעוי' בפ"ת (בסי' רל"ב סק"א) שיישב קושייתו עפ"ד הנתה"מ (שם סק"א) דכשאי אפשר להחזירו למוכר, וכגון שאינו נמנא כאן, יכול לחזור בו אפילו לאחר זמן].

ובבוש"ב השלטי גבורים לדון, דהמוכר סוס לחצירו ונשתמש בו ונודע בו אח"כ מוס, דנריך לשלם שכרו, ואם הרויח בו נריך ליתן לו כל מה שהרויח בו, יעוי' באו"ש (פט"ז ממכירה ה"ח) דנקט דא"כ לשלם

דהו"ל גולן. דפשיטא דהרויח אינו מחזיר לו, ודוקא על השכר יש לדון, דבצ"ק ז"ז ב' אמרינן התוקף ספינתו של חצירו ועשה בה מלאכה רצה שכרה נוטל רצה פחתה נוטל, ואמרינן דהיכא דנחית אדעתא לאגרא נוטל שכרה והיכא דלא נחית אדעתא לאגרא רצה פחתה נוטל רצה שכרה נוטל, והיינו דבעינן שתהא קיימת לאגרא ויהיה נחית אדעתא לאגרא. אבל בקרקע משלם אגרא אפילו נחית אדעתא דגולנותא, ע"ש. ולפ"ז ציאר האו"ש דבחצר נריך להעלות לו שכר. וממילא שאני המוכר סוס ועשה בו מלאכה דמכיון והוא דבר הנגזל א"כ ליתן מה שהרויח, ודוקא בשכר מצעי אס בעינן דוקא דנחית אדעתא דגולנותא דמכיון וקסבור שהוא שלו ואדעתא דידיה משתמש משלם אגרא כמו היכא דנחית אדעתא לאגרא דאין כונתו לגזול לצעה"כ ולהשתמש בצנהמתו בחנם, אס לא דסבור שהוא שלו, או דלמא מכיון שאינו מתכוין לשלם שכר ועומד להשתמש בחנם פטור מלשלם לו.

והנה הרמז"ם (פט"ז ממכירה ה"ו) כתב שהמוכר דבר שהיה בו מוס כשמכרו, והלוקח עשה בו מוס אחר קודם שיוודע לו המום הראשון, אס עשה דבר שדרכו לעשותו פטור, ואס שינה ועשה מוס אחר קודם שיוודע לו המום מחזיר המקח לצעליו ומשלם דמי המום שעשה. והוצא בטור ושו"ע (סי' רל"ב סי"ג). ויעוי"ש בנתה"מ (סק"ה) שתמה אמאי כשהזיק הלוקח קודם שנודע לו המום שמצטל המקח חייב, והרי הוא מוזק ברשות, וקיי"ל (בסי' שני"א ס"ד) דפטור

לעשותו יש חילוק אם אפשר לזרר או לא, אבל כשאין דרכו לעשותו אפילו כשעשה דבר שאי אפשר לזרר חייב.

ובעיקר הקושיא, יעוי' בדברי משפט (סי' רל"ב סק"ה) שחירץ, דצורשים דסצורים שהפרה של אציהם אין עליהם דין מזיק וכמו"כ אינם שומרים על הפרה מכיון שלא קיבלו עליהם שמירה. משא"כ במקח טעות דדינו של הלוקח דהוי כשו"מ כדאיתא בשו"ע (סי' רל"ב סעיף י"ח) וכמו שנתפרש שם בנתה"מ (סק"ו וסק"ז), ולכן כשהלוקח קילקל המקח קודם שנודע המום דאע"פ דמדין חזיק אין לחייבו דהא קצבור שהחפץ שלו, מ"מ מדין שו"מ שפשע חייב, דכשהיה יכול לצדוק חשיב פושע וחייב. — אמנם דצרוי ז"ע, דאי"ז פשיעה, דלא מסתבר שהקונה חפץ וסבור שהוא שלו יתחייב לצדוק החפץ, ואם לאו יהיה פושע. ועוד קשה לדצרוי ממנ"פ אם חשיב פשיעה לגבי שו"מ א"כ מה"ט יהיה פשיעה לגבי מזיק, ובהכרח דהוי אונס גמור.

(ב) בתשו' מיימוניות (לספר קנין סי' ז') הביא תשו' מהר"מ מרוטנבורג (ד"פ סי' תקע"ה) והוצא ג"כ בצמדכי (כתובות סי' רמ"ז) בזה"ל: "על אודות הסוס שמכר ראובן לשמעון ושוב נמלאו בו מומין ציד שמעון והוא טוען שצדקות ראובן נעשו המומין והוא אומר לא כי אלא צדקות נעשו. נראה כיון דאין הדבר ידוע בצדקות שהיה מום זה מעיקרא צדקות ראובן על שמעון להביא ראיה, כדמסקינן צפ' המדיר

צכה"ג, כדאמרינן צורשים שהניח להם אציהם פרה שאולה וטצחיה ואכליה דמשלמין דמי צטר בזול משום הנאה דידהו, משמע דאם הזיקו הצהמה ולא היה להם שום הנאה דאין משלמין כיון דנאנסו וסצרו שהיא שלהן, וה"נ דכוותיה. ותיכף הנתה"מ דשאני צורשים שטצחו ואכלו דאין צידם לזרר, משא"כ צנד"ד דאפשר לצדוק אחר המום קודם שנשתמש בו חייב, דאי"ז מזיק צדקות כשיכול לזרר. וז"צ דצרמצ"ס ושו"ע נקט החילוק צין דרכו לעשותו או לא, והרי לד' הנתה"מ החילוק אם אפשר לזרר או אין אפשר לזרר. וז"ל דכשהוא דרכו לעשותו א"צ לזרר וכשאינו דרכו צריך לזרר. וצאמת הוא מוכרח ג"כ ממש"כ הרמצ"ס (שם ה"ז) וצשו"ע (שם סעיף י"ד) דה"ה כשקנה סדין וקרעו לעשות חלוק ואח"כ נודע המום מחמת הקריעה מחזיר לו הקרעים תפרו ואח"כ נודע המום אם השציח נוטל צצח התפירה מהמוכר. הרי דהעיקר תלוי אם הנזק נעשה מחמת התעסקותו של הלוקח, ולא תלוי בצדכו של הלוקח, והיינו דכשהוא דרכו לעשותו א"צ לזרר וכשאינו דרכו צריך לזרר. — אמנם דצרי הנתה"מ ז"ע מדינא דכתב הרמצ"ס (שם ה"ח) וצשו"ע (סעיף ט"ו) דהמוכר קרקע לחצירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה לו צה מום אם רצה להחזיר הקרקע לצעלים מחזיר כל הפירות שאכל ואם היה חצר ודר צו צריך להעלות לו שכר. וקשה דהא צחצר הוא עשה תשמיש שהחצר מיועדת לכך, ואפ"ה פטור הרי היה לו לזרר וממילא לדצרוי יתחייב. — ואפשר דכוונתו דכשדרכו

(ע"ו ז') כל שהספק נולד ברשותו עליו להציא ראיה, ואפילו לא יהיב שמעון אכתי דמי הסוס לראובן מפקינן מיניה ויהצינן לראובן. אמנס ראובן צריך לישבע שלא ידע ולא הרגיש במוס זה מעיקרא דכיון דראובן היה לו לידע אם היה בו מוס זה מעיקרא יש לו לישבע שאינו יודע ולא הרגיש במוס זה דאפילו המוחזק לא פטרינן ליה כשהוא טוען איני יודע אם הייתי חייב מנה מעולם כ"ש דלא מצי לאפוקי ממון מחזקתיה בלא שבועה. כו". עכ"ל. ובמרדכי (כתובות סי' ר') הציא דבריו, בזה"ל: "תשובת הר"ם, על אודות ראובן שמכר לשמעון סוס, ושז נמצאו מומין ביד שמעון, והוא טוען שברשות ראובן נעשו, והוא אומר לא כי אלא ברשותך נעשו. נראה כיון שאין הדבר ידוע צעדות שהיה מוס זה מעיקרא ברשות ראובן, על שמעון להציא ראיה, דמסקינן הכא פרק המדיר כל שהספק נולד ברשותו עליו להציא ראיה, ואפילו אכתי לא יהיב שמעון דמי הסוס לראובן מפקינן מיניה ויהצינן לראובן, אמנס ראובן צריך לישבע שלא ידע ולא הרגיש במוס זה מעיקרא, דכיון דראובן היה לו לידע אם היה בו מוס זה מעיקרא יש לו לישבע שאינו יודע ולא הרגיש בו במוס זה, דאפילו המוחזק לא פטרינן כשהוא טוען איני יודע אם הייתי חייב לך מנה מעולם בלא שבועה, כל שכן דלא מצי לאפוקי ממון מחזקתיה בלא שבועה כו". עכ"ל המרדכי.

ובדברי המרדכי מצואר דאי לא דהו"ל מיגו דפרעתין, וכגון בתוך זמנו בגוונא דקבע זמן לפרעון המכר, אע"פ

שהלוקח טוען ברי שהמוס נעשה ברשות המוכר, על הלוקח להציא ראיה, אי לא דנחתינן לסברא דסבר הלוקח וקביל. – שהרי כתב בזה"ל: "ולכא למימר ליהמניה לשמעון לומר ברשותך נולד מוס זה במיגו דאי צעי אמר פרעתין כו", שאין כאן טענה ודאית לומר ברשותך נולד, דא"כ הרי ידע ונתפייס וסבר וקביל הלכך ממנ"פ לא מהימן". עכ"ל. וחזינן דהוצרך להאמינו במיגו דפרעתין, ולא נחית למה שטוען הלוקח טענת ברי והמוכר כופר הכל והמוציא מחזירו עליו הראיה. מוכח שגם בטענת ברי שטוען המוחזק אינו נאמן עד שיציא ראיה, ואפ"ה מהני מיגו להוכיח טענתו. – ושמעינן דכשהלוקח טוען ברי שקלוקל הסחורה לא נעשה צביתו אלא אלל המוכר, ולא שייך לומר זכה"ג סבר וקיצל שהמוס נעשה כעת, אלא ברור שנעשה המוס צבית המוכר, דכשיש ללוקח מיגו דפרעתין נאמן בטענתו להחזיק בממונו. אבל כשאין ללוקח מיגו דפרעתין וכגון שהסובר של התשלום ביד המוכר, אע"פ שטוען ברי, על הלוקח להציא ראיה, וכל זמן שלא הציא ראיה על הלוקח לשלם.

אבן צם' שב שמעתא (שמעתא ז' פרק ט') כתב שאם הלוקח טוען ברי אע"פ שהספק נולד ברשותו אינו צריך להציא ראיה. ונימוקו, דהא דקיי"ל דכל שגולד הספק ברשותו עליו להציא ראיה אי"ז מחמת חזקת הגוף, אלא משום שאין מחזיקין ריעותא מרשות לרשות (וכמ"ש בשמעתא ד' פרק ד'), ודיינינן כאילו ברשות המוכר לא נולד ריעותא ולא נעשה ספק כלל, ולכן כשהלוקח

טוען ברי, איכא עי"ז ספק לבי"ד שמא האמת כדבריו, ומספק אין מוליחין ממון. ע"ש. ויעוי' בשו"ת עין יצחק (סי' ס"ה) שהאר"י בזה ליישב קושיית הקצוה"ח (בסי' רכ"ד סק"א).

והנה בשלטי גבורים (ב"מ ל' ע"ג מדפי הרי"ף) הקשה ע"ד התשו' מיימוני הנ"ל בשם המהר"ם מרוטנבורג, דהא קיי"ל שאם נשתמש הלוקח במקחו אחר שראה המום מחל ואינו יכול להחזיר. (וכמ"ש הרמב"ם פט"ו ממכירה ה"ג). וצפ"ת (בסי' רל"ג סק"א) יישב קושייתו עפ"מ"כ הנתה"מ (שם סק"א) דדאם לא היה הלוקח יכול להחזירו וכגון שלא היה המוכר צביתו כשראה הלוקח במום, והוא דבר שעושה ואוכל ונשתמש בו כדי שיעשה ויאכל, יכול לחזור בו אפילו אחר כמה ימים, דנהי דנתבטל המקח מ"מ דמי לשומר אצידה שאם הוא דבר שעושה ואוכל שיעשה ויאכל, וכדקיי"ל בשו"ע (בסי' רס"ז סעיף כ"ג). ולפ"ז א"ש דנידון תשו' מהר"ם הנ"ל היינו בסוס שעושה ואוכל. ויין שכ"כ בתשו' גליא מסכת (ח"מ סי' י').

ג) בקצוה"ח (סי' רל"ג סק"א) הביא מהריצ"ש (סי' ת"ג) דהמוכר צר והתנה שמוכרו צין אם הבהמה כשרה צין טריפה ונמנאת נבילה, דתליא אי קורין לנבילה טריפה ואי קנת אינס קורין לה כך זכה המוחזק דאין הולכין בממון אחר הרוז. והקצוה"ח הקשה דמכיון ותרוייהו אסורים בצאכליה אי"ז מק"ט. ויעוי' בס' מנחת פתים

(שם) שצ"י לתשו' חות יאיר (סי' פ') דבכל תנאים אוליגן צתר הכונה ולא דייקנין בלישנא. וכמז דזהו דלא כהנתה"מ (סי' רל"ג סק"ד) דכשלקחו בלשון תנאי אוליגן צתר הלשון ולא צתר הכונה.

אמנם נראה דאין ציבור דברי הנתה"מ אם אוליגן צתר הלשון, אלא דגם אם נימא דאוליגן צתר הכונה אפ"ה לא מחייב את עצמו צתרי ספיקות, ורק על טריפה הסכים ולא על נבילה.

והנה כשיש ספק מוס צמקת, ואין הספק בעצם החפץ רק דצקניית החפץ פרשי אינשי מצוה צנתה"מ (סי' רל"ג סק"ג) דאי"ז מקח טעות. דיעוי"ש שהלוקח צהמה לחרישה ונמנאת ספק טריפה דהמקח קיים, דאע"פ שהלוקחה לאכילה ונמנאת ספק טריפה הו"ל ציטול מקח, היינו משום דצאכליה פרשי אינשי מספק, אבל כשקונה לחרישה לא פרשי אינשי מהחפץ. [וד' הריצ"ש (בסי' ת"ג) והוצא בקצוה"ח (שם סק"א) דספק מוס אינו ודאי מוס, דע"ש צספק מה היה התנאי ציניהם אם כשהמוכר אמר לו שיקנהו צין כשר צין טריפה ונמנאת נבילה. אינו לענין לנד"ד, דנידון דבר לענין אכילה]. וזהו מש"כ הש"ך (בסי' ש"ו סק"ט) דהא דאינו יכול לומר אייתי ראייה שהיא טריפה דהוא משום כיון דהוא ספק פרשי אינשי אין לך מוס גדול מזה. היינו לענין אכילה.

אמנם החיד"א בשו"ת חיים שאל (סי' ע"ד) דן צמי שקנה כסתות ונדע לו אח"כ

שיש פוסקים שאוסרים לכתחילה להשתמש בהם משום חשש כלאים ומעיקר הדין אין בהם איסור אפילו דרבנן ורוצה הלוקח לחזור בו מהמקח, ופסק דכיון דלכתחילה יש לחוש ודאי פרשי אינשי והוי מוס במקח, וכן משמע בתשו' ריב"ש סימן תל"ט. עכ"ד. ומבואר דגם בגוונא שאין פגם בעלם החפץ אלא דבקניית החפץ פרשי אינשי הו"ל מקח טעות. ועי' במהרש"ם בספרו משפט שלום (סי' רל"ג סעיף י"ג) שהביא דבריו, וז"ל דמוכח מרש"י בשבת ע"ט ב' כו"ג, דסתם אדם נוהר ממנוה מהמוצח.

הגר"א: "כיון דאי אפשר לאכול הוי מקח טעות".

וצ"ב מ"ש מזיק ממקח טעות, והרי סו"ס אי אפשר לאוכלה, ומ"ש ממזיק, דלא חשיב זהכי למזיק. — וז"ל, דמקח טעות תלוי בקפידא דאינשי, וכמ"ש בשו"ע (סי' רל"ג ס"ו) כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מוס וכו'. וכל שלמעשה אי אפשר לאכלו הרי יש כאן קפידא בתורת ודאי שלא ליקח בהמה זו, והוי מקח טעות. אבל לענין מזיק תלוי הדבר במעשה היוק ידיה, וכל שמעשיו ליתא אלא בתורת ספק, אין כאן היוק ודאי אלא ספק.

ד) וביסוד הדין דאפילו טריפה שאנו אוסרים מספק מצטל המקח, דאפילו אי"ז טריפה בתורת ודאי די שפוסקים המתירים מ"מ כיון דלמעשה קיי"ל לאיסור הו"ל מקח טעות, וכמ"ש בסמ"ע (בסי' רל"ג ס"ק כ"ח) הקשה הגר"א (שם בס"ק כ"א) מהא דאיתא בצ"ק ז"ט ב' ההוא מגרומתא דאתאי לקמיה דרב טריפיה ופטריה לטבח מלשלומי דמי, פגעו ביה רב כהנא ורב אסי צההוא גברא אמרו ליה עמיד בך רב תרתי כו', דלא אוכליך ספק איסורא ומנעך מספק גזילה. הרי דלענין מזיק אמרינן דאע"פ שלמעשה הבהמה אסורה באכילה, אפ"ה אי"ז מזיק בתורת ודאי אלא רק ספק מזיק, ולכן א"א לחייב הטבח מספק. וא"כ הו"ל למימר גם לענין ביטול מקח, דאע"פ דהבהמה אסורה באכילה מ"מ אי"ז מוס בתורת ודאי, אלא רק ספק מוס, וממילא לא יתבטל המקח בכה"ג. ומירץ

אמנם נראה דלא כל דבר שמקפידים עליו הוי מק"ט, דהא חסרון נדדי במקח אינו מק"ט, וא"כ גם כשיקפיד מפני הספק אין כאן קפידא שצטל המקח. וי"ל צביאור הדברים דחלוק חיוז מזיק שהוא על מעשה היוק ולא על התוצאה אבל במקח הנידון הוא רק על התוצאה, שע"י מעותיו נקנה המקח וכשאינו מעמיד תוצאה שראויה לאכילה הוי מק"ט. והיינו דבמקח החיוז נוצר מחמת הקצלה של החפץ והו שחייב נתינת תמורה, וכשלא קיבל בפועל אין צריך ליתן תמורה.

ד) ב"ב פ"ג ב' ארבע מדות צמוכרין כו' שחמתית ונמצאת לצנה לצנה ונמצאת שחמתית כו' שניהם יכולין לחזור בהן. וצמרדכי (סי' תקס"ג) כתב: "נשאל לרבינו מאיר על אודות ראובן שקנה חפץ מן העכו"ם בחזות שהוא זהב ומכרו לשמעון ולא נתכוין להטעותו ונמצא של כסף דאפ"ה חייב

בחדושי הגרעק"א (בסי' רל"ב סי"ח) וזכ"ת (שם סק"ח) ששם תשו' עבודת הגרשוני (סי' ז"ד) מבואר דנקטו באופ"א ממש"כ הנחה"מ. דכתב דלאו דוקא אם היה צדיל מבחוח ונמצא זהב בתוכו דלא זכה בו המוכר רק הלוקח, אלא דגם כשקנאו היה סבור שהוא צדיל ובאמת היה זהב דלא זכה בו המוכר רק הלוקח. והרי זכה"ג שרואה מה שלפניו אלא דאינו יודע שהוא זהב וסבור שהוא צדיל, ודאי דאי"ו אבוד ממנו, דהא משמר הצדיל לעצמו (וגם אינו אבוד מכל אדם, שאחרים יכולים להכיר בו).

ובמקור הדין, יעוי' צמרדכי (צ"מ סי' רנ"ח) שלמד ד"ו מהא דתנן צ"מ כ"ה ב' מצא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו, והתוס' כ"ו א' ד"ה דשתיק כו', הקשו דאמאי לא יקנה בעל הגל ובעל החצר מדין קנין חצר, ותירץ המרדכי: "דכיון דאין דבר ההוא כשאר המציאות שפעמים הוי"ם לזכא לא זכה בו, כי כשקנאו לא העלה על לב לקנות המטמון הלכך לא זכה, דלא זכה אלא בדבר שירצה לקנות כו', אבל בדבר שלא היה בדעת המוכר למכור ולא דעת הקונה לקנות לא קנה כו', ומעשה באחד שקנה צדיל מן העכו"ם לכסות גגו, ושזב נמלך ומכרו לישראל חלצירו בחזקת צדיל ונמצא שכולו כסף מצפנים אך מבחוח היה מחופה צדיל, ותבעו צדין שאינהו אונאה, ופטרו אבי העזרי שאמר שלא זכה בו כשקנאו מן העכו"ם כיון שלא ידע ולא נתכוון לקנות הכסף כו'". עכ"ל המרדכי. וז"ב, דצשלמא צמצא בכותל אמרינן דאין החצר זוכה לו אלא בדבר הרגיל

ראובן להחזיר לו מעותיו, ואע"ג דצטול מקח כגון יותר משמות צעיר היא אם לעולם חוזר או לא ולא איפשיטא, הא דדאי מקח טעות כגון זהב ונמצא כסף או כגון שחמתית ונמצאת לבנה דהוי מקח טעות ולעולם חוזר. ואע"פ שראובן קנאו מן העכו"ם וגם שמעון היה מחזר אחר העכו"ם לקנותו מה צדך הרי כשקנאו ראובן מיד העכו"ם וגם שמעון היה מחזר אחר העכו"ם לקנותו מה צדך הרי כשקנאו ראובן מיד העכו"ם הרי הוא שלו ולא כל כמיניה להטעותו, ואפילו לא נתכוין להטעותו שמעון חוזר כו'". וע"ש שהוסיף: "ואציאסף פסק דאם מכר כסף סיגין בחזקת צדיל אין יכולין לחזור בו, אבל זהב ונמצא כסף או להיפך שניהם יכולין לחזור כו'". עכ"ל. והנה דברי האציאסף הוצאו צרמ"א (בסו"ס רל"ג), ודברי המהר"ם מרוטנבורג הביא הרמ"א (בסי' רל"ב סעיף י"ח).

והנה בדברי המהר"ם מרוטנבורג, יעוי' בנתי"מ (בסי' רל"ב סק"ח) שכתב, דדוקא כה"ג שאין דרך להודיע כלל והוי כאצודה ממנו ומכל אדם דהוי הפקד, משא"כ צמצא כסף שהוא כרוך צמטלית ולא ידע מה הוא. וכיו"צ בדבר שדרכו להודיע, זכה צה. ע"ש. — וז"ע, דצשלמא באצוד ממנו ומכל אדם כזוטו של ים וכיו"צ, שפיר י"ל דהוי הפקד. אבל כשמשמר את החפץ מחמת דסבר שהוא צדיל ובאמת בתוכו כסף או זהב, היאך יתכן לדונו כהפקד, והרי סו"ס משמרו לעצמו.

והנה מדברי הלבוש (בסו"ס רל"ג) הוצא

דהרי הנידון הוא שמזכה לו שלא מדעתו ודוקא בדבר הרגיל זוכה לו, אבל בצדיל שנתכוין לזכות לעצמו רק שלא ידע שהוא זהב אמאי לא קנה.

וצ"ל דבקנין חזר שלא מדעתו איכא אומדנא שרצונו לקנות, וכמ"ש בנתיב"מ (סי' קצ"ז סק"ד), והא דאיכא אומדנא היינו דוקא בדבר הרגיל לצא לחזירו דאמדין דדעתו להתכוין לזכות במה שצא לחזירו, ולא סגי במה שאם היה יודע שנמנע בחזירו דיקנאו, אלא דאמדין דדעתו לקנות. וזהו דמייתי להוכיח בקנין צדיל דאין רגילות שצדיל ימנע זהב, א"כ בהכרח דלא אמרינן דאיכא אומדנא לומר דבאמת נתכוין לזהב, ולכן לא קנה. דלא מהני אומדנא לדבר שאינו מנאי.

ולפ"שנ"ת יש לדון ג"כ בהוכחת הנתה"מ (בסי' רל"ב סק"ח) כשלא ידע מה מונח במקחו דזכה לוקח ראשון דאי"ז אצודה ממנו, מהא שהמרדכי הוכיח דינו ממנא זכותל ישן והתם הטעם הו' שאצודה ממנו ומכל אדם. ולפ"שנ"ת הרי הנידון צוה רק לענין דלא מהני אומדנא דנתכוין לכך ולא דיזכה מטעם דהו"ל אצודה ממנו.

(ה) ב"ב מ"ב ב', ההוא אפוטרופא דיתמי דזבן תורא ליתמי ומסריה לבקרא לא הוו ליה ככי ושיני למיכל ומית אמר רמי בר חמא היכי נדייניהו דייני להאי דינא נימא ליה לאפוטרופא זיל שלים אמר אנא צהדי תורי אוקימתיה אוכלא שדאי ליה לא הוה ידענא דלא אכל, מכדי בקרא שומר שכר

דיתמי הוא איצעי ליה לעיוני, אי איכא פסידא דיתמי הכי נמי, והכא במאי עסקינן דליכא פסידא דיתמי דאשכחוהו למריה דתורא ושקול יתמי זו מיניה, אלא מאן קא טעין מריה דתורא קא טעין איצעי ליה לאודוען, מאי מודעין ליה מידע ידע דמקח טעות הוה, צספסירא דזבן מהכא ומזבין להכא הילכך משחצב איהו דלא הוה ידע ומשלם בקרא דמי צשר צזול.

ושיבת רש"י ותוס' והרא"ש דמיירי שהיתומים כבר נפרעו מהספסירא, והספסירא טוען לחזור ולהשתלם מהאפוטרופוס או מהבקרא, ומסקינן דהספסירא ישתלם מהבקרא דמי צשר צזול אחר שישצב דלא ידע. – ובתשו' הרא"ש (כלל ק"ב סי' ח') כתב דהמוכר מקבל אחריות, והוצא בטור (סי' רל"ב סט"ז).

ושיבת הראש"ד דמיירי כשעדיין לא נפרעו היתומים מהספסירא, וחיוצו מדין שומר שכר, דצכל מקח טעות הויין הצעלים למפרע שומר שכר. וז"ל הרא"ש (פ"ג דצ"מ סי' כ"ד), "והראש"ד ז"ל פירש דלא צריך לההיא דר"י הכא, אלא לפי שהיתומים כל זמן שלא ידעו אין המקח קיים דשמא בעל מוס הוא ועומד השור לחזור לצעליו ויחזיר להן הדמים וצריכין הן לשומרו עד שיחזירוהו לצעליו, נמנע שהיתומים שומרי שכר על השור צשציל מעותיהן שהם צאחריותו, והבקרא שומר שכר של היתומים ונכנס תחתיהן, וכיון שלא שמרו כראוי משלם לספסירא דמי צשר צזול כו". עכ"ל. ׀והגם

שימות והיה הספקר מחזירו על המוכר הראשון והואיל ולא עשה שהוא הפסיד על עצמו. ע"כ. וזמש"כ דהסקור נשבע שלא ידע ונפטר, הקשה הטור (בסי' רל"ג סעיף ט"ו) דצ"מ מ"צ ז' מפורש דחייב לשלם. וז"ל הטור: "ואינו נראה כן מההוא עובדא דאפוטרופא דיתמי דזבין תורא ליתמי ומסריה לבקרא ולא הוה ליה כפי ושיני ומית, ואסקינן שהמוכר חייב לשלם ליתמי אע"פ שהיה סרסור שקונה ומוכר ואפשר שלא הכיר זו מ"מ הטעה אותם ונריך לשלם". עכ"ל. וגם המגיד משנה כתב דמהך עובדא ז"ע בד' הרמז"ס.

ובב"י ובכס"מ תירץ ד' הרמז"ס, דקס"ד למפטר הבקרא, ומש"ה פריך דהא שומר שכן הוא ואמאי פטור, ומשני דהכא במאי עסקינן דליכא פסידא ליתמי דכיון דהמוכר נמי מנזי קמן ומנזי היתמי למשקל דמי מנייה, אלא דאיהו טעין איבעי ליה לאודוען ומש"ה צעי לפטור עצמו. ואקשינן מאי מודיעין ליה מידע ידע דמקח טעות הוא ופשיטא דחייב. ומהדרינן ספקירא הוי, וכיון דספקירא הוא פשיטא דמיפטר וא"כ לית לן לספוקי אלא אי משלם האפוטרופא או הבקרא, אצל הספקירא פטור, ונשבע דלא ידע.

והב"ח (בסי' רל"ג סט"ו) תמה דאמאי שייך פסידא ליתמי, הרי מכיון דהבקרא הוי שומר שכן ומחוייב לשלם כל דמי השור, ממילא ליכא פסידא גבייהו. ועוד הקשה, דמעיקרא קאמר דמנזי למשקל דמי

דנחלקו קמאי אם צמק"ט הו"ל מעות כגזל או כהלואה, אי"ז ענין לדברי הראב"ד, דגם אם הו"ל הלואה מ"מ אסור להשתמש בינתיים צמעות אלו, ולכן הוי שו"ש. וכמ"ש באו"ש צפ"ה מאישות ה"ב]. – וטעמו של הראב"ד דהו"ל שו"ש, מבואר בחידושי הרשב"א וצשיטמ"ק צשמו, משום שהוא עומד להחזיר המקח לצעליו. וז"ל: "והראב"ד ז"ל פי' משום הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בצבועה, ואפ"ה שהבקרא משלם משלו צמקום היתומים הוא עומד, שהיתומים כשומרי שכן לספקירא לפי שהן חייבים לשמור, שהרי הוא עומד לחזור לצעליו וליטול את שלהן מהמוכר ובאחריותן הוא עד שיחזור לצעלים מפני מעותיהם, והבקרא שו"ש ליתומים ונכנס תחתיהן לשמירה". עכ"ל. (ומתבאר דשאר הראשונים דפליגי, היינו משום דס"ל דהלוקח דינו כשו"ה, וכמש"כ הריטב"א להדיא, וע"ע בגליון רעק"א צשו"ע סי' רל"ג סי"ח). – וצתומים (סי' ע"ג ס"ק כ"ג) ציאר טעמו של הראב"ד, דהואיל ותפס אזוזי, והשור הוי למשכון אצל היתומים. וע"ש דהרא"ש דלא פירש כהראב"ד היינו לטעמי צפ"ק דקידושין דתתתי צעינן גם שישתכר צכך וגם שיהיה תפיס אזוזי. ודו"ק.

והנה כתב הרמז"ס (פט"ו ממכירה הי"א), היה המוכר ספקר שלוקח מזה ומוכר לזה ואינו משהה המקח עמו ולא ידע צמוס זה, הרי הספקר נשבע שצועת הסת שלא ידע צמוס זה ויפטר, מפני שהיה על הלוקח לצדוק השור צפני עצמו ולהחזירו לו קודם

## מנחת

בבא בתרא

## חיים

שיג

תורה מיניה, וזמר הכי קאמר דספסירא הוה ומפטר, וא"כ קשיין דברי רמי בר חמא אהדדי.

ויעויי"ש צב"ח שישב דברי הרמב"ם, דאע"פ שלא הכיר זו המוכר הו"ל מקח טעות, דגם אם המוכר נתאנה אין לו להונות אחרים. וכדחזינן דדברי הרמב"ם (צפ"כ ממכירה הט"ז) והוצא בשו"ע (סי' רל"ב סעיף י"א) דאם הוגלד פי המכה תוך שלשה ימים הוי מקח טעות, ואע"ג דגם המוכר לא הכיר ולא ידע במוס זה, אפ"ה בשביל זה אין לו להונות אחרים, ומשו"ה שקול יתמי זוזי מהספסירא דאיהו אטעינהו ליתמי. — אכן זהו בעלמא, וס"ל להרמב"ם דשאני מעובדא דיתמי דליכא פשיעה במסירת האפוטרופא לבקרא, דמכיון שאין השור אללו לא הו"ל לידע ולבדקו אם אוכל, ולכן הספסיר צריך להחזיר הדמים, דהטעה היחומים. משא"כ בעלמא כשמוכר שור לחזירו והניחו עם הצקר שלו דהו"ל לידע ולבדוק השור ולהחזירו לספסר, ולא הודיעו, א"כ הלוקח פושע הוא, דכיון שהשור היה אללו ויכול לבדקו אם הוא אוכל אם לאו ולא בדקו, איהו דאפסיד אנפשיה.

והש"ך (בסי' רל"ב ס"ק י"ב) הסכים עם הצ"ח, והוסיף דכן יש ללמוד מדברי הנמוק"י בסוגיא, יעוי"ש (בדף כ"ד ע"א מדפי הרי"ף) שכתב: "אנא לבקרא מסרתיה, וסמכתי עליו שיעיין זו מפני שהוא צקי בשוורים יותר ממני ואם ימצא זו מוס הייתי מחזירו לבעליו כדין מקח טעות, ואי לאו הכי

היה פושע האפוטרופוס שהניחו צביתו ולא השגיח עליו אם היה אוכל אם לאו, וא"כ אפילו היה האפוטרופוס שומר חנם שמנהו אצי יתומים חייב, כן כתבו הרשב"א והרנב"ר בשם רבינו האי גאון ז"ל שכתב כן בספר המקח. ודעת הרשב"ד ז"ל שאם מנוהו בית דין שומר שכר הוא וחייב צההיא הנאה דמהמני ליה צי דינא כו". עכ"ל הנמוק"י. הרי להדיא, דאי לאו דמסרה לבקרא היה מתחייב, מטעמא דאיכא פשיעה במה שלא השגיח על השור צביתו אם אוכל או לא.

ובבר כתב הצ"ח, דמוכח כדבריו מהמרדכי (צב"מ סי' רל"א) צעובדא דמכר חפץ לחזירו בתורת זהב ושצרו והיה צו בדיל, ופסק המהר"ם מרוטנבורג דמה ששצרו אי"ז פשיעה, דלא הו"ל למידע שיש צו עופרת, ומייתי ללמוד ד"ז מהך עובדא דתורא דלא הו"ל ככי ושיני דאע"ג דלא ידע ספסירא, מ"מ מכיון דאפוטרופוס לא הו"ל לידע, דאיהו מסרה לבקרא ממילא פטור האפוטרופא, והספסירא חייב. ושמעינן דכשהספסירא מכרה לחזירו והניחו עם הצקר שלו והניח מאכל לפני כולן ולא בדק בשור זה אם הוא אוכל, הפשיעה היא של הלוקח כנגד הספסירא, מכיון שהיה ללוקח לידע ולהודיע לספסירא, והלוקח הוא דאפסיד אנפשיה.

והב"ע (בסי' רל"ב ס"ק מ"ד) נקט דכשהמוכר והלוקח תרוייהו צענין אחד, היינו או דתרוייהו לא היו יודעים מהמוס או דתרוייהו יכולים היו לבדוק,

זשׁו״ע זכ״י ע״ז ס״ו, וע״ע חזו״א ז״ק ס״י  
ז׳ ס״ק י״ז).

(ו) הר״א״ש (זפ״ג דחולין ס״י ל״ד) הציא  
פלוגתא דרמז״ן ורבינו אפרים  
אם טריפות מחמת סירכא מצטל המקח.  
דהרמז״ן ס״ל דהוי מוס, ורבינו אפרים ס״ל  
דא״ז מוס מכיון וטריפות מחמת סירכא  
שכיח ורמי איניש אדעתא והו״ל לאתנויי וכיון  
ללא אתני מחיל. – ודעת הרמז״ן ללא  
אמרינן דהו״ל לאתנויי אע״ג דשכיח, וראיינו  
ממוכר שור לחצירו ונמצא נגחן דאמרינן  
בסוגיאן ז״ב א׳ דלכו״ע אי לאו דמני א״ל  
לשחיטה מכתיו לך הוי מקח טעות אפילו  
שלא התנה הלוקח הגס דרוב שוריים לאו  
בחוקת שימור קיימי. ועוד מיימי מדאמרינן  
לקמן ז״ב ז׳ גזי מוכר עבד ונמצא גנב או  
קציוסטוס הגיעו מאי טעמא לאו משום  
דרובא הכי איתנייהו אלא כולהו הכי  
איתנייהו, וחזינן דאי לאו דכולהו הכי  
איתנייהו הוי מקח טעות אע״ג דרובא הכי  
איתנייהו ואפילו שהלוקח לא התנה, וכ״ש  
בטריפות דהו״ל מיעוטא. – והר״א״ש כתב  
דמה שהציא הרמז״ן ראייה משור ועבד לאו  
ראייה היא, דשאיני התם שהמוכר מכיר במומי  
השור והעבד, ועל זה סמך הלוקח ולא התנה  
משום דשארית ישראל לא יעשו עולה ולא  
יאנהו במקחו, אבל בדבר שאין המוכר יודע  
כמו שהלוקח אינו יודע צריך הלוקח לאתנויי  
במידי דשכיח, ומדלא אתני אחולי אחיל וקנה  
כשאר לוקחים בהמות שאינן נמנעים מליקח  
בשביל ספק טריפות. ע״ש.

דהלוקח חייב להחזיר המעות. – דזדינא  
דהמוכר זיניס ונמצאו מוזרות שאינם ראויים  
לאכילה הוי מקח טעות ומחזיר הדמים,  
וכמש״כ זשׁו״ע (ס״י רל״ז סעיף י״ט)  
מתשו׳ הר״א״ש (כלל ק״ז ס״י ח״), נחלקו  
הפוסקים צביאורו, דהז״י כתב דמיידי  
בסרסור והגם דפסק (שם בסעיף י״ח)  
כשיטת הרמז״ם (פט״ז ממכירה הי״א)  
דהמוכר נשבע שלא ידע במוס ונפטר היינו  
דוקא התם שהיה ללוקח לצדוק השור  
ולחזירו קודם שימות וזכה״ג היה הסרסור  
מחזירו לבעלים משא״כ במוכר זיניס לחצירו  
ונמצאו מוזרות ללא שייך האי טעמא דהא  
אין אדם עשוי לצקע זיניס רק בשעה שהוא  
צריך להם ס״ל להרמז״ם דהוי מק״ט,  
וסמ״ע פליג וכתב דהעיקר כדעת הטור  
להשוות שני הדינים משום דבשור ההפסד על  
הלוקח ואפלו שהסרסור היה צריך לצדוק אבל  
הרי גם על הלוקח לצדוק לכן הלוקח חייב,  
וציניס דגם המוכר אינו יכול לידע א״כ  
המוכר והלוקח נשתנו בדרגת ידיעתם והלוקח  
חייב.

והנה צמס״כ הטור הנ״ל דהמוכר חייב  
לשלם, יעוי׳ צביאור הגר״א (בס״י  
רל״ז ס״ק כ״ו) שנתקשה אמאי הלוקח לא  
נתחייב מדין שו״ש. ותירץ: ״וא״ל דס״ל  
לטור ורמ״א דוקא בקרא דהוי שומר שכר  
וצריך לנטורי נטירותא יתירתא וכמ״ש שם  
[ז״מ] ז״ג ז׳ ע״ש בסוגיא, משא״כ בלוקח  
עלמו כיון דהמקח טעות אינו שומר שכר  
עליו כו״. עכ״ד. וצפוטנו מצואר דזבדיו  
דכשמסרו לבקרא נפטר השומר לכו״ע (ועי׳

ובב"ש הרמב"ן מההיא דמוכר עצד ונמנא  
 גנז או קציוסטיוס שהגיעו משום  
 דכולהו הכי איתניהו אצל אי לאו דכולהו הכי  
 איתניהו הו"י מק"ט אפילו דהלוקח לא התנה,  
 נתקשה צ"ס' מחנה אפרים (דיני אונאה סי'  
 ג') דשאני התם דמיירי כשעדיין לא נתן  
 הדמים וכיון שהלוקח מוחזק א"ל להתנות,  
 וכדאיתא כיו"צ בצכורות י"ג ז' צהא דמשני  
 אציי התם הברייתא דהלוקח גרוטאות מן  
 הגוי ומנא צהן ע"ז דאם עד שלא נתן  
 המעות משך יחזיר ואם משנתן מעות משך  
 יוליך הנאה לים המלח, דטעמא דרישא דהוי  
 מק"ט הו"י משום דלא ידע, דהא לא יהיב  
 זוי, אצל סיפא לאו מקח טעות הו"י דכיון  
 דיהיב זוי הו"י לעיוני והדר מימשך דמילתא  
 דשכיח הו"י למנא ע"ז בתוך הגרוטאות  
 וכמש"כ התוס' שם ד"ה דכיון כו', וחזינן  
 דאפילו כשלא נתן מעות אי"ו מק"ט מדלא  
 התנה צמילתא דשכיח. ויעוי' כיו"צ בשער  
 משפט (סי' רל"ב סק"ד) שהוסיף דלא שייך  
 לומר דסמך אשארית ישראל לא יעשו עולה,  
 דהא צלוקח מגוי עסקינן ופיהם דיבר שוא,  
 אלא ודאי כיון דלא נתן מעות לא אמרינן  
 דהו"י לאתנויי.

דכל דבר שיכול לצדקו בעצמו אינו סומך  
 את עצמו על המוכר. משא"כ בדבר שאינו  
 יכול לצדקו בעצמו וצריך להתנות עליו אף  
 כשלא נתן מעות דרך הו"י להתנות התנאי  
 בשעת המכירה, וצ"ה"ג אפילו כשלא נתן  
 המעות מ"מ מכיון דשמא ימנא אח"כ מוס  
 הו"י לאתנויי בשעת גמר המקח. והו"  
 שהקשה הרמב"ן, דגבי עצד אי אפשר  
 לצדקו אם הו"י גנז, אלא הו"י להתנות, א"כ  
 אף צלא נתן מעות אמרינן דהו"י לאתנויי.  
 משא"כ בגרוטאות צכוגיא דצכורות שאפשר  
 לצדק בעצמו ואינו סומך על המוכר לא  
 אמרינן צכה"ג דהו"י לאתנויי.

ויעוי"ש בשער משפט, שכתב עפ"ו,  
 דצכירות הריאה יש חילוק  
 כשחטא צמקרה ועדיין לא נתן המעות לא  
 הו"י מקח טעות לשיטת הרא"ש, משום דהו"י  
 לאתנויי גם צגוונא שלא נתן מעות, דלמנא  
 ישחטנה אחר נתינת המעות והו"י להתנות  
 בשעת גמר מקח. משא"כ כשקנה צהמות  
 צהקפה לזמן ולשחטם קודם זמן הפרעון  
 צכה"ג הו"י מקח טעות דלא שייך הו"י  
 לאתנויי די"ל דסמך עצמו על מה שהוא  
 מוחזק צמעות וכשיהיה טריפה לא ישלם לו.

(ז) ב"ב ק"ג ז', צרשצ"ס ד"ה פיתת כל  
 שהוא כו' הוכיח דצדצר צצמדה  
 המקח צטל לגמרי כצצטל מקצתו. וראייתו  
 מדאמרינן הכא דאינן להוסיף על המדות יותר  
 משתות כדי שלא יהיה מק"ט, ופרכינן הרי  
 צדצר צצמדה אפילו פחות משתות חוזר,  
 וטעמא שאין להוסיף על המדות הו"י כדי

ובם' שער משפט הנ"ל תירץ שיש לחלק צין  
 דבר דהו"י לעיוני וצין דבר דהו"י  
 לאתנויי, דדוקא צדצר דהו"י לעיוני אמרינן  
 דכשלא נתן מעות לא הו"י לעיוני דסמך  
 בעצמו על מה שהוא מוחזק צמעות דדרך  
 הסותרים לצדוק הדבר קודם שנתן המעות,  
 ולא שייך לומר דהו"י לאתנויי דלמה לו  
 להתנות צדצר שהוא יכול לצדקו בעצמו,

שומעין לו שהבעל לא מכר אלא גוף ופירות ומקח אחד הוא וכיון שמקחו בטל בגוף ואין הפירות אלא מכח הקרקע הכל בטל ואפילו פירות אינו אוכל. והוצאו דברי הרשב"א דדברי המגיד משנה (פ"ל מהל' מכירה ה"ג). – והמשנה למלך (פי"ב מוכיה הי"ג) הקשה מדברי הרשב"א בקידושין מ"ב ב' דהמוכר קרקע ונמלא מקצתה גזולה דהמכר קיים. וז"ל המשל"מ: "איברא דדברי הרשב"א ז"ל נראין דסתרי אהדדי, דמשמע מדבריו אלו דאפילו מוכר יכול לחזור במה שמכר אע"פ שהפירות היה יכול למוכרם מאחר שכללן עם הגוף אינו נקנה לחצאין, והר"ן ז"ל כתב בפרק האיש מקדש גבי הא דאמרינן האחים שחלקו, וכו' דאמר רבא כל דבר שבמדה כו' אפילו פחות מכדי אונאה חוזר דכתב בשם הרשב"א דחוזר דקאמר היינו שמחזיר האונאה והמקח קיים ולפי זה למד הרשב"א שמי שמכר קרקע לחצירו ונמלא מקצתה גזולה המקח קיים בשאר ע"כ. ולפי"ז קשה דאמאי אינו יכול לומר בין מוכר בין לוקח כיון שנעשו במקח אחד בטל מקצתו בטל כולו וז"ע".

ובגתה"מ (סי' קפ"ב סק"ח) כתב ליישב, דמדקדוק דברי הרשב"א מבואר דדוקא כשהפירות באים מכח הקרקע ונתבטל מכירת הגוף ממילא נתבטלה מכירת הפירות, דהפירות הוי תולדה מהגוף. וז"ל הנתה"מ: ולפענ"ד לא קשה מידי, ואילו דקדק המשנה למלך בלשון הרשב"א לא היה קשה לו כלל, דז"ל הרשב"א גבי מכר הבעל, שהבעל לא מכר אלא גוף ופירות ומקח אחד הוא, וכיון

שלא לתקן תקנה שעל ידי התקנה יתבטלו הקניינים דיצואו אינשי שלא ידעו שהוסיפו על המדות ויקנו ע"פ המדה הקודמת וכמ"ש הרשב"ם ד"ה ליהוי, ולכן אסור להוסיף יותר משמות. עכ"פ מתבאר שבדבר שבמדה אינו יכול להשלים המקח. – ודעת הרמב"ם (פט"ו ממכירה ה"א) דכשיכול להשלים ישלים והמקח קיים. וצ"ח בתי רבינו חיים הלוי, דלפ"ד ז"ל דבגמ' מיירי שהמוכר סבור שמוכר כפי המדה החדשה, ולכן אם נימא דהמקח קיים וישלים יאמר המוכר שהקנינה בטעות דהוא קנץ דמים לפי המדה החדשה. ולכן זכה"ג ס"ל להרמב"ם דהמקח בטל לגמרי, ולא אמרינן שהמקח קיים וישלים. – ודעת הראב"ד (שס), שאם היה תופס שק של אגוזים ואמר לו הילך שק זה שיש בו סאה של אגוזים צדינר ונטלו והלך לו ומדדו ולא מצא מדתו הרי זה חוזר ואע"פ שרצה זה להשלים. והמ"מ נקט דפליגי, אולם זכס"מ כתב דאפשר שהרמב"ם מודה לראב"ד. דהרמב"ם מיירי כשלא אמר הילך שק זה שיש בו כך וכך. ובסמ"ע (בסי' רל"ב סק"ד) כתב דגם מד' הטור שם משמע שהרמב"ם אינו חולק על הראב"ד.

ויעוי' לעיל מ"ט ב', הא אתמר עלה אמר רבה בר רב הונא לא נזרחה אלא לאותן שלש שדות כו'. והרשב"א בחידושו ד"ה הא דאמרינן כו' כתב דבעל שמכר קרקע של אשתו סתם דאפילו המוכר יכול לבטל, שאם מכרו הבעל לפירות בלבד הרשות בידו דשלו הם לגמרי אבל במכר גוף ופירות אפילו אמר הלוקח הניחו לי ואוכל פירות אין

שמקחו בטל בגוף ואין הפירות אלא מכח הקרקע הכל בטל וכו', ע"ש. וכונתו, מכירת פירות לא מהני רק כשמוכר גוף לפירות, וכיון שהצעל מכר הקרקע בחזקת שלו, ומכר כל הגוף והפירות הן ממילא שלו מחמת מכירת הגוף, וכיון שמכירת הגוף בטל, ממילא גם מכירת הקרקע, משא"כ במקצתה גזולה שאין מקצת קרקע זה בא מכח מקצת קרקע השניה. עכ"ד.

והנה כשמכר שני דברים יחד ולא חל קנין של אחד מהם ואין המוכר יכול להשלים אם הקנין קיים במקצת, נחלקו הרשב"א והר"ן ברפ"ב דקידושין, דהרשב"א ס"ל דאפילו בלא ידע הלוקח ואי אפשר לו להמוכר להשלים מקחו דהמקח קיים בהמקצת, והר"ן פליג וס"ל דכשאי אפשר להשלים המקח הלוקח יכול לבטל ולומר במקח שלם אני רוצה, אבל אם המוכר יכול להשלים המקח קיים בהמקצת, וכשיטת הרמב"ם (פט"ו ממכירה ה"א) והכי קיי"ל (בסי' רל"ב ס"א). – ויעוי' צנתה"מ (בסי' קפ"ב סק"ח) דצתחילה צידד דד"ז תלוי בגדר דינא דקני את וחמור, דזהו מש"כ הרשב"א דקנה מחנה, אולם בשו"ע בסי' רל"ב ס"א פסק כהר"ן, ויעוי' בסי' ר"ג סעיף ב' דקיי"ל דקני את וחמור קנה מחנה. וצ"ע. אמנם הכרעת הגתה"מ לחלק בין ב' מינים דאף שאינו משלים לו המקח קיים, אבל צמין אחד צריך להשלים.

ב"ב פ"ג ב' ארבע מדות צמוכרין מכר לו חיטיין יפות ונמצאו רעות הלוקח יכול

לחזור בו כו' לצנה ונמצא שחמתית כו' יין ונמצא חומץ שניהם יכולים לחזור בהן. ובטור (סי' רל"ג) כתב שאין כאן מכר. וצנתה"מ (סי' רל"ב סק"ב) כתב דאפילו בגונא דמחל הלוקח כגון שיכול לטעמו, לא מהני מחילתו מכיון דהוי מין אחר. והיינו משום דיין ונמצא חומץ הוי כשני מינים וחסר צעטס המקח, וממילא לא מהני מחילת הלוקח שהרי אין החסרון רק מפאת קפידא דאינו רוצה בחומץ אלא משום דלא היה כאן מקח. – ומצואר לפ"ו החילוק בין יפות ונמצאו רעות דהלוקח חוזר בו ולא מוכר, וצנתה"מ ונמצאת לצנה וביין ונמצא חומץ שניהם חוזרים. דהטעם הוא דציפות ונמצאו רעות הו"ל כמין אחד אלא שיש בזה אונאה קצת, ולכן דוקא הלוקח חוזר ולא המוכר. משא"כ כשמוכר יין ונמצא חומץ אין כלל מקח, וכמ"ש בשו"ע: "המוכר לחזירו מין ממיני הפירות ונתן לו מין אחר אין כאן מכר כלל ושניהם יכולים לחזור בהם כו'".

אמנם בסוגיא לקמן פ"ד א' מצואר דגם ביין ונמצא חומץ הו"ל מין אחד, וליכא חסרון צעטס המקח, רק דאיכא קפידא שרצה ביין דוקא. וצטעמא דמפלגינן בין חיטיים יפות ונמצאו רעות דהלוקח חוזר בו ולא המוכר יעוי"ש בחידושי הר"ן דהיינו משום דכל אחד יכול לומר דנתאנה לכן שניהם יכולים לחזור בהם. וז"ל הר"ן: מכר לו חטיין יפות ונמצאו רעות לוקח יכול לחזור בו, כלומר ולא מוכר, משום דציפות ונמצאו רעות לוקח נתאנה ולא מוכר, משום דציפות ונמצאו רעות לוקח נתאנה ולא מוכר, וכן נמי

הלוקח יכול לחזור בו מפני שהטעהו ויש  
 ביניהם שינוי השם, והרי זה קצת כשינוי  
 מחפץ לחפץ, שאם רוצה המתאנה לחזור בו  
 ולבטל מקחו רשאי, אבל לא המוכר, לפי  
 שאינו שינוי חפץ לגמרי כשחמתית ונמנעת  
 לבנה, שזה כשינוי חפץ לגמרי ולפיכך שניהם  
 יכולים לחזור בהם". עכ"ל. הרי להדיא  
 דהחילוק בין יפות ונמנעו רעות הוא דהתם  
 הו"ל מין אחד רק דאיכא שינוי השם, משא"כ  
 יין ונמנע חומץ דהו"ל כשני מינים וכשינוי  
 מחפץ לחפץ ולא חייל המקח כלל. וכ"ה כתב  
 בשיטמ"ק בשם הראב"ד, וכ"ה בריטב"א  
 ובמאירי.

ברעות ונמנעו יפות מוכר נתאנה ולא לוקח,  
 ולפיכך מי שנתאנה דוקא יכול לחזור בו כו',  
 אבל בשחמתית ונמנעת לבנה כיון שכל אחד  
 מהן יכול ללומר שנתאנה, שניהם יכולין לחזור  
 בהם". עכ"ל. וכיו"צ משמע ד' החוס' ב"מ  
 נ' ב' ד"ה ואילו כו', ע"ש שכתבו דאונאה  
 יותר משתות דמי לין ונמנע חומץ, והיינו  
 דמהני מחילת הלוקח ב"ין ונמנע חומץ כמו  
 דמהני מחילה באונאה יותר משתות.  
 אולם בחי' הרשב"א בסוגיין פ"ג ב' מבואר  
 ד"ין ונמנע חומץ הו"ל כשני מינים  
 ולא חייל המקח כלל, וכמש"נ הנתה"מ הנ"ל.  
 וז"ל: "מכר לו חטים יפות ונמנעו רעות כו',

### סימן מב

#### בענין מוכר יין ואח"כ החמיץ

הדינר, הרי דהו"ל באחריות הלוקח אלא שאין  
 נותן לו עד לאחר שחיטה. ע"ש. ויש לדון  
 בזה, דשאני התם דעקרו תקנתם דמשיכה  
 קונה, והטילו חומר הן על המוכר והן על  
 הקונה, ומכיון שהטבח שוחט בעל כרחו אחר  
 שקיבל המעות ה"נ הלוקח מפסיד כשהשור  
 מת, אבל בעלמא דלח הטילו חיוב על המוכר,  
 לא החמירו על הלוקח ג"כ, ולכן כשהזכיר לו  
 בפירוש שמוכר לו העורות של שחוטות ומתו,  
 י"ל דאין הלוקח מפסיד.

והנה מקור דין זה, הוא במש"ו הרא"ש

(א) ב"ב ט"ז ב', המוכר יין לחצירו והחמיץ  
 אינו חייב באחריותו כו'. וצדין  
 מוכר מרתף של יין ולא אמר למקפה והחמיץ  
 אח"כ, הביא הטור (בסי' ר"ל) בשם רבינו  
 האי דמצי לומר מוכר ללוקח לא איבעי לך  
 לשהויי. ויש לדון בזה עפ"ד הט"ז (בסי'  
 קצ"ה ס"א) דפסק דמי שקנה עורות של  
 בהמות ומתו הבהמות צטביעה, דההפסד  
 ללוקח. והוכיח הט"ז, דגם אם התנה שיתן  
 העורות אחר השחיטה ההפסד ללוקח, מהא  
 דקיי"ל (בסי' קצ"ט ס"ג) דאם נתן דינר  
 לטבח צטר שחוטא והשור מת דמפסיד

(כלל ס"ו סימן ד') שכתב: "ראובן היה לו ארבע בהמות לשחוט ומכר העורות לשמעון בקנין סודר, ובעוד שהוליכן לשחיטה ברחו ונטבעה האחת בנהר. ופסק מורינו ה"ר אשר, ששמעון הפסיד העור, שכבר לקח קנין נקנו לו העורות בכל מקום שהן, ונתחייב בחליפין". עכ"ל. והוצא בצ"י (סו"ס קל"ה) ובסמ"ע (שם סק"ב).

והג"ז (סי' קל"ה ס"א) כתב בזה"ל: "מ"ש הסמ"ע צ"ש תשו' הרא"ש בדין העורות כו', ראיתי מי שכתב דאם הזכיר לו בפירוש השחיטה, כגון שאומר לו עורות בהמות אלו אני מוכר לך שאתן אותן לך לאחר השחיטה, דוקא שחוטות מכר, ואז אינו מפסיד הלוקח. דאין עור של מתה שזה כשל שחטה. ע"כ. ואינו נכון לענ"ד, דגם בזה ההפסד על הלוקח. וראיה מפורשת ממ"ש בסימן קל"ט [סעיף ג'] דאם נתן דינר לטבח ליתן לו בשר שחטה ומת השור מפסיד הדינר, ה"נ הוה מיד באחריות הלוקח, אלא שאין יכול ליתן לו עד אחר השחיטה". עכ"ד הט"ז. – ולכאורה יש לעיין במש"כ להוכיח מההיא דסי' קל"ט ס"ג דכשנתן דינר לקנות בשר ההפסד על הלוקח, לנד"ד. והרי יש לחלק, דהתם כבר עכשיו זכה בגוף השור בצצר השוה לערך של הדינר. ומה"ט כשהטבח לא מנא עוד קונים ואינו רוצה לשחוט, דמשחיטים אותו בע"כ, כמבואר שם. וזה מפני דקנה הלוקח בגופו של שור. ומש"כ בנד"ד, דכל השימוש שיש בעור אינו כעת בגוף הבהמות, שהרי רק לאחר שחיטה אחינא לדון ולהתעסק בעור. וא"כ בזה שפיר

הורה האי מי שכתב, דמייתי הט"ז, דכשהזכיר בפירוש השחיטה כוונתו רק לאחר שחיטה, וקדם לא זכה עדיין. – אמנם י"ל צביאור דברי הט"ז, דגם כשאינו מפרש בלשונו בשעת המקח אם רצונו לקנות דוקא לאחר שחיטה, י"ל דסתמא כפירושו, דלא קנה ממנו אלא כשהיו שחוטות. וא"כ שפיר מדמי למהיא דסי' קל"ט ס"ג, דכשם דהתם אמרינן דהמקח חל וההפסד על הלוקח, הגם דמסתמא לא קנה ממנו אלא כשהיו שחוטות, ה"נ בקנה עורות כנ"ל.

והנה מש"כ הט"ז צ"ש ראיתי מי שכתב, וכמש"נ. יעויין צ"ח (סו"ס קל"ה) שכתב כן. וז"ל: "ונראה דמיירי בדלא הזכיר לו בשעת גמר המקח שימתין עד זמן שישחטם, אלא אמר לו באתם ארבע בהמות יש לי הנני מוכר לך העורות מהם בקנין סודר, א"כ קנה העורות בין נשחטו הבהמות בין מתו. אבל אם הזכיר בפירוש מענין השחיטה, כגון שאמר לו בשעת גמר המקח עורות בהמות אלו אני מוכר לך שאתן אותם לידך לאחר השחיטה, דוקא שחוטות מכר לו, ואם מתו כולן או מקצתן, הפסיד המוכר, דהכל יודעין דעור מתה אינה שוה החצי של שחטה ועור של שחטה לקח ולא של מתה". וז"י לדבריו בתשו' (סי' מ"ז).

והנה יש לדון דלא שייך לקנות העורות בפני"ע, דמכיון ומחזירים לבשר וכעת א"א ליטלו והרי המוכר משאיר הבשר אללו ורק העור מוכר, והוי מוס דחוזר מהמקח שמכר לו שחוטות ונותן מתות, ושאיני

מהקונה בשר צדינר דהוי כקנה כל השור ואין להמוכר עוד בצשר.

ויעוי"ש בתשו' הב"ח, צנידון: "שמעון היה לו תיישים שעומדים לשחיטה, וראובן קנה ממנו אלו העורות כדין קנייתו, אלא שהיה תנאי ציניהם שראובן ימתין עד י"ד יום, כי אז ישחטם וימכור הצשר ציומא דשוקא. ותוך הזמן מתו מקצת תיישים, וראובן אינו רוצה ליקח ממנו עורות המתות. ושמעון טוען נסתחפה שדך. הדין עם מי. ואם הדין עם ראובן, אם חייב לו להעמיד עורות תיישים שחוטות תחת אלו אם לאו". ע"כ השאלה. — וע"ש שצתחלת דצריו צידד דהמוכר אינו חייב צאונסין, דהו"ל כקונה שור ואח"כ נעשה נגחן. וכתב דכ"כ הרא"ש בתשו' הנ"ל. — אמנם סיים: "אכן נראה לחלק דהכא שאני, כיון שהזכירו שניהם השחיטה בשעת המקח כשהתנה המוכר שימתין הלוקח עד י"ד יום, כי אז יגיע זמן שחיטת התיישים, א"כ חשוב כאלו אמר בפירוש אני לוקח ממך עורות תיישים אלו שיהיו שלי בקנין סודר מעכשיו ולאחר שחיטה דנשמע מיניה דכשימותו לא קנה ממנו כלום, וגדולה מזו כתב צפרק אלמנה ניזונית המרדכי, ז"ל בשם הר"א ממיץ דיש דצריס סתומין דאין דיין אותם כמפורשים ואוליין צתר מחשבה, ולא מטעם מחשבתו דודאי דצריס שצלב אינן דצריס, אלא מטעם שצאותו דבר לשון העולם מדבר סתם ואין דרכם לפרש כגון צין ולא איצטריכא ליה זוזי דהדרי ציני וכגון נודרין להרגין וכו' וכ"ש צנד"ד דהזכיר שחיטה בשעת המקח גלי דעתיה דלא

יחול הקנין אלא אשחוטות אצל לא כשיהיו מתות. ואפילו לא הזכירו שניהם השחיטה בשעת המקח, נראה לפע"ד דצנ"ד נמי דיינין הכי, דלשון העולם צדצר זה מדבר סתם ולא צריך לפרש, דסתמן כפירושן דלא קנה ממנו אלא כשיהיו שחוטות אצל כשיהיו מתות לא קנה דצנ"ד.

ובפירוש תשו' הרא"ש, ע"ש צשו"ת הב"ח דפירש צכמה גווי. וז"ל: "והך דתשוצות הרא"ש איכא לפרושי צכמה גוויא. חדא, דאיכא למימר דהמעשה הוה שהלוקח היה מעכב מלשחוט הצהמות עד זמן שיתרצה הוא. התם ודאי מצי למימר ליה מוכר ללוקח לא איבעי לך לשהויי. ודמי למוכר מרתף של יין ולא אמר למקפה והחמיץ אח"כ, דמצי למימר ליה מוכר ללוקח לא איבעי לך לשהויי, כמ"ש צחו"מ סי' ר"ל, ע"ש רבינו האי. אצל היכא שלא היתה עכצת השחיטה מן הלוקח, אינו צדין שהלוקח יפסיד, דלא דמי לשאר מטלטלים שנקנו ללוקח בכל מקום שהן ואירע צהן אונס דמעלמא דההפסד הוא ללוקח, וצהיח דהלוקח חפץ ואירע צו אונס וכו', דכתבו התוס' ומרדכי שהצאתי צסמוך. דהכא האונס הגיע מחמתו דמוכר שהיה ממתין ומעכב מלשחוטם עד י"ד יום לצרכו, א"כ מצי למימר ליה לוקח למוכר לא איבעי לך לשהויי". עכ"ל הב"ח. — ולכאורה יש להעיר צמש"כ הב"ח להשוות דינא דסוגיין וכדקיי"ל סי' ר"ל דהמוכר מרתף של יין ולא אמר למקפה והחמיץ דהמוכר יכול לומר ללוקח דההפסד הוא של הלוקח, משום דלא היה לו לעכב. ונקט הב"ח דה"נ צנ"ד איכא טענה

ללא אצעי לך לשהויי. ולפ"ר י"ל דדוקא ציין ונעשה חומץ, שאין השינוי דבר מחודש דאתא מעלמא, שהרי החומץ נעשה מהיין. וזוהי י"ל דמכיון ושייך בטבעו של היין להעשות חומץ כשהה הרצה זמן, שפיר טענת לא איצעי לך לשהויי הוי טענה. אצל חס נעשה אח"כ שמן וכדו', צוה אין טענת לא איצעי לך לשהויי טענה, דכשאין הפגם נעשה מחמת השהייה, אין ההפסד על הלוקח אלא על המוכר. וא"כ צנ"ד דעיכוז הלוקח גרס שצמשך הזמן טבעו החיישים, לכאורה אין טענת לא היה לך להשהותו טענה.

עוד כתב הב"ח בתשובתו, לבאר דברי הרא"ש הנ"ל: "ועוד את"ל דעובדא דהרא"ש נמי הוה שהזכירו שניהם השחיטה בשעת המקח. איכא לחלק בין נטבעה צנהר ללא שכיח כל עיקר, למיתה כדרכה ע"י מלאך המות דכיון דשכיח אסיק אדעתיה. וכיון דהזכירו שניהם השחיטה בשעת המקח הו"ל כאלו התנה דווקא שחוטות ולא מתו. אצל נטבעה צנהר ללא שכיח כלל לא אסיק אדעתיה, ולא חשבו כאלו התנה, וכיון שכבר קנה הפסד ידיה הוא". עכ"ל הב"ח. – וצ"ב גדר הדברים, דמלתא דשכיחא אמרינן דאסיק אדעתיה, וממילא חשיב כאלו התנה. ואמאי לא נימא דכל שהזכיר שחיטה התנאתו היא שרק לאחר שחיטה קונה, ומנ"ל לחלק צדבר. (ועכ"פ חזינן צוה כמשנ"ת צדברי הט"ז לעיל).

ויעויי"ש בתשו' הב"ח, שכתב: "ועוד אפשר לחלק, צנ"ד קאמר הלוקח

למוכר עורות חיישים אלו אני לוקח מעמך. לדברי הכל משמעו, עורות חיישים אלו שהן צחיים לאפוקי מתות. ודמי לחוכר כרס או שדה, דאם עמד צחוכה וא"ל כרס זה אפילו נתקלקל המעיין לאח"כ מנכה לו מחכירתו, ולהרמ"ה אפילו א"ל כרס סתם מנכה לי מחכירתו כשאמר חוכר למחכיר, וכדכתב צחו"מ סי' שכ"א. ותשובות הרא"ש לא הוה המעשה דא"ל לוקח אלו העורות כו". עכ"ל הב"ח. – וצ"ב דגם כשאמר עורות אלו הרי ילא מרשות מוכר ללוקח, ומאי אכפ"ל צמה שאמר עורות אלו, הלא בשעת פסידתן היו צרשות לוקח. ושאיני חוכר דהקרקע צרשות בעליה, והנידון הוא על התצוה לענין חלוקתה, דצוה מנכה מפירותיה.

ובו"ב פסקא דהצ"ח, צוה"ל: מכל זה נראה, דצנ"ד לא הוה דינא כתשובות הרא"ש אלא הדין עם הלוקח, ואינו חייב לקבל העורות המתות. אצל המוכר ג"כ אינו חייב להעמיד לו עורות חיישים שחוטות שלא היו צרשותו בשעת המקח, ללא היה המקח חל אלא על דבר שהיה צרשותו. וזה דבר פשוט". עכ"ל הב"ח.

(ב) ב"ב צ"ו א', אתמר המוכר חצית יין לחצירו והחמיצה אמר רב כל ג' ימים הראשונים צרשות מוכר מכאן ואילך צרשות לוקח ושמאל אמר חמר"א אכתפיה דמאריה שוואר. וצתוד"ה כל כו' כתבו דאי לא טעמו המוציא מחצירו עליו הראיה, דספיקא הוא. וצנתה"מ (סי' רל"ב סק"א) הוכיח מדצריהם דאף צגוונא דיכול לטועמו

ג) בגמ' ז"ח א', אמר רבא האי מאן דקביל חמרא אדעתא דממטי ליה אפרוותא דוול שפט ואלמטי התם זל, דינא הוא דמקבל ליה. אצעיא להו הוה חלא מאי א"ל רב הלל לרב אשי כי הוינא צי רב כהנא אמר לן חלא לא ודלא כרבי יוסי בר חנינא, ואיכא דאמרי אפילו חלא נמי מקבל כמאן כרבי יוסי בר חנינא. וע"ש ברש"ש ד"ה האי כו' שמפרש הסוגיא דמייירי דקודם שהגיע לפרוותא דוול שפט, ומשמע דמייירי שכבר ינא לדרכו, וקודם שהגיע למקום היוקר כבר הוול. אולם רבינו ירוחם (מישרים נתיב כ"ז ח"א) כתב דהיינו קודם שרצה להוליך היין הוול היין באותו מקום. והוצא צ"י (צסי' קע"ו מחודש ג"ז). וכ"כ הנמוק"י כאן בסוגיא (מ"ח א' מדפי הרי"ף). ומשמע מדצריהם שאם הוול אחר שהתחיל להוליכה, ההפסד חל על שניהם. ופליגי על הרש"ש דס"ל דגם כשהתחיל לצאת ההפסד הוא למוכר בלבד.

ובדנקטיגן לישנא דוקא במקבל צעיסקא, כתב רבינו יונה דמשמע דדין זה הוא דוקא במקבל עיסקא ולא בלוקח יין ע"מ שיוליכנו למקום פלוני, ולכן כתב רבינו יונה (והוצא בטור סי' ר"ל סעיף ה') דהלוקח יין מחזירו אע"פ שאמר דעתי להוליכו למקום פלוני והוול קודם שהגיע לשם, המקח קיים, שהרי מקחו מקח גמור. אע"פ שהמוכר על דעת לעלות לארץ ישראל ולא יכול לעלות מכרו בטל, במוכר בלבד אמרינן שהמוכר מתוך אונס הוא מוכר והרי נודע הדבר שלא

תיקף לא אמרינן דמחיל. וע"ש שהקשה מזה ע"ד המגיד משנה (פט"ו ממכירה ה"ג) והוצא בסמ"ע (שם סק"י) דאף בדבר שהלוקח יכול להבחין במוס ולא הקפיד דאינו חוזר במקח טעות. וכתב הגמ"מ דאין לומר דחומץ שאני דמין אחר הוא לגמרי, דהא ריחא חלא וטעמא חמרא כתבו התוס' לעיל ז"ה א' ד"ה נותן לו כו' דשמו הוא יין, ואפ"ה הו מקח טעות כשלא טעמו צריח. ועיי"ש צנתה"מ דמה"ט זיאר מש"כ המגיד משנה פט"ו ממכירה ה"ג דהא דאין טענת מקח טעות בדבר שהלוקח היה יכול להבחין לאלתר כגון שיכולין לנסותו ולטועמו, והיינו משום דהו בכדי שיראה לתגר ולא הראה דלא הו אונאה דהו מחילה ה"נ הו"ל מחילה. ולכן הביאור צוה הוא, דכשיכול להבחין ונשתמש בו אמרינן דמחיל, כמו צראה המוס ונשתמש בו דאמרינן דמחיל. והיינו דדוקא כשנשתמש במקח אינו יכול לחזור, אם היה יכול להבחין במוס אע"פ שלא הבחין בו. – אמנם הפ"ת (צסי' רל"ב סק"א) כתב דצפשו דברי המגיד משנה אין לפרש כמ"ש צנתה"מ, אלא הביאור צוה הוא דאם קודם גמר המקח היה יכול להבחין ולא הבחין ש"מ דמחיל אף אם יהיה בו מוס זה, אבל אם כבר גמר המקח ונחגלה בו מוס, אף אם שתק אח"כ זמן מה יכול לחזור בו, דהא דשתק לפני זה היינו משום שלא היה לו לורך במקח ההוא, וכיון שידע שיש לו שהות לחזור כל אימת שיטרך לדבר לכן כל זמן שלא השתמש במקח לא הו מחילה.

מכר זה אלא מפני שעלה בדעתו דבר שיהא צריך למכור. וע"ש בטור שהציא דרבינו חננאל כתב שאין חילוק בין מוכר ללוקח, וע"ש שהרמ"ה כתב כרבינו חננאל, אלא שחילק דוקא כשהתנה שלא יתן הדמים עד שיוליכנו למקום פלוני דכיון שקנה על דעת שלא ליתן הדמים עד שיוליכנו לאותו מקום שנמכר שם ציוקר וקודם שהגיע לשם הוול יכול להחזירו דמסתמא דעתו היה ע"ד שימאץ שם השער ציוקר כמו שהורגל, וכיון שהוול קודם שהגיע שמה הוא כאלו התנה על שום תנאי ולא נתקיים התנאי.

דסוגיא הכא מיירי דוקא שבעל היין התנה שלא ימכרו כאן אלא צוול שפט, ולכן דינא הוא שהאחריות על הנותן, מכיון שצביצת הנותן צא ההפסד, דהרי מחמת תנאו שלא ימכרו כאן עד שיגיע לוול שפט ואפילו אם יתייקר מיד לא היה לו רשות למוכרו עד שיגיע למקום פלוני. – ומעתה לא קשה מה שהקשה הנתה"מ דד"ו נסתר מדינא דרבינו ירוחם שהוצא צ"י (צסי' קע"ו מחודש נ"ז) וצרמ"א (שם סעיף מ'), דהלא הכא קמיירי בגוונא דהיה תנאי ציניהם על כך, משא"כ התם.

ובעיקר הך דינא דהמקבל חצית יין מחצירו כדי להוליכה למקום פלוני למכרה שם וקודם שהגיע שם הוול היין או החמיצה ה"ו צרשות מוכר מפני שהחצית והיין שלו. יעוי' צנתה"מ (סי' ר"ל סק"א) שכתב דהיינו דוקא כשהוול בכל מקום מחמת איזה סיבה, דאז איכא אומדנא דאדעתא דהכי לא קיבלה, דצכה"ג גם רבינו ירוחם והגמוק"י מודו דאע"פ שינא ועדיין לא הגיע למקום היוקר והוול דההפסד הוא על המוכר. והא דפליגי היינו דוקא כשהוול צמקום שלקחו להוליכו לשם, דבזה נקט הרשב"ם דהוול הוא על המוכר ורבינו ירוחם והגמוק"י נמי מודה לזה, ומעתה ליכא פלוגתא ציניהם. והטעם דצגוונא שהוול בכל מקום א"כ לא נכנס אדעתא דהכי וממילא ההפסד על המוכר וכמ"ש התוס' בצתוצות מ"ז ב' ד"ה שלא כו'.

ד) בתש"ו הרא"ש (כלל ק"ב סי' ט') והוצא בטור (סי' רל"ב סי"ג) נשאל צראוצן שמכר לשמעון גבינות ולאחר שלשה ימים פתחם ומנאן מרוקצות ריקצון גדול, והשיב דיש לשאלו את עושי הגבינות צכמה זמן ראוי לצוא ריקצון ועיפוש כזה, אם יאמרו שנעשה הריקצון צצית המוכר נמנא שהיה מקח טעות, ואם הדבר ספק המוציא מחצירו עליו הראיה.

אמנם צעיקר דצרי הנתה"מ יש להעיר, דיעוי' צשיטמ"ק צסוגיין צשם רש"י,

והנה הצ"י (צסי' רל"ב) כתב דדין זה נלמד מדין המוכר פרה לחצירו ונמנא את טריפה, דאמרינן צחולין נ' ב' ת"ר מחט שנמנא את צעוצי צית הכוסות מנלד אחד כשירה משני נדדים טריפה נמנא עליה קורט דם צידוע שלפני שחיטה לא נמנא עליה צידוע שלאחר שחיטה, הגליל פי המכה צידוע ששלשה ימים קודם שחיטה, לא הגליל פי המכה המוציא מחצירו עליו הראיה. וכתבו התוס' ד"ה המוציא כו', והרא"ש (פ"ג

ל"ה) שכתב כיו"צ, אבל באופ"א, דלא דמי למוכר לחצירו בהמה לשוחטה ונמנאת טריפה ואין ידוע אם קודם הקניה או אחר הקניה נטרפה דעל הלוקח להציא ראייה, דשאני התם דמעמידים בהמה על חזקתה וסתם בהמה אינה נטרפת, וברשות הלוקח נעשה הספק, ואמרינן כאן נמנא כאן נתהוה המום, משא"כ גבינות שאין להם חזקה, דרוב גבינות כשנתיישנו דרכן להתליע. עכ"ד. והנה נקט הטעם דרוב, וזוהי נטה מד' הצ"ח. וכ"כ הש"ך (סק"ח), אלא שכתב דגם לדברי הצ"ח ז"ל דהחילוק הוא דבהמה שאני דאזלינן בתר רובא וחזקה. ויעוי' בשמעתא (שמעתא ז' פרק ט') שביאר דאע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב, ואע"פ דאיכא חזקה ג"כ לא אזלינן בתריה, וע"ש דהיינו מכיון דליכא הכא ריעותא דבה"ג אזלינן בתר הרוב גם בממון.

דחולין סי' ל"ד) דהמוציא מחצירו עליו הראיה פירוש על הלוקח להציא ראייה שברשות מוכר נטרפה ואע"פ שלא נתן מעות דכאן נמנא כאן היה כדאמרינן בשלהי המדיר בכתובות ע"ו ז', והא דקרי ליה המוציא משום דסתמא דמילתא כל כמה דלא יהיב ליה דמי לא יהיב ליה חפנא. והצ"י זיין שכ"כ הרמב"ם (בפ"כ מהל' מכירה ה"ו). – והיינו דהצ"י נקט בביאור תשו' הרא"ש הנ"ל, דהוא מדינא דכאן נמנא כאן היה.

ואולם הצ"ח (בסי' ר"ל) פליג דדינו כדין המוציא מחצירו עליו הראיה, דאע"ג דהספק נולד ברשות לוקח, אפ"ה מכיון והלוקח מוחזק לא אמרינן כאן נמנא כאן היה מפני שלגבינה לא היה חזקה גבינה טובה כלל, ולכן כשהלוקח לא נתן המעות והו"ל מוחזק אמרינן דהמוכר הוא המוציא ועליו הראיה. ויעוי' בסמ"ע (בסי' רל"ז ס"ק

### סימן מג

## בענין בן קם תחת אביו בירושה ובשררה

נוחל זהו משום דקם תחת אביו, ולא משום דקרוב יותר, דיעוי' בדבריו דקורבת בן ואח שוה, אלא כד מהדרינן דכלום יש יבוס במקום שאין בן נמנא הבן עיקר המנוה, וכיון שכן נמנאת קורבת הבן גדולה משל אח, וכשם שקם תחת אביו ליעדה דין הוא שיקום לנחלה.

(א) ב"ב ק"ח ז', שארו זה האב מלמד שהאב קודם לאחין יכול יהא קודם לבן ח"ל הקרוב קרוב קודם כו', אדרבה מרבה אני את האח שכן קם תחת אחיו ליבוס, כלום יש יבוס אלא במקום שאין בן כו'. ומדברי הרז"ה (נ"ב ע"א מדפי הרי"ף) מתבאר דקורבת בן ואח שוה, אלא מה שהבן

ובעיקר דבריו נחלקו קמאי, דמד' הרז"ה מבואר דדין היבס צירושת אחיו דין קימה הוא, דהיבס קס תחת אחיו המת בנחלה וכאילו אחיו קיים, ולא דהוי דין צירושת נכסים דכיון דיבס יירש. וד"ז נחלקו קמאי, דרש"י ציצמות כ"ד ב' ד"ה זכור כו' כתב דאפילו אביהן מת לאחר שמת אחיו מ"מ היבס נוטל בנכסי אביו חלקו וחלק אחיו של מת, רק דחלק אחיו אינו נוטל בראוי דומיא דזכור. והיינו דס"ל דגדר ירושת יבס בנחלת אחיו הוא דכאילו אחיו קיים, ומכח זה יורש את אביו, נמנא דהיבס הוא דירש את אביו. אולם ע"ש בחי' הרשב"א הביא מהבב"א ור"ח דנטו בזה מפרש"י, דזכה"ג דמת האח לפני האב אינו נוטל כלל חלק המת, ודוקא כשהאב מת קודם לאח נוטל היבס חלק אחיו דכבר זכה אחיו בהם. והרשב"א הוסיף דהלא היבס יורש את אחיו ולא את אביו ע"ש. והיינו דס"ל דירושת יבס לאו גדר קימה הוי, אלא דזהו דין ירושה בנכסים ולא דחשיב כאילו אחיו קיים וממילא הוא דירש מאחיו ולא מאביו. — ודעת רש"י דירושתו היא את אחיו, דגדר היבס דקס תחת אחיו, והרי אחיו קיים וממילא הוא זה דירש אביו. וכן מבואר בדעת הרז"ה, שהרי נקט דאף למאי דקס"ד דהאח עדיף מבן דהוא קס ליבוס היינו משום דהאח הוא עיקר המנוה ולכן יקדים לבן, ומשני דהבן הוא עיקר המנוה, אבל בעיקר דין ירושתם ליכא נפקותא בין הא דקס"ד ובין המסקנא. ומוכח דדין ירושתם הוי בגדר קימה כאילו המת קיים.

והנהגה צהא דילפינן דבן קודם לאב מדכתיב הקרוב קרוב קודם, ועדיפות בן מאח הוא משום דקס תחת אביו ליעוד ושדה אחוזה, ופרכינן דאדרבא מרבה אני את האח שכן קס תחת אחיו ליבוס, ואמרינן כלום יש יבוס אלא במקום שאין בן האב במקום שיש בן אין יבוס. והיינו דבן עדיף מאח, שכן מקיס שם לאביו, אבל אח אינו מקיס אלא צריך לייבס, וכמש"כ בתוד"ה כלום כו'. ומאינו צירושלמי (פ"י דיצמות ה"ז, ובקידושין פ"ק ה"ב) ואם לבנו ייעדנה לבנו מייעדה ואינו מייעדה לאחיו, וייעדה לאחיו מק"ו, מה אם הבן שאינו קס תחתיו לחליצה ולייבוס הרי הוא מייעדה לו, אחיו שהוא קס תחתיו לחליצה ולייבוס אינו דין שיעדנה לו כו'. ומשמע דבן אינו מקיס שם לאביו אלא רק אחיו. וז"ל דהיינו כשאנו דנין על מעשה האב, וכייעוד שהוא פעולת האב, בזה הבן אינו עושה את פעולת אביו, ורק אחיו הוא העושה פעולת אביו, ולכן דין הוא שיעדנה. אכן כ"ז ז"ל בשיטת התוס' הנ"ל דמסבירא הוא דבן עדיף מאח, דבן מקיס שם לאביו, ואח אינו אלא מייבס. — אולם בתוס' הרא"ש בערכין כ"ה ב', והובא בשיטמ"ק (שם אות ג') כתב דהא דבן עדיף מאח זהו רק לאחר דשמענו שבן קס תחת אביו ליעוד ועבד עברי, ולכן הוא מקיס שם. ומסבירא לא ידעינן דבן עדיף מאח, וא"כ י"ל דדוקא לאחר שנחחדש שהבן הוא המייעד ולא האח, שמעינן דבעלמא בן מקיס שם לאביו ועדיף מאח.

דגם מה שפותר בן מיצום היינו מדין קימה. הרי מתבאר דזהו דין צבן, וראיה שהבן מקים שם לאציו זהו ממה שקם תחת אציו לייעוד ועצד עברי.

וביבואר הדין צירושית היבס לנכסי אחיו דאינו בתורת ירושת אחוה, מצינו בזה בספר חבל יעקב (ח"א סי' י"ט) ציישזב דברי התוס' בערכין ל' א' ד"ה ולא כו', ע"ש שכתבו דכל דבר שסופו לחזור אינו נקנה בחליפין, ולכן מתנה ע"מ להחזיר או שאלה ושכירות אינן נקנין בחליפין, משום דהוי כמו טובת הנאה דאינה ממון לקנות בחליפין. והקצוה"ח (סי' קצ"ה סק"ח) הקשה, דהא גוף קנין חליפין נלמד מגואל וצועו, ושלף איש נעלו ונתן לרעהו, והתם גואל יורש בשדה הוי וסופו לחזור ציובל, דהואי בזמן שהיובל נוהג.

ובם' אמרי צינה (דיני הלוואה, סי' א') כתב ליישב, דמש"כ התוס' דמתנה ע"מ להחזיר אינו נקנה בחליפין היינו דוקא כשאין לו תשמיש פירות במתנה זו, אבל במתנה ע"מ להחזיר שיש לו תשמיש פירות בה, ודאי דנקנה בחליפין. וז"ל: "ואף דבמתנה ע"מ להחזיר ס"ל לתוס' ג"כ דאינו נקנה בחליפין, זה דוקא היכא דאין לו שום תועלת מהמקום המושכר לו, כי בני ציתו אינם יודעים מהקנין, לכך אם היה מקנה לו בחליפין שהוא קנין גרוע לא מהני. אבל היכא דיש תועלת מפירות מהני ג"כ קנין סודר. ומיושב בזה קושית הקצוה"ח שם, מומן שהיובל נוהג". עכ"ד.

ובעיקר דברי תוס' הרא"ש הג"ל חזינן דגדר קימת הבן לייצום הוא משום דקם תחת אציו לייעוד ועצד עברי. דיש לחקור צהא דלמרינן כלום יש יצום אלא במקום שאין בן, אם זהו דין צאת, דגדר הקימה דלח הוי קימה מוגבלת, דהלל כשיש בן אין האח מקיים שם לאחיו, וא"כ הבן עדיף ממנו, וסיבת עדיפותו הוא משום דקם תחת אציו לייעוד ושדה אחוזה. או דזהו דין צבן, דעיקר הקימה היא צבן, וכל מה שאח קם הוא רק כשאין בן, וראיה לזה שעיקר הקימה היא צבן זהו ממה שמצינו שקם תחת אציו לייעוד ושדה אחוזה. — ובערכין כ"ה ב' צעי רבה בר אבוב צת מהו שחעמיד שדה אחוזה לאציה, כיון דלענין יצום בן וצת כי הדדי פטרי מוקמה כו'. והקשה הרא"ש דכיון דצעינן למימר דצת מעמדת שדה לאציה משום דפטרה אח מהייצום א"כ אמאי לעיל מיניה פרכינן מה ראית לרבות את הבן דמעמיד שדה לאציו ולהוסיף את האח ומשנינן דמריבין את הבן שכן קם תחת אציו לייעוד ועצד עברי, תיפול מהאי טעמא שכן פטר מיצום. ותירץ דמטעם זה לא הוי מריבין בן, דלדרבא מסתברא דלח עדיף שכן קם תחת אחיו, משא"כ צבן שאינו קם אלא פוטר, אך לאחר דילפינן בן שכן קם תחת אציו לייעוד ועצד עברי, מעתה יש לדמות צת לבן שכן פוטרת מן היצום. וז"ב, דהלל צבת אין קימה, ומה מהני מה שהיא שוה לבן שפותר מיצום. ומוכח דקס"ד דגדר קימת הבן הוא משום דפוטר, וע"ז משני דכיון שקם תחת אציו לייעוד ועצד עברי הוי גילוי

ובם' ישועות ישראל (סי' ל"ט) תירץ  
 באופ"א, דהא דלא מהני חליפין, היינו  
 כשהנותן שייר לעצמו הגוף, לא מהני חליפין.  
 אבל כשלא שייר הנותן לעצמו, כגון שוכר  
 שהשכיר דירתו לאחר, מקני שפיר בקנין  
 סודר. ולכן ציובל, שאינו יכול להקנות יומר  
 מהיובל, שפיר מקני בחליפין. ע"ש עוד.

ויעוי' בהגהות חשק שלמה עמ"ס  
 קידושין כ"ו א' שישב, דלדעת ר"מ  
 בצכורות נ"ב, דהמייבם את אשת אחיו אינה  
 חוזרת הנחלה ציובל דהוי כירושה, א"ש. די"ל  
 דגבי זועז היה דומה ג"כ ליבום, דהא מקיים  
 שם, וגם את רות המואביה וגו' קניתי לי  
 לאשה להקים שם המת על נחלתו. אבל לרבנן  
 קשה. ואולי משום דכיון דחל הקנין על  
 האישות חל נמי על השדה. ע"ש.

ובעיקר הקושיא, יעוי' בס' חבל יעקב  
 (ח"א סי' י"ט), כעין דברי  
 הישועות ישראל הנ"ל, וכבר כתב כן בכסף  
 הקדשים (בחומ"מ סי' ר"י ס"ג) צוה"ל:  
 "ואולי י"ל שכוונת המוס' ז"ל רק לגבי מה  
 שמצד גוף הקנאתו, שהיא באופן שממילא  
 יחזור ולא יחול הקנין סודר היטב. משא"כ  
 מצד יובל, מצד המקנה אין כאן גרעון  
 בהקנאה והוא מקנה לגמרי, רק שהחורה  
 הקדושה ליתתה שיחזור, וגם אם קנין פירות  
 לאו כקנין הגוף וזומן היובל היה הלוקח  
 קורא צביכורים, מ"מ אין גרעון בהקנאתו  
 זה חליפין". ע"ש. והיינו, דשאני גואל זועז,  
 שהקנין גמור ומצד המקנה אין הגבלה  
 בקנינו, ושפיר קנה. וד' המוס' הוא צגוונא

שהמקנה מגביל את נתינתו לזמן והוי כטובת  
 הנאה. [באופ"א י"ל, דשאני חוזרת יובל דהוי  
 אפקעתא דמלכא, וכמבואר בגיטין ל"ו א',  
 דמוכר שדהו זומן שהיובל נוהג, דציובל  
 ראשון הוי קנין הגוף, אף דכל קנין לזמן אינו  
 אלא קנין פירות, משום דקודם היובל אין  
 קנינו לזמן, אלא יש להלוקח צדדה קנין  
 לנתינתו. וע"ש ברמב"ן דאם קנה עבד זומן  
 הבית ונרצע וחרב הבית קודם שיצא וצטל  
 היובל שעובד לעולם. והיינו, דנרצע יוצא  
 ציובל הוא אפקעתא דמלכא מכאן ולהבא,  
 אבל קודם היובל יש להאדון בהעבד קנין  
 לנתינתו ולא לזמן]. ובס' חבל יעקב כתב,  
 דבמידי דאינו אלא לזמן אינו נקנה בקנין  
 סודר אין החסרון דלאחר כלות הזמן צריך  
 לחזור ואינו שלו לעולם, אלא החסרון דאף  
 בחוך הזמן שנתן לו, לא נתן לכל דבר, ושייר  
 לעצמו בקנינו כגון צמתנה ע"מ להחזיר או  
 שאלה או שכירות דאם ירצה לחפור זה צורות  
 שיחין ומערות אינו ראשי שהרי קיבל על  
 עצמו חיוצ חזרה והוא מתנה קלישתא, כי לא  
 נתן לו כח וזכות שיש לו צוה השדה, אבל  
 לענין יובל ראשי לחפור זה, אלא שאם לא  
 חפר חוזר ציובל, נמצא שאי"ז שיר בהקנין".  
 וע"ע קצוה"ח (סי' רנ"ז סק"ג).

וע"ש בחבל יעקב שכתב עפ"מ דאיתא  
 ביצמות כ"א א' והיה הצבור אשר  
 חלד יקום ע"ש אחיו, ודרשינן לנחלה, הרי  
 דצמה דירוש נחלתו הוא מקיס שמו, א"כ  
 ציבם כל עיקר זכירתו צנכסי אחיו הוא  
 צמעשה היבום, וע"י היצמה. ולא מתורת  
 ירושת אחוה. וכ"מ צמוס' כחצות פ"א ב'

לו עי"ז השדה, אך הגואל לא רצה ליצמה ונתרצה שבעו ייבס אותה, והקנין היה שלא יוכל גואל לחזור עוד מזה הזכות ליבס בעצמו, ולזכות עי"ז הנכסים, ומעתה קם זה הזכות לבעו, אף שהגואל היה קרוב יותר ממנו. וזה שאמר בעו, עדים אתם כי קניתי את כל אשר לאלימלך וגו' וגם את רות המואביה גו'. ולא קאמר דקנה כ"ז ע"י קנין סודר לגמרי, אלא דקנה מהגואל הקרוב יותר שהוא ייבס אותה, ועי"ז יזכה בכל הנכסים. ולא הו' קנין דברים, משום דהקנין חל על גופו של דבר שיש לו זה זכות. ולפ"ז א"ש קושית הקל"ה"ת, דבאמת הקנין לא היה רק שלא יחזור וייבס בעצמו, ועי"ז הקנין נעשה הפקר גמור, וכשבעו יצמה זכה בנכסים מתורת יבוס, ולא חוזר השדה ציבול, דאינו זוכה בהם מכח קנין אלא מכח יבוס. את"ד.

(ב) ולענין ירושת שררה, יעו"ז בכריתות ה' צ' דדרשינן שאין מושחין מלך בן מלך מדכתיב למען יאריך ימים על ממלכתו הוא וצניו בקרב ישראל, וכשיש מחלוקת דרשינן דלריך למשוח מדכתיב בקרב ישראל זומן ששלוש כו' דכשיש שלום ציראל המלכות היא צירושא וא"צ משיחה אצל כשיש מחלוקת אינה ירושה ונריך משיחה. אולם הרמב"ם (פ"א מכלי המקדש הי"א, ובפ"המ"ש במכילתין פ"ק מ"א) כתב דגם כשיש מחלוקת המלכות היא צירושא, אלא שמושחין אותו כדי לסלק המחלוקת ולהודיע לכל שהוא המלך לדו. והוסיף הרמב"ם, שאם נודמן

ד"ה לא יאמר. לכן צההיא דבעו, דגואל היה אח של אלימלך, ובעו היה בן אחיו, דמאד דין תורה היה שייך הנכסים לשניהם בשוה לגואל דהיה אחיו, ובעו היה בן אחיו, והיה נוטל חלק אציו. רק כיון דנהג אצלם תורת יבוס אף בקרובים וגואל היה קרוב יותר היה קודם ליבוס, כמו בשני אחים דשייך להבין הבכור, לזאת נתבטל כל עניני ירושה, ורק ע"י יבוס יזכה בהנכסים. לזאת אמר בעו לגואל דיקנה השדה, וכונתו ע"י יבוס, ורק הגואל אל ידע מזה שיטריך ליבוס, ונתרצה לגואל השדה. לזאת אמר לו בעו ציום קנותך השדה מיד נעמי ומאת רות המואביה אשת המת קנית להקים שם המת על נחלתו ויאמר לו הגואל אל אוכל לגואל גאל לך אתה. ועשו קנין. ובע"כ אי אפשר לומר דהקנין סודר הו' דגואל הקנה לבעו את השדה, דע"ז לא היה מהני הקנין, דדבר שאינו ברשותו הוא, דבמקום יבוס אינו זוכה רק ע"י היבוס, וכל כמה דלא יצמה הרי היא אינושלו כלל. אמנם ע"ש דזהו דוקא כשמייבס אח"כ אצל בנידון דבעו הרי הגואל לא מייבס אח"כ, ולא שייך לומר דתהני הקנאתו מאד דצידו ליצמה, דע"י הקנין יתבטל הצידו. – ולכן ביאר שם, דבאמת לא היה הקנין סודר לקנות עי"ז השדה והאשה, דאשה אין נקנית בחליפין והשדה הרי הגואל לא זכה עדיין, ולא מצי להקנות כי עיקר זכותו משעת יבוס, והיכא דאיכא יבוס נתבטל תורת ירושה. ובעו כשיבס אותה יקנה מעצמו הנכסים מאד יבוס, רק באשר שזה הזכות היה שייך לגואל שהוא הגדול ביותר קרוב והזכות לו ליצמה, ולזכות

שהיה מחלוקת בין בני דוד איזה מהם ימלוך ואח"כ הסכימו על אחד מהם, הרי הוא נמשח בשמן המשחה כדי להסיר המחלוקת.

והנה בשלמא לפרש"י דמקרא דהוא ובניו בקרב ישראל שמעינן דכשיש שלום בישראל המלכות היא צירושה משא"כ כשיש מחלוקת, א"ש הדרשא. אכן לפ"ד הרמב"ם דכשיש מחלוקת המשיחה היא רק לסלק המחלוקת בלבד, ל"ב היאך ילפינן ד"ז מקרא הוא ובניו בקרב ישראל בזמן שלום בישראל, הרי המשיחה נעשית כדי לסלק המחלוקת, ולא לעשותו מלך.

**ואמנם** בשו"ת אבני נזר (יו"ד סי' שי"ב) ביאר דגם לשיטת הרמב"ם, כשיש מחלוקת המשיחה היא לעשותו מלך. דאם אחר שנתמנה למלך יסכימו רוב ישראל להמליך את אחיו, מהני משיחתו שהוא יהיה ולא אחיו, ובלא"ה הוי מנא לסלקו, א"כ נמצא דהמשיחה היא לזורך המלכות.

דיעווי"ש שהקשה ע"ד הרמב"ם, דהיאך הותר מפני המחלוקת להשתמש בשמן המשחה הרי יש צוה משום מעילה, וכדפריך בסוגיין על משיחת יהוא מפני מחלוקתו של יורם, והתם משנינן שמשחורו באפרסמא דכיא. דאין לומר דקושיית הגמ' היא רק על יהוא שלא היה ממלכות בית דוד ואין לו שייכות לשמן המשחה אבל במלכי בית דוד דקיי"ל המושח למלכים פטור משום דאינם זרים מעיקרא, וה"ה בצן מלך אע"פ שלא נמשך בעצמו מ"מ משיחת אביו מועילה לו. דהא ליחא, דהרי אמרינן בסוגיין דר'

יהודה דס"ל דהמושח למלכים וכהנים פטור היינו לטעמיה דס"ל דכהנת שנתחללה בתרומה פטורה משום דלאו זרה מעיקרא היא, וה"נ מלך וכהן לאו זרים מעיקרא הם שכבר נמשחו. הרי דאפילו מלך שכבר נמשח מ"מ השתא זר הוא אע"פ שקדושת שמן המשחה עליו. וממילא הבן שלא נמשח מעולם הו"ל זר מעיקרא.

וע"ש באבני"ז שיישב, דכשם שמצינו לענין ירושה דאף למ"ד עובר אינו יורש ושאר האחים שנולדו מכבר יורשים הכל, ומ"מ כשהעובר נולד הרי הוא יורש למפרע את חלקו, ואפילו כשירשו עבדים, מ"מ כשנולד העובר יש לו חלק במעשה ידי העבדים למפרע משעה שאביו מת. וכדאיחא ביצמות ס"ז א' שאין העובר יורש, ונת ישראל שניסת לכהן ומת והניחה מעוברת דאע"פ שעובר צמעי זרה זר הוא מ"מ אוכלים עבדיו בתרומה בשביל חלק הבנים שכבר נולדו, ואין חלק העובר פוסל מכיון שאין העובר יורש, ולכן שייכים כל העבדים לבנים הילודים. וכתבו בתוד"ה אוכלין כו' דכשהעובר נולד נוטל חלקו אף במעשה ידי העבד, הרי חזינן דאף שהילודים כבר ירשו לא פקעה תורת ירושה מהעובר, וכשילד העובר מפקיע מהם את הירושה בחלקו. — וה"ה במלך שיש לו שני בנים, ורוב ישראל רוצים שאחד מהם יהיה היורש, דדינא הוי דהוא יורש המלוכה אף בלא משיכה, כדמוכח ברש"י בכתובות ק"ב ב' דאע"פ שהמלוכה שייכת לזכור מ"מ אם יש לו אח הגדול ממנו בתורה וחכמה הוא קודם לו, דמה שהרוב

המלוכה, ולהשקיט המחלוקת אין היתר למשות.

ובעיקר הדברים, ציאר בכתבי הגר"ז בסוגיין, דהרמז"ס ס"ל דיקוד המשיחה הוא דין דילפינן מקרא בקרב ישראל שכשאין שלום בישראל חסר בהמלוכה, ולכן שייך דין משיחה, מכיון ועדיין לא נשלמה המלוכה.

עוד כתב באצ"ז בשיטת רש"י, דכשיש מחלוקת אין המלוכה בירושה אלא צעין משיחה, דאפ"ה צמלך צן מלך נשתנה דינו. דגם כשיש מחלוקת וצריך משיחה, מחוייבים למנותו למלך, דהרי מחוייבים להסכים עמו ולמנותו למלך. דהגם דקדימות צנו של המלך לאחרים במלוכה, ילפינן מקרא הוא וצניו דכתיב ציה בקרב ישראל, והיינו צזמן שיס שלום בישראל, מ"מ כיון שככהן גדול לא כתיב בקרב ישראל ואפילו כשיש מחלוקת צנו יורשו, אמרינן הכי גם צצן מלך. והא דכתיב בקרב ישראל היינו דוקא לענין שצריך משיחה.

ג) והנה ציומא ע"צ צ' מצרכין קרא לכהן גדול שצנו קס תחתיו. וצתשו' חת"ס (או"ח סי' י"צ) תמה: "וקשה הא למה לי קרא, הא בצפרי דרשינן מדכתיב צמלך בקרב כל ישראל לרבות כל המינויים בישראל, וכמ"ש רמב"ם פ"א ממלכים, וא"כ למה לי קרא מיוחד לכהן גדול. - ותו דאמרינן דמשוח מלחמה אין צנו קס תחתיו מדכתיב אשר יצוא אל אהל מועד, וכן פסק רמב"ם בהלכות כלי מקדש פ"ד [הל' כ"א]

רוצים אחד מהם זהו מעלה צפנ"ע, וגם דהוי רחיה שהוא הגון יותר למלכות שכל ישראל נשמעים לו. והנה אם יגדל אח"כ אחיו צתורה וחכמה על הראשון ואח"כ יראו כל ישראל או רובם שהוא יהיה המלך, הדר דין ירושה עליו, ומפקיע הירושה מאחיו הגדול, אף שכבר מינו ישראל את הראשון למלך, דמינוי לצדו לא מהני צמלכי צית דוד צלא משיחה, דנעשה מלך רק מחמת ירושה, ומכיון והשני נעשה גדול יותר מהראשון ממילא פקעה ירושת הראשון, כדינא דעובר שנולד. ולכן צריך משיחה שעי"ז יש לו דין מלוכה מכה עצמו, ולא מפני הירושה.

וזהו שאמרינן, מפני מה משחיהו לשלמה מפני מחלוקת אדוניהו, שאם לא היו מושחים אותו, תמיד היו צעלי מחלוקת מריצים תחתיו להטות לצ ישראל אחרי אדוניהו. - ומעתה מצואר ג"כ הטעם דאין מעילה צשמן המשחה, צמשיחה מפני המחלוקת, דהרי צשמן המשחה כתיב ואשר יתן ממנו על זר, ופרש"י דהיינו כשאינו צורך כהונה ומלכות, ושאיני מהיכא דהמשיחה היא צורך המלכות, כדי שאם אח"כ יסכימו רוב ישראל על אדוניהו ישאר שלמה צמלכותו, ולכן מותר למשוח צכה"ג. - וע"ש שציאר, דזהו מש"כ הרמב"ם, דדוקא כשיש מחלוקת צין צני המלך טעון משיחה, ולית ציה מעילה, מפני דהו"ל צורך המלוכה שלא יתגבר אחד מאחיו על המלך. אצל צמחלוקת שלא מתוך צני המלך, דאף אם יתראו על אחר לא נפקעה הירושה, צזה אין המשיחה צורך

ע"ש, וקשה מי גרע משארי מינויי ישראל".  
 - וע"ש בחת"ס שהעלה דאין צמלך קדושה יתירה. ולכן צעינן ילפותא למינויי קדושה. וז"ל: "אע"כ מוכח מזה שלא נאמר דבר זה אלא צמלך וכדומה לו, ככל אותן המנויין דפרט הירושלמי, דמייתי תוס' סוטה מ"א ע"ב ד"ה אותו וכו' שוטרי הרבים וגבאי זדקה וסופרי הדיינין ומכין זרועות. אצל כל מינויי קדושה אינן בכלל זה, ומשום"ה צעי כהן גדול קרא יתירה לרבות, וחוזר וממעט משות מלחמה, ומכ"ש כל שאר מינויי קדושה".  
 עכ"ל החת"ס. - וע"ש שציאר עפ"ז מש"כ הרשב"א בתשו' (סי' ש') והוצא ברמ"א או"ח (סי' נ"ג סעיף כ"ה) דש"ך שגזדקן בנו יורשו בחייו. ונימוקו לפי שכן המנהג, וזהו כלל גדול בכל עניני המינויין שצן שראוי קודם לכל אדם. והוסיף הרשב"א: "ואפילו כהן גדול אם היה בנו ראוי וכו' הן קודם שנאמר והכהן המשיח תחתיו מצניו כו" ע"כ. ותמה החת"ס, מ"ט תליא זה צמנהגא, כיון שדין תורה כך הוא. ותו מ"ט תליא צדעת הציבור כיון שכופין אותם למנות בן צמקום אב. ותו מאי אפילו כהן גדול דקאמר מאי רבותיה דכהן גדול צעינן זה. - אכן לפמ"ש א"ש, דהוצרכנו לריצויא צכהן גדול דהוי מינויי קדושה, וזהו שכתב הרשב"א דמינוי חזן הכנסת תלוי צמנהגא, שיש מקומות הנהיגו חזן צית הכנסת ככה"ג צציהמ"ק, והיינו דכתב הרשב"א אפילו כה"ג שהוא מינוי של קודש טפי, אפ"ה ממניס צנו תחתיו, מכ"ש חזן שגראה קצת כשליח הקהל לענין שאר דצריס. את"ד החת"ס.

ולבאורה היה אפשר לבאר כיסוד דצרי החת"ס, אצל צאופן אחר. דהנה שאני כהן גדול אע"פ דיש צו דין מינוי צפה, דמייתי התוס' יומא י"ב צ' ד"ה כ"ג, מירושלמי [יומא פ"א ה"א, ומגילה פ"א ה"י, והוריות פ"ג ה"ב], דכהן גדול מתמנה צפה ומסתלק צפה, וכצדו: "ומסתברא שהדבר תלוי צמלך וצאחיו הכהנים כו". - ולכאורה ז"ל דהאי דינא דכהן גדול מתמנה צפה ומסתלק צפה, מיירי דוקא צגוונא שכל מינוי צא לו ע"י פה. אצל כשנמשח צשמן המשחה, צזה י"ל דלא יסתלק צפה, דהלא קדושתו קדושת הגוף דלא פקעה. - ותמכתי יתדותי צצברי הטו"א מגילה ט' צ' ד"ה ולא לכהן כו', וכ"ה צגצורת ארי יומא י"ב צ' ד"ה ולא כהן הדיוט כו', שכתב דהא דנשיא שעבר דינו כהדיוט ואילו משות שעבר מציא פה, היינו: "משום דהא דנשיא מציא שעיר, הא לאו משום קדושה הוא, דהא קרצנו נעשה צחוץ כשל הדיוט, אלא גדולתו גרמה לו לשנות גוף קרצנו משל הדיוט, דהאי צשעיר והאי כשצה או שעירה, וכיון שעבר עבר, ודינו כהדיוט. אצל משיח דקדושתו גרמה לו לשנות קרצנו שהרי פר כהן משיח נכנס לפניס, מש"ה אע"פ שעבר לא פקע קדושתו, דקדושת הגוף לא פקע צכדי. כדאמרינן צנדריס (דף כ"ט) כו". [ועי' צפיהמ"ש להרבמ"ס רפ"ג דהוריות, צציקוה"ד כ"כ, אלא כתב שס דזהו משום קדושת משן המשחה, ולא מפני קדושתו]. והנה לפ"ד הטו"א י"ל דדוקא כשמינוי דכה"ג צא ע"י פה צלבד צזה מסתלק צפה,

אצל כשנמשח בשמן המשחה, לא יסתלק ע"י פה, דהלל קדושתו קדושת הגוף דלא פקעה. ומעתה י"ל דזהו החילוק בין שאר המינייים בישראל, למינוי כהן גדול. דבמינוי כהן גדול שנעשה במשיחה, חייל ציה קדושת הגוף, ולזה הוצרכנו לילפותא מסויימת, דאיתא בירושא. ובכהן משוח מלחמה ממעטינן מהא. אולם לענין שאר המינייים בישראל, דלא חיילא צהו קדושת הגוף, שפיר שייך שירש צנו את השררה של אציו. - ובאמת כשמינוי את הכהן גדול צפה, צה שפיר הוי דינו כשררה בעלמא, ועל זה לא הוצרכנו לרצוי דצנו יורש תחתיו, דנפק"ל מהא דדריש בצפרי מדכתיב צמלך צקרצ כל ישראל לרבות כל המינייים שבישראל. - וזהו מש"כ הרמב"ם (פ"ד מכלי המקדש הל' כ') "כשימות המלך או כהן גדול או אחד משאר הממונים מעמידין תחתיו צנו או הראו יליורשו כו", וה"ה לכל שררה שצקרצ ישראל שהזכה לה זכה לעצמו ולזרעו". עכ"ל. וקמיירי צכאן צגוונא דמינוי כהן גדול צפה, דצהא הוי דינו כשררה בעלמא. שצכה"ג ליכא ריצוי דצנו יורש תחתיו מילפותא מסויימת, דכתיב לכהן תחת אציו, דאי"ז דוקא מחמת כהונת אציו דהוי מקדושתו, אלא מחמת שררה בעלמא.

**אבן**, צחזו"א (הוריות, סי' ט"ו ס"ק י"ג) נקט דכהן גדול שנסתלק צפה, הוסע לגמרי מהכהונה, ואע"פ שנמשח מתחלתו, עבר מקדושתו, ודינו כהדיוט. ע"ש. (ולפ"ד ז"ל דהא דכהן גדול שעבר מציא פר, הוי מגזה"כ, ואין לנו לדרוש צטעמא).

דאיכא תרי דינים צכהן גדול, חדא המינוי של הכהן גדול שהוא משמש צכהונה גדולה צשמונה צגדים. ועוד איכא חלות קדושת כהונה גדולה, לכל דיני כהן גדול, וכגון שמתכפר צפר, ומוזהר על אלמנה ומנווה על הצטולה. והא דאיתא דכהן גדול מתמנה צפה ומסתלק צפה, היינו שהסילוק מהני לצטל את המינוי של הכהן גדול לשמש צשמונה צגדים, אצל לגבי חלות הקדושה דכהונה גדולה לא מהני סילוק צפה, מפני דמאחר ונמשך או נתרצה צגדים, וחייל קדושת כהן גדול, תו לא פקעה קדושתו אף לאחר שנעשה בעל מוס או נטרע, [דצחמת קדושת כהונה גדולה הוי רק ע"י משיחה או ריצוי צגדים, אלא דלא חיילא קדושת כהונה גדולה אם לא נתמנה לפני זה, דדוקא כשנתמנה מקודם מהני משיחה או ריצוי צגדים לקדשו צקדושת כהונה גדולה], ושפיר מוזהר על האלמנה ומנווה על הצטולה, ומתכפר צפר, דהלל קדושתו היא לעולם. עכ"ד. והנה לפ"ד הגר"ת, מתצאר נמי הא דנשתנה דינו של משוח שעבר מנשיא שעבר, שעמד צזה השאג"א צטו"א וצצורת ארי, וכנ"ל. דאע"פ שעבר מכהונתו לא פקעה קדושתו.

**אבנב**, דצרינו אמורים לפ"מ שי"ל צפפט דצרי הירושלמי הנ"ל, דכהן גדול מתמנה צפה ומסתלק צפה, היינו כשאינו נמשח בשמן המשחה. - אולם שמעתי צסס מרנא הגר"ח הלוי, צציאור דצרי הירושלמי,

ומד' המנ"ח מנזה ת"י משמע כהגר"ח, שכתב דכהן גדול שנסתלק צפה אינו מחזיר הרוצח, כיון שעדיין מוזהר על האלמנה. - אך מדברי הפרמ"ג יו"ד הל' מערובת צסופו, בכללי איסור חל על איסור, מצואר לא כן, שכתב דכה"ג שנסתלק צפה מותר באלמנה. - וכ"מ בחת"ס בחידושי לכתובות כ"ט ז', ודו"ק.

ובביאור החילוק בין כהן גדול דאע"פ שבנו יורשו, אפ"ה צעי בנו משיחה. ומ"ש ממלוכה, דאיתא בירושא וא"ל למושכו. בפשוטו י"ל, דאין גדר השררות שבמלוכה דאיתא בירושא, כגדר נחלה. אלא דין אחר הוא, והיינו שהזוכה בשררה זו, זוכה בה לבניו אחריו, וזהו ענש זכייתו בשררה שאין לה הפסקה. - ויסוד לזה, מלשון הרמב"ם פ"א ממלכים ה"ז, שכתב: ומאחר שמושחין המלך הרי זה זוכה לו ולבניו עד עולם שהמלכות ירושה שנאמר למען יאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו כו'. ומצואר דגדר הירושא שצוה, דהמלך זוכה במשיחתו לו ולבניו עד עולם. ולהלן כתב: ולא המלכות בלבד אלא כל השררות וכל המינויין שבישראל ירושה לבנו ולבן בנו עד עולם. ומנינו בזה פירוש למש"כ הרשב"א בתשו' (סי' ש') והוצא ברמ"א או"ח (סי' נ"ג סעיף כ"ה) בש"ך שזדקן שבנו מתמנה תחתיו, מדין ירושה. ונתקשו, דהיאך שייך ירושה מחיים. עי' בעמק צרכה דיני ש"ך מש"כ. ויעויין ג"כ באצני נור, יו"ד (סי' שי"ב אות פ"ה) שכתב ע"ד הרשב"א: ולכאורה תמוה, דהא ענין שררה ירושה הוא, והיאך מנינו ירושה מחיים. וע"ש (באות פ"ו

ופ"ז) שהציח ראיות מתו"כ וממדרי"ר, לד' הרשב"א. ע"ש. אמנם הפירוש בזה הוא כמשנ"ת, דגדר מינוי שררה בישראל הוא תורת מינוי שזוכה לו ולבניו אחריו. וממילא כשאינו יכול להמשיך בשררותו, כגון שהזקין, שפיר ממשיך בנו אחריו בחייו.

ודברינו מפורשים ברשב"א בתשו' שם, שכתב: "וכלל גדול אמרו ז"ל [תו"כ אחרי פרשתא ה' פרק י"ח] צכל עניני המנויין שאם היה הבן ראוי, הוא קודם לכל אדם. ואפילו כהן גדול אם היה בנו ראוי אע"פ שיש אחרים גדולים כמוהו או גדולים ממנו, הבן קודם שנאמר [ויקרא ו', ט"ו] והכהן המשיח תחתיו מבניו. וכל שכן עכשיו שאצ קיים ומשמש בשמושו אלא שצריך עזר לקצת ימים שהדין נותן שיהא בנו קודם לכל אדם". עכ"ל הרשב"א. וז"ב, מהו כל שכן דליף מכהן גדול. ולמה הדין נותן בירושא שררה דש"ך טפי מהרצותא דמנינו צכהן גדול. אך הפירוש הוא כמשנ"ת, דשאני שררה דכהן גדול דאיתא בירושא, מהשררה דעלמא. והיינו דבשררה דעלמא תורת המינוי הוא לו ולבניו אחריו. משא"כ צכהן גדול, הרי אין שררתו לתמיד, דהלא מתמנה צפה ומסתלק צפה, וא"כ מכיון דהוא גופו אינו מתמנה מינוי לעולם, לא שייך שיעציר את מינויו לבניו.

הן אמת, דדברינו תליא באשלי רבצני. דהנה החת"ס בשו' (או"ח סי' י"ב) תמה בדברי הרשב"א בתשו' הנ"ל, דמאי ואפילו כהן גדול שכתב הרשב"א. ומהכ"ת דישתנה

המוריש. וכמו שמצינו בתשו' הרשב"א (סי' ש') ופסקו הרמ"א בשו"ע או"ח (סי' נ"ג סכ"ה) וכמשנ"ת. וא"כ מה שסילק משה רבינו עצמו מהמלוכה כדי שלא צניו ירשוהו, לכאורה לא מהני, דאכתי היו צניו נכנסים תחתיו עוד בחייו.

אך דברי החת"ס יוצאים ממקו"א, והיינו בתשו' (או"ח סי' י"ג) וכמשנ"ת, שתמה ע"ד הרשב"א, וכתב דכל מינוי קדושה ליתא בירושא. ורק מנהגא הוי. וא"ש.

והנה בספר חסידים (סי' תשנ"ז) נאמר: לדיק אחד היה רגיל להתפלל בראש השנה ויום הכפורים, כי הצבור בחרו בו, לפי שהיה לדיק. ובסוף ימיו לא רצה להתפלל. אמרו לו למה לא תתפלל עתה כמו בכל שנה, אמר להם אם אתפלל ואמות יאמר בני אני רוצה להתפלל תחת אבי, ואני חפץ שצניי [כ"ל: שבמקומי] יתפלל אדם הגון, תבקשו לפלוגי בן פלוגי שהוא לדיק וכנס בתורה וגומל חסדים. – ועל זה נענש עלי הכהן, שהיה לו להעביר צניו, ולבחור צכונים לדיקים, וכתב לא מיתה צהם לפני בני ישראל. כי המצות אינן ירושה. אע"פ שכתוב מורשה קהלת יעקב, וכתב ירושת יראי שמך נחתי עדותך. כגון שממלא מקום אבותיו, כגון מלך וכהן גדול, אבל מצות אינן ירושה".

והנה יל"ע בזה, דלכאורה מצינו בסוגיא דהוריות י"א ב', דירושא שררה שייכא שפיר אף מחיים. וא"כ מדוע לא ירש צנו של הש"ס את אביו עוד בחייו. – דיעוי"ש דאמרי"ן אין מושחין מלך בן מלך. וא"ת מפני

דינו של כהן גדול משאר מינויין דשררה. – ולכן חידש החת"ס, דצמינוי קדושה ליכא כלל ירושה, ורק צכהן גדול צנו יורשו מדינא. ע"ש. אלא שהאב"ד (יו"ד סי' שי"ג) האריך, ונקט דגם צמינוי קדושה איתא לירושא מדינא, ולא רק ממנהגא. – ובדברינו מצינו ביאור לחילוק, שעמד כת"ר, צין כהן גדול דאע"פ שצנו יורשו, אפ"ה צעי צנו משיחה. ושאני ממלוכה, דאיתא בירושא וא"ל למשחו. דצמלוכה המשיחה היא גם לצניו, וכמש"כ הרלב"ג (מלכים א, א' ל"ד), "כי צמשיחת דוד נמשחו כל הקמים תחתיו מורעו כו". וע"ש צרד"ק שכ"כ. והיינו, דזכה צזה לו ולזרעו. [– ועי' תשו' הרמ"א בסופו מדין ירושת רבנות. וזהו כמשנ"ת].

ואמינא צה מלתא צשיטת החת"ס דיעויין צחידושי חת"ס עה"ת פ' פנחס. עה"פ יפקוד ה' אלקי הרוחות, שכתב: דמשה היה ג"כ מלך וצמלך הדין תורה צצנו אם ראוי הוא יורשו והוא קודם לכל אדם [רמב"ם ה' מלכים פ"א ה"ו], ומשה היה יודע שישראל צריכין מנהיג שידע לילך לפי רוח כל אחד ואחד, ואין צניו ראוי לזה, לפיכך ציקש שה' יצור צחייו איש שראוי לזה לילך לפי רוח כל אחד. וכיון שסילק ממנו המלכות מחיים מרצונו אין כאן דין ירושה. וזה שצחו של משה רבינו ע"ה, שרצה שתקיים הדין תורה, וגם שיהיה מנהיג כפי שמצטרך להם לישראל". עכ"ד החת"ס.

והן אמנם דיש להתפלל לכאורה, הרי ירושת שררה שפיר שייך להוריש גם צחי

מה משחו את שלמה, מפני מחלוקתו של אדוניהו כו'. והרי כשמשחו את שלמה היה דוד אביו קיים, ואפ"ה אי לאו מחלוקתו של אדוניהו, לא היה צריך משיחה. ובהכרח משום דשפיר איכא ירושה במלוכה גם כשאביו קיים. [דדוקא ירושת נחלה תליא במיתה, אבל לא ירושת שררה ומלוכה]. – ועי' צס' עמק ברכה (מינוי ש"ך, עמ' י"ד) שצ"א צוה מש"כ הרשב"א בתשו' (סי' ט'), והביאו הרמ"א בשו"ע או"ח (סי' נ"ג סכ"ה), דש"ך שהזקין ורונה למנות בנו לסייעו, אע"פ שאין קולו של בנו ערב כקולו של אביו, אם ממלא מקומו בשאר דברים, בנו קודם לכל אדם. ואין הציבור יכולים למחות בידו, שנא' הכהן המשיח תחתיו מבניו. וכתב שם הרשב"א, דאפי' תש כוחו, ושוב אינו יכול להיות ש"ך ונצרכים ליקח אחר, בנו קודם לכל אדם. – ומה שייכא ירושה בחיי אביו. אלא ע"כ משום דצוה שפיר יורשו בנו מחיים. עכ"ד. ותמהו מד' הספר חסידים, וכמש"נ.

והנה צי"ארו לנו רבותינו האחרונים, דמצינו שכשאליעזר נתמנה לכהן גדול כשמת אהרן הלבישוהו בגדי כהן גדול, אך לא כתוב שמשחוהו בשמן המשחה. ואף דבן כה"ג טעון משיחה, אולם מכיון דכבר נמשח ב' ימי המילואים לא הוצרכו למשכו עוד. – והצי"אור, דכיון דחל ביה תורת כהן משוח, שוב א"צ למשחו לכהונה גדולה.

אבן דהדבר נפתח בקמאי, אם בכלל היה משיחה בצני אהרן ב' ימי המילואים. – דהאמנם דמלישנא דגמ', כריתות ה' ב',

מתבאר דצני אהרן נמשחו, דאמרינן על שמן המשחה: "וצו נמשח משכן וכליו אהרן וצניו כל ז' ימי המילואים". – אך יעויין ברמב"ן עה"ת, בפרשת לו, בחנוכת אהרן וצניו (ויקרא ח, י"ב), דס"ל שצני אהרן לא נמשחו. ומה דכתיב גבייהו משיחה היינו הזייה. וז"ל: "והנראה צעני כי לא היתה משיחת הצנים ציניקת שמן על ראשם, כי לא נאמר זה אלא באהרן, ויקחת על ראשו ומשחת אותו, ולא הזכיר שם משיחת הצנים כלל, שלא היה ציניקה כמוהו. והיתכן שלא היתה בצנים משיחה זולתי ההזאות שהזה משמן המשחה על צניו ועל בגדיהם. וכן תראה בפרשת וזה הדבר אשר תעשה להם לקדש אותם, שצוה למשוח האב ולקחת את שמן המשחה ויקחת על ראשו, ולא צוה למשוח הצנים כלל, לא ציניקה ולא צמשיחה. אבל בפרשת הקמת המשכן אמר ומשחת אותם כאשר משחת את אביהם שלא הזכיר שם הזאות כלל. וכן בפרשת השמן, ולא הוזכרו משיחה והזאות בצנים במקום אחר. לכך אני אומר שלא עשה בהם אלא אחת מהן, והן ההזאות". עכ"ל הרמב"ן. – ויעויין בתו"כ פרשת לו, עה"פ ציוס המשח אותו וגו' (ויקרא ו' י"ג), דדריש: "המשח אותו, אין מושחים שני כהנים גדולים כאחד". וצי"א הגאון מלצ"ס (אות מ"א) צוה"ל: המשח אותו, ר"ל ציוס חנוכה. ויען שרק אהרן נמשח ולא צניו, תפס לשון יחיד, שכן בפרשת תצוה (סי' כ"ט) לו (ס' ה') לא נזכר משיחה רק באהרן. שמ"ש בפרשת

ובדעת הרמב"ן ודעמי', דנקטי שבני אהרן לא נמשחו, ז"ל בפשט השמועה זכריות ה' ב', דמכיון שכלל בני אהרן עם אהרן, וזאת אהרן היה רק משיחה, משו"ה תפסינן לישנא דמשיחה. כלישנא דקרא צפרשת פקודי (שמות מ', י"ג-ט"ו). ודו"ק.

[ובעיקר דברי הרמב"ן, יש לעורר דבריו במקו"א, דנקט לדבר מונח דאלעזר ואיתמר בני אהרן היו משוחי מלחמה מחמת דנמשחו בשמן המשחה בז' ימי המילואים. ועיינן בפירושו עה"ת פ' שמני (ויקרא י', ו' ז'), בקרא דאמר משה אל אהרן ואלעזר ואיתמר בניו ראשיכם אל תפרעו וגו'. ח"ל הרמב"ן שם: והנה בני אהרן הכהנים המשוחים, אע"פ שהם כהנים הדיוטים, עשה דינם צימי המלואים כדין משוח מלחמה לדורות שהוא אינו פורע ואינו פורס ולא מיטמא לקרובים ככהן גדול. אבל אינו מקריב אונן, וגם הם לא הקריבו באותו היום, כמו שדרשו (בזבחים ק"א). הן היום הקריבו את חטאתם, וכי הם הקריבו שהם הדיוטות אני הקרבתני שאני כהן גדול. והנה בכל המקרה הזה לא נחצטל דבר צמלואים, שכבר קרבו הקרבנות, ולערב אכלום כולם הראוי לאכילה. - ואפשר שיהיה זה כל ימיהם באלעזר ואיתמר שיהיה דינם כמשוח מלחמה, בעבור שנמשחו בשמן המשחה, ויהיה זה טעם כי שמן משחת ה' עליהם". עכ"ל הרמב"ן. וז"ע צממ"כ הרמב"ן לעיל מינה. צפ' לו, דבני אהרן לא נמשחו. וכמס"ג. -

פקודי ומשחת אותם כאשר משחת את אציהם, היא ההזיה שהזה עליהם מן הדם ומשמן המשחה, כמ"ש צפ' תלוא. וכן מ"ש (צמדבר ג') אלא שמות בני אהרן הכהנים המשוחים, קורא להזייה צסם משיחה. וכן מבואר ברבה צמדבר (פרשה י"ב) אהרן ובניו נתקדשו בשמן וצדם, מעלה נטל אהרן יותר מצניו, לפני שהיה כהן גדול יצק על ראשו שמן המשחה, משיחת אהרן כיצד וכו'". ובכל זה היה לו לומר ציום המשחו כו', ופירושו חז"ל שצא למעט שלא ימשחו זולתו עמו רק אותו לצדו כהן גדול אחד ולא שנים כו'. עכ"ד הגאון מלצ"ס. - ועי' ג"כ בחזקוני, פרשת תלוא (שמות כ"ט, ז') שכ"ב.

איברא, דהנצי"צ בהעמק דבר צפרשת לו (ויקרא ח' י') הקשה ע"ד הרמב"ן, דאיך יתכן דמה דכתיב צפרשת פקודי קאי על ההזייה, והרי מפורש שם שיעשה זה ציום השמיני למילואים. - אכן יעויין ברמב"ן עה"ת צפ' פקודי (שמות מ', ב', י"ז, כ"ז) שפירש דהא דכתיב התם קאי גם על ז' ימי המילואים. וא"ש לטעמי'. - אמנם הלא רש"י צפ' פקודי (שמות מ', כ"ט) נקט לא כמ"ש הרמב"ן, אלא ס"ל דקמיירי דוקא ציום ח' למילואים. - ולפ"ז ז"ל כמ"ש הנצי"צ שם, דמשיחה לאו צמזבח צלחוד, אלא כל דבעי קידוש טעון משיחה צשצעה ימים, וד"ו אינו מפורש, רק נדרש צקצלה, והיינו דכתיב צסוף הפרשה כאשר צוה וגו'. ע"ש בהעמק דבר.

## מנחת

בבא בתרא

## חיים

שלז

דיקוד דברי רבותינו האחרונים דמכיון ונמשח אלעזר בז' ימי המילואים לא הוצרכו למושחו עוד, תלוי במש"כ הרמב"ן, דרק גדרו היה כמשות מלחמה, אולם באמת לא נמשח בשמן המשחה.

ו"ל דאע"פ שלא נמשחו בשמן המשחה וכמש"כ צ"ל, אפ"ה גדר ההזייה עליהם היה כמשיחת שמן המשחה. (א"נ י"ל דרק ככהנים משוחים הו, ולא כהנים משוחים ממש) - ועכ"פ לנד"ד הדרינן לקמייתא,

## סימן מד

### חזרה מהקנין בשעסוקין באותו ענין

הנותן שקנו מידו יש לכל אחד מהן לחזור בו כל זמן שעסוקין באותו ענין כו', וכשם שחוזר המוכר והנותן כך חוזר הלוקח והמקבל כל זמן שעסוקין באותו ענין מה שאין כן בשאר דרכי ההקנייה.

אולם דעת רבינו תם בס' הישר, דאף בשאר קנינים חוזר כל זמן שעסוקין באותו ענין, והוצא צחי' הרמב"ן בסוגיין, וז"ל: "והוי יודע שלא אמרו שחוזר כל זמן שעסוקין באותו ענין אלא בקנין סודר אבל בשאר כל הקנינים מכיון שקנה שוב אינו יכול לחזור בו. והכי נמי משמע מדאמרין (פ"ז א') עד שלא נתמלאת המדה למוכר משנתמלאת המדה ללוקח וצפשטה בשעסוקין באותו ענין משמע, וכן דעת ר' [משה] ה[ספרדי] ז"ל ועיקר, אע"פ שרבינו תם ז"ל כתב שהוא הדין למשיכה ושאר הקנינים, אינו נכון. עכ"ל.

ב"ב קי"ד א', איתמר קנין עד אימתי חוזר רבה אמר כל זמן שיושבין ורבי יוסף אמר כל זמן שעסוקין באותו ענין כו'. ומסקינן דהלכה כרבי יוסף. והרשב"ם צד"ה ה"ג כו' ביאר דהא דקמבע"ל עדאימתי חוזר, היינו: "לחזור בו מקנינו ולצטלו, דהא לא גמר ומקני מיד אלא לדעת לקיים לו תנאים שיפרש אחרי כן או אם ירצה לחזור בו מיד שיוכל לחזור דקיס להו לרבנן דאדעתא דהכי מקני איניש שיתן לבו אחרי כן וידע אם אפשר לו בקנין זה לעשותו קנין גמור". והרא"ש (פ"ח דב"ב סי' ה') כתב: "ודוקא בקנין הוא שנתנו חכמים זמן לחזרה כי כן דרך לקיים כל דבר פתאום מקיימין אותו בקנין סודר שלא יחזרו בהם לכך נתנו לו שעה להתבוננות אבל בכל שאר קנינים הגבהה ומשיכה ומסירה כסף ושטר וחזקה אין בהם חזרה אחר כדי דבור". והרמב"ם (צפ"ה ממכירה ה"י) כתב כן, בזה"ל: "המוכר או

ובדברי הרא"ש הנ"ל שכתב לחלק בין קנין סודר לשאר הקניינין, דדוקא בסודר שהדרך לקיים כל דבר פתאום מקיימין אותו בקנין סודר שלא יחזרו בהם ולפיכך נתנו לו שעה להתבוננות. יעוי' בסמ"ע (בסי' קצ"ה סק"ו) דנקט דאיכא בקנין סודר גריעותא משאר הקניינים זמא שאין הכלי שנותן כשווי המקח משא"כ שאר הקניינים דהוי בגוף המקח כחוקה ומשיכה והגזבה, וכן בכסף ונתנין כל דמי המקח ונסתלק המוכר והמקנה, ואם קנה בפרוטה יכול לחזור כל זמן שעסקין באתו ענין, וכן במעמד שלשתן נסתלק הנותן לגמרי. ופליג ע"ד הלבוש שכתב דהטעם הוא משום דזי דבר שאינו נעשה בגוף המקח אמרינן דפתאום עשאו, ולכן יכול לחזור כל זמן שעסקין באתו ענין, משא"כ משיכה והגזבה דנעשה בגוף המקח שפיר עושהו זיישוב הדעת. והש"ך (בסי' קצ"ה סק"ט) כתב דדברי הלבוש הוא מש"כ הרא"ש, דדוקא בדבר שאין הקנין נעשה בגוף הדבר יכול לחזור בו כל זמן שעסקין באתו ענין לפי שדרך בני אדם לעשות כן פתאום, אבל בדבר שנקנה בגוף הדבר, כבר נתיישבה דעתו, דאל"כ לא היה מניח לעשות הקנין בגוף הדבר. וע"ש בש"ך דבלא זה אין טעם לחלק בין קנין סודר לשאר קניינים.

ויעוי' בקצוה"ח (שם ס"ק ו') שהקשה ע"ד הסמ"ע דטעמא דקנין סודר יכול לחזור בו כל זמן שעסקין באתו ענין היינו משום שאינו כמו שיווי המקח, דלפ"ז במתנה דכבר נסתלק הנותן לא שייך חזרה, והרי עיקרא דסוגיין קאירינן במתנה, דפריך

ובם' אולם המשפט (בסי' קצ"ה ס"ה) כתב לפ"ז לבאר דברי ר"ת בכתובות ז"ד א' בתוד"ה לימא כו', גבי שני שטרות היוצאין על שדה אחת דאליבא דר"מ דעדי חתימה כרתי ואפשר דנחתם בבת אחת ומה"ט אמרינן דיחלוקו, ואפילו שני השטרות חתומים מכת אחת עזמה "אימא בשעה שעסקין באתו ענין חתמו דקנין יכול לחזור בו או לקיים שניהם". עכ"ל התוס' שם. ולכאורה ז"צ דהלא נקטינן דבשאר הקניינין אין שום אחד מהם יכול לחזור בו אחר כדי דיבור, וכדאמרינן ב"ב פ"ו ב' כור בשלשים כו' ראשון ראשון קנה אע"פ שעסקין באתו ענין, והרי מה"ט פסקו הפוסקים דבשאר דרכי הקנייה אין שום אחד מהם יכול לחזור בו אחר כדי דיבור, וכדקיי"ל (בסי' קצ"ה ס"ז). וע"ש בס' אולם המשפט, דר"ת לטעמיה, וכמו שהוצא ברמב"ן, דס"ל דגם בשאר הקניינין חוזר כל זמן שעסקין באתו ענין.

ובשיטת ר"ת י"ל דלא קשה מדינא דכור בשלשים ראשון ראשון קנה אע"פ שעסקין באתו ענין, שהמגיד משנה הוכיח מזה כד' הרמב"ם ושאר פוסקים דלא מהני חזרה בשאר קניינין, וגם לא קשה מסוגיא דב"ב פ"ז א' עד שלא נתמלאת המדה למוכר משנתמלאת ללוקח ובפשטה בעסקין באתו ענין משמע וכמש"כ הרמב"ן בחי' בסוגיין. די"ל דאליבא דר"ת יש לפרשה דחשיב כמו שעשו תנאי, דהא כתב העיטור בשם גאון דבכה"ג אין חוזר, וכדקיי"ל בסי' קצ"ה ס"ח.

למ"ד עסוקין באותו ענין מהא דשלשה שנכנסו לבקר כו', והתם מתנה הוא ואפ"ה אימתא בחזרה כל זמן שעסוקין באותו ענין.

ונראה לבאר דברי הסמ"ע, דס"ל דגדר קנין סודר הו"ל בתורת תמורת המקח, ואי"ו כמשיכה וחזקה, א"כ מבואר היטב דשאני מתנה דליכא תמורה, ולכן שפיר אימתא בחזרה.

**אמנם** מלינו בדברי המאירי ב"מ מ"ה ב' שכתב: "והקנאת החליפין ענינה כו' שכשם שהוא מקנה לו דבר זה בלב שלם ובלא שום סיג כך יהא הוא מוכר לו אותו דבר בלא שום סיג והערמה כו'". עכ"ל. וכיו"צ כתב לעיל ז' בזה"ל: "שיתן לו הקונה דבר זה שלו על שם שכמו שהוא מקנה לו דבר זה בלא שום הערמה כך הוא מקנה לו אותו דבר בלב שלם והוא שנקרא קנין זה חליפין כו'". עכ"ל. והיינו דנתינת הסודר בתורת חליפין הוא רק מעשה קנין להראות דגמר בדעתו למקח, ולא דניתן דתמורת הסודר יקנה. ועי' בשו"ת בית אפרים (תו"מ סי' ל"ט) שהאריך בזה. – אולם בחזו"א (תו"מ ליקוטים סי' ט' סק"ט) כתב דקנין חליפין הוא בגדר תמורת המקח, ואינו כמשיכה וחזקה, וסייע דבריו מהא דאימתא בצ"מ י"א ב' דאין מקנין מתנות כהונה בחליפין, ומשום דחליפין דרך ממכר וממכר הוא, הרי דחליפין הוא דרך ממכר, רק דמתחייב לשלם דמי השדה שפסקו ביניהם מלכד נתינת הסודר. (ויש להעיר דיעווי"ש ברש"י שפירש הטעם דאין למכר מתנות כהונה בחליפין שהוא משום דנראה

כמכירה, ומשמע דבאמת לא הוא חליפין (דדרך מכירה), וכיו"צ י"ל בד' הסמ"ע.

וייעוי' צמנ"ח (מלוה תקע"א) שחקר דין מחיר כלב, דהיינו באומר הילך טלה זה תחת כלב זה והוא חליפין שזה צויה, היאך הדין צנתנו לו בתורת קנין סודר והמעות נותן לו צפנ"ע, או שנותן לו הטלה צמתנה וחלות הקנין הוא ע"י הכלב שנותן לשם סודר, האם הוא מחיר כלב ואסור למזבח או לא, דשמא הו"ל מחיר מכיון דנקרא חליפין, והתרגום פירש מחיר כלב חילופא כלבא, וז"ע. – ולכאורה לפ"ד החזו"א וכמו שנתבאר כיו"צ בד' הסמ"ע י"ל דמחיר כלב הוא.

והביאור בדברי הלבוש והש"ך דשאני קנין סודר שהוא לא בגוף הדבר, וממילא כשקנה צפרוטה אינו יכול לחזור מכיון דהוי בגוף המקח, ופליג ע"ד הסמ"ע דס"ל דיכול לחזור צכה"ג.

(ב) הרמ"ש הג"ל כתב: "דוקא צקנין סודר הוא שנתנו חכמים זמן לחזרה, אבל בשאר קנינים הגבהה ומשיכה כו' אין בהם חזרה אחר כדי דיבור". עכ"ל. ומשמע הא תוך כדי דיבור יש חזרה אפילו בהגבהה. וכבר כתב הצ"י (בסי' קצ"ה מחודש ד') דכל הפוסקים ס"ל הכי, דהמקנה לחצירו יכול לחזור תוכ"ד שהקנה לו, ע"ש שכתב בשם הגה"מ פ"ה ממכירה ה"י דיש לבעל דין לחלוק ולומר דמשיכה צמטלטלין וחזקה צקרקע אפילו תוכ"ד אינו יכול לחזור כו', וכתב ע"ז הצ"י: ולענין הלכה דברי בעל דין

החולק בטלים לגבי כל הנך רבותא שכתבתי  
 בסמוך דבשאר קנינים יכול לחזור תוכ"ד  
 עכ"ל. – ובקצוה"ח (בסי' קצ"ה סק"ז)  
 ביאר, דהגם דאמרינן בב"מ י' א' איתא  
 דהמגזיה מציאה לחזירו ואמר אני זכיתי זה  
 תחילה ואמרינן תחילה בסיפא למה לי,  
 ופרש"י דאפילו לא אמר תחילה בפירוש,  
 מסתמא תחילה קאמר, דמי מצי למימר אני  
 זוכה זו עכשיו והלא אינו צידו עכ"ל.  
 ולכאורה אם נימא דתוכ"ד מהני אפילו אחר  
 נתינה, מאי פריך, דהלא שפיר י"ל שרונה  
 לחזור ולזכות זו אחר נתינה בתוכ"ד, ולכן  
 מוכרח התנא לומר זכיתי זה תחילה.  
 ויעוי"ש בקצוה"ח שיישב, דודאי צנותן משלו  
 או מוכר משלו יכול לחזור תוכ"ד, ושאיני  
 המגזיה מציאה לחזירו ונתנה לו זוכה חזירו  
 מהפקר מכיון שלא נתכוין לזכות לעצמו,

וא"כ בתר שניתנה לזה מהפקר זוכה זה מאי  
 אכפ"ל צמה שחזר זו המגזיה הרי לא היה  
 שלו מעולם ומהכ"ת לזכות זו.  
 אולם הט"ז באהע"ז (בסי' ל"ח סק"ז)  
 הוכיח מסוגיא דב"מ הג"ל דלא מהני  
 חזרה תוכ"ד אחר שהקנה לחזירו. וקשה כמו  
 שהקשה עליו הקצוה"ח וי"ל דתנאי הוי שזיר  
 צמעה ולכן לא מהני להתנות אחר שגמר  
 המעשה, משא"כ חזרה מהקנין צומן  
 שעסוקין באותו ענין אי"ז הגבלה צמעה  
 שעשה אלא הו"ל עקירת המעשה הקודם,  
 ושפיר מהני לעקור המעשה צומן שעוד  
 עסוקים באותו ענין [ועי' באבנ"ז (ח"מ סי'  
 נ"א מחו' ג' סק"ג) כיו"ב, דכשמבטל התנאי  
 מתקיים המעשה מאחר דליכא עיכובא  
 צמעה מצד התנאי צמעה שיחול התנאי.  
 ודו"ק].

## סימן מה

## בענין נבואת משה בעת שיחפוץ

(א) ב"ב קכ"א ב', עד שלא כלו מתי מדבר  
 לא היה דיבור עם משה שנאמר  
 ויהי כאשר תמו וגו'. ופירש הרשב"ם, לא  
 היה דיבור עם משה פה אל פה כצתחלה אבל  
 אם הו"רכו לדיבור כגון צמעה דקרח שהיה  
 אחר מעשה המרגלים היה מדבר ע"י מלאך  
 או באורים ותומים אי נמי לא היה מדבר

עמו אלא ע"י לורך מעשה הצריך להם.  
 עכ"ל.  
 והנה הרמב"ם (פ"ז מיסודי התורה ה"ו)  
 כתב: כל הנביאים אין מתנבאים בכל  
 עת שירצו, משה רבינו אינו כן, אלא כל זמן  
 שיחפוץ רוח הקדש לוצשתו ונבואה שורה  
 עליו, וא"כ לכוין דעתו ולהזדמן לה, שהרי

## מנחת

בבא בתרא

## חיים

שמוא

הוא מכוון ומזומן ועומד כמלאכי השרת, לפיכך מתנבא בכל עת, שנאמר עמדו ואשמעה מה יצוה ה' לכם, וזוה הבטיחו האל שנאמר לך אמור להם שובו לכם לאהליכם ואתה פה עמוד עמדי כו". עכ"ל.

ובספרי זוטא, סו"פ נשא, איתא: "ר"ש אומר אף משה היה מדבר עמו בכל שעה שירצה, שנאמר וצא משה אל אהל מועד, כיון שהיה רוצה היה נכנס והוא מדבר עמו". ע"כ.

ובבמדבר רבה (שמות, פרשה ז' פסקא ו') איתא: "עם כל הנביאים הפסיק מלדבר עמהם, אבל במשה לא הפסיק כל ימיו". ע"ש. - ובפירוש יפה תואר (במדרש, שם) נתקשה זוה, מהא דדרשו חז"ל דכל ל"ח שנה שהיו ישראל במדבר כמנודים לא היה הדיבור עם משה. כדדרשו בתו"כ פ' ויקרא (פרשתא א' דדיבורא דנדבה, פרק ז' פסקא י"ג). ובמכילתא ר"פ זא. ויבואר לפנינו.

ועמדו בזה קמאי, יעויין רש"ס בסוגיין ד"ה לא היה הדיבור עם משה, דהיינו: "פה אל פה כבתחלה, אבל אם הוצרכו לדיבור כגון במעשה דקרח שהיה אחר מעשה המרגלים היה מדבר ע"י מלאך, או צאורים ותומים. אי נמי לא היה מדבר עמו אלא ע"י צורך מעשה הצריך להם". עכ"ל. - והנה לשיטת הרמב"ם ז"ל כחירושו השני, שהרי יליף הרמב"ם שמשה רבינו מתנבא בכל עת שירצה מהא דכתיב צפרשת קרח "עמדו ואשמעה מה יצוה ה' לכם".

ואם נימא דהיה ע"י מלאך או אורים ותומים, א"כ אין לנו למילף הך מלתא, דנתנבא משה בכל עת, אדרבא היה זה ע"י מלאך או אורים ותומים. - אלא בהכרח דיפרש כפירושא תנינא, דלא היה מדבר עמו אלא ע"י צורך מעשה הצריך להם. והצורך היה בכל עת שיחפוז משה רבינו.

ובתענית ל' ז' פרש"י, לא היה הדבור עם משה (עד שלא כלו מתי מדבר), דהיינו: "ציטוד וחיבה, דכתיב וידבר ה' אלי לאמור אלי נתייחד הדיבור. ואע"ג דמקמי הכי כתיבי זהו וידבר, איכא דאמרי לא היה פה אל פה אלא בחזיון לילה כו". ע"ש. וגם זה א"א לפרש לשיטת הרמב"ם, שהרי המעלה דמדבר עם משה בכל עת שירצה, הוא צאותו שעה עם המעלה שמדבר עמו פה אל פה ולא בחלום.

(ב) והנה המלבי"ם פירש צפ' שמות (ג') ה' חלוקים צין נבואת משה לשאר הנביאים: (א) כל הנביאים נתנבאו בחלום, ונבואת משה בהקיץ. (ב) על כל הנביאים נפלה רעדה ופחד ובטלו כל כוחות הגוף, ומשה נתנבא כשהוא ער ועומד על רגליו ומשתמש בחושיו. (ג) כל הנביאים ראו מחזה ודמיונות, כי צא להם שפע הנבואה באמצעות כח המדמה. ולמשה הגיע שפע על כח השכלי בלי תערובת כח המדמה, ועל כן לא ראה שום דמיון. (ד) כל הנביאים נבאו במשלים וחידות, ונבואת משה לא נמצא משל וחידה. (ה) כל הנביאים הגיע להם שפע הנבואה באמצעות מלאך, ונבואת משה היה פנים בפנים, שלא באמצעות מלאך.

אולם גם בצנזואת משה היו מדרגות שונות. - שצנזואת מראה הסנה, חזינן שצתחילת נצואת משה לא התעלה על כל הנציאים בכל מעלות הללו. הגם שצנזואתו היתה צהקיץ, והגם שלא צטלו ממנו כוחות גופו, אך צשאר המעלות עדיין לא נתעלה צהם, דהיינו: א) שקיבל הנצואה צאמצעות מלאך, כדכתיב וירא מלאך ה' אליו. ב) שראה מחזה ודמיון, כי המלאך נראה אליו צלצת אש מתוך הסנה. ג) שהנצואה היתה צמשל וחידיה, שראה סנה צואר צאש והסנה אינו אוכל, שזהו משל וחידיה.

וביאר המלצי"ם, דצנזואת משה היו מדרגות. דאמנס נולד ממעי אמו שלם צמעלות השכליות והמדותיות, עד שהיה מוכן לנצואה צטצע. וא"צ להכנה כלל. אבל לענין שהנצואה תהא צאספקלריא המאירה, שתחול צלא מלאך, ושיירד השפע צלא כח הדמיוני, זהו צדרך נם, צרנון ה'. ולא היה צכל שעה.

וע"ש צציאר, דצאותם ל"ח שנה שהיו ישראל מופים ממעשה העגל, לא שרתה שכינה על משה. - פירוש, שלא שרתה עליו צמדרגה היותר גדולה. רק צמדרגה נמוכה מזה.

ובזה ציאר המלצי"ם דרשת הספרי (מטות פסקא קנ"ג), "כל הנציאים נתנצאו צכה, מוסף עליהם משה שנתנצא צזה הדצר". והיינו שהיתה שכינה מדצרת מתוך גרונו. - אע"פ שמצינו כמה פעמים שגם משה התנצא צכה. - אלא דזהו צשעה

שהנצואה דמשה לא היתה צמדרגה הגדולה. וכן צתחילת נצואתו, שהיתה צאספקלריא שאינה מאירה, היתה הנצואה צכה, וכדכתיב כה אמר ה' צני צכורי ישראל. עכ"ד המלצי"ם.

ולדברי המלצי"ם, מתפרש היטב דרשת המכילתא, דקאמרינן שגם לשאר הנציאים לא נתנצא אלא צזכות ישראל. ולפ"ז יל"ע, למה א"כ דצר עם משה צאותם השנים דדרגה של שאר הנציאים, הרי צשאר נציאים צכה"ג לא היתה הנצואה כלל. - ולפמ"ש"כ המלצי"ם, א"ש. דדרגתו כשאר הנציאים היתה צטצעו, משעה שנולד. וכל הא דקאמרינן שהנצואה היתה צזכות ישראל, היינו לענין מעלתו הגדולה, שנתנצא צאספקלריא המאירה.

ג) במדרגת נצואת משה רבינו, שהיה שואל מהקצ"ה, ומשא"כ צשאר הנציאים. יעוי' צרמז"ם (פ"ז מיסודי התורה הל' ו') שכתב: "כל הנציאים אינן מתנצאים צכל עת שירצו. משה רבינו אינו כן, אלא כל זמן שיחפוץ רוח הקדש לצשתו ונצואה שורה עליו כו'. לפיכך מתנצא צכל עת, שנאמר עמדו ואשמעה מה יאמר כו'". וצחידושי הגרי"ז הלוי עה"ת פ' יתרו, עה"פ משה ידצר, כתב דעפ"ז מצואר הא דכתיב צפ' יתרו (י"ט, י"ט), "משה ידצר והאלקים יענו צקול". דהיינו שהקצ"ה ענה למשה כששאלו. וזהו: "יענו". - והוסיף לצאר עפמ"ש הרמז"ם (פ"ח מיסודי התורה ה"א) צזה"ל: משה רבנו לא האמינו צו

## מנחת

בבא בתרא

## חיים

שמוג

ישראל מפני האותות שעשה כו', וזמה האמינו צו צמעמד הר סיני שעיינינו ראו ולא זר, ואוזנינו שמעו ולא אחר, האש והקולות והלפידים, והוא נגש אל הערפל והקול מדבר אליו ואנו שומעים כו'". עכ"ל. וזהו שנתייחד בצואת משה, שהיה שואל מהקב"ה, והקב"ה משיבו, זהו גופא ראינו צהר סיני, וכמשנ"ת.

ובמדרש רבה, פ' בשלח (כ"א, פיסקא ז') דריש להדיא, שמשה רבינו היה יכול לקרות ולשאל מהקב"ה. דאיתא התם: "כשם שהקב"ה קורא למשה ומדבר עמו כך היה משה קורא להקב"ה ומדבר עמו". ע"כ.

ובספרי, פרשת בהעלותך (פיסקא י') ריש להדיא, על הפסוק "עמדו ואשמעה", צוה"ל: "כאדם שאומר אשמע דבר מפי רבי, אשרי ילוד אשה שכך היה מוצטח שכל זמן שהיה רונה היה מדבר עמו". ע"כ.

והנה צפ' בהעלותך (י"ב ז') כתיב, ויאמר שמעו נא דברי אש יהיה נביאכם ה' במראה אליו אתודע בחלוס אדבר צו, "לא כן עבדי משה בכל ציתי נאמן הוא". ומעלה זו נאמרה צמשה, שלא היתה בשאר נביאים. - וציאר הגר"ח, דמכיון ומהחילוקים שבין צואת משה לשאר הנביאים הוא, דשאר נביאים לא היו יכולים לשאל צעצמם מפי הקב"ה בכל עת שירצו, אלא שומעים מה שנאמר להם, אחר שהכינו עצמם לקבלת הנבואה. ומשא"כ משה רבינו, שהיה יכול

לשאל שאלותיו מהקב"ה בכל עת שירצה, וכמשנ"ת. - זהו שנאמר צו: "בכל ציתי נאמן הוא".

ויעזרי' צאצן עזרא, שכתב צהאי קרא: "טעמו כצן צית שיכנס צלא רשות, וואס ינטרך ידבר נרכיו", ואתם כאשר אתודע לכס בחלוס מדעו, ואס לא אין לכס רשות לשאלו". עכ"ל. - והיינו כמשנ"ת, דכאן נאמר שיכול לשאל נרכיו, ומשא"כ שאר הנביאים.

והנה מרן רי"ז הלוי ציאר עוד, עפמש"כ הרמב"ם (צפ"ח מיסודי התורה ה"ג) שאס צא נציא להכחיש נצואתו של משה רבינו אין אנו שומעין לו, משא"כ בשאר הנביאים, אס נציא אחד מתנצא, ונציא אחר אומר נצואה הפוכה, הוי נצואה מוכחשת, ואין מקבלים נצואתם כלל. - וזהו שנאמר: "בכל ציתי נאמן הוא", שמשה רבינו תמיד "נאמן" בצואתו, וא"א להכחישו. - וזהו מה שנאמר קודם מתן תורה, למשה רבינו (שמות י"ט ט'), "וגם צך יאמינו לעולם". והיינו שנצואתו תהיה קיימת לעולם, וא"א להכחישו. עכ"ד.

ובשם מרן הגר"ח אמר, דצכל הנביאים הוצרכו להקדים "כה אמר ה' וגו'". אצל משה רבינו א"צ להקדמה זו, מכיון שצכל ציתי נאמן, שכל דצרו מצוים אנו להאמינו שזהו מה שצוהו הקב"ה.

והנה רש"י פ' קרח עה"פ "ויעמוד צין המתים וכו'" (י"ז י"ג), הביא

שאל כל עת שירצה. ומשא"כ שאר הנביאים שאינם יכולים לשאול רק לשמוע הנאמר להם. - וזה שהודיעו משה רבינו ליהושע, שאע"פ שסמכו ונתן מהודו עליו, אפ"ה אם ירצה לשאול מאת ה', אינו יכול לעשות מעצמו, כמשה רבו, אלא רק "לפני אלעזר הכהן יעמוד וישאל לו צמשפט האורים".

ד) במבילתא פ' זא (בהקדמה) איתא, שכל זמן שהיו צנ"י מופיעים במדבר, לא היה הדיבור מתייחד למשה. וצמ"ש חכמה פ' שלח (י"ג ל') עה"פ ויהס כלב את העם אל משה וגו', ציאר, דגדולתו של משה תלוי בצנ"י. "כי אין משה סיבה אצל השם להנהיגה הנסית, רק האומה הישראלית בעצמה היא ראויה להשגחה האלקית הפרטית". ע"ש.

והנה הכי גרסינן התם צמכילתא: "רבי עקיבא אומר, לאמר, לא ואמור להם. שזכותם הוא מדבר עמי. שכל ל"ח שנה שהיה כועס על ישראל לא היה מדבר עמו שנאמר (דברים ז') ויהי כאשר תמו כל אנשי המלחמה למות ואמר ה' אלי לאמור". ע"כ. (ומדרש זה הוצא בתוס' בסוגיא ד"ה יוס כו').

ובאמת, מהמשך המכילתא, שמעינן לכאורה לא כדברי המשך חכמה, דלאו משום ההנהגה צנזרת משה הוי, אלא זהו ענין כללי, ובכל הנביאים נמי איתא הכי. יעוי"ש שדריש שגם עם הנביאים היה הדיבור צנזרת.

מהמכילתא: "אחו את המלאך והעמידו על כרחו, א"ל המלאך הנח לי לעשות שליחותי, א"ל, משה ציוני לעכב על ידך, א"ל אני שלוחו של מקום, ואמה שלוחו של משה, א"ל אין משה אומר כלום מלצו אלא מפי הגבורה, אם אין אתה מאמין, הרי הקב"ה ומשה אל פתח אהל מועד, זא עמי ושאל, וזה שנאמר וישב אהרן אל משה". ע"כ.

והיינו, דבעי שמשה ישאל בשבילו. - וחזינן שגם מלאך אינו יכול לשאול מהקב"ה ספיקותיו, רק לשמוע ולעשות שליחותו, ורק למשה מעלה זו, שיכול לשאול מהקב"ה. ולכן היה המלאך צריך לזא עמו אל פתח אהל מועד ולשאול דוקא את משה, ומשה ישאל מהקב"ה.

וביאר מרן הגר"ח עפ"ז, דרשת הספרי בהעלותך (פיסקא מ"ה) "בכל ביתי נאמן הוא, חוץ ממלאכי השרת. ר' יוסי אומר אף ממלאכי השרת". - והציאור, שמעלת נבואת משה היתה מעולה מהמלאכים, דמשה זכה צמעלה זו לשאול את פי ה' בכל עת. אצל המלאכים אינם יכולים לשאול כלל.

והנה צפרשת פנחס (כ"ז, כ"ח) כתיב: "ולפני אלעזר הכהן יעמוד ושאל לו צמשפט האורים לפני ה' על פיו יאחו ועל פיו יצאו הוא וכל בני ישראל אתו וכל העדה". - והיינו שצפרשת סמיכת יהושע להנהיג את ישראל, נאמר השאלה מאורים ותומים. והטעם, כמו שנתבאר, דחלוקה נבואת משה מנבואת שאר הנביאים, ומחילוקים שצנייהם הוי צמה שמשה רבינו

והביאור צמה שדרשו, שלא נתייחד הדיבור עם משה רבינו כל ל"ח שנה. מלינו צמס ספר צאר שצע, הוצא צפירוש עץ יוסף על העין יעקב תענית ל' צ', צהא דאמרינן התם: עד שלא כלו מחי מדצר לא היה דבור עם משה. - וז"ל: "הקשו המפרשים והרי כמה דינים נאמרו צאותן ל"ח שנה. ומתוך הצאר שצע, שלא דבר עמו דרך חיבה כדרך שאדם מדבר עם חברו אהבו שנכנס עמו בדברים אף שלא מן האור, לרוצ חיבה. וגם לא דבר עמו פנים בפנים". עכ"ל.

והיינו, דכל קריאה בעלמא, קדמה לה סיבה מקריית, וכגון המזמין את חברו לשמחתו וכדו', קדמה לזה המאורע שגרם לשמחה. ואי לאו המאורע לא היה מזמינו. וכיו"צ. משא"כ הדיבור שנדבר הקצ"ה עם משה, היה מפני רצונו של הקצ"ה בעצם הדיבור, בעצם הקירבה והחיבה. (וזהו החילוק בין בלעם, שנאמר צו ויקר, לשון מקרה, כמו שדרשו חז"ל ר"פ ויקרא צתו"כ. ע"ש ר"פ ויקרא, צפי' רש"י).

ורש"י פירש צתענית ל' צ' צהא דאמרינן: "עד שלא כלו מחי מדצר לא היה דבור עם משה, שנאמר ויהי כאשר תמו כל אנשי המלחמה למות וידבר ה' אלי, אלי היה הדבור. ופרש"י: "לא היה הדבור עם משה, ציחוד וחיבה דכתיב וידבר ה' אלי לאמור אלי נתייחד הדיבור. ואע"ג דמקמי הכי כתיבי צהו וידבר, איכא דאמרי' לא היה פה אל פה אלא בחזיון לילה. גמגוס". עכ"ל רש"י צתענית.

והבי גרסינן התם: "אמר רבי שמעון בן עזאי, איני כמשיב על דברי רבי אלא כמוסיף על דבריו, ולא עם משה בלבד היה מדבר בזכות ישראל אלא עם הנביאים כלם לא דבר אלא בזכות ישראל, שנאמר (יחזקאל ג') ואש צבעת ימים משומם צחוכם, וכתיב (שם) ויהי מקלה צבעת ימים ויהי דבר ה' וגו'. [וכתיב (ירמיה מ"צ) ויהי מקץ עשרת ימים] ויהי דבר ה' אל ירמיהו וגו'. וכן אמה מולא צברוך בן נריה שהיה מתרעס לפני המקום (שם מ"ה) אמרתי אוי נח לי כי יסף ה' יגון על מכאובי, [מה] נשתיתי אני מכל תלמידי הנביאים, יהושע שמש משה ושרתה עליו רוח הקדש, אלישע שמש אליהו ושרתה עליו רוח הקדש, מה נשתיתי אני מכל תלמידי הנביאים, יגעתי צאנחתי ומנוחה לא מנחתי וגו' (שם), ואין מנוחה אלא נבואה, שנאמר (צמדבר יא) ותנח עליהם הרוח, (מלכים ב', צ') נחה רוח אליהו על אלישע, ונחה עליו רוח ה' (ישעי' י"א). צא וראה מה המקום משיבו (ירמיה מה) כה תאמר אליו כה אמר ה' הנה אשר צניתי אני הורס, ואמה צצקש לך גדולות, ואין גדולות אלא נבואה שנאמר (מלכים ב', ח') ספרה נח לי את כל הגדולות וגו'. (ירמיה ל"ג) קרא אלי ואענך ואגידה לך גדולות וצורות ולא ידעתם. אמר צרוך בן נריה חס אין כרס אין סייג, חס אין לאן אין רועה, מפני מה כי הנני מציא רעה אל כל צשר ונחתי [לך] נפשך לשלל [על כל המקומות] אשר תלך שם. הא צכל מקום אמה מולא שאין הנביאים מתנבאים אלא בזכותן של ישראל". ע"כ.

והבי גרסינן התם: "אמר רבי שמעון בן עזאי, איני כמשיב על דברי רבי אלא כמוסיף על דבריו, ולא עם משה בלבד היה מדבר בזכות ישראל אלא עם הנביאים כלם לא דבר אלא בזכות ישראל, שנאמר (יחזקאל ג') ואש צבעת ימים משומם צחוכם, וכתיב (שם) ויהי מקלה צבעת ימים ויהי דבר ה' וגו'. [וכתיב (ירמיה מ"צ) ויהי מקץ עשרת ימים] ויהי דבר ה' אל ירמיהו וגו'. וכן אמה מולא צברוך בן נריה שהיה מתרעס לפני המקום (שם מ"ה) אמרתי אוי נח לי כי יסף ה' יגון על מכאובי, [מה] נשתיתי אני מכל תלמידי הנביאים, יהושע שמש משה ושרתה עליו רוח הקדש, אלישע שמש אליהו ושרתה עליו רוח הקדש, מה נשתיתי אני מכל תלמידי הנביאים, יגעתי צאנחתי ומנוחה לא מנחתי וגו' (שם), ואין מנוחה אלא נבואה, שנאמר (צמדבר יא) ותנח עליהם הרוח, (מלכים ב', צ') נחה רוח אליהו על אלישע, ונחה עליו רוח ה' (ישעי' י"א). צא וראה מה המקום משיבו (ירמיה מה) כה תאמר אליו כה אמר ה' הנה אשר צניתי אני הורס, ואמה צצקש לך גדולות, ואין גדולות אלא נבואה שנאמר (מלכים ב', ח') ספרה נח לי את כל הגדולות וגו'. (ירמיה ל"ג) קרא אלי ואענך ואגידה לך גדולות וצורות ולא ידעתם. אמר צרוך בן נריה חס אין כרס אין סייג, חס אין לאן אין רועה, מפני מה כי הנני מציא רעה אל כל צשר ונחתי [לך] נפשך לשלל [על כל המקומות] אשר תלך שם. הא צכל מקום אמה מולא שאין הנביאים מתנבאים אלא בזכותן של ישראל". ע"כ.

ההיא לא היה אלא בשביל ישראל, כדי שיקבלו התורה ויקיימוה. וכן אמרו צמרת כהנים (צסו"פ בחקתי) כתיב אלה המצות אשר נזר ל' ה' את משה אל בני ישראל (ויקרא כ"ו ל') זכות ישראל גרמה לו. - וצבור זה אמרו קצת החכמים שהתחלת הגעת הנבואה למשה לא היה על המדרגות שכתבנו בפרק י', אלא היה ענין נסיי, חל עליו פתאום צרון אלהי, עם היומו בלתי מוכן ולא ראו אל המדרגה הגדולה ההיא כדי להגיע המין האנושי, או האומה בכללה אל התכלית האנושי. - ולזה אמר לו השם עכשיו שישראל חטאו אתה למה לי, כלומר אם אין התכלית הזה מגיע אין צורך בהגעת הנבואה לנביא". עכ"ל.

וע"ש שהוסיף: "ולזה תמצא, כי כשאמרו רז"ל במס' סנהדרין [דף ע' א'] ובשבת ז"ב צ"ב] אין הנבואה שורה אלא על חכם גבור ועשיר ובעל קומה, הוכיחו אותו ממשה. כי למה שהגעת הנבואה לנביא אינו אלא בהשלמת האומה, לכן ראוי שימצא בו התוארים שנמצאו במשה, שהיתה נבואתו לזה התכלית, ולזה היה אחד מהם בעל קומה, שיהיה מקובל ומהודר בעיני האומה. ואם לא ימצאו נביא אלו התוארים שהם לתועלת האומה, אי תועלת בהגעת הנבואה אליו". עכ"ל העיקרים.

והרמב"ם (צפ"ז מ"סודי התורה הל' ז') כתב: "הנביא אפשר שתהיה נבואתו לעצמו בלבד להרחיב לבו ולהוסיף דעתו עד שידע מה שלא היה יודע מאותן הדברים הגדולים. ואפשר שישולח לעם מעמי

והרשב"ם צסוגיין פירש, שלא היה דבור עם משה פה אל פה כבתחילה. אלא אם הוצרכו לדבר כגון צמעשה דקרח שהיה אחר חטא המרגלים היה מדבר ע"י מלאך או צאורים ותומים. אי נמי לא היה מדבר עמו אלא ע"י מעשה הנריך להם. - וז"ל הרשב"ם: "לא היה דבור עם משה, פה אל פה כבתחלה אלא אם הוצרכו לדיבור כגון צמעשה קרח שהיה אחר מעשה המרגלים היה מדבר על ידי מלאך או צאורים ותומים. אי נמי לא היה מדבר עמו אלא על ידי צורך מעשה הנריך להם". עכ"ל. (ומדברי הרמב"ם שיליף דמשה היה מדבר בכל עת שירצה, מדכתיב צפרשת קרח "עמדו ואשמעה וגו'", שמעינן דנקיט כפירוש השני. וכמשנ"ת דלפירושא קמא דהרשב"ם הרי צפרשת קרח היה הדיבור ע"י מלאך או אורים ותומים. ע"י רמב"ם פ"ז מ"סוה"ת ה"ו, וצפיהמ"ש פ"י דסנהדרין מ"א, ציטוד השציעי).

ובברכות ל"ב א' אמרינן: "וידבר ה' אל משה לך רד (שמות ל"ב), מאי לך רד, אמר רבי אלעזר א"ל הקב"ה למשה, משה רד מגדולתך. כלום נתתי לך גדולה אלא בשביל ישראל עכשיו שישראל חטאו, למה לי, מיד תשש כחו של משה, ולא היה צו כח לדבר. כיון שאמר לו הרף ממני ואשמידם, אמר משה דבר זה תלוי בי, מיד נתחזק בתפלה ובקש רחמים כו". - ובציאור השמועה, יעויין צ"ספר העיקרים" (מאמר שלישי פרק י"ב) שכתב: "הנה ציארנו צפירוש כי הגיע (ר"ל מה שהגיע) משה אל המדרגה

הארץ או לאנשי עיר או ממלכה, לכונן אותם ולהודיעם מה יעשו, או למונעם ממעשים הרעים שצדיהם". עכ"ל.

ובנבואת משה, אם ג"כ היה מעלתו בהאי נבואה לצורך עצמו, כמעלתו בנבואה לצורך ישראל. או שמא רק לצורך ישראל היה מעלת נבואתו חלוקה משאר הנביאים. - מטו משמ"י דמרן רי"ז הלוי, להוכיח מהתו"כ ריש פרשת ויקרא (דבורא דנדבה פרשתא א', פרק ז' פסקא י"ג), דתניא התם: "לאמר כו', שכן מצינו שכל ל"ח שנה שהיו ישראל כמנוודים לא היה מדבר עם משה כו', אלעזר בן אחוהי אומר יכול היה מדבר עמו לצורך עצמו, ת"ל לאמר לאמר לישראל, בשביל ישראל היה מדבר עמו, ולא היה מדבר עמו לצורך עצמו". ע"כ. - ונקט מרן רי"ז הלוי, דאלעזר בן אחוהי לא איירי באותן ל"ח שנה שהיו כמנוודים. שהרי בהנך ל"ח שנה בודאי לא היה הדיבור עם משה לצורך ישראל. אלא קאיירינן בשאר השנים. - והקשה מרן רי"ז הלוי, דאם במשה היה הדיבור רק לצורך ישראל, ולא לצורך עצמו כלל. למה גרע משה משאר הנביאים, שהיה הנבואה לצורך עצמן להרחיב ליבן. - אלא בהכרח, דהנבואה למשה עצמו להרחיב לבו, ודאי דהיתה. והתו"כ מיירי לענין נבואת משה פה אל פה וכו', שנאמרה במסויים למשה, ולא נאמרה בשאר הנביאים. - אמנם לצורך עצמו, היה הנבואה כשאר הנביאים. עכ"ד.

ודברים הוסיפו, עפ"מ שדרשו (בילקו"ש

דברים רמו תק"ג, וצתהלים רמו תתמ"א) במדרש "שחר טוב" תהלים ז', צוה"ל: "תפלה למשה איש האלקים, א"ר לוי בשם ר' חייא בר חנינא, י"א מזמורים שאמר משה, בתכסיס של נבואה אמרן. ולמה לא אמרן בתורה, אלא אלו דברי תורה ואלו דברי נבואה". ע"כ. - והיינו, דנבואת משה שהיתה דדיבור פה אל פה וצמורה ולא בחידות וכו', היה תורה. אבל נבואה של שאר הנביאים היו נבואה בעלמא, שזהו בחלוס וחדות וכדו'. והו דקאמר המדרש, דמכיון ואמרן משה בנבואה הו"ל לאומרן בתורה. אלא דאלו דברי תורה ואלו דברי נבואה, דהיינו שהנך מזמורים נאמרו למשה לצורך עצמו לבד להרחיב לבו, ע"י חלוס וחדות וכדו', כשאר הנביאים. ולכן לא נקצעו בתורה. ע"כ מה שהוסיפו ע"ד מרן רי"ז הלוי.

והנה עיקר הדברים, יעו"י בילקו"ש (ויקרא רמ"ז תל"א), דהוי פלוגתא דתנאי. דגרסינן: "אלעזר בן דהבאי אומר יכול היה מדבר עמו לצורך עצמו, ת"ל לאמר, לצורך ישראל היה מדבר עמו, ולא היה מדבר עמו לצורך עצמו. ד"א, יכול לא היה מדבר עמו אלא לצורך הקהל, ת"ל לאמר, מדבר היה עמו לצורך עצמו". ע"כ. - ולדברי מרן רי"ז הלוי, דקמיירי הך צרייתא בשאר השנים, ולא בל"ח שנה. דהיינו בזמן שהיה מדבר עמו פה אל פה וכו'. וחזינן דבהך מלתא פליג המ"ד דמדבר עמו לצורך עצמו ג"כ במעלות הנבואה המסוימת למשה. ומפורש דלת"ק לצורך עצמו לא דבר עמו כנבואות לישראל, אלא כשאר הנביאים. ולד"א דיבר עמו גם

לצורך עצמו כמעלות שנאמרו בנבואת משה לצורך ישראל.

**אמנם** זהו לגירסת הילקוט. אבל הראב"ד והר"ש ורבינו הלל, גרסו איפכא. והיינו: "יכול לא היה מדבר עמו לצורך עצמו, ת"ל לאמר, לאמר לישראל, בשביל ישראל לא היה מדבר עמו, אבל היה מדבר עמו לצורך עצמו". - ופירש הראב"ד: "יכול לא היה מדבר עמו לצורך עצמו, פי' אותם ל"ח שנה, יכול לא היו לו שאלותיו של משה בחצה ובזוהר פנים, ת"ל ויהי כאשר תמו וגו' לאמר, לישראל לא היה צדיצור עד אשר תמו, אבל לצורך עצמו אפילו קודם לכן". עכ"ל.

ובקרבן אהרן, הוסיף: "ופירוש, יכול שאותם ל"ח שנה שאמרנו שלא דבר עמו, שגם מה שהיה לצורך עצמו של משה

ושאלותיו לעצמו, שלא היה מדבר ומשיב לו על שאלותיו בחצה ובזוהר פנים, ת"ל לאמר, ויהי כאשר תמו וגו', כלומר לאמר, לישראל לא היה לו דיצור עד אשר תמו, אבל לצורך עצמו היה משיב לו צדיצור. ופירוש הפסוק ויהי כאשר תמו, אז וידבר ה' אלי לאמר, מה שהיה לאמר לישראל, ולא קודם שתמו, וממילא מה שלא היה לאמר לישראל, שגם קודם שתמו היה משיב לו צדיצור". עכ"ל.

ומבואר דבקס"ד שבאותם ל"ח שנים שלא היה הדיצור לצורך ישראל באותם המעלות, בחצה ובזוהר פנים פה אל פה, ג"כ לא היה לצורך עצמו. וקמ"ל דדוקא לצורך ישראל בלבד היתה נבואתו שלא באותם המעלות. אבל לצורך עצמו היה כמעלת נבואת משה המסויימת בחצה ובזוהר פנים וכדו'.

## סימן מו

### בסוגיא דמכירי כהונה

בעלמא, ואע"פ שאם רצה יכול לחזור צו מ"מ כל כמה דלא הדר הוי מוחזק כו'. עכ"ל. — ויסקוד הדין דמתנה מועטת מצואר צב"מ מ"ט א' דהיינו משום דדברים יש בהם מחוסר אמנה, והוי בכל דבר ולאו דוקא צמתנות כהונה, וכ"כ בקצוה"ח (סי' רע"ח סק"א) דבכל גווי שאין הנותן ראשי לחזור

(א) ב"ב קכ"ג ז', הכא צמכירי כהונה עסקינן ודאי שתחית צחיי אצוהון וקסבר מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמי. ובתוד"ה הכא כו', בכל דוכתא עביד מכירי כהונה מוחזק צפ' כל הגט המלוה מעות את הכהן ואת הלוי, והיינו טעמא שזהו מתנה מועטת ואסור לחזור צו ואפילו צדברים

חשיב המקבל מוחזק. אולם הנתה"מ (שם) פליג, וס"ל דדוקא במתנות כהונה חשיב מוחזק, משום דאין לבעלים אלא טובת הנאה, ולכן מכיון דאסור לחזור בו אצד ממנו טובת הנאה דיליה.

והנה ביסוד הדין בהצטחה ליתן מתנה מרובה, יכול לחזור, יעוי' צביאור הגר"א (יו"ד סי' רנ"ח) דמבואר דאפילו מדת חסידות ליכא צכה"ג. אמנם יעוי' צס' פרי יתק (סי' נ"א) שהביא מירושלמי (פ"ד דצ"מ ה"ב, ובשלהי שביעית) דהגם דליכא חיוב צכה"ג, אפ"ה מדת חסידות איכא לקיים דיבורו.

והנה בחלות קנין ע"י הצטחה ליתן מתנה מועטת, אע"פ שלא עשה משיכה או הגזעה, ביאר הקצוה"ח (סי' ר"ד סק"ג) עפ"ד הרא"ש צנדרים ל"ד צ' צסם הרא"מ גבי היה מונח לפניו ככר של הפקר ואין אדם סמוך לו אלא הוא דיכול לזכות יכול ג"כ להקדישו, ואע"ג דלא זכה בו עדיין מ"מ כיון דליכא הכא אחרינא שיכול לזכות בו, וצידו של זה שסמוך לו לזכות, כל שצידו לאו כמחוסר מעשה. וה"נ כיון דהצטיחו ליתנו חשוד כבא לידו. — ועי' צדרו"ח להגרעק"א צ"מ מ"ט צ' שכתב ע"ז: "ולענ"ד אינו, דדברי הרא"מ רק דמהני ההקדש לאחר שיזכה ולא היו כמקדיש דשלצ"ל, אצל מ"מ פשיטא דקודם שזכה לא חל ההקדש, ואלו הכא משמע דתיקף הוא תרומות ומעשר ופוטר להפירות מטובל, דהרי מדקתני רשאי לעשות כו' היינו דא"ל לחוש שמא יחזור הישראל ויאכל טובל

למפרע. הרי מבואר דבאוכל מפירותיו קודם שצא לידו לא הוא כאוכל טובל. וזוה עדיין הקושיא במקומה עומדת כיון דאינו שלו איך חל עליו שם תרומה קודם שיזכה מישראל". ע"ש. — וצס' אולם המשפט (סי' ר"ד ס"ח) כתב ע"ד הקצוה"ח הנ"ל: "אלא דעדיין דבריו צריכים תיקון, דזה שייך שם דהוא הפקר ואין מעכב על קנינו. אצל הכא דהוא ממון בעלים י"ל דאכתי לא נפקע קנינו בדברים בעלמא כדקיי"ל צכמה דוכתי, וא"כ ממילא זה לא קנה. אצל נראה דבאמת כיון דזה אסור לו לכתחילה לחזור בו כבר נפקע דין קנינו ממנו, וכמש"כ התוס' צריש חולין גבי חמנן של עוברי עבירה דחמנן צפסח לא הוא ממון אע"ג דשרי חליפין צדיעבד, כיון דאסור להחליף לכתחילה לא הוא ממון ע"ש, וה"נ כיון דאסור לו לחזור נפקע קנינו. וכיון דקנינו אינו מעכב ע"ז מלזכות בו שוב שפיר הוא כצידו וכנ"ל, וזה נכון". וע"ש שכתב דלפ"ז י"א לנו דין חדש, צנתן מעות על המקח דאיכא עליו מי שפרע ולכ"ע אסור לחזור בו, ודאי יכול להקנות אפילו צקנין גמור וחל הקנין. ע"ש מש"כ צזה.

ובגוף הקנין שבהצטחה ליתן מתנה מועטת, ביאר צשיטמ"ק צ"מ מ"ט א' צסם הרא"ש דלא גרע מנותן רשות לחצירו שיתרום מכריו על תבואה שלו. ובקצוה"ח (סי' ר"ד סק"ג) הקשה, דהא מעשר אינו שלו ואין לו בו אלא טובת הנאה, וא"כ היכי מצי ליתן רשות לתרום משל אחרים, ואפילו למ"ד טובת הנאה ממון אינו אלא צערך טובת הנאה, אצל גוף התבואה אינו שלו. —

מקודשת דמשלחן גבוה קא זכו. ויל"ע דמאי מייתי רחיה מקידושין לירושא, והלא חזינן צמע"ש דאע"ג שאינו יכול למכרן ולקדש בהן וכדאמרין בקידושין נ"ג ב' מ"מ מזי להורישו לבניו וכדאמרין בזבחים ו' א', דזרא כרעא דאצוה הוא וירש זכות האכילה, וממילא שפיר י"ל דזכור נוטל פי שנים. ומזינו צנויר ל' ב' שאם הבן מגלח על נזירות אציו הו"ל ירושה והזכור נוטל זה פי שנים, אע"פ דקדשים נינהו, כיון דשייך בהם ירושה. וא"כ ז"צ למה לא יטול הזכור פי שנים בזכות האכילה. וזריך לחלק בין קדשים לאחר שחיטה למע"ש, דבקדשים לאחר שחיטה ילפינן בקדושין נ"ב ב' דממון גבוה הוא מדכתיב כאש מה אש לאכילה ולא לדבר אחר אף הוא נמי רק לאכילה, ומשמע דגם אין מורישו לבניו דומיא דאש. אבל מע"ש דילפי' שם נ"ג ב' מדכתיב הוא צהוייתו יאה, וזה לא קאי אלא על מכירה וקדושין ולא על ירושה דממילא, וכן צהא דנויר כיון דהל"מ דמחיים ירית לה יש לה דין ירושה לכל מילי.

שב, ברש"ב"ס, מוקדשין לאו דידיה נינהו, כגון חטאות ואשמות מחיים קדשי ה' כו'. הרש"ש הקשה דמשמע דאיכא הכא דבר דהוי צר ירושה אלא דאיכא עיכובא דלאו דידיה נינהו, והלא קיי"ל דחטאת שמתה בעליה אזלא למיתה ואשם שמתו בעליו אזיל לרעה ודמיו לנדבת ציבור וא"כ ליכא הכא דבר שהוא צר ירושה. ומשו"ה נקט הרש"ש דהכא מיירי דאציהן כהן, ונפק"מ בעבודתו דיכו לעבוד בכל משמר שירצה, וכן נפק"מ לעורה דהוי לכהן העובד. (ויש לדון, דאיכא

והגרעק"א דדרו"ח שם כתב לבאר דצרי השיטמ"ק: "לענ"ד הא מצואר צרמז"ס פ"ג ה"ב מהל' תרומות, דהישראל יכול להפריש תרומת מעשר וליתן המעשר ללוי אחר שהפריש ממנו תרומת מעשר, וא"כ שפיר יכול להרשות להפריש כאלו מפריש בשליחותו". עכ"ד. והנה נתקשו צוה, דהא דיש לו רשות לבעה"צ לתרום תרומת מעשר הוא רק מיניה וציה, דיכול לתקן המעשר ראשון שנתן ללוי, אבל לעשות כל המעשר ראשון תרומת מעשר על אחרים לא שמענו, דהלא אי"ז שלו, והיאך יכול לעשותו תרומת מעשר על של אחרים. וכבר ביארו, דד"ז הוי פלוגתא דתנאי, יעוי' בתוספתא (פ"א דתרומות ה"ה) דתניא, רשאי בעה"צ להפריש מעשר טבל כדי תרומת מעשר שצמעשה, ר' יוסי אומר בעל הבית שתרם את המעשר רשאי בעה"צ להפריש ולא יותר, ור' יוסי זיל דיכול לעשות את כל הכרי לתרומת מעשר. ויעוי' בירושלמי צפ"ק דתרומות, ר' יוחנן צסס ר' ינאי ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך צידי כו', כיון שאמר כור מעשר יש לך צידי נעשה שלוחו נמנא כחורס ברשות ישראל, פתר לה כר' יוסי דאמר בעה"צ שתרם את המעשרות מה שעשה עשוי. ע"כ. הרי להדיא דיכול לעשות כל המעשר לתרומת מעשר.

(ב) בגמ', הזכור נוטל פי שנים צמוקדשין, ופריך מוקדשין לאו דידיה נינהו, ופי' רש"ס דאפילו נשחטו שיכול לאכלן אינן שלו כדתנן צפ"ב דקידושין המקדש צחלקו בין צקדשי קדשים בין צקדשים קלים אינה

לאוקמי בגוונא דאזיהן כהן, וכיון דאוכל  
 בחטאת א"כ י"ל דכשמציא חטאת עצמו יכול  
 להוריש זכות אכילתו לבניו). — וזדעת  
 הרמב"ם י"ל דמיירי בגוונא דהאב נדר בזויר  
 והפריש מעות לקנות בהם קרבנותיו ומת  
 והניח המעות הסתומין והבן אמר לאחר  
 מיסת אזיו הריני נזיר ע"מ שאציא קרבנותי  
 מעות שהפריש אזי לקרבנותיו הר"י מציא  
 מהן קרבנותיו וכמש"כ הרמב"ם פ"ח  
 מנזירות הט"ו.

[אל"א דלפ"י נמנינו דהרשב"ם נקט כפירוש  
 ר"ת בסוגיא דנזיר ל' ז', ולא כמש"כ  
 המפרש שם, דאמרינן התם היאך הבן מגלח  
 על נזירות אזיו, ומצעי לרבא צור ופשוט  
 מאי הלכתא גמירין לה והלכך לא צעי גלוחי  
 לפוס מאי דשקיל, או דלמא ירושה היא וכי  
 היכי דשקיל פי שנים הכי מגלח. ופי' המפרש  
 דאי הלכתא הוא לא צעי לגלוחי לפוס מאי  
 דשקיל, אלא רק פלגא. או דירושה היא וכשם  
 דנוטל הצבור פי שנים ה"ג מגלח פי שנים.  
 ולקמיה אמרינן, ואם תימצי לומר ירושה היא  
 ולפוס דשקיל מגלח וצחולין הוא דאית ליה פי  
 שנים אצל בהקדש לא, או דלמא כיון דקני  
 ליה לגלוח לא שגא. ופי' המפרש דחולין  
 והקדש היינו קודם שנקרב הקרבן דהוי  
 חולין, ואח"כ הוי הקדש, וזוה מצע"ל דלמא  
 לא שקיל פי שנים או דלמא שקיל אע"ג  
 דמשלחן גבוה זכו. ומסיק בתיקו. אך בתוד"ה  
 צעי רבא כו' פר"ת דהא דאמר' צחולין היינו  
 דאמר לשון חולין, דאמר מעות אלו לנזירות.  
 ובהקדש היינו דאמר לשון הקדש דאמר הרי  
 אלו לקרבנות נזירות. והנה לפמשנ"ת ד'

הרשב"ם הכא דכשאמר האב מעות אלו  
 לנזירותי דהבן יורש מעות אלו, ומ"מ לאו  
 דידיה נינהו, א"כ מאי קמצע"ל בזויר דלמא  
 יירש הצבור פי שנים, והלא אי"ז שלו.  
 ודו"ק.]

ג) בגמ' ודאשתמיט צחי אצוהון, פירש  
 הרשב"ם וה"נ דאשתמיט צחי  
 אצוהון כו' שאלו אוהבין גמרו ומקנו ליה  
 המתנות כשהן עדיין בתוך הצהמה כו'.  
 וצפוטות משמע דגמירות דעת הוי קנין,  
 וסגי באמירה וכיו"ב. — וע"ע לקמן קמ"ב  
 ז' המזכה לעובר לא קנה וא"ת משמיתו  
 הואיל ודעתו של אדם קרובה אלל בנו, ופירש  
 רשב"ם דז"ה קרוב כו', גמר ומקנה בכל  
 לבו. — וכיו"ב מנינו בגיטין י"ד א' דקס"ד  
 בטעמא דתיקנו מעמד שלשתן דהוא משום  
 צהייה הנאה דקא משתניא ליה צין מלוה  
 ישנה למלוה חדשה גמר ומשעבד נפשיה.  
 (והגם דדחי לה"ט, היינו משום דא"כ נתת  
 דצריך לשיעוריס. וע"ע רש"ש צבורות י"ח  
 ז'). — וצ"ק ק"צ ז' דתנן אחד המקדיש  
 נכסיו ואחד המעריך את עצמו אין לו צכסות  
 אשתו כו' א"ר אבא כל המקדיש נכסיו נעשה  
 כמי שהקנה להן כסות אשתו וצניו מעיקרא.  
 וציאר הרשב"א דז"ה הא דא"ר אבא כל  
 המקדיש כו' "מהתם שמעינן דדינא קתני  
 דאנן סהדי דדעתיה לאקנויי להו כלים שלקח  
 להן ואע"פ שלא הקנה להן צפירוש ומשום  
 דאמדינן ליה לדעתיה אמרו נעשה כמי  
 שהקנה, וכמיהו צריש פרק המפקיד נעשה  
 כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני פרתי  
 קנויה לך סמוך לגנבתה כו' וי"ל דכל שדעתו

ויכול להתחייב צעד ההגאה מאה מנה, וע"ש שציאר צוה הא דאיתא בקידושין ח' א' דינר רע הר"ז מקודשת ויחליף, דחיוצו להחליף הוא מדרב גידל. וכיו"צ כתב בחזו"א (ב"ק סי' כ"א סק"ה). – אולם צנחל יחזק (סי' מ') נקט דנקנה מדין חליפין. וע"ש דכתב באופ"א דמהני מטעם דמחייב עצמו כחיוצו בקנין, ודקדק כן מדברי הריטב"א צכתובות ק"צ ב' ובקידושין ט' ב'. ובאופ"א לידד שם דזההיא הגאה מהני אע"פ דאינו ע"י אחד מדרכי ההקנאה.

**אמנם** צעיקר דברי הרשב"ם כאן, דמשמע דגמירות דעת הוי קנין, וסגי באמירה וכיו"צ. הנה כבר כתב כן הצרוך טעם (בהגהותיו לקט"ח בסי' רמ"ג סק"ד). אכן י"ל דאין הכרע צוה, דהלל כתב הקט"ח (בסי' רע"ח ס"ק ט"ו) דצסוגיין ליכא קנין כלל, ורק משום איסור הוא, דמכיון ואסור לחזור קנאו, וכמשנ"ת לעיל אות א'. ולפ"ז אין הכרע מדברי הרשב"ם. – ובאופ"א י"ל דשאני מכירי כהונה דרחמנא זכי לכהן בגוונא דשאר כהנים אסחי דעתיהו. וכבר כתב סברא זו בתשו' בית אפרים (יו"ד סי' ס"ו).

[וייש לדון, דצעיקר הדבר אם משתעבד לקיים דיצורו נשתנה כשהוא לקיום מצוה, או לא. ויעוי' בתשו' שואל ומשיב (מהדו"ד ח"צ סי' קפ"ו) שהשיב על השגת המקו"ח (בסי' תל"ד) ע"ד הט"ז (שם סק"ו) שכתב דהא דשלוחו יכול לצטל החמץ דהיינו משום דמכיון שרואה להפקיע עצמו

קרובה להן הרבה גמר בדעתו בהקנאה וזכיה לקנות ואפילו להפקיע מידי הקדש דאורייתא, ודכוותיה איכא בריש פרק השוכר את הפועל במס' ע"ז (ס"ז ב') גבי חנוני המקיפו כיון דאורחיה לאוקופי מקנה ליה דדינר בכיסו כנ"ל". עכ"ל הרשב"א. ומבואר דמהני גמירות דעת לקנות. וכבר דקדק הכי בתשו' הגרעק"א (סי' ל"ו). ויעוי' במערכת הקנינים להגרשש"ק (סי' י"א) שלדברי הרשב"א עיקר הקנין הוא הגמירות דעת, רק דקבעו חכמים שיהא הוכחה לגמירות דעת ע"י מעשה, ואה"נ דאם נתברר גמירות דעתו בלא מעשה שפיר קונה. וע"ע חזו"א (חומ"מ סי' כ"צ) דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחצירו וחצירו יסמוך עליו, ויש דברים דידעו חכמים שצדיצור בלבד גומר בלבו להקנות, ע"ש שהוא העתיק מהסכמת הגרא"מ הורצין עמ"ס ב"צ ונדפס בשו"ת אהל משה. – ומצינו בנז"צ (חומ"מ קמא סי' כ"ז) שסם חתנו, דהיכא דאיכא גמירות דעת מהני אף בלא מעשה קנין. וכיו"צ מתבאר בד' הגרעק"א (בתשו' סי' ל"ו). וע"ע באגרו"מ (ח"א אהע"ז סי' ק"ד) לזוואות הנעשים בערכאות מהני מדין הן הן הדברים הנקנים באמירה [אכן בחזו"א ב"ק סי' כ"א סק"ה נטה מזה, ע"ש שכתב דאין לנו צוה אלא מה שנאמר בגמרא בין בקנין הנאה בין בקנין של גמירות דעת שאין אנו בקיאים בהכרעת דברים אלו].

ובימוד הקנין בגמירות דעת, נקט בחזו"א (קידושין סי' נ"ה סק"ט) דהוי מדין קנין כסף, דהא יש כאן הגאה שוה פרוטה

## מנחת

בבא בתרא

## חיים

שנג

ד' שהאריך צוה, וציאר בצורת התוס' דמכיון דהוי מצוה הו"ל כהנאת כסף ומהני מדין דההוא הנאה. אכן יש להקשות דאמאי הולכנו לקניינים בצכור וחמץ צמכירתם לגוי, נימא דצההיא הנאה גמר ומקנה, ועי' צשו"ת מהרש"ס (ח"ג סי' שי"ח) מה שהאריך צנד"ץ].

מאיסור חמץ מסתמא נתן החמץ שלו צמתנה לשלומו כדי שיוכל לצטל. ותמה המקו"ח צמה קנאו, וע"ש צשו"מ דמכיון והו"ל דבר מצוה גמר ומקנה, וכמש"כ התוס' צצכורות י"ח צ' ד"ה דאקני כו'. וכיו"צ כתב צהג' חכמת שלמה צאו"ח ע"ד הט"ו. וע"ע צד' הרש"ש צצכורות שס. ועי' צנחל ינחק (סי' מ' ענף

## סימן מז

### בענין החזרת אתרוג במתנה ע"מ להחזיר

צמתנה ע"מ להחזיר. – ויש להעיר, דלפמש"כ המשנ"צ (צסי' תרנ"ח צשעה"ז ס"ק י"ט) שאם אמר הריני כאלו התקצלתי לא מהני אלא צתוך הזמן, אבל לאחר הזמן שכבר צריך להחזיר לא מהני, וא"כ הכא צמתחזיר לו החמץ לאחר הפסח ואומר הריני כאלו התקצלתי, לכאורה לא מהני.

והנה צעיקר הדין אם מהני קנין לזמן, נחלקו קמאי, דהרא"ש (צפ"ג דסוכה סי' ל') כתב דצריך שיקנה את האתרוג צמתנה ע"מ להחזיר צמתנה גמורה וכשמחזירו אח"כ צריך המקבל להקנותו צמתנה צחורה, אבל אם אמר לו יהא צמתנה עד שתצא צו ואח"כ יהיה שלי צבתחילה לא יאל, דהו"ל כשאלו. וכ"כ הריטב"א צקידושין ו' צ', וצריטב"א צסוכה מ"ו צ', וכ"פ צשו"ע (סי' תרנ"ח ס"ג). והיינו דס"ל דקנין

ב"ב קל"ז צ', שור זה נתון לך צמתנה ע"מ צמתחזרהו לי הקדישו והחזירו הר"ז מוחזר וקדוש כו'. הנה צתוספתא (פ"צ דפסחים ה"ו) איתא, ישראל ונכרי שהיו צאין צספינה וחמץ ציד ישראל הרי זה מוכר לנכרי ונותנו צמתנה וחוזר ולוקח ממנו לאחר הפסח, וצלבד שיתן לו צמתנה גמורה. וצשו"ע או"ח (סי' תמ"ח ס"ג) כתב ע"ז, דמתנה ע"מ להחזיר לא מהני. ומקורו מהתרומה"ד (סי' ק"כ). והמג"א (סק"ה) כתב דאע"ג צבעלמא קי"ל דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה, מ"מ משום חומרא דחמץ לא מהני, וזהו חומרא יתירא. והגרעק"א צידד דרק מצשש שמה לא יתקיים התנאי הוא, אבל מדינא מותר החמץ לאחר הפסח, ולכן כשהגוי לא החזיר לו, ויכול התנאי להתקיים, שהישראל יאמר הריני כאלו התקצלתי, דצכה"ג מהני נתינת חמץ לגוי

לזמן הוא קנין פירות. וכמו שביאר המקו"ח (סי' תמ"ח סק"ט) ובספרו נחלת יעקב בסוכה מ"א ז', ובשו"ת חת"ס (חו"מ סי' קל"א). אולם הקצוה"ח (בסי' רמ"א סק"ד) נקט דקנין לזמן הוא קנין הגוף, והביא כן בשם רבינו אביגדור כהן זקן המוצא ברא"ש בתשו' (כלל ל"ה). – ובספר החיים כתב הגרש"ק (בסי' תרנ"ח ס"ג) דהא דלא מהני קנין לזמן היינו דוקא בלולב, אבל לענין חמץ בפסח שמכרו לגוי לזמן אינו עובר עליו צבל יראה מעיקר הדין, אלא דמשום חומרא דחמץ אין למכור בקנין לזמן. ע"ש.

והנה בשו"ע (או"ח סי' תרנ"ח ס"ה) פסק דהנותן אתרוג לחזירו בסתמא הוא כאילו אמר לו ע"מ שתחזירנה לי דמסתמא על דעת כן נתנו לו כיון שצריך לנאת צו שאין לו אחר, ואם לא החזירו לא יאל, וכתב הרמ"א: "וצריך לחזור וליטנו לצעלי צמתנה כדי שיהיה של צעלים ויאלו צו". ויעוי' במשנ"צ שהלשון מגומגם, דמשמע מזה דאם לא יחזור ויתן להצעלים צמתנה גמורה לא יוכלו הצעלים לנאת ידי חובה באתרוג, ולכאורה אינו כן, דהצעלים צכל גווי יוכלו לנאת שהרי נתנו רק ע"מ שיחזירו להם צמתנה כדין, ואם לא החזירו להם צאופן כזה נחצולה המתנה למפרע וכלא נתנו דמי, וז"ע.

בספר מנחת צרוך (סי' ז"ד), וזהו עפמ"ש הרא"ש (פ"ג דסוכה סי' ל') צהא דאמר רבא, בסוכה מ"א א', הילך אתרוג זה ע"מ שתחזירנה לי החזירו יאל לא החזירו לא יאל, וז"ל: "וצריך שיחנהו לו צמתנה גמורה ע"מ שיחזיר, ואחר שיאל צו צריך לחזור וליחנה צמתנה צשעת חורה, אבל אם אמר לו יהא צמתנה עד שתאל צו ואח"כ יהא שלי צמתחילה לא יאל צו". וכן כתב הריטב"א בקידושין ו' צ' צוה"ל: "ומיהו מתנה על מנת להחזיר הקנאה גמורה היא וממון שלו, וכשמחזירה לו הקנאה גמורה צעי כשאר הקנאות דעלמא, ומסתברא שאם שיעצדה לצעל חוצו הרי הוא משועבד ומוחזר וגובה ממנו לאחר חורה". וצתה"מ (סי' רמ"א סק"ה) הקשה מהא דאיתא צסוגיין א"ר אר"ג שור זה נתון לך צמתנה ע"מ שתחזירנה לי הקדיש והחזירו הרי זה מוחזר וקדוש צו, אבל אמר ר"ג חזינן אי אמר ע"מ שתחזירנה הא אהדריה אי א"ל ע"מ שתחזירנה לי מידי דחוי ליה קאמר ליה. ולפמ"ש הרא"ש והריטב"א דצריך הקנאה גמורה צחורה לשם קיום התנאי, א"כ היאך קדוש ומוחזר לר"ג וכן לר"א צלא אמר לי, הרי אי אפשר להקנות את ההקדש. [וע"ש צנתה"מ שצריך דמיירי צקדשים קלים, וקיי"ל כרצי יוסי הגלילי דהוי ממון צעלים, ויכול להקנותן. ונתקשו צדצרו, דהרי קמיירי צשיטת הרא"ש, והלא הרא"ש צפ"ק דצ"ק לא הכריע אם קיי"ל כרצי יוסי הגלילי].

וב"מ מנחת צרוך חירץ, דצאמת צצציל קיום התנאי סגי צמה שמחזירו צפועל,

וברא"ה ליישב, דקיום התנאי צמתנה ע"מ להחזיר אינו מתקיים אלא רק צפעולת החורה. וצורך ההקנאה הוא לצורך הצעלים שיאלו צו. ויטוד הדצרים מתפרש

אע"פ שאינו מקנה לו. ומש"כ הרא"ש והריטב"א דלר"ך הקנאה בחזרה אינו משום קיום התנאי, אלא לטובת הבעלים המקבלים בחזרה שיהא יכול לקיים בו מצות לולב. ולפ"ז מבואר מש"כ הרמ"א הנ"ל דלר"ך לחזור וליטנו לבעליו במתנה כדי שיהיה של בעלים ויאלו בו, דבאמת לזר"ך שהבעלים יאלו בו יד"ח א"צ הקנאת המקבל, דלקיום התנאי שיחזירו לבעלים א"צ להקנותו לבעלים דבפעולת החזרה כבר יאלו יד"ח, ולזר"ך ההקנאה רק לזר"ך שהבעלים יאלו בו יד"ח.

**אמנם** צריטב"א והר"ן סוכה מ"ו ז' כתבו דתנאי החזרה הוא בהקנאה, דכתבו דקטן אינו יכול לקיים תנאי החזרה ולכן הנותן לו אינו יכול ליטול ממנו אח"כ. ואם רק לענין החזרה בפועל צע"ן שפיר מני הקטן להחזירו. ומבואר דנקטו לא כמש"כ המנחת ברוך הנ"ל.

**ובעיקר** דברי הרא"ש (פ"ג דסוכה סי' ל') שכתב דרבינו ישעיה הקשה מה החילוק בין אחרוג שקנאו במתנה ע"מ להחזיר לאחרוג שאלו, הרי בשניהם אינו שלו אלא עד שיטלנו, ובשניהם אין הגוף קנוי לו – ותיר"ך דבמתנה ע"מ להחזיר אינו חייב באונסין, ומנה"ט קרינא ציה לכס, אבל שאלו שחייב באונסין לא קרינא ציה לכס. יעו"י בחי' הגרעק"א בשו"ע או"ח (סי' תרנ"ח ס"ד) שצי"ר דמש"כ רבינו ישעיה דאם נאנס פטור מלשלם אינו צדוקא לענין תשלומין, אלא דגם המתנה לא נתבטלה ויאלו זה יד"ח. וצי"ר הטעם, דכיון שאנוס הוא הו"ל כאילו החזירו.

וכתב דד"ז תלוי בפלוגמא דהפוסקים האם אונס כמאן דעביד והרי זה כאילו נתקיים התנאי, יעו"י בש"ך (חור"מ סי' כ"א סק"ג), אלא דאפ"ה אי"ז כאונס רק כשמשלם דמיו, אבל כשאינו משלם דמיו אי"ז אונס, דהנותן יאמר שמתרצה בחזרת דמיס, והגם דכאונס י"ל דלא נתבטלה המתנה מ"מ זהו דוקא כשנותן דמיס והנותן לא רצה לקבל, דהו"ל אונס גמור, ודעת רבינו ישעיה דאונס כמאן דעביד, ולא נתבטלה המתנה. ודקדק הגרעק"א דבשו"ע (שם) כתב: אם לא החזירו לא יאלו, אפילו אם נתן לו את דמיו ואפילו נאנס מידו". דנקט שני דינים בגוונא דלא החזירו דאינו יואל יד"ח, חדא כשהאחרוג לא נאנס ונתן דמיו תמורת האחרוג, או בנאנס ולא נתן דמיו, אבל כשנאנס ונתן דמיו ד"ז תלוי במחלוקת הפוסקים (בחור"מ סי' כ"א) הנ"ל, אם אונס כמאן דעביד או לא, ולדעת רבינו ישעיה דאונס כמאן דעביד יאלו יד"ח. עכ"ד הגרעק"א.

**ובדברי** הגרעק"א, דבנאנס האחרוג לא נתבטלה המתנה, יעו"י כיו"צ במשל"מ (פ"ג מזכיה ה"י) שנסתפק במקבל מתנה ע"מ להחזיר, והמתנה נאנסה ולא החזירה, האם נתבטלה המתנה למפרע, ולר"ך המקבל לשלם לו הפירות שאכל בזמן שהמתנה היתה אללו או דכיון דנאנסה לא נתבטלה מלמפרע. והוכיח מדרבי רבינו ישעיה הנ"ל דאם נאנסה המתנה לא נתבטלה למפרע, דהרי רבינו ישעיה צי"ר הטעם דמתנה ע"מ להחזיר עדיפא משאלה מחמת

כשנאנס וגם לא נתן דמיו, וכמ"ש הגרעק"א לדקדק וכמשנ"ת, דהטעם שכשלא נתן דמיו נתבטלה המתנה היינו משום דא"י אונס שהרי יכול ליתן דמיו. וממילא א"ש דבשו"ע חו"מ פסק דכשנאנס פטור מלשלם, ואפ"ה פסק בשו"ע או"ח דכשנאנס לא ילא יד"ת, ומשום דכשנאנס שפיר חשיב כאילו החזירו והמתנה קיימת כשנותן דמיו, דכשלא נתן דמיו ליכא למימר דאונס כמאן דעבד. אבל כשנותן דמיו והנותן לא רצה לקבלו י"ל דלא נתבטלה המתנה למפרע.

וביבואר הדברים א"ס כשנאנס חשיב כמאן דעבד רק כשמשלם דמיו דכשלא משלם דמיו א"י כאונס, דהנותן יאמר שמתרצה בחזרת דמים, וכמ"ש הגרעק"א. לכאורה יש לדון, דיתכן דליתא כלל חיוב דמים בהחזרת האחרוג שקיבל במתנה ע"מ להחזיר, דהרי תנאי החזרה היה להחזיר את גוף האחרוג, וממילא כשנאנס האחרוג חשיב כאילו החזירו, וממילא אין כאן נידון על דמי האחרוג. הגרעק"א נקט דליכא חזרה בדמי האחרוג, וכמ"ש בשו"ע חו"מ (סי' רמ"א ס"ז) שצ"י לספר בני אהובה (פ"י מאישות ה"ב) דבאחרוג שאינו יכול ליתן מעות דקפיד על האחרוג כיון דלר"ך לו, וגסתפק אם יכול ליתן אחרוג אחר כזה. וע"ש בספר הנ"ל שכתב דסתומת הפוסקים דלא מהני.

דפטור מאונסין, ובהכרח דהציאור בדבריו דעדיפותא דמתנה ע"מ להחזיר הוא משום דכשהאחרוג היה צעין היה צריך להחזירו, אבל כשאינו צעין א"י להחזירו והו"ל לכס, דהחיוב להחזירו היינו רק כשהוא צעין, וכשיאנס אינו חייב באונסין ולא נתבטלה המתנה. וחז"ן דאין הציאור בדעת רבינו ישעיה רק פוטרו מהתשלומין אבל המתנה גופא מתבטלת למפרע, דא"כ אמאי מתנה ע"מ להחזיר עדיפא משאלה. עכ"ד המשל"מ. ומבואר כמ"ש הגרעק"א דכשנאנס האחרוג לא נתבטלה המתנה. וכמ"ש הגרעק"א. וכיו"ב כתב הציאור"ל (סי' תרנ"ח ס"ד ד"ה אפילו).

**אבנ** י"ל דהציאור ברבינו ישעיה, דכשלא נתקיימו התנאי נתבטל המתנה מלמפרע, ואינו משלם דמי האחרוג. וכיו"ב כתב זשער משפט (סי' רמ"א סק"ב). והוכיח כן ממ"ש השו"ע שם דמקבל מתנה ע"מ להחזיר אינו חייב באונסין, וכדעת הרשב"ם בסוגיין ד"ה הרי, ורבינו ישעיה, ואפ"ה פסק בשו"ע או"ח (סי' תרנ"ח ס"ד) דאם נאנס לא ילא יד"ח נטילת לולב, וחז"ן דהגם דפטור מאונסין אפ"ה נתבטלה המתנה למפרע, מכיון שלא נתקיים התנאי.

**אבן** י"ל דאין הכרח מפסקי השו"ע דנתבטלה המתנה, דהרי מדוקדק בדבריו השו"ע באו"ח דאין המתנה מתבטלת רק

## סימן מח

## בדין אסמכתא לא קניא

שלא נתכוון אלא להסמיך חזירו על דבריו".  
 הרי להדיא דבתנאי דלא גזיס דקדק דנקרא  
 אסמכתא מחמת המתנה, שהוא הסומך  
 עצמו. אבל בתנאי דגזיס כתב שרצה להסמיך  
 חזירו על דבריו. — ולפי"ז מבואר דכיון  
 דעיקר שם אסמכתא שמו"ד המתנה הוא  
 משום דאמרינן דסומך שזידו לעשותה, א"כ  
 כשהסמיכות הוא יותר קרוב למציאות וזידו  
 לעשותה, ראוי להקרא בשם אסמכתא טפי  
 מגוונא אחריני. וממילא ודאי דבגוונא דאס  
 אוזיר ולא אעביד דזידו הוא לגמרי דהו"ל  
 טפי אסמכתא דהא סומך על מה שזידו  
 לעשות. ולענין זה אין חילוק בין גזיס ואמר  
 אלפא זוי או לא, רק דבגזיס הוי נמי  
 אסמכתא מ"ד חזירו. רק היכא דזידו היה  
 לגמרי הו"ל כאילו פשע, דכיון דזידו קנסוהו  
 רבנן, וכשאינו זידו לא קנסוהו. ומעתה  
 מבואר הטעם דלא מתבטל התנאי גבי אשלים  
 זמיטבא, דאינו משום דאי"ז אסמכתא אלא  
 משום דלא קנסוהו, אבל שפיר הוי אסמכתא.  
 וזהו דנקט רש"י דגם זכה"ג הוי אסמכתא.

ובעיקר הביאור בסוגיא ז"מ ק"ד א', אס  
 אוזיר ולא אעביד אשלים זמיטבא,  
 יעוי"ש זגמ' לקמן ע"ז דאמרינן ההוא  
 גברא דקבל ארעא מחזריה, אמר אי מוצרנא  
 לה יהיצנא לך אלפא זוי, אוזיר תלתא,

א) ב"ב קס"ח א', מי שפרע מקצת חובו  
 והשליש את שטרו כו'. וזגמ' זמאי  
 קמיפלגי ר' יוסי סבר אסמכתא קניא כו'.  
 ויעוי' זרש"י זכנהדרין כ"ד ז' ד"ה כל כו',  
 שכתב "והיכי דמי אסמכתא כגון דאס אוזיר  
 ולא אעביד אשלים זמיטבא". וזתוד"ה כל  
 כו', הקשו דהא אס אוזיר ולא אעביד אשלים  
 זמיטבא לאו אסמכתא היא, כדאמרינן זכ"מ  
 ע"ד א', ודוקא זאומר אס אוזיר ולא אעביד  
 אשלים אלפא זוי הוה אסמכתא, וכדאמרינן  
 זכ"מ ק"ד א'. וע"ש זתוס' שכתבו דט"ס  
 הוא זפרש"י.

אולם יש לזכר סברת רש"י, דתרי גווי  
 אסמכתא הויין, חדא היכא דהתנאי  
 לאו זידו אע"ג דלא גזיס, ועוד היכי דגזיס  
 אע"ג דזידו. והגם דתרוייהו הוי אסמכתא  
 מ"מ חלוקים זטעמם, דכשהמתנה סמוך על  
 תנאו אמרינן דאין ממש זתנאי דאילו היה  
 יודע שלא יוכל לקיים התנאי לא היה מתנה,  
 ולכן הוי אסמכתא, דגם זשעה שהתנה לא  
 היתה דעתו שלימה, ומה שהתנה זהו רק  
 להסמיך חזירו על תנאו, וממילא עיקר  
 החקרן זאסמכתא הוא מ"ד חזירו. וזהו  
 שכתב רש"י: דהיכי דמי אסמכתא כו'  
 "דסמיך על דבר וכסבור זידו לעשותה".  
 וזתנאי דגזיס דקדק זזה"ל: "גוזמא זעלמא

שחצירו ג"כ אינו מפסיד, הוי לא גזיס. וכל שחצירו מפסיד, אף שהוא ג"כ מפסיד, כגון אם אוזיר ולא אעציד, ג"כ מיקרי לא גזיס. ומכירת קרקע או מכירת מטלטלין קודם שהגיע זמן מכירתן נקרא גזיס, וכמש"כ התוס' צ"ב ס"ו ב' ד"ה ואי אמר כו'.

וברינא דגזיס ואמר אם לא אעבוד אשלם במיטבא, אינו מחייב עצמו, דלא הוי אלא מניעת ריוח ואינו חייב צוה. וכמ"ש הקצוה"ח (צסי' ר"ז סק"ו), דאם היה מתחייב עצמו בכך היה מהני לסקל אסמכתא, מכיון שהפסיד על ידו גמר ומקני. ומייתי ממש"כ התוס' כה"ג צ"ב פ"ב א' ד"ה לא כו', ובשבעות מ"ג ב' ד"ה מתניתין כו' גבי אצד קתא דמגלח אצד אלפא זוזי, דמיירי במפרש, ולא הוי אסמכתא כיון שחצירו הפסיד על ידו, ע"ש, ואע"ג דמוזק אינו חייב אלא צכדי שויו, אלא כיון דעכ"פ הפסיד לחצירו, גמר ומקני בכל חיובו, והתם אינו צריך קנין לכך דמחילה אינה צריכה קנין, וא"כ אינו אלא לסקל אסמכתא.

והנה לדברי הקצוה"ח יתבאר ג"כ מש"כ הב"י בשיטת הרי"ף באומר אם אוזיר ולא אעציד אשלם אלפא זוזי דמ"מ משלם מאי דאפסדיה, דהיינו דמשום תנאה חייב. והביאור צוה י"ל דמהני מכיון שמתחייב עצמו מסלק אסמכתא, והיינו דאיכא קנין בכך.

אבן י"ל דמכיון וכך התנו ציניהם הו"ל כדין קנין סיטומתא, ויעוי' בחידושי הרשב"א צ"ב מ"ק ד' א' שכתב: "כיון דצידו ולא גזיס צ"ד מקיימים את דצריהם", ויצוה להלן

וקאמר רבא אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא. ופריך ולרבא מ"ש מהא דתנן אם אוזיר ולא אעציד אשלם במיטבא. ומשני התם לא קא גזיס הכא כיון דקאמר מילתא יתירתא גזומא בעלמא הוא דקגזיס. וצוהא דאינו מחוייב לשלם כשאמר אשלם אלפא זוזי יעוי' בדברי הרי"ף (צ"מ ס"א ב' מדפי הרי"ף) שכתב דמ"מ משלם מאי דאפסדיה, והב"י (צסי' ר"ז סעיף י"ז) ביאר, צוה"ל: ונראה דמשום תנאה חייב, דאע"ג דלא אהני תנאה לאלפא זוזי, משום דגזומא הוא, מ"מ אהני למאי דאפסדיה. - והוסיף הב"י: "והרא"ש (פ"ט ס' ז') כתב דהלכתא כוותיה ולא מטעמה, אלא משום דכיון דנהגו לכתוב אם אוזיר ולא אעציד אשלם במיטבא, אף אם לא נכתב ככתב דמי, הילכך כשתסלק תנאו כמאן דליתיה, העמידהו על דינו וישלם מאי דאפסיד. ונפקא מינה להיכא דלא רגילי למכתב אשלם במיטבא וכתב אשלם אלפא זוזי, דלמאי דמשמע מהרי"ף משלם מיהא במיטבא, ולהרא"ש אינו משלם כלל". עכ"ד הב"י.

ובריין דצדצר שלא גזיס וצידו לעשות דלא הוי אסמכתא, ולכן כשאמר אם אוזיר ולא אעציד אשלם במיטבא לא הוי אסמכתא וקניא, יעוי' בנתה"מ (צסי' ר"ז סק"י) דה"ה אם מכר מטלטלין בשויו ותלה התנאי צדצר שהוא צידו, ג"כ לא הוי אסמכתא, כדמוכח בתוס' צ"מ ס"ו ב' ד"ה ואי אמר כו' צוהא דאמרינן התם דכשהתנה ואמר קני לגוציינא דלא קני, והקשו אמאי לא קני והרי לא גזיס. ומבואר דכל שהוא אינו מפסיד אף

אות ג', והיינו מכיון דכן המנהג שפיר מתחייב צדיבור בעלמא, דהמנהג כן הוא. והוקשה להרשב"א דאע"פ דהמנהג הכי הו' מ"מ הו"ל אסמכתא, ומירץ דהו' תנאי צ"ד ותקנה צמסוייס לכך, ומה"ט הוצרכנו להנך תרי טעמים דעל עיקר חיובו קאמר דהו"ל מנהג וממילא איכא סמיכות דעת, והא דלא הו' אסמכתא היינו משום דהו"ל תנאי צ"ד.

וביו"ב מצואר צחידושי הרשב"א צ"מ ע"ג צ', דהא דקאמר רב חמא האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא ופשע ולא זבין ליה משלם קדקא אזיל אפרוותא דזולשפט כו', רב אשי אמר אפילו יין סתם נמי לא מ"ט אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא, ולרב אשי מ"ש מהא דתנן אס אוזיר ולא אעביד אשלם צמיטצא, התם צידו הכא לאו צידו. ויעוי"ש צחידושי הרשב"א שהקשה, וז"ל: "משלם ליה כאזיל אפרוותא דבלשפט, ואע"ג דאמרין צירושלמי דהמבטל כיסו של חצירו פטור מלשלם, הכא צשהתנה צפירוש שאם לא יקנה לו שישלם כדאזיל צשוקא דבלשפט, ואפ"ה אסיקנא דאינו משלם דאסמכתא היא דכל דאי לא קני". עכ"ל. - והוסיף הרשב"א צוה"ל: "והא דאקשינן מאי שנא מהא דתנן אס אוזיר ולא אעביד אשלם צמיטצא, לאו למימרא דמדינא משלם התם, דהתם נמי אסמכתא היא אלא מנהג הדיוטות וכדאמרין עלה צפרק המקבל, אלא הכי קאמר מאי שנא דלא תקנו צהא כדתקינן צההיא, ואהדר ליה דהתם תיקנו משום צידו וצהא לא תקנו משום דלאו צידו. וכי הא נמי הוא דמקשינן התם

צפרק המקבל גבי ההוא דאמר אי אוזירנא לה משלמנא אלפא זוזי ואמרין אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא, ומאי שנא מהא דתנן אס אוזיר ולא אעביד אשלם צמיטצא, כלומר מפני מה לא תקנו צהא כדתקינן צההיא, ואהדר ליה משום דגזים וצדגזים לא תקינו, כן פי' רבנו האי גאון ז"ל. עכ"ל הרשב"א. ומצואר דהטעם דמהני צמתחייב ואומר אס אוזיר ולא אעביד הוא משום דהו' תקנת חכמים. ודלא כהתוס' צ"מ ק"ד א', ויתפרש להלן צאות ג'.

וחוינן צדצריו שם, דמהני חיובו משום תקנת חכמים, וצוה מיושב מה דהו' אסמכתא. אמנס אכתי לא נתבאר אמאי מתחייבים כלל, וצמה נתייב צדיבור בעלמא. ויעוי' צחידושי הריטב"א צ"מ ע"ג צ' שכתב דחיובו הוא משום דהתנו צפירוש, וצ"צ הרי הו"ל אמירה בעלמא. - וצהכרח צ"ל דעיקר חיובו הו' מפאת דהו"ל סיטומתא, דהלל כן הוא המנהג. וכמו שדקדק הרשב"א צלשגו: "כיון צידו ולא גזים צ"ד מקיימים את צצריהם". והיינו מפאת המנהג מתחייבים צדיבור, וכדאמרין כיו"צ הן הן הדברים הנקנים צאמירה. אלא דהטעם דלא הו' אסמכתא הוא מפני דהו' תנאי צ"ד.

והנה נחלקו הרמב"ם והרא"ש צדינא דהחוזר צשידוך האם חייב לשלם הקנס, דהלל הו"ל אסמכתא, דעת הרמב"ם (צפרק י"א ממכירה הי"ח) דצאמת הו' אסמכתא ואינו חייב לשלם, אולם הרא"ש (פ"ג דנדריס סי' י') וצתשו' (כלל ל"ד סעי'

קנין, דיכול לחייב עצמו בשטר אע"פ שאינו חייב, ואפילו לא נכתב נמי אם הוא במקום שנהגו לכתוב. ע"ש בקצוה"ח. ומבואר דנחלקו הש"ך והקצוה"ח, צהא דמהני חיובו צאם אוציר ולא אעציד, אם הוא דוקא ע"י קנין או אפילו בלא קנין. דלדעת הקצוה"ח צאמת הו"ל חיובו ע"י קנין. ולד' הש"ך חיובו הוא בלא קנין, ומשום דהו"ל כמויז וחייב מטעם צושת.

**אבן** צעיקר דצרי הש"ך, דמשמע דחיובו מטעם מויק והו גרמי, כצד הקשה הקצוה"ח דהא לא עשה מעשה, ואמאי יתחייב על מה שצייש את חצירו. ולכאורה י"ל דמכיון ופיר התחייב צדיצור, וכמשנ"ת דצרי הרשצ"א ע"ג צ' וק"ד א', ויסוד חיובו הו מפאת דהן הן הדצרים הנקנים צאמירה, דכן הוא המנהג, והו"ל סיטומתא. ולכן מתחייב צהיזק שנעשה צגדרי חיובו של המתחייב אם אוציר ולא אעציד אשלים צמיטצא. וזהו דדמיא למלמד ושידוכין. ולפ"ז י"ל דגם הציאור צדצרי הרי"ף דכשמתחייב אלפא זוי מ"מ חייב על מה דאפסדיה ולפמש"כ הצ"י היינו משום תנאה, די"ל דא"צ לאוקמי דהיה זה צקנין, אלא אפילו בלא קנין מתחייב ע"פ דיצור, וכמשנ"ת.

**ב** ויעוי"ש (צסי' ר"ז סעיף י"ז) צצ"י שהציא מתלמידי הרשצ"א, צוה"ל: "וכתבו תלמידי הרשצ"א וההיא דהמקבל גצי אם אוציר ולא אעציד דמשמע דליכא אסמכתא אלא צמילתא יתירתא, כתב

צ', וכ"ד התוס' צצ"מ ס"ט א' ד"ה מניומי כו', ס"ל דלא הו אסמכתא ואע"ג דגזים, משום דלית כאן מילתא יתירתא, כי כדאי הוא שיתחייב החוזר צו צקנס לדמי הצושת צצייש את חצירו, והוא כמו אם אוציר ולא אעציד אשלים צמיטצא. והטור (צסי' ר"ז סעיף כ"א) הציא פלוגתתם, והשו"ע (שם סעיף ט"ז) הציא דצרי התוס' והרא"ש צשם יש אומרים, והרמ"א הוסיף על דצריהם: "ומיהו קנין צריך". ויעוי"ש צש"ך (ס"ק כ"ד) שהציג ע"ד הרמ"א, וז"ל: "ולפע"ד דצשדוכין כו"ע מודו דלא צעי קנין, וכן משמע להדיא ממ"ש התוס' והפוסקים שהו א כדאי שיתחייב החוזר צו קנס לדמי הצושת כו' והו כמו אם אוציר אשלים צמיטצא, ודו"ק. וכן הוא צהגהות מרדכי דמצינא צשם סמ"ע גצי מלמד, דאע"פ שלא הקנה חייב צקנס, ואפילו מאן דס"ל צמשחק צקוציא דצעי קנין, מודה הכא, וק"ל. כו". עכ"ד הש"ך. וצקצוה"ח (סק"ז) הקשה, דודאי דין צושת גמור ליכא צשידוכין, דצושת אינו חייב עד שיעשה מעשה צגופו. וכן גצי אם אוציר ולא אעציד אשלים צמיטצא, נמי אין צו משום חיוב, דלא הו אלא מניעת ריוח ואינו חייב צזה, אצל אם מתחייב עצמו צכך, מהני לסלק האסמכתא כיון שהפסיד על ידו ולכן גמר ומקני. ויעוי' עוד שם צקצוה"ח שהציא מדצרי הגה"מ (פי"א ממכירה אות ג', ופ"ח משכירות אות ג') דצמלמד ושידוכין כו"ע מודו דלא צעי קנין, דדמי לאם אוציר ולא אעציד אשלים צמיטצא, והקשה הקצוה"ח דשאני התם דכותב לו כן צשטר הרי הוא כמו

הרמב"ן (ב"מ ס"ו ב' ד"ה ולמניומי) דהתם שאני דאלו לענין מכירה הוא אלא לענין שלומי זוזי, דכל דלא אמר מילתא יתירתא משלם, דדינא הוא דפושע הוא ומשלם היזק שלו. ויש מפרשים דהתם מדינא איכא אסמכתא, אלא תקנה הוא שתקנו לשלם, וזה דעת רבינו האי ז"ל, וכתב בעל נמוק"י בפרק זה צורר שדעת הרמב"ן כרבינו האי ז"ל. עכ"ד הב"י.

ג) וביסוד הסברה דכשאומר אם אוזיר ולא אעביד אשלם דמחייב, ואי"ז אסמכתא, ביאר הב"י שם לעיל מינה, בזה"ל: "ואם היה צידו לגמרי לא היו אסמכתא, כדאמרינן גבי אם אוזיר ולא אעביד אשלם דמחייב, והני מילי כי לא גזים, אבל כי גזים כגון דאמר אם אוזיר ולא אעביד אשלם אלפא אמרינן בהמקבל דכיון דגזים לשלם יותר ממה שהפסידו דהויא אסמכתא ולא קניי. וכתבו תלמידי הרשב"א בפרק איזהו נשך דלאו מדינא, דמדינא אסמכתא היא כדאסיקנא בפרק הרבית (ב"מ ס"ו ב') כל דאי לא קני, אלא משום תנאי בית דין הוא שחייב לשלם, כמו שמפורש שם (ק"א א') דמשום דההדיוטות נהגו כך תקנו כך, שעשאהו כתנאי בית דין. וכי מקשי בפרק הרבית ולרב אשי מאי שנא מהא דתנן אם אוזיר ולא אעביד וכו', הכי מקשי מאי שנא שלא תקנו צזו כמו שתקנו בההיא דהתם, ופריק משום שלא תקנו אלא בדבר שצידו אבל הכא דלאו צידו לא תקנו. ובהמקבל (ק"ד ב') גבי אם אוזיר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי דפטור, דאקשינן עלה מאי שנא

מהא דתנן אם אוזיר וכו' הכי נמי קא מקשה אמאי לא תקון דלישלם כי התם, ופריק דלא תקון אלא היכא דלא אמר מילתא יתירתא, אבל לשלם לו יותר ממה שגרם לו הפסד לא, ואוקמוה אדייניה דאסמכתא הוא ופטור. עכ"ל.

והב"י ביאר דצריהם, וז"ל: "והיותר נראה בפירוש דצריהם הוא, דכל מילתא דהוי דומיא דאם אוזיר ולא אעביד אשלם דמחייב, דהיינו דאתני עליה והוא צידו ולא גזים חייב לשלם. אלא שלדעת התוספות הוא מטעם דלא הוי אסמכתא, ולדצריהם אסמכתא הוי אלא שחייב לשלם מפני התקנה". - והיינו דהתוס' ב"מ ק"ד א' ד"ה היה דורש כו', כתבו דהא דמחייב לשלם כשאמר אם אוזיר ולא אעביד אשלם דמחייב, וצנח אמרינן דהוא משום דר"מ היה דורש לשון הדיוט, ופירשו התוס' דקמיירי בגוונא שלא נכתב בשטר, "דאי דוקא כשכתב מה היה דורש פשיטא שיש לו לקיים כמו שהתנה הא לאו אסמכתא היא". עכ"ל. - אבל תלמידי הרשב"א נקטו דשפיר הוי אסמכתא אלא שחייב לשלם מפני התקנה. ויעוי"ש ב"י שכתב על דצריהם, בזה"ל: "ומה שתלו הדבר דדרשת לשון ההדיוטות או בשלא יקבל שדה מחזירו ויניחה צורה, היינו לומר דכיון דצידו הוא ולא גזים וסברא היא לחייבו, לכך העבירו עליו את הדין, ודרשו לשון ההדיוטות, וכן משמע מתוך דברי רבינו ירוחם (נתיב י"ב ח"ב) שהוא מפרש דצריהם כן". עכ"ד.

ולא אעביד לא הויה אסמכתא. ומיהו כבר כתבתי בסו"פ איזהו נשך (ע"ג ז' ד"ה התם) שדעת רבינו האי לומר אפילו היכא דצידו לגמרי צעלמא הוי אסמכתא, אלא דבאם אוזיר תקנת חכמים הוא כו"ל. עכ"ל.

והב"י (בסי' ר"ז סי"ז) דקדק מדברי הר"ן, דמלשונו משמע דכל מידי דצידו ולא גזים לא קנה, דאסמכתא הוא בר מאוזיר ולא אעביד.

ובתב"ע"ז הב"י להקשות בזה"ל: "ומימה הוא, דא"כ מאי דמקשי בסו"פ איזהו נשך (ע"ג ז') ולרב אשי מאי שנא מאם אוזיר ולא אעביד, אכתי קשה לענין שאר דברים שהם דומים ממש לאם אוזיר ולא אעביד ולא תקנו בהם כדרך שתקנו זה. ועוד שהר"ן עצמו כתב בסו"פ איזהו נשך וז"ל הילכך הא מתניתין דאם אוזיר אסמכתא נמי היא ולא מדויגא מהני אלא מתקנתא, וכן כתב רבינו האי. תדע דאפילו לא כתב נמי כמי שכתב דמי, כדמוכח בריש המקב"ל. והיינו טעמא משום דכיון דהאי גברא סמך עליה קנסי ליה רבנן לחיוביה כנגד הפסדו של זה, וכיון שכן כי אקשינן מהא דתנן אם אוזיר וכו' הכי מקשינן כי היכי דהתם תקנו רבנן דלישלם כנגד הפסדו של חצירו כיון שהיה סומך עליה ה"נ הו"ל לתקוני דלישלם, ומשני התם כיון דצידו ולא עבד קנסוהו רבנן, אבל הכא כיון דלאו צידו ולא חזו רבנן למקנסיה דאילו מדינא צין הכא וצין התם פטור וכדאסיקנא לעיל. עכ"ל. - וכתב הב"י: ואין דצדו אלו הוכחה לומר שמחלק צין אם

והנה הרשב"א בחידושו צ"מ ק"ד א', כתב דהטעם דמהני התחייבותו לענין אם אוזיר ולא אעביד אשלים צמיטבא, היינו משום תנאי צ"ד. וז"ל: "ר"מ היה דורש לשון הדיט כו', פירוש חוקר אחר לשון ההדיטות כלומר התנאים שהם רגילים להתנות ציניהן ולפסוק הדין עליהן כאלו הן תנאי צ"ד לפי שהן מורגלין להתנות כולן כן, ודורש כמו חוקר ומובע כמו ודרשת היטב, ור"מ היה חוקר תנאי ההדיטות והיה אומר כל שהם מורגלים צו להתנות צכך אע"פ שאינו כן מעיקר הדין צתנאי זה שהם מורגלים צו להתנות אם אוזיר ולא אעביד אשלים צמיטבא שיש צו אסמכתא, דכל דאי לא קני, אפ"ה כיון דצידו ולא גזים והורגלו להתנות כן, צ"ד מקיימין דצריהם ודנין עליהם. ולא עוד אלא אפילו לא כתבו כמי שכתבו דמי, וכמו ששנינו צתנאין של צ"ד (כתובות נ"ב ז') לא כתב לה צנן נוקצן, וכו', חייב מפני שהוא תנאי צ"ד, ה"נ אע"ג שלא כתבו כמי שכתבו דמי ועושין בהן מעשה כאלו כתבו, וכן בכל השנויין כאן שדורשין לשון הדיט שכל אלו לא היו כותבין כן לעולם ממש ואפ"ה היו דנין בהם כאלו כתבו כו"ל. עכ"ל הרשב"א. וכיו"צ כתב בתשו' (ח"א סי' תתקל"ג) הוצא צב"י שם: "דכל דאי שאמרו צדרך קנס הוי אסמכתא כו' אם אוזיר ולא אעביד אשלים אלפא זחי, ואפילו אם אוזיר ולא אעביד אשלים צמיטבא הויה אסמכתא אלא משום דרישת לשון הדיטות כו"ל. עכ"ל הרשב"א בתשו' שם.

ד) והר"ן צ"מ ק"ד א' ד"ה ולא כו', כתב: "צידו גמרי היינו אוזיר



זודאי רק שתלה התנאי באחר הו"ל החסרון  
בעיקר דעתו, ולא גמר ומקני גם כשהוא  
צידו.

ויצוי' צ"י שהציא מתשו' הרשב"א ח"א סי'  
תתקל"ג שנקט באופ"א ציסוד החילוק  
באסמכתא, וז"ל: "נתחצטו חכמי הדורות  
ראשונים ואחרונים בענין האסמכתא, מהו  
הדבר הנקרא אסמכתא וצמה הוא תלוי בו'  
ואני יגעתי וטרחתי ומנאחתי קושיות והויות  
על כל אחד מחדדין אלו עד שמנאחתי בחמלת  
ה' עלי ענין שכל הלכות אסמכתות תלויות בו  
אין יוצא ממנו אפילו דבר לפי דעתי ואכללהו  
לך במלות קצרות, והוא דכל דאי שאומרו  
בדרך קנס הוי אסמכתא אס לא נתתי מכאן  
עד יום פלוני החזר לו שטרו כו"ל. עכ"ל.  
וכיו"צ הביא הצ"י מספר החינוך (מנחה  
שמ"ג) ע"ש.

ושיבת הר"י מייגאש והרמב"ם פי"א  
ממכירה דכלל גווי שמתנה הוי  
אסמכתא, ואין חילוק בין תולה בדעת עצמו  
או בדעת שכנגדו, ובין אס צידו או לא.  
והחילוק הוא לשיטת הצ"י בין אס הקנין  
נעשה תיכף או לא. ולשיטת הסמ"ע בין אס  
הקנין נעשה תיכף או לא. ולשיטת הצ"י אין  
חילוק בין גזים או לא, רק היכי דצידו או לא  
גזים מתקנת חכמים חייצוהו לשלם כהאי דאס  
אוציר ולא איעציד. והב"ח והפרישה נקטו  
דגם להרמב"ם דוקא בדרך קנס וגיוסם הוי  
אסמכתא.

ושיבת הרמב"ן והר"ן בסוגיין צ"צ קס"ח  
א', כשתולה בדעת חצירו אס יעשה

צמנה לאו למימרא דאס לא כן לא הויא  
אסמכתא אלא משום דאין דרך להלוות על  
שדה שאינו שוה יותר מדמי הלואה ולקנוס  
שאס לא יפרענו ליום פלוני יהא שלו אלא  
כשהוא שוה יותר מדמי הלואה, ולפיכך כתב  
דהכא אין אנו צריכין לומר שהיא אסמכתא  
משום דאמר ליה בלשון דאי, כיון שיש טענה  
גדולה מזו דאמר ליה קני שדה זו שוה  
מאתיים צמנה. ומה שאמר גבי מאי דאמר  
ליה גבי מהאי חמרא ולצסוף אייקר, היינו  
משום דאי לא אייקר מאי אכפת ליה לפרעו  
ביין, ולפיכך כתב שקפידא היה בדבר,  
לצסוף אייקר, אבל ה"נ דאפילו לא אייקר  
אס היה רוצה לחזור בו מלפרעו ביין אלא  
צמעות או צסחורה אחרת הרשות היה צידו,  
דהא דאסמכתא הוא. כן נראה לי.

(ב) ברמב"ם (פי"א ממכירה ה"ו) כתב  
דתנאים שמתנים צני אדם  
ציניהם אע"פ הם צעדים וצטור אס יהיה כן  
או אס תעשה כן אתן לך מנה או קנה לך  
צית זה ואס לא יהיה או לא תעשה לא אקנה  
ולא אתן לך אע"פ שעשה או שהיה הדבר לא  
קנה שכל האומר אס יהיה אס לא יהיה לא  
גמר והקנה שהרי דעתו עדיין סומכת שמא  
יהיה או שמא לא יהיה. והטור (בסי' ר"ז  
סעיף ט"ז) הקשה דבגמ' צ"מ ע"ג צ'  
מפלגינן בין צידו ללאו צידו, והרמב"ם סתם  
ולא חילק, ומשמע דכלל גווי הוי אסמכתא.  
ולכאורה י"ל דעת הרמב"ם דהא דמחלקינן  
בין צידו ללאו צידו היינו דוקא בגוונא דקניס  
נפשיה, דלא גמר ומקני, דדוקא צידו גמר  
ומקני. דהא תלה ציד אחרים. אבל כשהקנה

כך וכך, לא היו אסמכתא, דגמר ומקני דמימר אמר מסתמא ההוא קים ליה זנפשיה טפי מינאי, ויעשה כן. וגם בגוונא שאינו תולה התנאי צדעת שכנגדו רק צדעת אחרים כגון שדי מכורה לך אם לא בא פלוני עד י"ב חודש לא היו אסמכתא, ודמיא לתנאי בני גד ובני ראובן. אבל כשהתנה על עצמו אם אעשה כך וכך כזה הוא אסמכתא. והטעם דבערב צעינן לטעמא דצהיאי הנאה אע"פ דתלה צדעת אחרים, י"ל דשאני התם דעציד איניש דפרע חוביה, ואנן סהדי דסומך על כך, והוי כתולה צדעת עצמו. א"נ דסבר אנא כפינא ליה דפרע ליה.

ג) ברמ"א (סי' ר"ז סעיף י"ג) כתב לענין השוחקים באמנה אם מוטיאין ממנו, וז"ל: צמא דברים אמורים כששוחקין צמעות מוכנים אבל אם שוחקים באמנה אין מוטיאין ממנו מה שהפסיד. וצטעמא דאין מוטיאין ממנו מה שהפסיד כששוחקין באמנה, ביאר הב"י (במחודש ל"ז) דכיון דאמר בלשון אם היו אסמכתא אין מוטיאין ממנו אלא אם כן קנו ממנו צב"ד חשוב, ואילו היה אסמכתא גמורה אפילו היו המעות מוכנים לא קנה מידי. - אולם הדרישה (שם בסעיף י"ז) כתב דיותר נראה לומר דנהי דלא היו אסמכתא מ"מ אינו יכול להפקיע מעותיו של חבירו אלא אם כן הם על הדף, דצכה"ג המקום קונה המעות ומפקיע אותן מיד בעליהן. וכיו"צ ביאר בסמ"ע (ס"ק ל"ג).

והנה ציטוד הפלוגתא דמייתי הרמ"א, ביאר צנתה"מ (שם ס"ק י"ב) דלכו"ע צעינן

קנין, רק דפליגי אם צכה"ג הו"ל אסמכתא אע"ג דקנו צקינן המועיל משום דאין הצ"ד יכולים להוטיאין מחמת האסמכתא, ומה"ט לא הקפידו שיהיה צדף של שניהם, אלא הטעם דהוי אסמכתא מפני שאין כאן חוב גמור שיוכלו צ"ד להוטיאו צדיינים. ודעת הי"א דמייתי הרמ"א דאין מותר רק כשהדף שהמעות מונחים עליו קנו לשניהם, היינו ג"כ בגוונא דקנו מידו, אלא דס"ל דכל זמן שלא נכנס לרשות המרויח הוי כמונח צרשות שכנגדו ואין מוטיאין, אבל כשהדף הוא של שניהן נכנס תיכף לרשות המרויח.

אולם הגר"א (ס"ק ל"ד) ביאר דפליגי אם צעינן קנין או לא, יעוי"ש שכתב דטעמא דדעה קמייתא דמייתי הרמ"א דכששוחקים באמנה אין מוטיאים ממנו מה שהפסיד, היינו בגוונא דהיה השחוק צדברים בלא קנין, וכמש"כ הרא"ש (פ"ה דצ"מ סי' ע'). אבל בגוונא דהיה השחוק צקינן קנאו. וע"ש צביאור הגר"א דתיקן הגירסא צדברי הרא"ש וצתוס' צסנהדרין כ"ה א' ד"ה כל כו'.

והיינו דהנתה"מ הוכיח כדצביו, ממש"כ התוס' צסנהדרין שם, שכתבו: "דצעינן שיהיה הדף קנו לשניהם, אבל אם שוחקין באמנה אפילו הקנו לא מהני אם לא שקנו מיניה צב"ד חשוב כדאיתא צנדריס כ"ז צ' כו' עכ"ל. ותמה הנתה"מ, דמאי ראייה הוא מנדריס, דשם מיירי היכא דהוי אסמכתא ומשחק צקוציא לאו אסמכתא הוא. ולכן הוכיח הנתה"מ, דצהכרח ל"ל צכונת

דברי תוס' שהוא להוכיח דאף דאין מוציאין ממון באסמכתא, מ"מ צ"ד חסוב מהני אפילו להוציא ממון, דאלימי לאפקועי ממונא, והוכיחו שפיר מנדריס, דהא שם צמשליש או בגוונא אחרונא אפילו היכא דהוי אסמכתא מיירי, מ"מ צ"ד חסוב מהני אפילו להוציא. ולפ"ו מוכח דמש"כ תוס' דצעינן דף קנוי לשניהם, לאו משום קנין לחוד הוא, אלא אפילו הוי קנין גמור דמהני, מ"מ צעינן שיהיה הדף קנוי לשניהם כדי שיכנס תיכף לרשותו של מי שירויח שא"צ להפקעת ממון. וזה שכתבו תוס' דכשהקנו צ"ד חסוב, דמהני להוציא ממון. עכ"ד הגתה"מ.

אולם הגר"א הגיה מה"ט בתוס', וכמו שכתב אחר שהציא דברי הרא"ש כו"ב, וז"ל: "ומ"ש שם אע"ג דהאי אסמכתא קניא כו' דאסמכתא אפילו בקנין כו', ט"ס הוא וחסר שם, וז"ל כמ"ש תוס' בעירובין פ"ב א' סוף ד"ה אמר, ואותם המשחקים באמנה אור"י כו' דלמ"ד כו' ולמ"ד כו'. וכן הוא חסר בתוס' דסנהדרין כ"ה א' סוף ד"ה כל, דודאי אין כאן מקום לצ"ד חסוב, וצדרישה [סעיף י"ז] דחק עצמו בזה". עכ"ד הגר"א.

וע"ש צביאורו (ס"ק ל"ו) צדעת החולקים דמייתי הרמ"א דאינו מותר רק כשהדף שהמעות מונחים עליו קנוי לשניהם, דהיינו מכיון דצעינן קנין, וז"ל: "דאע"ג דלא הוי אסמכתא, מ"מ צריך קנין באחד מדרכי הקנאה, דלא עדיף משאר משא ומתן, וכמ"ש בתוס' דעירובין פ"ב א' סוף ד"ה

א"ר יהודה, ואותם המשחקים באמנה כו', ולמ"ד לאו אסמכתא היא היאך יקנה דצדריס בלא קנין צציל שנוצח את חצירו, וכמ"ש [צ"מ מ"ט א'] דצריס אין צהן אף מי שפרע, וכמ"ש הרמב"ם [פ"א ממכירה ה"צ] ושו"ע בצעיף צ' דה"מ כשקנה צדריך מהדרכים כו', ר"ל אע"ג דאין צו אסמכתא כגון צעל מנת כמ"ש כו' מ"מ דרכי הקנאה צריך, אבל כשהמקום והדף קנוי לאותו שירויח קונה לו מדין חצר ורשות כמ"ש צפ"ה דצ"צ [פ"ה צ' פ"ו א'], ועיין בתוס' דסנהדרין שם. והטור [צסעיף י"ז] כתב כצברא ראשונה ולא הצריך שיהא קנוי, וכמו צשותפין, וע"ל סימן קע"ו סעיף ג' צהג"ה, וכמ"ש צפ"ז דצ"צ [ק"ו צ'] צהוא נראה דקא צייתי כו". עכ"ד הגר"א. ומצואר דהציאור לצברי הגר"א צדעה קמייתא, דהוא משום דאיכא צההיא הנאה דצייתי אהדדי גמרי ומקני אהדדי.

ואולי לטעמייהו, דהגתה"מ (שם צס"ק י"ד) כתב דגם לדעת המרדכי דמייתי הרמ"א צסי קע"ו ס"ג דשותפים משתעצדים אהדדי בלא קנין, אלא צדיבור צעלמא, משום דאגב צדעי לקנות גמר ומקני, מ"מ מודה הרמ"א דצמקום דשייך קנין צריך קנין, ודוקא צשותפים שאין להם קנין הם משתעצדים בלא קנין. ולכן הוכרח הגתה"מ לומר דהכא קמיירי צגוונא דהיה קנין. ופלוגתא דמייתי הרמ"א הכא מיירי צדיני אסמכתא, דלדעה קמייתא אין מוציאים מיד המתחייב באסמכתא זו, אבל אם המעות על הדף אע"פ שהוא אינו של שניהם מהני

## מנחת

בבא בתרא

## חיים

שם

הקנין. ולדעה צתרייתא צעינן דוקא קנין חזר  
שהמעות צרשות הזוכה. אולם הגר"א  
צביאורו הנ"ל (צס"ק ל"ז) שכתב דפלוגמא  
דמייתי הרמ"א היא לדעה קמיייתא א"צ  
קנין, וכדברי הרמ"א צסי' קע"ו ס"ג דאגב  
דצעי לקנות גמר ומקני, והוא דעת המרדכי,  
ודעה צתרייתא צעינן קנין. היינו כמו שכתב  
הש"ך (צסי' קנ"ו סק"ו) לדעת המרדכי  
שהובא צרמ"א שם, בכל גווי מהני בלא קנין  
להתחייב, ואפילו צדבר דשייך ציה קנין,  
אמרינן סברא דגמרי ומקני. אמנם הנתה"מ  
(צס"ק י"ד) הביא דברי הש"ך הנ"ל, והקשה  
לדבריו, אמאי יטורח כאן קנו מידן. ומה"ט  
כתב הנתה"מ (שם) דלא אמרינן אגב דצעי  
לקנות גמר ומקני רק צדבר שלא צא לעולם  
דלא משכחת צה קנין, אבל צדבר דשייך ציה  
קנין צריך קנין. ע"ש. ודו"ק.

ד) בשו"ע (סי' ר"ז סעיף ה') כתב מי  
שהקנה לחצירו והתנה עליו על  
מנת שתתן מקח זה או תמכרנו לפלוני אם  
נתנו או מכרו לאותו פלוני קנה ואם לא קיים  
התנאי כו' לא קנה. וכן המוכר או הלוקח  
שהתנה שיחזיר לו המקח כו' הרי המכר קיים  
כו' הרי המקח חל וצריך לקיים תנאו. ויל"ע  
צד' הש"ע דהוא מהרמב"ם (פי"א ממכירה  
ה"י), דלכאורה צדברי הרמב"ם (צפ"ו  
ממלוה ה"ה) מתצאר איפכא, דכתב שהמוכר  
צגוונא הנ"ל לא קנה כלל. עוד נתקשו  
מדינא דלהלן (צסעיף ו'), והוא מדברי  
הרמב"ם (צה"ל מכירה פי"א הי"א)  
דכשהמוכר התנה שכשיהיו לו מעות יחזיר לו

הקרקע הרי הפירות של המוכר, ומשמע דלא  
חל המקח כלל.

והסמ"ע (שם ס"ק י"א) חילק, דדינא דלהלן  
(צסעיף ו') מיירי צגוונא שלא  
קצעו זמן, וצידו של המוכר לפדות שדחו  
מיד, ולכן לא חל צמקח כלל. אבל הכא  
קמיירי צגוונא שקצעו שעד זמן מסויים לא  
יוכל לפדות קרקעו, ורק אחר שיעצור הזמן  
ההוא צידו לפדותו, דצכה"ג חל המקח כפי  
מה שהתנו. ועי' צמתנ"א (דיני ריבית סי'  
י"ג). אולם צשו"ע הגר"ו (ציו"ד סי' קע"ד  
סעיף נ"ד) כתב דגם צכה"ג לא חל המקח.  
וכ"ד תשו' מהר"י הלוי (סי' צ').

ובלח"מ (פי"א ממכירה צפ"ו ממלוה)  
חילק בין קרקע צמטלטלין, דדוקא  
צקרקע שיש צה אכילת פירות ויש צזה איסור  
רצית אם יאכלס הלוקח כתב הרמב"ם דלא  
קנה והמוכר אוכל פירות, וצהכי קמיירי להלן  
צסעיף ו', אבל צמטלטלין שאין צהם פירות  
חל המקח ורשאי הלוקח להשתמש צכלי  
שקנה, וצהכי קמיירי כאן צשו"ע. וצ"ב,  
דאם מדיני המכירה חל המקח אף שצידו של  
המוכר לפדותו, וכדמצינו לענין מטלטלין,  
אמאי איכא איסור רצית הרי הקרקע של  
הלוקח וממילא הפירות שלו. ואי קמיירי  
מדיני ריבית, דעל צד שהמוכר יפדה המקח  
ונמנא צטל למפרע דצכה"ג הוי המעות  
ריבית, א"כ הו"ל להניח הפירות ציד שלישי,  
וכמ"ש הרמב"ם (פ"ו ממלוה ה"ו) כע"ז. -  
עוד צ"ב צמש"כ הלח"מ דצמטלטלין אין

אכילת פירות, והרי משתמש בהם, על נד שיתבטל המקח נמצא דהשימוש הו"ל ריבית ציד הלוקח. וז"ע דשימוש צמטלטלין אינו ריבית מכיון דלא קפדי אהדדי, משא"כ בקרקע דלא מחלי על שימוש בקרקע אלא משום אגר נטר.

## סימן נ

## ברין שעבוד הערב

לקמן (קע"ד א'), ורצא פליג עליה כו"ל. עכ"ל.

וישיעבודו של הערב אינו אלא כפי מה שנמחייב הלוה. וכמבואר בשו"ע (סי' קל"א סי"א) צראובן שקנה שדה משמעון וכחז לו שטר ואמר לו שיעשה לו שטר גם על אשתו ולא היתה שם נמערב לוי צצילו שלכשתצוא שחעשה שטר עליה וכשבאה לא רתה ותצע ראובן לערב שיכתוב לו הוא שטר על נכסיו והערב טוען שאינו חייב אלא יחזיר לו מעותיו, הדין עם הערב. והטעם יעו"ש צסמ"ע (ס"ק כ"ג) שהציא דברי הטור, כי לא נדר לו שמעון המוכר אלא שחעשה לו אשתו השטר, או שיתבטל המקח ויחזיר לו מעותיו, גם הערב לא נשתעבד לו טפי.

ובעיקר חיובו של הערב לשלם למלוה אם הוא מפני שנכנס להיות לוה, או רק מעמיד תמורה, יעו"ש בשו"ע (סי' קכ"ט ס"ט) שפסק, לענין גביית המלוה מהערב,

(א) ב"ב קע"ג ז', א"ר הוגא מנין לערב דמשתעבד למלוה. דכתיב אנכי אערבנו מידי תצקשנו. ופריך עלה רב חסדא, דמהתם לא שמעינן ערבות, דקמייירי בקבלנות, וכדכתיב תנה אותו על ידי ואני אשיבנו. אלא יליף מקרא דמשלי (כ'), "לקח בגדו כי ערב זר ובעד נכריה חבלהו". ואומר (שם ו'), "צני אם ערבת לרעך תקעת לזר כפיך נוקשת צאמרי פיך נלכדת צאמרי פיך עשה זאת אפוא בני והנלל כי צאת צקף רעך לך התרפס ורהב רעיק אם ממון יש לו צידך התר לו פיסת יד ואם לאו הרצה עליו רעים". – והנה הטור כתב דהוי מדאורייתא, וצגמ' מיייתי צמסקנא מקראי דמשלי, ע"ש צפרישה, דלא חזר התרנן לגמרי ממאי דקאמר מעיקרא ע"ש מש"כ. ועי' ציד רמה צסוגיין (סי' קכ"ה) שכתב: "וקושייה דרב חסדא דאמר האי קבלנות היא ליתיה, דקא סצר רב חסדא דכל היכא דאמר לשון ערבות ולשון קבלנות קבלן הוי כדשמעינן ליה צהדיא

שאינו יכול ליפרע מהערב עד לאחר שלשים יום מיום שנתחייב הערב לשלם. אלא אם כן היה תנאי ציניהם. וזרמז"ם (פכ"ו ממלוה ה' ב') זיאר, שלא יהיה כח זה פחות מן הלואה עצמו. והנה הז"ח (סעיף י') כתב, דכשיש לערב מעות, יכול המלוה ליפרע מיד. דדוקא כשיש לערב רק קרקעות, זהו אינו גובה מהערב עד לאחר שלשים יום. וכ"מ בהרב המגיד (פכ"ו ממלוה ה"ב) ע"ש. אולם הש"ך (ס"ק כ"ג) פליג, וס"ל דגם כשיש לערב מעות, אין המלוה נפרע ממנו מיד, אלא ימתין עד לאחר שלשים יום. ע"ש. ונימוקו: "דלא יהא כח הערב גרע מלוה, שסתם הלואה שלשים יום, וא"כ הערב שנתחייב עכשיו הו"ל כאילו הלואה עכשיו, שאינו חייב לשלם עד שלשים יום כדין סתם הלואה". וסיים הש"ך: "והיינו דנקטו הרמז"ם ובעל התרומות והטור ל' יום מיום שנתחייב הערב לשלם כו'. דאילו לפירוש הרב המגיד, הוה ליה למימר ל' יום מיום שמצקש זמן, ואפילו כמה אחר שנתחייב לשלם, אלא ודאי כדפרשתי ודו"ק. עכ"ל. והתומים (סק"ט) העיר בזה, דאמנם מדקדוק לישנא דרמז"ם ובעל התרומות והטור, משמע כדברי הש"ך, מ"מ הסברא בזה ז"ע. וז"ל: "דמנ"ל להרמז"ם דין זה, בלי ראייה מגמ', דיהיה נחשב גבי ערב כהלואה חדשה, ויהיה בכלל סתם הלואה ל' יום. הלא מאז ומקדם כשהלואה ללוה היה ערב משתעבד, והיה אז אצלו בהלואה. ומה שייך כאן סתם הלואה ל' יום כשהוא אצל הלוה זמן רב. רק הואיל ולית ליה לשלם תוצע לערב. וכי בשביל זה יהיה

נחשב אצל הערב כהלואה חדשה. דבר זה לא שמענו כלל. וז"ע". והנה חזינן, דדעת הש"ך דהערב נכנס להיות לוה, בשעה שתוצע המלוה ללוה, ואין לו. ולכן גדר חיובו של הערב לשלם למלוה הוא כלוה, וממילא דיינין ליה כסתם הלואה ל' יום. ודעת התומים, דחיובו של הערב לשלם הוא רק חיוב להעמיד תמורה להלואה. ולא נכנס להיות לוה.

והנה הנמוק"י (סו"פ גט פשוט) כתב דחיוב ערב הוא משום דגריס למלוה היזק. ובס' כתונת פסים נקט דכוונתו דחייב משום מזיק. והקשה, דהרי א"ז גרמי אלא גרמא בעלמא.

ולבאוריה ז"ל, כמו שמצינו בתשו' מהר"י וי"ל (סי' פ') דצאמת חיובו של הסומך על חבירו הוא מסוגיא דהמראה דינר לשולחני ונמצא רע דחייב לשלם כדאיחא צב"ק ז"ט ב'. והוצא בדרכי משה (סי' קכ"ט סק"ב), וזרמ"א (שם ס"ב). וע"ש צביאור הגר"א שצ"י לגמ' הנ"ל. והיינו דאכן הו"ל גרמי.

הן אמת, דיש לדון בזה. דאם נימא דיסודו הו' מפאת מזיק, א"כ אין לחלק בין ערב לגרמי, והרי מצינו חילוקי דינים בין ערב לגרמי. וכגון: א) דדינא דגרמי הו' כשגרס הערב היזק למלוה בשעה שהוציא מעות על פיו, אצל אם בשעה שהלוהו היה ללוה לשלם, ואח"כ נעשה עני, לא נתחייב לשלם מדינא דגרמי. וכמש"כ הסמ"ע (סי' קכ"ט סק"ז) שפירש דינא דמהר"י וי"ל, בזה"ל: פירוש ולא היה בטוח "בשעה שאמר לו שהוא בטוח",

בשעת מתן מעות חשיב אסמכתא בסתם ערב, ודוקא האמיניהו ז"ל הוא דמשעבד נפשיה. וע"כ טעמא דערב בשעת מתן מעות לא צעי קנין היינו מתורת מזיק, כמ"ש דס"ל לרבינו דלא גרע ערב בשעת מתן מעות מהמראה דינר לחנוני ונמצא רע כו'. והכלל, דקנין מהני בערבות דה"ל כמחייב את עצמו ליתן מתנה על תנאי, ואע"ג דהמחייב את עצמו על תנאי צדצר שאינו חייב חשיב אסמכתא ולא משתעבד אפילו בקנין כמ"ש כ רבינו פי"א מהלכות מכירה הלכה ט"ו, שאני ערב דה"ל כנותן מתנה על תנאי, דקיי"ל פ"ג מהלכות זכייה הלכה ו', דמהני דעיקר הקנין כמ"ש כ רבינו פרק י"א מהלכות מכירה הלכה ז', דכל שקנה צדרכי הקנייה עתה עליו לקיים התנאי אלא א"כ אומר תקנה כשיתקיים התנאי חשיב אסמכתא, הלכך קנין הערב הו"ל כאלו אומר הנני חייב לך מנה זו באם לא תוכל לגבות מהלואה ונכסיו, דחשיב התחייבות מעכשיו על תנאי כו'. וכל ערבות שלא בשעת מתן מעות בקנין עשאו חז"ל כאלו אמר הנני חייב לך מנה מעכשיו באם לא תוכל לגבות מהלואה, שהרי זה תוצע את ממונו, ונמצא זה נתחייב לו בקנין סודר מעכשיו באופן שירויח זמן". עכ"ל. (וע"ש שביאר דזהו החילוק בערבות דמכירה, דדעת הרמב"ם שם דא"י ערבות, וכמ"ש בטור ושו"ע סי' קל"א סעיף י"א, מפני דלא חשיב כמחייב עצמו מעכשיו, שהרי זה חפץ לקיים המקח, וא"י מחייב את עצמו אלא בשעה שיטרפו הצע"ם השדה, דאז מחוייב לשלם. דבכה"ג הו"ל כמחייב עצמו

אבל אם היה בטוח ונתקלקל אח"כ פטור. ע"כ. ז) לחיוב הערב מדינא דגרמי צריך שיהיה מוכח דסמך עליו. וכמ"ש הש"ך (סי' קכ"ט סק"ז), והסכימו עמו תשו' ספר יהושע (סי' ק"י) והקוה"ח (שם בתשו' סי' קי"א). וע"ע שו"ת בית שלמה, שאין לומר קים לי כהתומים (שם סק"ג) דפליג ע"ד הש"ך (ע"ש בתו"מ סי' ל"ו). וכן יעוי' בנתיב"מ (סק"ז) דצמת האומר שהוא בטוח, אין צנו חייב לשלם, מכיון ודינא דגרמי הוא קנס. ולא קנסו צנו אחריו.

**איברא דמצינו** צמרכבת המשנה (פכ"ה ממלוה ולוה ה"ו) דנקט בדעת הרמב"ם שם, דגדר חיוב הערב הוא מדין מזיק, דס"ל דלא גרע ערב בשעת מתן מעות מהמראה דינר לשולחני ונמצא רע. – וז"ל: "כל ערב בשעת מתן מעות, אם קבלן הוא, דנמצא התחייב עצמו בלא תנאי כו', משתעבד כדין המחייב עצמו וי"ל דהיינו לדעת הרמב"ם פי"א ממכירה דאדם יכול לחייב עצמו צדיבור, והוצא בשו"ע חו"מ סי' מ' סעיף א'. ועי' קוה"ח סי' קכ"ט סק"א], ואפילו לא קני מידו אינו יכול לומר משטה הייתי כך כיון שזה הלואה על פיו אע"ג דיש נכסים ללוה דלאו מידי חסריה כו'. משא"כ בערב סתם חשיב אסמכתא ואינו חייב מדין המחייב את עצמו אלא א"כ תצע את הלואה ואין לו ממה לגבות. דהא דאמר רב אשי ז"ב קע"ג ע"ב בזהווא הנאה דקמיהמן ליה גמר ומשעבד נפשיה מדין המחייב את עצמו ולא חשיב אסמכתא, נדחה בסוף ז"ב דף קע"ו ע"ב, דקיי"ל אפילו חנקו צריך קנין דכל שלא

שאם יהיה כך אז אחייב, דאפילו קנין לא מהני, אלא"כ קנו מידו על דמי המכירה, וכמ"ש בסמ"ע סי' קל"א ס"ק י"ח וי"ט).

והנה באופן שעל פיו פטר חיוב חבירו, חייב הלה לשלם החוב לזה שעל פיו פטרו. וכמו שכתב הב"י (סי' קכ"ט מחודש ז') בזה"ל: "האומר לחבירו תן מנה לזה שאני חייב לו ואח"כ אפרע לך ואמר הן אני אתן לך מנה שזה חייב לך ועי"כ פטרו זה לגמרי את החייב, משמע מהתוספות בהמקבל עלה קי"צ (ע"א, ד"ה חוזר) דחייב מדין ערב, מטעם דעל פיו של זה פטרו חשיב כשעת מתן מעות". עכ"ל הב"י. - ויעוי"ש בגמ', גבי הא דתנן המחבו אלל חנוני אינו עובר, ואיצט"ל לן בגמ' חוזר או אינו חוזר, רב שסת אמר אינו חוזר, ורבה אמר חוזר, ומפרשים שם התוס' ד"ה חוזר, כשאמר הפועל סתם סיסמוך על שולחני, ומצט"ל לן מי אמרינן דאדעתא דהכי סמך אס יתן לו, או דלמא לגמרי פוטרו אפילו לא יתן לו, ומתחייב לו שולחני מדין ערב, דכשמשמיתו השולחני הוא כאומר סמוך עלי ופטור בעל הבית לגמרי. ע"ש.

ויעוי"ש צ"י (במחודש ז', שם) שהציא ג"כ מתשו' הרשב"א, שכ"כ. וז"ל: "וצתשובת הרשב"א (ח"ב סי' שע"ז) כתוב, על ישראל שחייב לגוי, והגוי המחבו אלל ישראל, אס פטר ישראל את הגוי צמעמד ישראל החייב, ואמר ליה פטור אותו ואני נתן חייב שעל אמונתו פטרו". עכ"ל הב"י. וצאמת דכיסוד זה, כבר כתב הרשב"א בתשו'

(ח"א סי' אלף ט"ז) שכל שעושה מעשה על פיו חייב הלה לשלם לו מדין ערב. והוצא בדרכי משה (סי' קכ"ט סק"ב). ויעוי"ש צד"מ, דכ"מ בתשו' מהר"י וי"ל (סי' פ') שכתב על אשת ראובן שהיה צידה מעות של שמעון ונתנה לו צעדן חובות של גויים ועכשיו טוען שמעון על ראובן שנחערב לו בשעה שקבל החובות עליו שאמר לו אני אהיה טוב לך צעד הקרן, דהו"ל ערבות. ע"ש. - והב"י (סי' קכ"ט, סוף מחודש א') הציא בן מהמרדכי, וז"ל: "כתב המרדכי צפרק גט פשוט (ב"ב סי' תרנ"ב) אס על פיו החזיר השטר או המשכון הו"ל ערב בשעת מתן מעות". ויעוי"ש צד"מ (סק"ב) שהוסיף: "וכ"מ בתשובת הרשב"א סימן אלף י"ו, ועיי"ש. עכ"ל. - וגוף דברי הרשב"א אלו, הציאם הב"י (בסו"ס קכ"ט, במחודש כ"א) בזה"ל: וכתב עוד [הרשב"א] צסימן אלף וי"ו, שגשאל על ראובן ושמעון שותפים שלוו מנה מלוי, וצא לוי לגבות חובו מהם ולא הציא שטרו צידו ולא רצו לפרעו עד שיחזיר להם השטר ולצסוף נתרצה לו שמעון, שאמר לו ראובן פרעהו ממעות השיתוף, ואני אתן לך השטר לזמן פלוני. ואח"כ מת לוי, והוציאו יורשיו השטר חוב והוצרכו לפרעם מפני שלא היה להם ראיית פרעון. ועכשיו מצע שמעון את ראובן שותפו שישלם לו מדין ערב, והלה טוען שאין כאן ערבות אלא עצה השיאו. והשיב שהדין עם שמעון, שכל שעושה מעשה על פי אחר, אותו אחר חייב מדין ערב. עכ"ל. וכן כתב צמרדכי פרק גט פשוט (סי' תרנ"ב). עכ"ל (צ"ב). עכ"ל הב"י שם.

וביו"ב כתב הטור (סי' קל"א סעיף ו')  
 בשם תשובת רש"י (והוצאה בספר  
 התרומות שער ל"ה ח"א סי' כ"ח), צוה"ל:  
 "תשובה לרש"י, ישראל שהיה צידו משכון  
 מגוי, והגוי שאל ממנו שיחזירנו לו בערב  
 ישראל והודה לדבריו, והציא הגוי ישראל  
 והתרה צו בלשון הקדש אני מתרה בך שלא  
 תקבלני ערב, ואמר בפני הגוי אני ערב לך.  
 הדין נותן לחייב הערב, כיון שזה מסר לגוי  
 משכון שצידו על פיו, והרי הוא כערב בשעת  
 מתן מעות שאין צריך קנין כו". ע"ש. הרי  
 להדיא, דצמח שמסר לגוי משכון על פיו,  
 הרי"ז כערב בשעת מתן מעות.

ופסק בן לדינא בשו"ע (סי' קכ"ט ס"ג),  
 וז"ל: "אם על פיו החזיר שטר או  
 משכון הוה ליה כערב בשעת מתן מעות".  
 והרמ"א הוסיף: "וכן אם פטר הלואה על פי  
 הערב הו"ל כערב בשעת מתן מעות". [ועי'  
 עוד ברמ"א (בשו"ע סי' קפ"ב ס"ג) שפסק:  
 מי שצוה לאחד שיתעסק לו באיזו דבר והוא  
 הוציא עליו הוצאות, אם הוציא עליו יותר מן  
 הרגילות להוציא על עסק כזה, א"צ להחזיר,  
 דלא חסיק אדעתיה שיוציא כל כך, אבל אם  
 לא הוציא יותר מן הרגילות חייב לשלם לו".  
 עכ"ל. ולכאורה הציאור הוא, דהו"ל כערבות  
 בשעת מתן מעות. וי"ל.]

ובאופן שאומר "פטור אותו", ולא הוסיף  
 "ואני נותן". הנה צוה לא שמענו  
 מדברי הפוסקים הנ"ל אם יתחייב מדין ערב.  
 (דהם קמיירי כשאמר "פטור אותו ואני  
 נותן").

אמנם המעיין בתשו' הרשב"א (ח"א סי'  
 אלף וט"ז), דמייתי לה הצ"י (סי'  
 קכ"ט מחודש כ"א) וכמשנ"ת. יראה דשפיר  
 נעשה ערב בהכי. שהרי נשאל על ראובן  
 ושמעון שותפים שלוו מנה מלוי, וצא לוי  
 לגבות חובו מהם ולא הציא שטר צידו ולא  
 רצו לפורעו עד שיחזיר להם השטר, ולצסוף  
 נתרצה לו שמעון שאמר לו ראובן פרעו  
 ואני אתן לך השטר וכו'. ותבע שמעון לראובן  
 שישלם לו מדין ערב, והלה טוען שאין כאן  
 ערבות אלא ענה השיאו, והשיב שהדין עם  
 שמעון, שכל שעושה מעשה על פי אחר אותו  
 אחר חייב מדין ערב. – ובתשו' הרשב"א שם,  
 מסיים: "כדאמרינן בפ"ק דקידושין, תן מנה  
 לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב,  
 ואמר רבא התם וכן לענין ממונא, לומר שאם  
 אמר תן מנה לפלוני ושדי נתונה לך הרי זו  
 נתונה". עכ"ל הרשב"א. הרי להדיא, דא"צ  
 שיאמר: "ואני נותן", וסגי צמח שפטרו על  
 פיו, או שנתן לו על פיו.

אלא שכבר עמד על מדוכה זו, רבינו  
 המהר"ם חביב, בתשו' (חור"מ סי'  
 רמ"ג). יעוי"ש שצתחילה הקשה בתשו'  
 הרשב"א (סי' אלף כ"ב), והוצאה תשו' זו  
 בצ"י (סי' נ"ה מחודש י"ג), דשליש שהחזיר  
 השטר למלוה, וגבה כל החוב, דפטור מדיני  
 אדם, שאי"ז אלא גרמא בנייקין. (וגם צסי'  
 שפ"ו מחודש א', כתב הצ"י תשו' הרשב"א  
 כע"ז). וא"כ אם השליש שהחזיר השטר צידו  
 ממש פטור, כל שכן בנידון דידן, שאמר  
 "פטור אותו", ועפ"ז פטרו, דלא חשיב אלא  
 כגרמא בנייקין. – ואח"כ הקשה בתשו'

הרשב"א (בח"א סי' אלף וט"ז), דמבואר דסגי לחייבו צעטס הדצר שפטרנו על פיו או שנתן לו על פיו.

ובתב המהר"ם חביב ליישב דלא תיקשי דצרי הרשב"א אהדדי. וז"ל: "והדצר צרור דהחילוק מבואר, דהתם בשליש שהחזיר השטר למלוה לא נסתפק לנו אלא אי הוי דינא דגרמי או גרמא צנויקין, כהצ הרשב"א דחשיב גרמא צנויקין, ולא שייך לחייבו מדין ערבות, כיון דלא אמר מידי. אבל כשאמר פרעה ואני אחזיר לך השטר, מיחייב מדין ערב, כיון דעשה מעשה חצירו על פיו, וגם אמר ואני אחזיר לך השטר. וכ"כ הר"ש יונה ז"ל [בספר "שי למורא", סי' קכ"ט] ובספר כנסת הגדולה [שם], ע"ש ובלחם רב סי' קפ"ה". עכ"ל. (וע"ש שסיים המהר"ם חביב, וז"ל: "באופן דיראה מתוך מה שנתבאר, דכי היכי דנהוי חייב מדין ערב, צעי שיאמר פטור אותו ואני אשלם לך").

ובר"ן ערב שכתב שטר ערבות ומסרו למלוה, אע"ג דהוא לאחר מתן מעות, כתב בתשו' מהר"ם חביב (ח"מ סי' רמ"ג) לזדד דמשתעבד הערב לכו"ע. — דיסוד הדין דאין ערב היוצא לאחר חיתום שטרות משתעבד היינו משום דאין הערב מוסר שטר למלוה, כמש"כ הלחם משנה (פכ"ו ממלוה ה"א). — והוסף המהר"ם חביב דיש לזרף דעת צעל העיטור (אות ע') דכל ערבות משתעבד לצני חרי, אפי' ערב היוצא לאחר מתן מעות. והא דאמר' דערב לאחר מתן מעות צעי קנין היינו לגבות ממשעבדי.

(ב) והגה עיקר חיובו של הערב, ציסקודו הוא משום ההנאה דמהימן ליה. — ומצינו בזה תרי אנפי: או דלאחר דמהימן ליה הוי המלוה שלוחו. או דבהיחא הנאה לחודא גמיר ומשעבד נפשיה. — ובגדר השליחות בערב, יש לדון אם הוי כשליחות צעלמא, או רק דחשיב שהערב הלוהו.

ובב"ב ויסקודו של הערבות הוא משום ההנאה דמהימן ליה, נמצינו למדין שצאופן דגם בלא הערב היה המלוה מוציא מעותיו ונותנס ללוה, דלא שייך ענין ערב. — וזהו שכתב הרמב"ם (פכ"ה ממלוה הל' ז') דראובן שמכר שדה לשמעון, וצא לוי וקיבל עליו אחריות, אפילו בשעת מכירה, לא נשתעבד. שזו אסמכתא. וציאר הטור (סי' קל"א סעיף י"א) הטעם: שלא על אמונתו קנה השדה שפעמים אדם קונה שדה שלא באחריות, דעביד איניש דזבין ארעא ליומיה. עכ"ל. [ואע"ג דאין קיי"ל דלא זבין איניש ארעא ליומיה, ציאר הט"ז (שם ס"ט) דלענין ערב שאני. והניח צ"ע. אכן בשו"ת בית אפרים (ח"מ סי' ל"ד) הסביר, דמכיון והלוה נתחייב, אלא דחיובו דהערב הוי כשצורר דבלא ערבותו לא היה המלוה מוציא מעותיו. א"כ כיון דאיכא דזבין ליומא, ממילא יתכן שלא על פיו הוציא המלוה מעותיו, וכשאין הוכחה שמאמינו המלוה לערב, לא נשתעבד].

וייעוי' צספר נחל יצחק (סי' ע"ז) שכתב עוד בזה, לענין חיוב ערב בשומר, דמכיון וחיובו הוא רק בתנאי שיארע אונס או

דאדעמא דהכי נתערב, שישלם לו הערב כשלא ישלם הלוה. – רק דהמהר"ם הגביל זאת, דדוקא בספק אינו יכול לעכב, אבל בלא"ה יכול לעכב. וכבר דקדק הכי בדרכי משה שם.

וביחוד חיוצו של הערב, דמזואר צרשצ"ס שהוא מדין שליחות. שהמלוה שליחותו של ערב עבד. מצינו נידון ציה, דהקצוה"ח מפרש דסצרת "מהימן ליה" הוא שעי"ז הוא שליחות. והאצנ"ז מפרש דסצרת "מהימן ליה" הוא כדי לסלק חסרון אסמכתא.

דהנה ציטוד שיעצודו של הערב, מזואר צסוגיין דהיינו משום ההנאה דמהימן ליה גמיר ומשעצד נפשיה. ופירש הרשצ"ס: "דגמיר ומשעצד נפשיה בלב שלם ושליחותיה דערב קעציד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה". – והנה הוסיף הרשצ"ס צטעמא, דהמלוה הוא שלוחו של הערב. וצ"ב, דהרי צגמ' תלין טעמא בהנאה. (וממנ"פ אס הו"ל מחמת שליחות למה הוצרכנו לההיא הנאה).

והנה צקצוה"ח (סי' קכ"ט סק"א) יישב, דהנך תרי מילי, הוצרכו לדינא דערב. והיינו, דע"י דהוי המלוה שלוחו של הערב, גמר הערב וסמיך דעתו, שמשעצד עצמו. וממילא אין כאן אסמכתא, שהרי כשיש שליחות אין חסרון דאסמכתא. אך אין כאן שליחות גמורה, דהלל הלוה הוא המתחייב, וכל תפקידו של הערב הוא לדאוג ולהעמיד החוב כשהלוה לא ישלם. ולכן הוצרכנו לגדר

פשיעה, ואף אס יהיה פשיעה אכתי הוה ספק, דשמא יהיה סיפוק ציד השומר לשלם, ובהנך ספיקי טובא לא מקני נפשיה. וכמש"כ בחומים (סי' קל"א סק"ו), ע"ש.

ובמו כן, מזואר צצית יוסף (חו"מ סי' ר"ז סעיף כ"ד) שכשיש למלוה משכון, דלא חל הערבות. כיון שלא האמין המלוה לערב, אלא על סמך המשכון. [וכיו"צ ע"י שו"ת צית אפרים חו"מ סי' כ"א לענין שומר, דהרי דינא הוא דמתנה שומר חיינס להיות כשואל אפילו צדצרים, משום דצההיא הנאה דמהימן ליה משעצד נפשיה. דזהו דוקא כשלא נתן משכון, דאס נתן משכון סמך על המשכון ולא על הימנותו].

ומצינו צאופן אחר, נידון צגדרי הנאמנות שהערב נתקבל. דיעויין צדרכי משה (סי' קל"א סק"ב) שהציא ממדרכי (צ"ק סי' קס"ט), צדצר ראובן ששלח מעות לגוי על ידי שמעון, שאותו שמעון היה ערב צעדו כנגד אותו גוי. ושכח הגוי מאותה הלואה. ועכשיו שמעון רוצה לעכב אותם מעות שראובן שלח צידו ליתן לגוי, פן יזכור הגוי מאותה הלואה, ויתצענו, ויהא צידו לשלם לגוי. וכתב: "ופסק מהר"ם (ד"פ סי' שכ"ו) דצריך להחזיר לראובן, דכיון דהימניה פעם אחת ונעשה ערב צעדו בלא משכון גס עתה לא יעכב מעותיו צספק צשביל שערב צעדו". עכ"ל. הרי דמחמת סיבת הא דהאמינו המלוה לערב פעם אחת, בלא משכון, דמה"ט הערב נשתעצד לפרוע למלוה, א"כ אינו יכול לעכב ממון הלוה שיתפרע אס"כ ממנו, כיון

ההנאה, דמהימן הערב למלוה גמר ומשעבד נפשו.

ו"ל הקצוה"ח: "והכא לענין ערב צעין דוקא שליחות. ומי שאמר הריני ערב צעד חובו של פלוני, והחוב לא היה על פי שליחות ידידה, אינו מתחייב כלל, ומשום דערצות הוא אסמכתא ואינו מתחייב צדיצור גרידא. אפילו לדעת הרמב"ם [פי"א ממכירה הט"ו] דאדם יכול לחייב עצמו צדיצור, והוא צשו"ע סימן מ' [סעיף א'], ערב אינו משתעבד אלא בשעת מתן מעות. – ומשום דהמלוה נותן על פי שליחות ידידה, גמר ומשעבד נפשיה בההיא הנאה. – ועיין לשון רש"ם סוף פרק גט פשוט [ב"ב קע"ג ע"ב צד"ה גמר], גמר ומשעבד בלב שלם, ושליחותיה דערב קא עביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה, עכ"ל כו". עכ"ל הקצוה"ח.

[וביאר צוה מש"כ הש"ך (שם סק"ו) דאם כתב צכתב ידו כל מי שיתנדב להלוות לפלוני כך סך ממון אני נכנס צעבורו ערב קצבן, דאין זה ערבות, כיון שלא אמר בלשון ציווי. – וציאר הקצוה"ח: "וכיון דאומר כל מי שיתנדב, אינו שליחות, דאל"כ היה אסור צמודר הנאה". ע"ש].

אולם צשו"ת אבני נזר (יו"ד סי' קנ"א סק"ג), ציאר דיסוד חיובו של ערב הוא משום שליחות. וכמו שפירש רש"ם. דזהו סיבת השיעבוד בלא קנין. – ומה שאמרין צגמ' דהיינו מחמת ההנאה דמהימן אלל המלוה, הציאור הוא, צצגמ' פרכינן דאע"פ שהמלוה הוא שלוחו של הערב, עדיין

לא מהני, דסו"ס הוא אסמכתא. דכל אסמכתא אע"פ שיש צו קנין לא מהני, מכיון ואין סמיכות דעת. ועל זה משנינן, דמכיון ויש הנאה צמה שהמלוה מאמינו ממילא גמר צדעתו להשתעבד. (וכשיש גמירות דעת אין חסרון צאסמכתא). – וחיובו מטעם שליחות.

ו"ל האבני"ו: "ואף שבקצוה"ח (בהלכות ערב) כתב דכי צריך לטעמא דשליחות, דוקא צערב ששיעבודו על תנאי ואסמכתא הוא, ע"כ צריך שיהיה שלוחו כאילו הוא עצמו הלוה, עיי"ש. וא"כ צקדושי אשה אין צריך לשליחות. – אין צצריו נראין לי, שהרי צגמ' קאמר הטעם דלא הוא אסמכתא משום צבההוא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה. ואין חידש רש"י טעם אחר, ופירש זה על הגמ' דאמר צבהיה הנאה דמהימן ליה. אלא ודאי רש"י רק על עיקר חיוב פירש כן, דמשום זה משתעבד בלא קנין. – ומה שפירש רש"י כן צסוף הסוגיא, צזהא דאמר צבהיה הנאה דמהימן ליה לא הוא אסמכתא. היינו דבלא מסקנא זו הוה אמינא דשיעבודא דערב משום דצבההוא הנאה דמהימן, וערב דלאחר מתן מעות לא שייך דמהימן ליה שאינו מלוהו עכשיו. אצל למסקנת הש"ס דערב אסמכתא, רק צבהיה הנאה דמהימן ליה מסלק אסמכתא, א"כ צ"ל דערב דלאחר מתן מעות נמי שייך צבהיה הנאה דמהימן, דאל"כ אפילו קנין לא יועיל. וכיון דלאחר מתן מעות איכא צבהיה הנאה דמהימן ליה, ומ"מ לא מהני בלא קנין, שוב אי אפשר לומר דשיעבודא דערב משום צבהיה הנאה, דהא אפילו לאחר מתן מעות איכא צבהיה

והנה יעויין בשער משפט (סי' קל"ב ס"ק א') שנקט בזה, דדברים כפשטן הם. דהו"ל שליחות ממש, ומי שאינו בתורת שליחות לא נעשה ערב. ולכן חידש דאין ישראל נעשה ערב לגוי מדינא, רק דלא זייטי דינא דילן.

וה"ל בתו"ד: "דלכך קטן שערב לאחרים אינו משתעבד, משום כיון דטעמא דערבות דמשתעבד משום דסמך עליו ועל פי ציווי הלוה לו חייב הערב, ואם כן לא עדיף הערבות משליחות, דכל היכא דלא נתחייב המשלח מתורת שליחות ג"כ לא מתחייב מתורת ערבות. — וכן משמע להדיא מדברי הרשב"ם בס"פ גט פשוט דף קע"ג ע"ב, שכתב החס על הא דאמרינן בש"ס דטעמא דערב משום דהוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, וז"ל גמר ומשעבד בלב שלם ושליחותא דערב קא עביד מלוה כאלו הוא עצמו הלוה. עכ"ל. וא"כ בערב לקטן כיון דאין שליחות לקטן לא אגן לדידהו ולא אינהו לדידן ג"כ אינו שייך לגביה חיוב ערבות, הן קטן שערב לאחרים והן אחר שעירב לקטן. ולא עדיף ערבות משליחות גמור, — ובאמת אף הערב לעכו"ם אינו מתחייב מדינא, כיון דאין שליחות לעכו"ם. אלא דעכו"ם לא זייטי דינא דידן. וזו סברא נכונה לפע"ד. כו"ל. ע"ש.

אמנם נתקשו בדבריו, יעוי' בס' אמרי בינה (הל' דיינים סי' י"ז) שהקשה מהא דמצינו בצ"מ ע"א ב' וע"ז ס"ג ב'

הנאה, ואעפ"כ לא מהני בלא קנין. על כן פרש"י משום דשליחותיה דעריב עביד מלוה כו"ל. עכ"ל האבנ"ז.

ובדין השיעבוד שמשתעבד הערב, לא סגי בהסקמה דמהניא לענין קנין דעלמא, אלא צעין גמירות דעת לשעבד עצמו. — דהרי קטן לא נעשה ערב, וכדקיי"ל בשו"ע (סי' קל"ב ס"א) ומקורו ברמב"ם (פרק כ"ו מהל' מלוה הלכה י"א), וביאר הרב המגיד דלא דמי למתנת קטן שהיא קיימת במטלטלין משום דהתם גמר ומקנה ומוציא הדבר מרשותו. אבל כאן אינו אלא שיעבוד והרי ערב היה צו משום אסמכתא אם לא מפני שכיון שהלוהו על אמונתו גמר ומשעבד נפשיה ואין לקטן דעת כדי לשעבד עצמו בזה. עכ"ל. וחזינן דצעין טפי גמירות דעת מהסקמה ליתן בעלמא, דבהסקמה ליתן מתנה איכא סיוס לגמירות דעת בעצם הנתינה. משא"כ בהתחייבות בעלמא. (ולענין קבלן, אם קטן נעשה כקבלן ע"י בעל התרומות שער ל"ה ח"א סי' מ"א, שהביא דעות בזה. ולכאורה כיון דגדר קבלן, להקך דעות דמהני בקטן, דהו"ל כהלוואה לקבלן רק שהנתינה היא ללוה, וממילא כיון שקטן שלוה חייב לשלם כשיגדיל. א"כ גמירות דעת הקטן הוי בקבלת הלוה המעות. דהוי כקבלת הקטן עצמו).

ובגדר שליחות בערב, יל"ע אם הוא כשליחות בעלמא, או רק דחשיב שהערב לקח מעותיו של המלוה והלוהו ללוה. ונפק"מ אם גם בקטן וגוי שייך ערבות.

דגוי נעשה ערב לישראל, וישראל לגוי. ואם הוא מטעם שליחות, הרי אין שליחות לגוי.

ובמו"ב הקשו (שם, וזערך שי סו"ס קל"א) מהא דערב דכתובה משתעבד לפעמים, אף דהתם לא שייך לומר הנישואים היו בשליחותו.

והנה צהנך י"ל, דמכיון והולאת הממון היתה על פיו של הערב, ונתקיים רצונו, חשיב כאילו מסר הערב את האשה לנישואין. ואע"פ דלא שייך בזה שליחות, דלא בעינן לדין שליחות דעלמא, אלא רק שיחשב שהערב נשתמש במעות.

אבן לפ"ז גם בקטן וגוי שייך ערבות, אע"פ שאינם בני שליחות, מ"מ אי"ז דין שליחות דעלמא, אלא רק שיחשב שהערב נשתמש במעות. דהיינו, דחשיב שהערב לקח מעותיו של המלוה והלוהו ללוה. והרי חיוב התשלום לערב היינו מפני שע"י יגיע הממון ללוה, והו"ל כהריוח לו ממון. [וזהו ג"כ ביאור החילוק בין ערב שעמד מעצמו, שנתחייב הערב צב"ד, דחייב הלוה לשלם לו (כדמוכח בסמ"ע סי' ק"ל סק"ז), ושאינו מפורע חובו של חבירו, דפטור הלוה מלשלם לו. יעוי' בנתה"מ (ק"ל סק"ד). דשאני ערב שעל ידו הגיע הממון לרשותו, והוי כהריוח לו ממון. ומשא"כ פורע חובו דאינו אלא רק מצילו מהיזק].

ג) בתשו' מהרי"ט (ח"צ חו"מ סי' ק"ט) פסק דהשולח שליח למכור סחורתו במקום היוקר ומכרה במקום הזול, דמנכה את ההפסד מתשלומי הפועל, ואין

הפועל זוכה בכל שכרו. וז"ל: "אבל מה שטוענים שפשע צמה שלא שלח שתייהן לאנקונה, שהאחת נמכרה צוינליאה, אע"פ שאין זו פשיעה לחייבו שישלם כשער הגבוה שצאנקונה, שאם משום פשיעה אהה צא לחייבו שלא היתה נפסדת מחמת הקבוצ, הול"ל גולן ותנן כל הגולנין משלמין כשעת הגזילה, ולא יתחייב אלא מה שהיה שוה במקומה, כדאמרינן התם האי מאן דגול חזיתא דחמרא מחזריה מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ארבעה זוזי תצרה או שתייה משלם ארבעה אצבר ממילא משלם זוזא כשעת הגזילה. מ"מ מה שקבלו עליהם שותפים אלו מכירת הסחורות וקצבו עליהם לתת עשרים וחמשה למאה לא היה אלא על דעת שתלך לאנקונה, שסמכו דעתם ששם תמכר יפה ויהיה זה ריוח יותר מהעשרים וחמשה למאה שיתיר לעצמם, אבל על דעת שישלחם לעיר וינליאה לא נתחייבו, שכבר ידוע שלא נתחייבו אלא מפני השכר שהם היו סבורים שישתכרו זה, לפיכך רואים כמה נמכרה לוח זה בעיר וינליאה פחות ממה שנמכרה חצרתה כמותה בעיר אנקונה ומנכין לו באותו שיעור, ותו לא". עכ"ל המהרי"ט. והיינו שלא הבטיח הסוחר לשלם לפועל אלא רק מחמת הריוח שהשליח יצא לו, ולכן כשלא הביא לו את הריוח שהיה יכול להרויח, מפני שהשליח שינה שליחותו מנכה לו משכרו.

וביו"ב מתבאר בתשו' בית מאיר (סי' י'), דדמי לדינא דנתן לצבע לצבוע לו אדום וצבעו שחור צב"ק ק' צ', וקיי"ל בשו"ע (סי' ש"ו ס"ג) דנוטל ההולאה שיעור

השבת. ולפי"ו לפמש"כ הש"ך (שם סק"ה) דכשהשבת הוא כשיעור הולאה אין מנכה לו הולאה אצל משכירותו שפיר מנכה. וה"נ מנכה משכירותו. (ועי' חזו"א ב"ק סי' כ"א ס"ק כ"ג).

ויש להוסיף דתפיסת צעה"צ מהפועל מהני עפ"ד הריטב"א ב"מ ע"ג ב' דהפועל חייב לשלם הפסד דמניעת ריות. דבגמ' שם אמרינן אמר רב חמא האי מאן דיהיב זוזי לחצריה למיזבן ליה חמרא ופשע ולא זבין ליה משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט, וע"ש שהקשה אמאי חייב לשלם ומ"ש ממצטל כיסו של חצירו שהוא פטור, ותיריך דמכיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו ואילמלא הוא היה לוקח ע"י ענמו או ע"י אחרים אלא שזה הצטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהצטחתו, דבההיא הנאה דסמך עליה ונתן לו ממונו משתעבד ליה מדין ערב, וזה ענין שכירות פועלים כו' ע"ש. והגתה"מ (סי' ש"ו סק"ו) הצי"א, וכתב עפ"ד דאומן שקיבל זמר לזבוע ולא זבועו כמו שצוהו, ומחמת ששינה לא השביח הזמר כהשבת שהיה משביח כשהיה עושה ע"פ צויו, דהאומן חייב לשלם השיעור שהיה משביח הזמר אם היה עושה כמו שצוהו. וע"ש דמייתי ג"כ מהראב"ד שהוצא בשיטמ"ק כיו"צ. ויעוי' בתשו' חת"ס (חו"מ סי' קע"ח) שפסק עפ"ד הריטב"א, וכתב דכו"ע מודו לדבריו. אולם בסי' נחלת זבי (חו"מ סי' רצ"ב ס"ז) השיג ע"ד החת"ס, שאין להכריע עפ"ד הריטב"א, ויעוי' ג"כ

בסי' אמרי צינה (דיני הולאה סי' ל"ט) ומשפט שלום (סי' רע"ו סעיף י"ד) ובחזו"א (ב"ק סי' כ"ב סק"א) שדעת רובא דקמאי דלא כהריטב"א. ויעוי' בתשו' בית מאיר (סי' י') שהביא ג"כ דברי הריטב"א, וכתב דלא נראה כן מפרש"י, ולכן לא סמך ע"ד לדינא.

ואמנם יש לדון דגדר המצטל כיסו של חצירו עדיפא מגרמא, וכבר נחלקו בזה הפוסקים. דהנה בתשו' אמרי צינה (סי' א') כתב דמצטל כיסו של חצירו פטור אף מלזאת ידי שמים, ע"ש דמלשון הרמב"ן זדינא דגרמי מצוהר כן דמניעת ריווח פטור אף מלזאת ידי"ש. וכיו"צ כתב בשו"ת בית מאיר (סי' י'). וכ"מ בש"ך (סי' ס"א סק"י) שכתב דמצטל כיסו גרע מגרמא. וכ"מ בנחלת שבעה (ח"ב סי' ס"ה). ובשו"ת בית אפרים (חו"מ סי' כ"ח) האריך בזה, דמכיון ואכתי לא זכה חצירו בזה פטור אף לזאת ידי שמים. — אמנם בתשו' הרדב"ז (ח"א סי' פ"ד) כתב דהמצטל כיסו של חצירו פטור מדיני אדם וחייב לזאת ידי שמים, וכ"מ במחנ"א (דיני שומרים סי' ח'), וכ"מ באבנ"ז (יו"ד סי' קל"ג), וכ"מ בשו"ת אמרי יושר (ח"א סי' קמ"ט).

אבן נראה דכל הנידון בחיוב לזאת יד"ש הוא בגוונא שההיזק נעשה בסחורה או בחפץ מסויים, אצל כשההפסד או מניעת הריווח היה רק בתחזולה להרווח, דמניעת עשיית תחזולה להרווח, פטור אף מלזאת ידי שמים. [אטו נימא דהשוכר נהג שיליכנו למקום מסויים, והנהג פשע ואיחר, האם

יתבענו לזאת יד"ש שישלם ההפקד מה שהיה מרויח באותו יום. ועי' שו"ת מהרש"ג (ח"ד סי' ק"ח) שעמד בזה דודאי פטור לכו"ע]. ומה דמזינו בריטב"א ז"מ ע"ג ז' דהמקבל לעשות פעולה להרויח לבעה"ב, ולא עמד בדיבורו, ובעה"ב הפסיד הרויח על ידו, דחייב. וכ"פ הגתה"מ (בסי' ש"ו סק"ו), ובתשו' חת"ס (חור"מ סי' קע"ח). ענין אחר הוא דדוקא כשעל ידי הפעולה עצמה יהיה ריות, משא"כ כשהפעולה היא רק למנוע הפסקה, ואי"ז גוף הריות.

ובלא"ה יש לדון טובא לדינא צמט"כ הגתה"מ שם, דהנה יסוד דבריו עפ"ד הריטב"א שם, אולם בדברי הרשב"א שם יש לדון דפליג, ואמנם הגתה"מ (בסי' ש"ו סק"ו) השווה דבריהם, אך יש לדון. דבצ"מ ע"ג ז' איתא אמר רב חמא האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא ופשע ולא זבין ליה משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט. אמר אמימר כי אמריה לשמעתיא קמיה דרב זבד מנהרדעא אמר כי קאמר רב חמא הני מיילי זיין סתם אצל זיין זה לא, מי יימר דמוזבני ליה ניהליה, רב אשי אמר אפילו יין סתם נמי לא מאי טעמא אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא, ולרב אשי מאי שנה מאס אוזיר ולא אעביד אשלם צמיטבא, התם צידו הכא לאו צידו.

ובביאור הפירכא דפרכינן לרב אשי מאי שנה מאס אוזיר ולא אעביד אשלם צמיטבא, יעוי"ש צשיטמ"ק צסס הרשב"א שפירש דכסס דהתם תיקנו כן, היה להם גם

כאן לתקן כן. ומבואר בדבריו, דצהא דאס אוזיר חייב אף אם לא נכתב צשטר. וז"ל: "האי דאקשינן ומאי שנה מהא דתנן אם אוזיר ולא אעביד אשלם צמיטבא לאו למימרא דמדינא משלם התם, דהתם נמי אסמכתא היא וכו', אלא הכי קאמר מאי שנה דלא תקנו צהא דתקנו צהיא, ואהדר ליה דהתם תקנו משום דצידו וצהא לא תקינו משום דלאו צידו". עכ"ל. – ועי' כיו"צ צשו"ע (סי' שכ"ח ס"צ) שכתב: "לא עבדה אלא הוצירה כולה או מקצתה שמיין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו חלקו שהיה מגיע לו כו'". וע"ש צסמ"ע (סק"ג) שכתב: "צטור מסיים בזה וכתב ז"ל, שכן כתב לו אם אוזיר ולא אעביד אשלם לך צמיטב עכ"ל, ור"ל ג"כ כיון שרגילין לכתוב כן הו"ל כאילו כתב". עכ"ל הסמ"ע.

ובהא דמשני, דהתם צידו הכא לאו צידו, יעוי"ש צתוד"ה התם צידו כו' שכתבו: "דהכא אין צידו כשער הזול, דשער הזול דזול שפוט לא משזך כולי האי, דשמא כשיצוא לקנות לא ימנא באותו שער, אצל צאס אוזיר צידו לקנות חטין שאס לא ימנא צול יקנה ציוקר". וע"ע צסמ"ע (בסי' ר"ז ס"ק כ"ט) שכתב דהא דהוי לא צידו, היינו דוקא כששלחו לקנות צמקוס פלוני. וז"ל: "קנה לי יין צמקוס פלוני, פירוש שהוא צול באותו מקום, משו"ה לא גמר צדעתו לגמרי, כיון דתליא דוקא באותו מקום ושמא לא ירנה למכרו לו". עכ"ל. – ולפ"ז כתב הגתה"מ (בסי' קפ"ג סק"א) דהנותן מעות

לשלומו לקנות לו סחורה בשער שנמשך, והוא תמורת שטר או בקבלנות, ולא קנה, דחייב להשלים לו מניעת הריוח כפי שהרויחו שאר סוחרים בעסק כזה.

והנה יסוד דברי הגתה"מ היינו עפ"ד הרשב"א הנ"ל, דחיובו בתשלום הוא מתקנת חכמים אע"פ שלא נכתב. אך יעוי' בנתה"מ (בסי' ש"ו סק"ו) שהביא דעת הריטב"א בסוגיא התם, דכשנתן מעות לקנות ולא קנה דחייב לשלם, מטעם דכיון שנתן לו המשלח מעותיו וסמך עליו דחייב לשלם מדין ערב. דזהאי הנאה דסמך עליו ואלמלא הוא היה לוקח ע"י אחר, משתעבד השליח מדין ערב. והנתה"מ השוה דבריו עם דברי הרשב"א. – ויעוי"ש בשיטמ"ק שהביא דעת ר"י דהא דמשלם כדקאזיל אפרוותא דזולשפט, דס"ל דהשליח אינו חייב רק כשקיבל על עצמו בפירוש. וכ"כ הרא"ש שם. והחזו"א (ב"ק סי' כ"ב סק"ב וסק"ג) נקט דפליגי ע"ד הרשב"א וע"ד הריטב"א. וממילא אין להוסיף ממון עפ"ז. אך בתשו'

חת"ס (חו"מ סי' קע"ח) נקט דליכא פלוגתא בהכי. ע"ש.

ובמש"ב הגתה"מ דחייב לשלם לו מניעת הריוח, יעוי' בגליון חכמת שלמה דפליגי, דמכיון וע"פ הרויח אינו צידו לא תקנו, ועוד דלא שכיח שיהיה דבר זול ויתיקר ולכן לא תיקנו בכה"ג. ויעוי' בחזו"א הנ"ל דג"כ פליגי ע"ד הגתה"מ. – אך החת"ס הנ"ל הסכים כהנתה"מ, דבגוונא שהוא דבר האבוד שאין הפועל יכול לחזור בו, חייב לשלם למשלח מניעת הריוח.

והנה הפוסקים השיגו ע"ד הגתה"מ ממש"כ הרא"ש בצ"צ שם דמירי התם בקנין. ועוד השיגו דהטעם דהא דאס אוזיר ולא אעביד אשלם צמיטבא הוא משום דנהגו לכתוב הו"ל ככתבו, וממילא אס לא נהגו לא נתחייב. יעוי' באמרי בינה (דיני הלואה סי' ל"ט) ובמשפט שלום (סי' רע"ו סעיף י"ד) ובחזו"א (ב"ק סי' כ"ב). – אכן בד' הגתה"מ י"ל דמכיון ואי"ז צידו לא מהני התקנה דכאילו כתבו, ולכן הוצרכנו לאוקמי בקנין.

### סימן נא

### בענין אסמכתא בערב

לר' יוסי דאמר אסמכתא קניא ערב משתעבד לר' יהודה דאמר אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד. אמר ליה רב אשי לאמימר הא

(א) ב"ב קע"ג ב', א"ר הונא מנין לערב דמשתעבד דכתיב כו'. אמר אממימר ערב דמשתעבד מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי,

מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד. אלא אמר רב אשי צההוא הגאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה.

ובפשטא דדברי רב אשי, אם הדרינן מהא דקס"ד דערב דינו כדין אסמכתא, או לא אלא רק דאיכא תוספת סברא בערב. לכאורה נחלקו צוה קמאי, דזמרדכי (ב"מ ס"י ש"ע) כתב דערב אין צו משום אסמכתא. וכן כתב הרמב"ן לעיל קס"ח א' ד"ה הכי גרסינן כו' דליכא אסמכתא גמורה בערב, והוצאו דבריו בב"י (בס"י ר"ז סעיף ט"ז) צוה"ל: "וכן כתב הרמב"ן בפרק גט פשוט, דכל דאמרינן באסמכתא הני מילי צמתנה על עצמו כגון אם לא נתתי לך מכאן עד שלשים יום החזר לו שטרך אי נמי אם אוביר ולא אעביד אשלים וכן כל אסמכתא שבתלמוד בדרך זו תמנא אותם וכן הוה דנדרים (כ"ז א') אי לא אחינא עד תלתין יומין ליצטלן זכוותי, אבל האומר אם תעשה כך וכן או לא תעשה או שאמר אם באת מכאן ועד יום פלוני או אם לא באת זה אינו קרוי אסמכתא אלא זה תנאי בני גד אם לא יעברו ונתתם, בין שהתנאי בקום עשה בין שהתנאי בשב ואל תעשה, וזהו דרך כל תנאים שבתלמוד דייני ממונות וטעמא ברירא הוא דמימר אמר איהו מקיים תנאיה ואזיל דאיהו קים ליה בנפשיה טפי מינאי הילכך גמר ומקני, ובהכי שייכא הוה דאמרינן צסנהדרין (כ"ד ב') גבי משחק בקוביא ורב ששת אמר כל כהאי גוונא לאו אסמכתא היא, פירוש לפי שאין הדבר תלוי בדעת עצמו אלא בדעת חבירו וצמעה חבירו, וכן פירשו רש"י (צסנהדרין

כ"ד ב' ד"ה כל) והראב"ד, ואפילו תולה בדעת אחרים כגון שאמר לחבירו שדי נתונה לך אם לא בא איש פלוני מכאן ועד שנים עשר חדש משמע דלאו אסמכתא היא דהיינו תולה בדעת יונו דלא הוה אסמכתא לכו"ע אלא משום דמימר אמר אנא ידענא בנקשא טפי הא לא הכי תנאה הוי, ואי קשיא לך אי הכי היכי אמרינן לקמן (ב"ב קע"ג ב') לרבי יהודה דאמר אסמכתא לא קני ערב לא משתעבד אלא משום ההיא הנאה דמהימן ליה, י"ל שאני התם דעביד אינש דפרע חוביה ואנן סהדי דאהכי סמך מעיקרא וכטועה [וכתולה] בדעת עצמו דמי, ועוד דמימר אמר אנא כפינא ליה ופרענא לך מדידיה ואי לא פרענא לך מדידי דאי לא דאמר קים לי בנפשי לא הוה מתני הכי, תדע דהא ערב לאחר מתן מעות דליכא הנאה דמהימן ליה ואעפ"כ קנו מידו משתעבד (ב"ב קע"ו ב'), ואילו אסמכתא גמורה שהתנה על עצמו לא קניא עד דקנו מיניה צצית דין חשוב צצטול זכוותא כדפירש רבינו הגדול (הרי"ף ב"ב, ע"ח א' מדפי הרי"ף) שמע מינה ערב לאו אסמכתא גמורה היא לפי שאין הכל תלוי בדעת עצמו. ומה שאמר בסו"פ איזהו נשך (ע"ג ב') הכא לאו צידו, כלומר לאו צידו לגמרי שצבור הוא שצידו כו". עכ"ל.

אולם צמרדכי (ב"ק ס"י מ"ו, וצסנהדרין ס"י תשכ"א) כתב דאסמכתא קניא מדאורייתא דהא ערב משתעבד אע"ג דהוי אסמכתא. וז"ל המרדכי (ב"ב ק"ס ס"י מ"ו) והוצא בקצוה"ח (ס"י ר"ז סק"א) צוה"ל:

באסמכתא הוא צמה שנהנה מממון חצירו בגוונא שעדיין לא נתזרר אס יהיה שלו לחלוטין. ועיקר פלוגתא דקמאי הנ"ל האס בערב יש צו משום אסמכתא או לא הוא צפשטא דגמ', האס הדרינן מקס"ד לאסמכתא וערב חדא מילתא נינהו או לא.

דביסוד דינא לאסמכתא לא קניא, נתקשו הפוסקים מ"ש מתנאי בני גד ובני ראובן דג"כ היה בגוונא דאס יעברו ונתתס וגו'. והסמ"ע (בסי' ר"ז ס"ק י"ז) חילק, דהא לאסמכתא לא קניא היינו דוקא כשלא ידוע כוונת הנותן, דמכיון שאינו גומר ופוסק למכירתו אלא אומר אס יהיה אס לא יהיה, אמרינן דסמיך דעתיה דיהיה אותו הדבר ולא יהיה המכירה. ושאי מתנאי בני גד ובני ראובן, דהתס ידוע כונת משה רבינו ע"ה שהיתה דעתו להקנות.

והב"ח (בסי' ר"ז סעיף י"ח) תירץ, דמדלאורייתא אסמכתא קניא, וכבר כתב הקל"ח (שס סק"א) דמאינו כן במרדכי (צ"ק סי' מ"ו, ובהגהות סנהדרין סי' תשכ"א) והוצאו דרכי משה (בסי' ר"ז סעיף י"ד). וז"ל ה"ח: "אמנם בדברי רבינו ז"ע שכתב כו' בתולה בדעת אחרים הוא אסמכתא מטעם דלא הוא צידו, וקשיא טובא א"כ היאך נמצא ידיו ורגליו על כל תנאי בני אדם זה עם זה שכולם בלשון אס הם, ותולה בדעת חצירו, וכך התנו משה וישראל עם בני גד ובני ראובן אס יעברו ונתתס. וי"ל דסובר רבינו דבתנאי בני אדם זה עם זה צריך ליזהר שיהיה בדרכך שלא יהא צו חששא

"ועוד מנאחי לרבינו נתנאל מקינון, לאסמכתא קונה בהקדש, דהא אסמכתא קונה מן התורה כדגמרינן מערב, מנין לערב מן התורה שנאמר אנכי אערבנו". עכ"ל.

וביאור פלוגתתס, דהרמב"ן והמרדכי צ"מ דס"ל דערב אין צו משום אסמכתא היינו משום דבהא דקאמר רב אשי דטעמא דערב משתעבד משום דהיה הנאה, קמהדר מטעמא קמיייתא דקאמר אממר דערב תליא באסמכתא. אולם המרדכי צ"ק וצסנהדרין ס"ל דלא הדרינן מסברא קמיייתא אלא באמת ערב הוא אסמכתא רק דאיכא תוספת סברא בערב דלא ציטלו חכמים קנינו מפאת גמירות דעת.

ולבאורה י"ל דבהאי פלוגתא האס אסמכתא קונה מדלאורייתא או לא, תליא יסוד הטעם לאסמכתא אינה קונה, די"ל דהו"ל חסרון צסמיכות דעת, וממילא כשיש תוספת סברא דאית ליה הנאה כגון ערב שפיר משתעבד דאית ליה צסמיכות דעת. וזהו דעת המרדכי צ"ק וצסנהדרין. אולם הרמב"ן והמרדכי צ"מ ס"ל דהחסרון באסמכתא הוא צמעשה קנין ולכן לא מהני מה שגמר בדעתו וכגון בערב, דסו"ס חסר צמעשה קנין, ובהכרח דשאי ערב דליכא ציה אסמכתא גמורה.

(ב) אמנם נראה דשפיר י"ל דלכו"ע החסרון באסמכתא הוא רק צגמירות דעת, אבל צמעשה קנין בעצמו ליכא חסרון, ולכן בערב מהני גמירות דעתו מכיון דאית ליה הנאה דנעשה רצונו. ויסוד הנידון

דאסמכתא כגון צמעכשיו או קנין צבי"ד חשוב, ומתנאי צני גד וצני ראובן ודאי לא קשה דהתם הוי משה וישראל ולא הוי צבי"ד חשוב צישראל מעולם כמוהו. אי נמי דהוי צמעכשיו. אי נמי כל דין אסמכתא דלא קניא אינו אלא מדרבנן, אבל דאורייתא ודאי אסמכתא קניא כי היכא דערב משתעבד דאורייתא בלשון אסמכתא כו', והשתא ליכא קושיא מצני גד וצני ראובן דהתנאי היה חל דבר תורה אפילו אם תמני לומר דהוי אסמכתא כו'. עכ"ד הב"ח.

אולם הש"ך (צסי' ר"ז ס"ק י"ח) תמה ע"ד הב"ח, דהא בערב אמרינן בסוגיין קע"ג צ' הטעם דמשתעבד משום דבההיא הנאה דהימניה משתעבד, ומצואר דבלא"ה לא משעבד נפשיה כלל, הרי להדיא דלא אמרינן דאסמכתא קניא מדאורייתא.

ובביאור דברי הב"ח י"ל, דבעיקר סוגיין יל"ע, דאמאי מהני בההיא הנאה דערב לבטל חסרון דאסמכתא, הרי בההיא הנאה בערב אינו אלא כקנין כסף וכדקיי"ל (צסי' ק"ט ס"ג), וצקנין כסף נמי יש חסרון דאסמכתא. וז"ל דצמעשה קנין ענמו ליכא חסרון באסמכתא, אלא רק בגמירות דעת, דלא גמר צדעתו לקנין מכיון שהתנה צתנאי דאסמכתא ודעתו שצפופו של דבר יקיים התנאי. ולכן בערב מהני גמירות דעתו מכיון דאיכא ציה הנאה דנעשה רגונו, ועי"ז גמר צדעתו לכך וממילא אין צוה איסור להנות מממון חצירו, דהרי הרשהו. וכל איסורו להנות צינתיים עד שיתצבר קנינו הוא

מדרבנן אטו איסורא דלא תגזול וכמ"ש רש"י בצנהדרין כ"ד צ' ד"ה לא כו' דהו"ל כעין גזילה צידו.

והנה צס' אולם המשפט (צסי' ר"ז צש"ך ס"ק י"ח) כתב להוכיח כד' הב"ח, דמסוגיא דגמ' גופא משמע כדבריו, דהא לאחר דילפינן דערב משתעבד מקרא דאנכי אערצנו, איחא אמר אממר ערב דמשתעבד מחלוקת צבי יהודה ור' יוסי, לר' יוסי דאמר אסמכתא קניא ערב משתעבד לר' יהודה דאמר אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד, א"ל רב אשי לאמימר הא מעשים צכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד, ומשני אלא אמר רב אשי בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה. ודקדק צאולם המשפט, מדפריך רב אשי ממעשים צכל יום דערב משתעבד, ולא פריך דערב משתעבד מקרא דאנכי אערצנו או מקרא דאם ערצת לרעך, וקשה מהך קרא למ"ד אסמכתא לא קניא, אלא צהכרח דמקרא לא קשיא, דמדאורייתא אסמכתא קניא. אמנס נראה צד' הש"ך, דמהא לא אייריא, די"ל דהא דפריך ממעשים צכל יום היינו דוקא לענין הא דאסמכתא לא קניא, אבל לענין הא דמהני התחייבות להיות ערב צזה לא הגענו להא דמעשים צכל יום, אלא ידעינן ליה מקראי הנ"ל. ואפ"ה אמרינן דמהני מפאת טעמא דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה. וזהו שהקשה הש"ך דחזינן דבלא"ה לא משתעבד. וחזינן להדיא דאסמכתא לא קניא מדאורייתא. ועכ"פ צהך מלחא תליא פלוגתא הפוסקים הנ"ל.

ואמנם הציאור דדברי המג"א, דהחסרון באסמכתא אינו צמעשה הקנין, אלא רק בגמירות דעת, דדעתו היא שצופו של דבר יקיים התנאי, אבל בעיקר מעשה הקנין שפיר הקנה לו. וזוה שאני אסמכתא בישראל דהוא משום דאין איסור ליהנות מממון הגוי, וכמ"ש הגר"א (בסי' ש"ע סק"ז) בטעמא דאין איסור משחק בקוביא עם הגוי, וז"ל: "אע"ג דקיי"ל דגזל גוי אסור כמ"ש בריש סימן שני"ט, כה"ג דנותן לו מדעתו אין אסור, דהא ריבית היא כמו גזל כמ"ש בב"מ ס"א א', ואפ"ה מותר בגוי כמ"ש שם ע' ב' ומפורש בקרא כו". עכ"ד. הרי דמדינא דשרינן להלוות בריבית לגוי חזינן דאין איסור ליהנות מממון הגוי. והו' דשאני לענין אסמכתא, דיסוד החסרון בכך הוא בגמירות דעתו, ולכן כשעשה מעשה קנין שפיר קנאו.

ויעוי' בשו"ת רדב"ז (סי' תת"צ) שכתב דבנתינה לצדקה ליכא חסרון דאסמכתא, והציאור כנ"ל דמכיון והו"ל לצדקה גמר דדעתו, דהרי צמעשה הקנין ליכא חסרון.

[ובגידון אס אסמכתא לא קניא אלא מדרבנן, יעוי' בתשו' חת"ס (תו"מ סי' ס"ו סק"ג) שנחלקו בזה הרמב"ם והראש"ד בפ"ד מחמץ ומנא ה"ה, וז"ל: "צפלוגתת רמב"ם וראש"ד צהלכות חמץ ומנא, דלראש"ד דאין דין אסמכתא לגוי כו'. והנה טעם פלוגתתם בזה לא איתברר לי, ואולי י"ל עפ"י מ"ש דרכי משה סימן ר"ז אות ז', דיעה במרדכי, דאסמכתא דלא קניא

והראב"ד (פ"ד מחמץ ומנא ה"ה) כתב שאין דין אסמכתא בגוי, והמג"א (בסי' תמ"ח סק"ד) ביאר, דלאו משום דקנין מדיניהם מהני, אלא כיון דצדיניהם אין דנין דין אסמכתא ממילא גמר ומקנה. (וכתב דאע"פ דקיי"ל ציו"ד סי' ש"כ ס"ו דאזלינן בתר דין תורה ולא בתר דיניהם, מ"מ אינו דומה לדברי הראש"ד הנ"ל, משום "דהתם שאני כיון דצדיניהם לא היו אסמכתא, גמר ומקני, אבל הקנין צעינן דין תורה"). - אולם הגרעק"א בגליון השו"ע (בסי' תמ"א במג"א סק"ב) נתקשה בטעמו של המג"א, דא"כ גם בישראל לא יהיה חסרון אסמכתא, דהרי יודע שצ"ד יחייבוהו, וממילא אין חסרון צמה דהוי אסמכתא. וז"ל הגרעק"א: "וצעניי לא זכיתי להצין, הא יסוד דאסמכתא לא קניא אף דמכח התנאי היה ראוי לקנותו ויודע דאס לא יהיה לו המעות יקנה זה. מ"מ אמרינן דהוא חושב דדעתו שצוודאי יהיה לו מעות ולא יצא לכלל זה שיקנה זו, ולא גמר ומקני, א"כ מה בכך דצדיניהם אין דנין דין אסמכתא מ"מ הא דנין רק באס לא ישלם יקנה, והוא חושב דדעתו שישלם ולא גמר ומקני, ואי דהיה לו לחוש שמה לא יפרע ויפסקו צדיניהם שקנה, הרי גם צדיניו היה ראוי לקנותו באס לא יפרע לו, ואע"פ כן אמרינן דהוא לא גמר ומקני דחושב בצירור שצוודאי יפרע, ומה אלמותא בזה צמה שצנכרי אין דנין דין אסמכתא ואס לא יפרע יקנה זה, הא מכל מקום לדעתו שצוודאי יפרע, ולא גמר ומקני, וז"ע". עכ"ד הגרעק"א.

דרבנן בעלמא היא, דמדאורייתא קניא כמו  
 ערב, וזמרדכי דז"מ סי' ש"ע פליג דערב  
 צהוא הנאה דמהימן ליה גמר ומקניה. –  
 ובאמת לכאורה פשטא דש"ס ז"צ קע"ג  
 ע"ז הכי ריהטא, ותיקשי אהמרדכי דפ' שור  
 שנגח דו"ה סימן מ"ה והגה' ר"פ זה בורר  
 סוס"י תשכ"א דכתב דמדאורייתא קני מטעם  
 ערב. ואמנם אחר קצת עיון יש להוילא כן  
 מהש"ס שם, מדאמר ליה רב אשי לאמימר  
 והא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא  
 וערב משתעבד, ולא אמר בקיטור והא ערב  
 משתעבד מקרא מלא דיצר הכתוב בני אס  
 ערבת לרעיק, ותקשי לר' יוסי. ומדלא אמר  
 ליה הכי, שמע מינה דפשוט בעיני אהמר ורב  
 אשי דודאי מן התורה ערב משתעבד  
 ואסמכתא קניא, וכיון דעבדין ליה דינא  
 ממילא גמר ומקניא, וכמ"ש מג"א סי'  
 תמ"ח כו' לענין אסמכתא דגוי הוה נמי גבי  
 ישראל מן התורה אלא שראו חז"ל דעכ"פ  
 שלא ברצונו הוא מקנה רק על כרחו גמר  
 ומקני מפני חזק יד הצ"ד דעבדי' ליה דינא,  
 ע"כ ס"ל לר' יהודה דהפקיעו חכמים קנין  
 אסמכתא שלא יקנה אדם מחזירו כי אס  
 מרצון חזרו דומה קצת למ"ש ר' יוחנן ז"מ  
 קי"ז ע"ז דר' ס"ל אסור להנות מחזרו כ"א  
 מרצון. – והנה ס"ל לאמימר דה"ה ערב  
 הוה נמי בכלל תיקון רבנן דלא לישתעבד,  
 ודחה רב אשי ממעשים בכל יום. ועל כן גבי  
 ערב הניחו חז"ל על דין תורה, דירדו לסוף  
 דעתו שמרצונו משלם לו. – והשתא ס"ל  
 להראצ"ד אין דין אסמכתא, דנהי דגבי  
 ישראל תיקנו, מה להם לחכמים עם גויים,

ע"כ גבי גוי הניחו על דין תורה. – ויפה  
 כתב מג"א סי' תמ"ח הנ"ל, דממילא גמר  
 ומקני, כיון דהגוי מוילא ממנו צדינא,  
 משא"כ ישראל לא רצו חכמים שיהנה מחזירו  
 שלא ברצונו כו". עש"ה].

ג) אבנבם צנתה"מ (סי' ר"ז ס"ק ט"ו)  
 מבואר דגדר החסרון באסמכתא  
 הוא משום דהוי חסרון צמעשה קנין, דאס  
 אסמכתא קניא מדאורייתא וצוה החסרון הוא  
 מפני דליכא גמירות דעת ולכן כשיש לו הנאה  
 שפיר גמר דעתו. ואס אסמכתא לא קניא  
 מדאורייתא ממילא החסרון צמעשה קנין,  
 אע"פ דגמר דעתו לקנותו. – והא דמהני  
 מדין ערב היינו רק לגמירות דעת, אבל לא  
 עושה הנאתו למעשה קנין.

אבן הש"ך (צסי' ר"ז ס"ק י"ח) נקט לפ"ד  
 הנתה"מ, דהחסרון באסמכתא דלא  
 קניא דהיינו משום דלא גמר דעתו, ולכן  
 הקשה ע"ד הצ"ח מסוגיא דערב, דמהני  
 רק משום איכא הנאה דמשעבד נפשו.

ולדברי הנתה"מ בהכרח דהרמב"ם (פי"א  
 ממכירה ה"ז) והטור (צסי' ר"ז  
 סעיף י"ד) ס"ל דמדאורייתא אסמכתא קניא,  
 מהא דכתבו שהטעם דאסמכתא לא קניא  
 מפני שלא גמר דעתו, ואס גם מדאורייתא  
 לא קניא באסמכתא מאי אכפ"ל בגמירות  
 דעתו הרי בלא"ה לא קניא, דאטו גמירות  
 דעתו מעשה קנין. דלשיטת הנתה"מ עיקר  
 החסרון באסמכתא הוא צמעשה קנין,  
 ומדנקטו הרמב"ם והטור לטעמא דגמירות

דעת, שמעינן דמדאורייתא שפיר אסמכתא קניא.

דהנה יעוי"ש צנתה"מ שתיך קושיית הש"ך ע"ד הב"ח וכו"ה במרדכי, דס"ל דמדאורייתא אסמכתא קניא, דהא בערב אמרינן הטעם משום דצההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומקני. וז"ל הנתה"מ: "י"ל דמסתבר להמרדכי דסברת גמר ומקני לא מהני רק אי אמרינן דאסמכתא קניא מדאורייתא רק מדרבנן לא קניא, מהני לדחות הדרבנן, אבל אי מדאורייתא קנין ספק לאו קנין כלל הוא, לא מהני סברת דגמר ומקני, דהא מ"מ לאו קנין הוא. אלא אי אמרינן דמדאורייתא הוא קנין, אלא דאמדו חכמים שהוא מסמיכו דדברים, וכשהוא אומדנא דגמר ומקני מהני." עכ"ד.

(ד) והנה הרמב"ם (פי"א ממכירה ה"ב) פסק דכשעושה קנין לא הוא אסמכתא, ולא הזכיר דלריך לומר מעכשיו, ויעוי"ש (צה"ל ז') שהזכיר דלריך מעכשיו. והמגיד משנה ובכס"מ תירצו דדוקא אם עשה חזקה בקרקע גופא א"כ שיהא מעכשיו, אבל כשקונה בקנין סודר לריך מעכשיו. ועוד תירצו דאפילו כשקונה בקרקע מ"מ כשנחת לה בחורת משכון על חוב, אין צוה גמירות דעת למכירה, ורק ע"י מעכשיו מהני. — ובס' גדולי תרומה (שער ס"ג ח"א סק"א) הקשה על תירוצא קמא, דאין לומר דמיירי בשלא החזיק צוה, דהא הרמב"ם (פ"ו מהל' מלוה ולוה ה"ד) כתב דמיירי כשהלוקח אכל פירות, ובהכרח דמיירי כשירד לשדה.

והנתה"מ (בס"י ר"ז סק"ב) ציאר שיטת הרמב"ם, דשאני כשעושה קנין בגוף הקרקע ללא הוא אסמכתא, מהיכא דעשה קנין אתן על הקרקע, דהיינו שמתחייב עד זמן פלוני שאם יתקיים התנאי שימכור ויתן הקרקע, דבכה"ג לא מהני משום אסמכתא. — והיינו דמהני קנין אתן, וזהו בלא תנאי. משום דמהני קנין והתחייבות למכור דבר מסויים. ויעוי' ברמב"ן לעיל קס"ח ב' דמצואר דנקט הכי בדעת הרמב"ם, דאסמכתא מיירי בקנין אתן, וע"ש שהקשה ע"ד דהא קנין אתן לאו כלום. וע"ע מחנ"א (דיני אסמכתא סי' ז').

ובס' שערי יושר (שער ז' פ"ח) ציאר באופ"א, דג' אופנים מצינו בתנאי, חדא שמתנה מעכשיו אם יתקיים התנאי, וצוה יש כח קנין גמור מהשתא אם יתקיים התנאי. עוד אופן מצינו, בתנאי דאם, שיש מעכשיו כח קנין שתלוי בקיום התנאי, ולכן אינו חל רק כשמתקיים התנאי. ועוד אופן מצינו, דתולה קניינו בזמן, שמעשה הקנין אינו חל רק לאחר זמן, ולכן אמרינן צוה בלתי קניינו. — וצוה מצואר דברי הרמב"ם, דדוקא כשתולה חלות הקנין בזמן, וכעת אין כלל חלות קנין, ממילא מעשיו הוא אסמכתא. אבל אם עשה תנאי או מעכשיו או תנאי דאם, דיש מעשה קנין גמור שמעוכב החלות ע"י התנאי, לא אמרינן צוה אסמכתא.

ויעוי' בשער"י שם, שהעיר מדוע אסמכתא לא קניא, הרי הוא דברים שבלב ואינם

## מנחת

בבא בתרא

## חיים

שפז

הקנין בתנאי ממילא אי"ז דעת לקנין, דדעת מסופקת אינה דעת, רק דתלין שדעתו לעשות קנין בודאי, והתנאי הוא מילתא אחרימי לבטל המקח בציטול התנאי, משא"כ באסמכתא חשיב דעתו למעשה קנין בספק, ולכן לא חיילא.

דברים, ואע"פ דהוי דברים שבלבו ובלב כל אדם, מ"מ הא כתב הריטב"א בקידושין מ"ט א' דצדכרים הסותרים דברים שצפיו לא אזלין בתר דברים שבלבו ובלב כל אדם. ויעוי"ש שציאר דכל מעשה על תנאי, כשיש במעשה עצמו אומדנא שחולה את דעתו על

## סימן נב

### בדין שיעבודא דאורייתא

ערבין ליה ממילא אין גובין מהערב תחילה. וז"ל: ותמיהא לי למאן דס"ל למימר דבמתנה לא עבוד רבנן תקנתא תיפול"ל משום דאין נפרעין מן הערב תחלה וקי"ל דנכסוהי דבר איניש אינון ערבין ציה. וגבי לקוחות נמי אמאי אינטריכו לתקוני הא מדינא לא גבי מהאי טעמא דאמרין. ויעוי"ש דמירץ דשיעבוד נכסים עדיף משעבוד דערב בעלמא, מפני דהמלוה סומך בדעתו בעיקר על נכסי הלוה. וז"ל: "וי"ל דלאו ערבין לגמרי קאמר, דטעמא דערב משום דלא גמר ומשעבד נפשיה אלא היבא דלית ליה נכסי ללוה לאיפרועי מיניה, ומלוה גופיה עיקר שעבודה ליתה אערב אלא אלוה, אבל גבי נכסי ללוה דאי עיקר אסמכתיה עליהו, ולוה נמי צעידן מלוה גמר ומשעבד כולהו נכסיה, והלכך אי לאו תקנתא דעבוד רבנן גבי לקוחות הוה אמינא כיון דעיקר שעבודה אהאי צינונית הות אע"ג דשייר לווה זיבורית

(א) ב"ב קע"ה ז', אמר עולא דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ גובה מנכסים משועבדים מ"ט שעבודא דאורייתא ואלא מה טעם אמרו מלוה ע"פ אינו גובה אלא מנכסים בני חורין משום פסידא דלקוחות, אי הכי מלוה בשטר נמי, התם אינהו נינהו דאפסידו אנפשיהו. וברש"י בקידושין י"ג ז' ד"ה לאו כו' מצואר דגדר הדין דשיעבודא דאורייתא היינו דנכסוהי דאיניש ערבין ציה ומשתעבדים מדין ערב ויהיו מלוה על פה ומלוה בשטר שוין. ואם שעבודא לאו דאורייתא לא נשתעבדו נכסיו רק במלוה בשטר ששיעבדו להדיא.

והרשב"א בגיטין נ' ז' ד"ה וגרסינן כו' הקשה צדינא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין אפילו הן זיבורית דהוא מפני תיקון העולם, דאמאי הוצרכנו לתקנה על כך, והלא דינא הכי הוי מהתורה, דכיון דנכסי דאיניש אינון

קמיה מלוה כי גבי מצינונית דהוה שעבודיה עליה גבי, ד"ל מלוה ללוקח ארעא דידי גבי דיך היא ומשום פסידא דלקוחות אמור רבנן דויבורית דבני חרי ליגבי, דצינונית דמשעבדי לא ליגבי, הלכך גבי מתנה אי לא עבוד זה תקנתא מצינונית דמתנה גבי, כנ"ל. עכ"ל הרשב"א. וכיו"צ מבואר ברשב"א לעיל ז"צ קע"ג ב'.

ויל"ע דאמאי אין גובין מנכסים דאיניש קודם שתוצעים הלוה, והרי מכיון דהנכסים הו"ל בתורת ערבות א"כ אין גובין מהערב קודם שיתצע מהלוה. ובספר דברי משפט (בסי' ס"ו סק"א) העיר זאת.

וע"ש שכתב דד"ז שאין גובין מנכסי דאיניש קודם שתוצעים הלוה הוא רק דין דלכתחילה. וכמו שכתב הרשב"ס ז"צ קע"ד א' בזה"ל: "אין נכון להטריח את הערב כו' וה"ה בנכסין דאיניש לא נולזל בנכסיו להוריד בהן את המלוה חנם שמה יסלקנו ליה ולא נכטרך לירד לנכסיו". עכ"ל. ומשמע דאינו אלא דין דלכתחילה. – וזת"ד הדברי משפט: "מבואר ברשב"א גיטין דף נ' דהקשה הא אמרינן אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דיש בני חורין מפני תיקון העולם, ואמאי הא אף מדינא בלא תיקון עולם אינו גובה ממשעבדי דהא נכסי דבר נש אינן רק ערבין וקיי"ל המלוה את חבירו ע"י ערב לא יתצע הערב תחלה וכיון דיש בני חורין אכל הלוה ודאי מדינא אינו גובה ממשעבדי ללוה, ותיירך ללאו ערבין לגמרי דהא ערב אינו משועבד רק אם אין ללוה לשלם ומלוה גופיה

אינו סומך על ערב רק על לווה אצל על נכסי ללוה ודאי עיקר סמיכת דעת דמלוה אינו רק על נכסי ללוה, ולוה נמי בזמן דלקח ההלוואה משעבד למלוה כולהי נכסי ומשו"ה אם לאו משום תיקון עולם כיון דשיעבודא דבע"ח היא צינונית גובה ממשעבדי דהא מלוה אמר שיעבוד דידי גבך הוא ומשו"ה בעינן תיקון עולם ע"ש. ולדבריו ז"ל הא דאמרינן ז"צ דף קע"ג הא דינא דאחתי למלוה בנכסי ללוה קודם דתצע ללוה מסלקין ליה דנכסי ללוה אינן אלא ערבין וקיי"ל לא יתצע הערב תחלה ע"ש, אף דעיקר סמיכת דעת דמלוה אינו רק על נכסי ללוה ולא דמי לערב דעיקר סמיכת דעת על הלוה כסדרת הרשב"א, וז"ל אף דעיקר סמיכות דעת דמלוה הוא על נכסי ללוה מ"מ אין מלוה יכול לגבות תחלה מנכסי ללוה אולי ישלם הלוה למלוה, וכ"כ ברשב"ס שם כיון דלוה יכול לסלק למלוה במעות אולי ישלם לווה ואין הדיין רשאי לירד את המלוה בנכסי ללוה אצל ודאי אם אין הלוה משלם עיקר סמיכות דעת דמלוה על נכסי ללוה, ועי' בהרא"ש ז"צ דף קע"ג דכתב נכסי דבר נש ערבין ציה והוי כאילו אמר מלוה על מנת שאפרע מנכסים אם ארעה ע"ש. כו". עכ"ד הדברי משפט.

ונמצינו למדין דלדעת הרשב"א שייך שיעבוד נכסים אע"ג דליכא שיעבוד הגוף דהלוה גופיה, מכיון דגדר שיעבוד נכסים הו"ל כקנין צפני עכ"ל.

ובאמת דיעוי' צחי' הרשב"א בקידושין ח' ז' בזה דאיתא התם אמר לאשה

התקדשי לי זדינר ונתן לה משכון אינה מקודשת מ"ט מנה אין כאן משכון אין כאן. וזיאר הרשב"א דאע"פ דליכא שעבוד הגוף מ"מ שפיר חל שיעבוד המשכון, ואפ"ה אינה מקודשת משום דאכתי אגיד גזיה. ומזואר דס"ל דחייל שיעבוד נכסים אף דליכא ליה וכמו דערב דעלמא. [ופליג ע"ד התוס' והרא"ש שם, שפי' דמכיון דלא נתחייב גופו לא נשתעבדו הנכסים. וזיאר באבני מילואים (סי' כ"ט סק"י) דמכיון דנכסי דאיניש אינון ערבין ליה לכן בגוונא דליכא חיוז הגוף ליכא נמי שעבוד נכסים, דהיכא דליכא ליה ליכא ערב. והיינו דלא שייך שיעבוד נכסים בלא שישתעבד גופו תחלה. וכמש"כ רש"י בב"מ ס"ז ב' דהמלוה סומך על נכסי הלוה בשעת ההלוואה, וז"ל רש"י: "ואי ירתי קרקעות משתעבדי נכסיה מחיים ומיחייב מדין ערב דנכסייהו דבר אינש אינון ערבין ציה דכי אזפיה עליהו סמיך". עכ"ל. הרי דמעיקרא סמך המלוה על נכסי הלוה והו"ל כערב, ולכן מכיון דחיוזן הוא מחמת חיוז בעליהם ליכא שיעבוד נכסים בלא שנשתעבדו הבעלים].

ויעוי' עוד בחידושי הרשב"א בב"ב קמ"ז ב' דאפילו מחל המלוה לשיעבוד הגוף דהלוה, לא נפקע שעבוד נכסים. וע"ש דהתוס' פליגי בזה [והיינו כטעמייהו בקידושין, וכמשנ"ת].

והנה יעוי' ברשב"א בחי' לעיל קמ"ז ב', שהציא הנידון האם מכירת שטרות דאורייתא, דהרי"ף נקט דמדיכול למחול שמעינן דמכירתן אינה תורה, ור"ת פליג

וק"ל דהו"ל מהתורה וטעמא דיכול למחול הוא לפי שאין אדם יכול למכור אלא זכות השעבוד שיש לו בנכסי חבירו אבל חיוז הגוף שחבירו מחוייב לפרוע לו כדאמרין פריעת בעל חוב מצוה אינו יכול למכור ונכסוהי דבר איניש אינון ערבין ציה וכל שזה מוחל ללוה חיוז הגוף פקע שעבוד נכסים. ויעוי"ש בחי' הרשב"א דפליג ע"ד ר"ת, בזה"ל: "ולא ירדתי לסוף דברים אלו, שאלו תאמר שאינו מוכר לו אלא שעבוד הנכסים שיש לו על חבירו, השיעבוד אין לו גוף שיהא קנוי ומכור ואילו נכסי הלוה אינן של מלוה שיוכל למוכרו, דאקדיש מלוה וצין מלוה לא עשה ולא כלום דקיי"ל כרבא דאמר (פסחים ל"א א') מכאן ולהבא הוא גובה, ואם חל על השעבוד ועל הגוף מכירה ומדאורייתא מה שהוא קנוי לו היאך אפשר לאחר למחול שאין אדם מוחל נכסי חבירו. ועוד שאם אתה אומר שכל שפקע חיוז הגוף פקע השעבוד א"כ אף אנו נאמר דאפילו מלוה בשטר אינה גובה מן היורשים דשעבוד גוף הלוה פקע עם גמר מיתתו וכל שאין גוף אין שעבוד. וכ"ת שאני התם דלא פקע לגמרי אלא משום דליתיה הא איתיה אכתי מחוייב הוא, והרי זה כמי שהלך למדינת הים דיורדין לנכסים ונפרעין מן הנכסים של ערבים כל שידענו שלא התפיסו זררי ושלל פרעו, אבל כאן אפילו איתיה לא מחייב דהא פטריה מלוה, זו אינה תורה, דאם חלה המכירה לא על השעבוד בלבד חלה אלא אף על הלוה ואילו אתא לוקח לב"ד לגבות את חובו אין צ"ד יורדין לנכסים מקמי דלודעיה ללוה דקיי"ל אין נפרעין מן הערב

תחלה, ואם איתא דאין המכירה חלה על שעבוד גוף הלוה אין כאן לזה לגבי דהאי, וכיון שכן אז תפקע המכירה דכיון דאין ליה אין ערב כו"ל. עכ"ל הרשב"א.

**איברא דזיסוד דזרי הרשב"א בקידושין ח' ז' דחילל שעבוד נכסים אע"פ דליכא שעבוד הגוף וכמנ"ל, יעוי' צס' אמרי בינה (דיני הלואה סי' י"ד) שנטה מזה דביאור דזריו, וכתב דלכו"ע לא חילל שעבוד נכסים צכה"ג. וכיו"צ כתב בחזו"א (אהע"ו סי' קמ"ח, בקידושין ח' ז').**

**אבן ז"ב לפ"ו** צהא דאמרינן בצבורות מ"ח א', בשני יוסף בן שמעון שנתחייב אחד מהם לאחר ואינו יודע איזה מהם, דאע"פ שיש להם שדה צשותפות דאיכא שעבוד על השדה ממנ"פ, מ"מ אין גוזין מהשדה, מטעמא דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ליה והא דגוזין מהנכסים הוא מדין ערבות, ומשו"ה הדין הוא כמו בערב דאין גוזין מהנכסים קודם שגוזין מהלוה עצמו, וכיון דהלוה פטור דאין ידוע מי שנתחייב לו ה"נ לא גוזין מהנכסים. וקשה לכאורה לפמנ"ל ד' הרשב"א דהאי דינא דאין גוזין מנכסי דאיניש קודם שמוצעים מהלוה היינו דוקא לכחיליה, א"כ אמאי לא גזינן מנכסיהם המשותף, דסו"ס איתא ציה שיעוד למלוה.

**אבן י"ל** דהתם הנידון הוא צשעבוד צשטר, והטעם דאינו גובה הוא משום דמהשטר גופא אינו מוכח למי נתחייב, וממילא ליכא שעבוד כלל. ויעוי' צשו"ע (סי' מ"ט סעיף י') דאם אחד נהיה ערב לאחד

מצ' יוסף בן שמעון ואין ידוע מיהו הלוה, דמכיון ואי אפשר לגבות מהלוה דהא אינו ידוע לכן אין לגבות מהערב. וע"ש בקצוה"ח (סק"ט) דהטעם משום דמיירי צשטר התחייבות ומכיון שאינו מוכח צתוך השטר לא חילל החיוב. וע"ש צנתה"מ (ס"ק כ"א).

**ובדברי הרמ"ה** לקמן קע"ו א' מתבאר דתרי גוויי שעבודא דאורייתא איכא, חדא דענא ההלואה משעבדת הנכסים, ועוד גוויי דשיעבוד איכא והיינו מה שנהנכים משועבדים צתורת ערב על הלוה שישתלם מנכסיו. – והשעבוד מחמת ענא ההלואה אינה מחמת סמיכות דעת המלוה על נכסי הלוה, אלא דמחמת עיקר ההלואה משעבדו נכסי הלוה מאליהם, ולפ"ו כתב הרמ"ה דגם מטלטלים דהלוה משעבדי.

**דיעווי"ש** (צאות קמ"ח) צציאר דהא דקאמר רב פפא צדף קע"ו א' דשיעבודא דאורייתא אינו כהך שיעבודא דקאמר עולא לעיל קע"ה ז', דדברי עולא הוא אף צמטלטלים מדאורייתא וכדיליף מיוציא אליך את העבוט, אבל רב פפא קאמר דוקא צמקרקעי מכיון דנקט דנשתעבדו נכסיו מדין ערב. – וז"ל: "מיהו צריכינן לצרורי אליצא דרב פפא דפסק הלכתא דשעבודא דאורייתא, דטעמיה דרב פפא לאו מקרא דיוציא אליך את העבוט קא יליף כדעולא, דא"כ אפילו מטלטלי דיתמי נגבי כי דינא דאורייתא, דהא קרא דילפינן מיניה צמטלטלי כתיב, ותקנתא דרבנן נמי גבי יתמי לא שייכא לאפקועיה לצעל חוב כו', אלא רב

פפא כי אית ליה שעבודא דאורייתא מדין ערב הוא דאית ליה, לא שגא מלוה בשטר לא שגא מלוה על פה דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ציה. ודוקא צמקרקעי דסמכא דעתיה עליהו דלא יכיל לאצרוחינהו מיניה, אבל מטלטלי דלא סמכא דעתיה עליהו ליכא לשעבודי מדין ערב, דהו"ל כערב שלא בשעת מתן מעות דלא משתעבד שלא צקנין שלא על אמתתו הלוהו כו' ל"ש צהו שיעבודא אלא צמידי דסמכה דעתיה דבע"ח למגבא מיניה". עכ"ל.

ויעוי' צישועות ישראל (סי' ל"ט עין משפט סק"ג) דמד' הרמ"ה חזינן דפליג ע"ד הרשב"א דנקט דמדאורייתא גס מטלטלי נשתעבדו, וכמשנ"ת. והוסיף דגס צמש"כ הרשב"א דאס שיעבדו צפירוש אף שלא שיעבדו מטלטלי אגב קרקע גוצה מיורשין הגס שאינו גוצה מלקוחות, ולד' הרמ"ה מתבאר דפליג צזה. ויבאר עוד צאות ג' צזה.

(ב) ב"ב מ' א' הודאה צפני שנים וצריך לומר כתוצו קנין צפני שנים ואינו צריך לומר כתוצו, ופי' הרשב"ס צד"ה דסתס כו' דכיון שהקנהו אין לך יפוי כח גדול מזה ומסתמא רוצה שיכתצו לו, וז"ל: "דכיון דמקנה ליה צסודר צפני עדים וממרה להקנותו מיד ואינו מדחהו עד שילך וימשוך צמטלטלין או ילך ויחזיק צקרקעות מתכוין הוא להקנותו צעין יפה ומסתמא רוצה שיכתצו לו כדאמר צכתוצות צפ' אע"פ אמר לעדים כתוצו וחתומו והצו ליה קנו מיניה לא

צריך לאימלוכי ציה כשירצו לכתוצו השטר שמא חזר דסתס קנין לכתוצה עומד אבל לא קנו מיניה איכא למ"ד חתס צריך לאימלוכי ציה ואע"ג דציוס צהדיא לכתוצו לו". עכ"ל. – וצסנהדריין כ"ט צ' אמרינן, הודה צפני שנים וקנו מידו כותצין לא קנו מידו אין כותצין, ויעוי"ש צגמ' דצעינן שיאמר כתצו וחתמו והצו ליה, דאמרינן התיא אודיתא דלא הוה כתצו צה אמר לנא כתוצו וחתמו והצו ליה. וכתצו הצ"י (צסי' ל"ט) דלפ"ז הא דאמרינן צצ"צ מ' א', צריך לומר כתוצו פירושו כתוצו וחתמו והצו ליה.

והנה יש לחקור צגדר קנין צפני עדים, האס יש צכך כח שטר לענין עשיית קול, או דלמא הקנין הו"ל רק צגדר גילוי דעת המתחייב דליכא מניעה שיכתצו שטר וממילא לפ"ז דוקא כשכתצו שטר מהני. ונחלקו צזה המרדכי (צגיטין סי' שפ"ח) והנמוק"י (צ"צ ע"ט ע"צ מדפי הרי"ף), דהנמוק"י כתצו סתס קנין לכתוצה עומד וקול יש לדצר וגוצה ממשעבדי אבל כשלא נכתצו הקנין אינו גוצה מנכסס משועבדים דהא צטיל קלא, כן כתצו ר"י. עכ"ל. אולס המרדכי כתצו דקנין צעדים חשוצ כשטר לכל דצר. – אכן נמצינו למדין דג' אנפי הוא צפשטא דסתס קנין לכתוצה עומד דלהרשב"ס היינו יפוי כח, ולדעת המרדכי משוס דהו"ל חלק מהקנין, ולדעת הנמוק"י היינו משוס דהו"ל קול.

ובדינא דהודאה צפני שנים מתבאר דאפילו לא ראו העדים ההלואה אלא שהודה

צפניהם שחייב לו מנה ולקח בקנין כותבין לו, וכמש"כ הטור (בסי' ל"ט) וביאר הצ"י שהוא מצואר בגמ' מהא דהזכירו הודאה.

ובהגהות אשרי (בפ"ג דסנהדרין סי' כ"ז) הביא מהא"ז (בסנהדרין סי' נ"ג) זזה"ל: "הודה צפני שנים וקנו מידו כותבין, פירש ריב"ן שקנו מידו שיתן לו חובו עד זמן פלוני, אבל אם אמר בפתח הגני מודה לך בקנין צפני עדים שאני חייב לא ידעתי על מה יחול הואיל ואין מקנה לו עתה שום דבר עכ"ל". והוצא צ"י (בסי' ל"ט ס"ו). – וצדק הצית כתב ע"ז: "ואין דבריו נראה לי, שכיון שהוא מודה שחייב לחצירו מנה נכסיו משועבדים ונוטל קנין על שיעבוד נכסיו שמקנה לו נכסיו לשעבדם". עכ"ד הצ"י צדק הצית. – ולכאורה י"ל צביאור ההגהות אשרי, דאין חידוש בקנין על ע"ס החוב, והרי ליכא תוספת צעיקר החוב צעשיית הקנין, דהלא כח גביית החוב ממשועבדים הוא מחמת השיעבוד, ומכיון וליכא תוספת צע"ס השיעבוד ע"י הקנין לא נמחדש השיעבוד. – וצ"פ"א י"ל דליכא לשיעבודי אלא רק כשמשעבד גופו, ומכיון דלא נשתעבד גופו צכה"ג ליכא שיעבוד נכסים, דהלא הו"ל קנין דברים.

חייב לו צראשונה, ודאי אם קנו מידו שיתן לו חובו לזמן פלוני הרי מתחייב לו בקנין שנשתעבדו לו נכסיו למכרם בזמן פלוני אם לא ישלם, אבל עכשיו אינו אלא קנין דברים, ולפיכך אפילו קנו מידו אין כותבין, ואם עברו וכתבו אין לו דין שטר אלא מלוה על פה, דחתימה שלא כדין לית ליה קלא כדכתב הרשב"א [צתשו' סי' של"ח] ומציאו צ"י מחודש סימן ג', זו היא דעת ריב"ן. עכ"ד.

והיינו דהציאור צהגהות אשרי דלאחר שכבר נשתעבדו הנכסים מכיון דשיעבודא דאורייתא, א"כ לא הוסיף בקנינו כלום, והו"ל קנין דברים. – וע"ש שתמה עפ"ז צמש"כ הצדק הצית, זזה"ל: "והרב צספר צדק הצית הקשה עליו וז"ל ואין דבריו נראה לי דכיון שמודה שחייב לחצירו מנה נכסיו משועבדים ונוטל קנין על שיעבוד נכסיו שמקנה לו נכסיו לשעבדם עכ"ל. ולמאי שכתבתי לא קשה מידי, ומו דהלא צמסקנת דבריו כתב דהקנין מועיל שלא יוכל לומר פרעתי צפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים וא"כ אינו קנין דברים וכותבים אפילו לא אמר להם כתובו כו". עכ"ד הצ"ח.

איברא דדבריו ז"ע, הרי חכמים הפקיעו שיעבודא דמעיקרא, ורק ע"י קנינו נשתעבד. [ויעו' צש"ך (סי' ל"ט סק"א) שהציא דברי הגהות אשרי ומש"כ עליו הצדק הצית, וכתב דהצ"ח יישב הג"א, וסיים הש"ך דצ"ע לדינא]. – וצתומים (סי' ל"ט סק"א) תמה כיו"צ צדברי הצ"ח, וז"ל: חדא דא"כ אף צשעת הלואה אם נתן שעה קודם הקנין המעות, דכבר נשתעבדו נכסים א"כ על מה

והב"ח (בסי' ל"ט) הביא דברי הגהות אשרי, וביאר דבריו: "ונראה דמייירי שכבר הלואה לו צפני שנים, וא"כ כבר נשתעבדו לו נכסיו, דס"ל לריב"ן כדעת התוספות דקיימ"ל כעולא (ב"ב קע"ה ב') דשעבודא דאורייתא כדכתב רבינו סו"ס פ"ח, א"כ אין מתחייב צזה הקנין יותר ממה שהיה

יחול הקנין אח"כ. ועוד דכיון דעכשיו הפקיעו חז"ל שעבוד למלוה על פה ותיקנו דמלוה על פה אינו גובה ממשעבדי מה נפקא מינה אם יש שיעבודא דאורייתא סוף כל סוף עכשיו פקע שיעבודא, ובקנינו חוזר ונייעור צשיעבוד של תורה לחול. עכ"ד התומים צקושייתו ע"ד הב"ח.

ובביאור דברי הב"ח, כתב צ"ח אמרי בינה (דיני הלואה סי' א') דס"ל להב"ח דאף שהפקיעו חז"ל השיעבוד נכסים לגבי הלקוחות מ"מ כל זמן שלא מכר הנכסים, לגבי הלואה נשאר השיעבוד על הנכסים אם שיעבודא דאורייתא, וכמו שכן דעת כמה פוסקים דלכך מלוה על פה מוקדם ומלוה צשטר מאוחר קודם מלוה על פה מכיון דשיעבודא דאורייתא, והיינו כל זמן שלא מכר הלואה הנכסים לא נפקע השעבוד של תורה וא"כ הקנין על השטר אינו מוסיף עליו שום שיעבוד, רק דע"י השטר יש קול ויכול לטרוף אף מן הלקוחות ולא נפקע השיעבוד ע"י קניית הלקוחות, ושפיר כתב הב"ח בדעת ההגהות אשרי דלא הוה רק קנין דברים. אולם להסוברים דעכשיו שהפקיעו חז"ל דלא יגבה ממשעבדי אף המלוה צפני עדים כיון דלא כתב שטר לית ליה קלא שוב הוה גם לגבי הלואה כלא חל השעבוד, וכמש"כ החוס' צ"ח דף ד' דצמלוה על פה כיון שהפקיעו חכמים השיעבוד הוה כמחל השעבוד ושפיר חל השעבוד ע"י הקנין, והוה הטעם דצמלוה על פה ליכא דין קדימה. – והיינו דהא דהפקיעו חכמים שיעבודא דמעיקרא אינו הפקעה צעיקר החוב, דודאי דאיכא שיעבוד הגוף

והנכסים גם אחר תקנתם, רק שכשמכר הנכסים לא הרשוהו למלוה לגבות מנכסי הלואה, אצל לענין גביית השיעבוד מיניה שפיר איכא שעבוד נכסים. והוה שכתב הב"ח דכבר משועבד לקיים הלואתו צשעת ההלואה, ואין הקנין תוספת על עיקר השיעבוד.

ובעיקר דברי הגהות אשרי, ביאר צ"ח ישועות ישראל (סי' ל"ט), עין משפט סק"א) דלאחר שכבר נשתעבד צגופו אין צכותו לשעבד נכסיו צקנין סודר דהא קיי"ל (בסי' קצ"ה ס"ט) דאין קנין סודר מהני לקנות שכירות או קנין לזמן, דקנין סודר מהני רק לדבר שקונה לגמרי, ולכן הגם דעל גופו ודאי חיי"ל שיעבוד הגוף צקנין, מ"מ אינו משעבד נכסיו צכה"ג מכיון וכבר נשתעבד גופו מקודם. ודוקא כשמשתעבד גופו מהני צקנין סודר דהנכסים משתעבדי ממילא מדין ערב. – ויעו' צאמרי בינה הנ"ל שצתחילת דבריו תירץ כיו"צ.

ובעיקר הך דינא יעו' צצ"צ קס"ו צ' צהא דתנן אין כותבין שטר ללוקח עד שיהא המוכר עמו, והרמב"ן צד"ה כותבין כו' כתב דהא מילתא דפשיטא, אלא מיירי שהמוכר הקנה אפלוני שלא צפני הלוקח וצא הלוקח שיכתבו לו השטר דאין כותבין לו, דלא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד אלא צפניו. והוצא צטור חו"מ (סי' רל"ח ס"צ). – ומשמע דצפניו שפיר כותבין אע"פ שהקנין צא לקיים עיקר המקח וצצ"ח כנסת הגדולה (סי' ל"ט צהגהות הטור סק"ט) הביא צצס חכם אחד שצידד לומר דלא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד אלא צמקום שאין צריך לגוף

ומלוה וצאו לוקח ומלוה ותצעו שיכתבו ויתנו להם אין כותבים ונותנים להם כלל שלא אמרו סתם קנין לכתיבה עומד אלא כשהוא לפניהם אי נמי דלא ניחא ליה שיכתבו לו עד שיקבל מעותיו אי נמי אפשר ליה שיכתבו לו עד דנמסר שטרם עד דשקיל לדמיה. ודעת הרשב"א והרא"ה דכל שקנו מיד הלואה או מיד המוכר סתם כותבין ונותנין למלוה וללוקח. עכ"ל הנמוק"י.

והנה הב"י (בסי' ל"ט מחודש ה') אחרי שהביא מש"כ הטור (בסי' רל"ח) בשם הרמב"ן דמייירי לענין מכירה שלא בפני הלוקח, כתב: "ומשמע שהוא הדין לענין הלואה. ויש לתמוה למה לא הזכיר רבינו כאן". ובדק הבית כתב הב"י: "וכ"כ הנמוק"י צ"פ גט פשוט דה"ה להלואה".

אמנם הב"ח (בסי' ל"ט סק"ד) הביא דברי הב"י הנ"ל, וכתב דהכרעת הטור דלא כהרמב"ן לענין הלואה, אלא כמש"כ הרשב"א והרא"ה, דהרי הטור כתב (בסי' ל"ט ס"ק י"ז וי"ח) דכותבין שלא בפני המלוה אם אמר קנו ממני וכתבו לו שטר או אפילו כתבו סתם הרי אלו כותבין ונותנין כו', ע"ש. הרי דס"ל להדיא דגם לענין הלואה כשקנו שלא בפני הלואה דאפ"ה כותבין ונותנין השטר למלוה. — ויעוי"ש בב"ח שתמה, דא"כ לא הו"ל להטור להביא את דברי הרמב"ן בסי' רל"ח בסתמא, מכיון דס"ל דלא כדבריו וכמש"כ (בסי' ל"ט ס"י"ז וס"י"ח) וכמשנ"ת. — וכתב הב"ח דדוחק לומר דמחלק בין הלואה למכירה, דמאי שנא.

החיוז את הקנין, וכגון בגוונא שהודה דבלאו ההודאה היה מהני לענין שיהיה כמלוה על פה, אבל במקום שצריך הקנין לגוף החיוז לא אמרינן דסתם קנין לכתיבה עומד. ויעוי' בספר ישועות ישראל (סי' ל"ט, עין משפט סק"ד) שהוכיח מהתוס' ב"מ ט"ו א' ד"ה אימלך כו', דלא כדבריו, יעוי"ש שהקשו למאי דמסיק דהא דאמר שמואל במכר שדה שאינו שלו דמעות יש לו שבה אין לו ורק בגוונא דקנו מידו על השבח דבלאו הכי חיישינן דמחזי כרביצית, והקשו דא"כ למה צריך לאימלוכי ציה הרי סתם קנין לכתיבה עומד. והעיר בס' ישועות ישראל הנ"ל, דלפ"ד הח"א שהוצא בכנה"ג הרי שפיר מחוייב לאימלוכי ציה, מכיון דהתם צריך הקנין לגוף החיוז, דהא בלא הקנין לא היה נתחייב בשבח ופירות דמחזי כרביצית. ובהכרח דבכל גוונא אמרינן דסתם קנין לכתיבה עומד. איברא דיעוי"ש בישועות ישראל דדוקא כשהחיוז צרור אמרינן דסתם קנין לכתיבה עומד, אבל כשהחיוז אינו צרור לא אמרינן דסתם קנין לכתיבה עומד, וע"ש שכ"ה בשיטמ"ק. ויעוי' עוד בתומים (סי' קט"ז סק"ה), ובמש"כ ע"ד בישועות ישראל הנ"ל].

והרשב"א בסוגיא דב"ב קס"ז ב' ד"ה הא כו', והרא"ה שהוצא בנמוק"י שם, פליגי וס"ל דאע"פ שהלוקח אינו בפני העדים בשעה שהקנה לו המוכר דאפ"ה כותבים ע"ז שטר. וז"ל הנמוק"י שם (ע"ז ע"ב ד"ה גמרא) בשם הרמב"ן. "שאם קנו מיד הלואה או מיד המוכר שלא בפני לוקח

## מנחת

בבא בתרא

## חיים

שצה

וייעויו' צב"ח (צסי' ל"ט ס"ק י"ח) שכתב על קושייתו הנ"ל בד' הטור, צוה"ל: "ואפשר לפרש בדברי רבינו איפכא, והוא דס"ל כמ"ש לקמן בשם רמב"ן ללא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד אלא בפניו, וה"ה בהלואה, ולעיל בתחילת הסימן לא כתב סתם קנין לכתיבה עומד אלא דוקא בפניו, והכא דמיירי דאין המלוה עמו אין אומרים סתם קנין לכתיבה עומד אלא אם כן דמפרש כתבו לו או כתבו סתם". וסיים הצ"ח: "וא"כ הא דנקט רבינו הכא או אפילו כתבו סתם, דוקא כתבו, ללא כמ"ש צ"י". והיינו דיעווי"ש צב"י שכתב: "ומ"ש רבינו או אפילו כתבו סתם ללא דוקא, דה"ה אפילו לא אמר כתבו, כיון שקנו ממנו כותבין ונותנין ציד המלוה". וע"ז פליג הצ"ח, דהיינו בדוקא כשאמר כתבו, מכיון ללא היה בפניו. ונצטיקר דברי הצ"י, יש להעיר ממש"כ הצ"י בריש הסימן, לאחר שהביא סוגיית הגמ' בסנהדרין כ"ט ב' לענין הודאה בפני שנים וקנו מידו כותבין, והוסיף הצ"י: "ודאמרינן צפרק חזקת לריך לומר כתובו" פירושו כתובו וחתומו והבו ליה אלא שקיזר בלשונו". עכ"ד. וצ"ב דהא בצעיף י"ח כתב הצ"י דכשקנו מידו א"צ לומר כתובו, דכיון שקנו ממנו כותבין ונותנין ציד המלוה].

ג) ב"ב קע"ו א', א"ר פפא הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשים, ומפרש טעמא משום שלא תנעול דלת בפני לוי. אולם בקידושין י"ג ב' מפרש טעמא משום דשעבודא דאורייתא. והתוד"ה גובה כו' כתבו בשם ר' אליהו וכ"ה בתוס' בקידושין

ד"ה אמר כו' בשם ר"ח דקיי"ל דשעבודא לאו דאורייתא, והא דאמרינן דשעבודא דאורייתא היינו דוקא במלוה הכתובה בתורה כקרבן ופדיון הבן. – ובגידולי תרומה (ריש שער ס"א) והמהרש"ל צי"ש (פ"ק דצ"ק סי' ט"ז) נתקשו לפ"ד צה"ל דפריך צב"ב קע"ה ב' לרב ושמואל דס"ל דמלוה ע"פ אינו גובה מהיורשים דשעבודא לאו דאורייתא, מהא דשנינו החופר צור ברשות הרבים ונפל עליו שור והרגו פטור ולא עוד אלא שאם מת השור יורשי צעל הצור חייבים לשלם דמי השור לצעליו, אלמא מלוה ע"פ גובה מהיורשים. ומשני ר' אלעי בשם רב דמיירי כשעמד צדין. וקשה דמה הקשה המקשן או מה תירץ התרנן, לימא שאני התם גבי ניזקין דמלוה הכתובה בתורה היא, ומה צריך לחלק כשעמד צדין צכדי.

וייעויו' צב"ך (סי' ל"ט סק"צ) שהשיב בתרמי, חדא שהרי התוספות לא כתבו כן אלא לרב פפא, דצב"ב קאמר הלכתא גובה מן היורשים שלא תנעול דלת בפני לוי, ובקידושין קאמר הלכתא גובה מן היורשים שעבודא דאורייתא, אלמא דס"ל לחלק צה"ל, אצל לרב ושמואל משמע שם להדיא דס"ל אפילו במלוה הכתובה בתורה שעבודא לאו דאורייתא, ולהכי קאמר רב ושמואל צב"ב סתמא שעבודא לאו דאורייתא, ולהכי נמי קאמר שמואל צפ"ק דקידושין האשה שהציאה חטאתה ומתה לא יציאו יורשים עולתה, ומפרש התם צב"ס משום דשעבודא לאו דאורייתא אפילו במלוה הכתובה בתורה ע"ש, וא"כ מתיב שפיר צב"ב לרב ושמואל.

דרב פפא דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ואין  
 זוה ספק אללס כלל, רק העלו דאף דאמת כן  
 בדברי רב פפא, מ"מ אין הלכה כמותו,  
 דקיי"ל כר' יוחנן וריש לקיש, ע"ש שהאריכו.  
 וכמו דס"ל לרמב"ן וסייעתו, כן י"ל בתוס',  
 דהא התוס' לא הזכירו כלל מפסק הלכה, רק  
 הם פירשו מילתא דרב פפא דלא יהיו דבריו  
 סותרים, אבל בשביל זה אין כאן פסק הלכה".  
 עכ"ד התומים. — ויעוי' עוד ב'ס' משנת  
 חכמים (הל' דעות ס' ז', ציבין שמועה אות  
 ג') שכתב כיו"צ.

והנה ציטוד קושיית התוס', תירץ הרי"ף  
 בשלהי צ"צ דמשום נעילת דלת  
 אוקמוה אדאורייתא. וז"ל הרי"ף: "אמר  
 עולא דבר תורה אחד מלוה ע"פ ואחד מלוה  
 בשטר גובה מנכסים משועבדים מ"ט  
 שעבודא דאורייתא ומה טעם אמרו מלוה  
 ע"פ אינו גובה מן הלקוחות משום פסידא  
 דלקוחות אי הכי מלוה בשטר נמי התם אינהו  
 אפסידו אנפשייהו וקיי"ל הכי דהא רב פפא  
 דהוא בתרא פסק הלכתא הכין צפרק האשה  
 נקנית דאמר ר"פ הלכתא מלוה ע"פ גובה  
 מן היורשין שעבודא דאורייתא ואינו גובה מן  
 הלקוחות דלית ליה קלא, והא דקא פסק ר"פ  
 הכא ואמר דהלכתא מלוה ע"פ גובה מן  
 היורשין ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה  
 קלא לאו דפליגא דידיה אדידיה אלל הא  
 קמ"ל דהיינו טעמא דאוקמוה רבנן  
 אדאורייתא וגובה מן היורשין שלא תנעול  
 דלת צפני לוי". עכ"ל.

ולפירוש הרי"ף מיושב קושיית התוס'

ויכול להיות שהמקשן והתראן גופייהו ס"ל  
 לחלק צין מלוה הכתובה או לא, רק שמקשין  
 ומתראין לרב ושמואל. ועוד שהרי האי מיתבי  
 אינו סתם ש"ס, אלל לשון מיתבי הוא שבני  
 ישיבה של רב ושמואל הוא שהקשו כן, חדא  
 שהרי התראן הוא ר' אילעי אמר רב, וא"כ  
 בני הישיבה של רב ושמואל דיברו עמהם,  
 והם ידעו האמת שצבירא להו בכל גווי  
 שעבודא לאו דאורייתא, אבל אה"נ מסקנת  
 הש"ס כרב פפא דפסק הלכתא שעבודא  
 דאורייתא במלוה הכתובה בתורה, ובעלמא  
 שעבודא לאו דאורייתא. עכ"ד הש"ך.

ואמנם צמ"כ הש"ך דהתוספות לא כתבו  
 כן רק אליבא דרב פפא, יעוי'  
 בתומים (בסי' ל"ט סק"צ) שהוסף בזה,  
 דבאמת לא מצינו בתוס' צבירור דס"ל להלכה  
 דשעבודא לאו דאורייתא, דהא הם מפרשים  
 רק בדברי רב פפא דלא יהיו דבריו סותרים  
 צ"צ שם דאמר שעבודא לאו דאורייתא להך  
 דאמר בקידושין שיעבודא דאורייתא, ולכך  
 העלו דכן עיקר כר"ת דמודה רב פפא  
 דמלוה הכתובה בתורה הוי שעבודא  
 דאורייתא, אבל בשאר מלוה שעבודא לאו  
 דאורייתא, וזהו הכל במילתא דרב פפא, אבל  
 בשביל זה אין כאן ראייה דהלכה כרב פפא,  
 דרב פפא ודאי ס"ל שעבודא לאו דאורייתא  
 כדאמרינן פריעת בעל חוב מלוה וכו', דמזו  
 דייקי [הראב"ד שהוצא בספר התרומות שער  
 ס"א, והרשב"א בקידושין י"ג צ'], וכמ"כ  
 הש"ך דס"ל שעבודא לאו דאורייתא. אבל אנן  
 לא קי"ל כרב פפא בזה, והלא הרמב"ן  
 וריטב"א ורשב"א כולס מפרשים במילתא

צ"ק ח' א' ד"ה כולן כו', זהו דת"ר מכר לאחד או לשלשה בני אדם כאחד כולן נכנסו תחת הצעלים, והיינו דנכנסו הלקוחות כדין המוכר ומי שלקח עידיה יפרע לניזק הלוקח צבינונית ישלם את החוב ולוקח זיבורית את הכתובה. והקשו התוס', דהא נזקין מלוה ע"פ נינהו ומלוה ע"פ לא גבי ממשעבדי. וע"ש שחירו צתרי אנפי, חדא דכשעמד כדין דמי למלוה בשטר, ועוד חירו דמלוה הכתובה בתורה דמי למלוה הכתובה בשטר וחייב. — והנה קושייתם אחיה לטעמייהו, דרב פפא אמר אף במלוה הכתובה בתורה, אבל לפירוש הרי"ף לא קשה, דהרי לשיטת הרי"ף הא דמלוה הכתובה בתורה גובה מהלקוחות היינו משום דשעבודא דאורייתא, ולא משום דהוי ככתובה בשטר. והא דקאמר רב פפא צ"צ קע"ו א' דאינו גובה מהלקוחות דלית ליה קלא היינו דוקא במלוה דלית ליה קלא, משא"כ צנוקין דאית ליה קלא שפיר גובה מהלקוחות אע"פ שלא עמד כדין משום דשעבודא דאורייתא.

ובבר כתב כן הגר"א צביאורו (לסי' ל"ט סק"ג, צליקוט) צוה"ל: "ועיין תוס' צ"ק ח' א' ד"ה כולן כו', והוצרכו לכ"ז לשיטתם דרב פפא אמר אף במלוה הכתובה בתורה, אבל לפי הרי"ף י"ל אף למ"ד לאו ככתובה בשטר דמי משום דשיעבודא דאורייתא, ורב פפא לא קמיירי אלא במלוה דלית ליה קלא. משא"כ צנוקין, וכמ"ש תוס' שם י"ד צ' ד"ה ש"מ כו' ומפר"ת כו' וקשה למ"ד כו' ר"ל [לר"י ור"ל] אבל לרב פפא לא קשה לפי תוספות הנ"ל, וכן תירץ הרשב"א

על קושיית תוס' הנ"ל ח' א' צד"ה הנ"ל וי"ל כגון שעמד כדין א"נ י"ל דנזקין גובין אפילו ממשעבדין למ"ד שעבודא, ואנן קיי"ל הכי". עכ"ד הגר"א. — והיינו דזהו דתנן צ"ק י"ד צ' שום כסף שוה כסף צפני צ"ד, אמרינן בגמ' צפני צ"ד דמשמע שיהיו קרקעותיו צפני צ"ד למעוטי מוכר נכסיו וכליה המעות ואח"כ הולך לצ"ד. ואמרינן: "ש"מ ליה ומכר נכסיו ואח"כ צא לצ"ד אין צ"ד גובין לו מהן", דאין צ"ד נפרעין מהלקוחות. ופרש"י דהיינו קושיא, דבתמיה אמרינן, והא קיי"ל דאחי מלוה וטריף. וצתוד"ה ש"מ פליגי ע"ד רש"י, ותיירו: "ומפרש ר"ת ש"מ ליה ומכר נכסיו אין צ"ד גובין לו מהם מן התורה דשיעבודא לאו דאורייתא ולהכי צנוקין נמי לא גבי, דצמלוה בשטר דוקא תקון רבנן דליגבי ממשעבדי משום נעילת דלת דאי שיעבודא דאורייתא וצמלוה ע"פ מדרבנן הוא דלא גבי משום תקנת לקוחות א"כ תיקשי הכא אמאי לא גבי צנוקין דהכא ליכא תקנה דלקוחות ולא דמי למלוה ע"פ דהתם מאן דיזיף צנעא יזיף אבל מזיק לא דייק ואית ליה קלא וקשה למ"ד שעבודא דאורייתא פרק גט פשוט" עכ"ל התוס'. והא דכתבו התוס' דקשה למ"ד שעבודא דאורייתא היינו לרבי יוחנן וריש לקיש דאמרי תרוייהו מלוה על פה גובה צין מן היורשין צין מן הלקוחות משום דשעבודא דאורייתא. ומבואר דלרב פפא לא קשה לפי תוס' הנ"ל, והיינו משום דס"ל דדוקא מלוה הכתובה בתורה וכגון נזקין וערכין ולענין יורשים עשאום כמלוה הכתובה בשטר ולא לענין לקוחות.

קיי"ל שעבודא דאורייתא, וכן הביא שם בשם ראצ"ד דמפרש הא דאמרינן במס' קידושין הלכתא מלוה על פה גובה מיורשים דשעבודא דאורייתא סוגיא דגמרא קאמרה ולא רב פפא, דרב פפא אמר לטעמיה בסוף גט פשוט משום נעילת דלת דשעבודא לאו דאורייתא וסתמא דגמרא קאמר הטעם משום שעבודא דאורייתא לא מטעמיה דרב פפא וכו', הרי צביאור דהראצ"ד ס"ל שעבודא דאורייתא וכמ"ש הש"ך גופיה דכן כתב בהשגות צה"ל עירובין (פ"א הכ"א) כו". עכ"ד התומים. [והש"ך הקשה מד' הראצ"ד שהוצא צבעל התרומות (שער ס"א, ח"צ סימן ז') בשם הראצ"ד דכתב דשעבודא לאו דאורייתא, ויעוי' בתומים שחירך דהתם נראה לזכר ולדחות דברי הטוען דטען עליו שעבודא לאו דאורייתא והשיב דא"כ אף צמלוה צשטר לאו דאורייתא]. וכתב התומים, דמכיון והר"ן צשצועות (י"ז ז') כתב דשעבודא דאורייתא, וכן הטור (צסו"ס פ"ח) כתב להדיא דקיי"ל דשעבודא דאורייתא, הלא אחר רוב כזה ודאי להטות, ולא שייך קים ליה. — וכן הכרעת הגר"א צביאורו, כמ"ש כהצ"י דקיי"ל דשעבודא דאורייתא. וצפ"ת (סק"א) זיין לתשו' משכנות יעקב (סי' כ"א) שכתב דהעיקר כהסודרים דשעבודא דאורייתא.

והנה הש"ך כתב: "ודעת הרא"ש לא ברירא לי, שלכאורה נראה מדבריו סוף פרק גט פשוט [סי' מ"ט] דס"ל שעבודא דאורייתא, וכ"כ הצ"ח ס"ס פ"ח צדעת הטור לדעת הרא"ש. ואמנם משמע שם כן

והנה הגר"א זיין דכן הוא צדברי הרשצ"א צצ"ק ח' א', שחירך צזה קושיית התוס' שם. — והגר"א קיים צביאורו, דצברי הרשצ"א הנ"ל היינו כמ"ש כ התוס' צצ"ק י"ד ז' הנ"ל בשם ר"ת, וז"ל הגר"א: "ור"ל כמ"ש תוס' הנ"ל י"ד ז' ומפר"ת כו', וס"ל לרשצ"א כשיטת הרי"ף, וכ"כ המ"מ צפיי"ט מה' מלוה בשם י"מ". והיינו דצמ"כ הרמז"ס (פיי"ט ממלוה ה"ה) מכרן לשלשה צני אדם צצת אחת הרי כולן נכנסו תחת הצעלים והניזקין טורפין מן העידיית וצע"ח טורף מן הצינונית וכתוצת אשה טורפת מן היצורית. וכתב המגיד משנה: "ויש מי שהקשה ניזקין היאך גובין מן הלקוחות והלא מלוה ע"פ הן ואינה טורפת מן הלקוחות כו', ותירצו שניזקין קול יש להן יומר ממלוה וטורפין אפילו ממשועצדים שהרי לא אמרו שאין מלוה ע"פ טורפת מהן אלא מפני שאין להם קול כו'". עכ"ל המ"מ. וע"ע צדברי הגר"א צביאורו דהשו"ע פסק כהרשצ"א דס"ל שעבודא דאורייתא.

והנה צשו"ע (סי' ל"ט ס"א) כתב דהמלוה את חצירו צשטר גובה מן המשועצדים. והצ"י ציאר הטעם מפני דשיעבודא דאורייתא. והש"ך (סק"צ) כתב דהוא ספיקא דדינא, כי מנאנו גדולים חקרי לצ דס"ל דשיעבודא לאו דאורייתא. אולם התומים (סק"צ) עמד למנין, וכתב: "לא ידעתי אם מנין הראוי הוא לומר עליו קים ליה, כי הרי"ף והרמז"ן והרשצ"א והריטצ"א, והש"ך לא ראה חידושי רשצ"א לקדושין ולכך לא הביאו אצל שם מצואר כי

צטור. אבל לפעד"נ דדעת הרא"ש שעבודא לאו דאורייתא, שהרי כתב בפ"ק דצ"ק [סי' י"ד] ו"ל, בעל חוב אינו גובה מן היחומים מעבדים שהניח להם אציהן, להלכה כרז נחמן צדיני דאמר עבדי כמטלטלי דמי בכל מילי דרצנן לגבות מן היחומים כו', עכ"ל. והיינו כמ"ש התוס' שם [בצ"ק י"ב ע"א ד"ה אנא] והרא"ש פרק הגזול קמא [סי' ו'] דטעמא דרז נחמן דלא גבי מעבדי דיתמי דהוי מידי דרצנן דסבר שעבודא לאו דאורייתא, ע"ש. וממ"ש הרא"ש פרק גט פשוט [סי' מ"ט] אין ראיה, דלא העתיק אלא לשון הרי"ף כהויתו, וכן דרכו בכמה מקומות שמעתיק לשון הרי"ף ובמקום אחר אינו סובר כן. וגם ממ"ש הרא"ש פ"ק דמזיעא [סי' ל"ו] בסוגיא דמנא שטרי חוב ו"ל, וגם מ"ש רז אלפס בשטר הקנאה שטר שיש בו קנין, לא ברירא לי מה חילוק יש בין קנין לאין בו קנין, כיון שכחוב בשטר פלוני לזה מפלוני מנה, נשתעבדו נכסי לזה למלוה אף בלא קנין, דשעבודא דאורייתא כו'. לאו למימרא דס"ל הכי דשעבודא דאורייתא, אלא לרז אלפס פריך הכי, דהא רז אלפס גופיה סבר שעבודא דאורייתא, והא דלא פירש הוא שטר הקנאה שטר שיש בו קנין, משום דע"כ פירוש דשמעתא לא משמע הכי, דא"כ קשיא למ"ד שעבודא דאורייתא. ועוד דמ"מ קשה מה חילוק יש בין יש בו קנין לאין בו קנין, כיון דשטר טורף ממשעבדי א"כ מיד בכתיבת השטר נשתעבדו הנכסים. ומ"ש הרא"ש דשעבודא דאורייתא, אין ר"ל דהקושיא תליא בהכי, אלא סירכא דלישנא נקט, דוק ותשכח

דכן הוא. אך ל"ע ממ"ש הרא"ש בגיטין ריש פרק הניזקין [סי' צ'] ואע"ג דקיי"ל שעבודא דאורייתא כו'. ואפשר דבא לומר למאן דס"ל שעבודא דאורייתא. עכ"ד הש"ך.

ובתומים (סק"ב) כתב ליישב דברי הרא"ש ממנה שהקשה הש"ך, דהגם דקיי"ל שעבודא דאורייתא מ"מ היינו דוקא בקרקעות אבל במטלטלין משמע ברוב הפוסקים דלא משמעבדי דבר תורה, ולכך לא גבינן מיתמי ואין בהם דין קדימה. וז"ל הטעם דמכיון ולא סמכא דעתיה דמלוה אמטלטלין דהא יכול להצריחן ולהשמיט אותן, וא"כ מתחלה לא אדעתא דהכי הלוהו כלל, ואנן סהדי דהוי כאילו מחל השעבוד צעת ההלואה, ולכן במטלטלין אמרינן דמדאורייתא לא משמעבדי, משום דמחל לו על שעבודן ולא סמך דעתו עליו כלל. — ולפ"ז מבואר היטב, דגם בקרקע דניידי דיכול להצריחן כמו מטלטלין, ליכא סמיכות דעת, והדר דיניהו כמטלטלין דאמרינן דמחל עליהן בשעת ההלואה. ולכן אע"ג דקיי"ל דשעבודא דאורייתא, מ"מ לענין עבדים שהוקשו לקרקעות כלפי שעבודא דאורייתא אמרינן דמחל לו על שעבודן כמטלטלין, דהגם דאיכא בהו תורת שעבוד מ"מ מכיון דיכול להצריחן פקע שעבוד. — וזהו החילוק בפסקי הרא"ש, דאע"פ דשעבודא דאורייתא, מ"מ לענין עבדים אע"ג דהו"ל כמקרקעי דינס כמטלטלין כלפי השעבוד, מכיון דיכול להצריחן.

הלכך לא משמעזד ליה". עכ"ל. וכיו"צ ביאר הריטב"א בקידושין י"ג ז'. – וחזינן צוה דיקוד השעבוד הוא כפי סמיכות דעת המלוה, דהלל גם לגבי מטלטלין איכא שיעבוד, דהרי הרשב"ם גופיה פירש לקמיה צב"צ קע"ה ז' דמקור דינא דשעבוד ילפינן מקרא דיוציא אליך העבוט דהוי מטלטלין, אלל הביאור הוא דשאני היכא דנוטלו להדיא בתורת משכון דשפיר סמכא דעתיה עליו, משא"כ בעלמא דלא נוטלו להדיא. ועכ"פ גרר השעבוד הוא דשפיר חייל גם על מטלטלין מנד ענמס רק דליכא סמיכות דעת המלוה על כך, מלכד הקרקע דסמיך דעתו. – ויעוי' צמארי צ"צ קע"ו א' שכתב: "שמדת הדין משעבדת נכסים לכל הלוואה, צמה שדעתו של מלוה סומכת עליו כגון קרקעות". עכ"ל. והיינו כמשנ"ת דגרר השעבוד תלוי צסמיכות דעת המלוה.

וביסוד הדברים יש לצאר עפמש"כ הקלוה"ח (שם, סק"א) דחלוק שעבוד נכסים משאר דיני קנינים ובעלות, דשאר קנינים הו"ל קנין גמור משא"כ שעבוד נכסים אף לאחר דחייל השעבוד שייך למכרו, והרי אין הקנאה לחצאין, אלל דמחמת דהתורה שיעבדה הנכסים חיילא שפיר שיעבוד דידהו. ולפ"ז מצואר היטב דאע"ג דלענין השצת העבוט מצינו דשעבדה תורה מכיון דהמלוה סומך דעתו עליהם והו חידושא דחדית רחמנא צהשצת העבוט. אלל בעלמא דהעיקר תלוי צסמיכות דעתו אמרינן דלא סמיך רק צקרקעות ולא צמטלטלין.

ובאופ"א תירץ התומים (שם), דהגם דשעבודא דאורייתא, מ"מ צעצדים דקליש שעבודא דהא יכול כל רגע לשחררו ומפקיעו מידי שעבוד, ממילא לא חל שעבודו עליו דבר תורה, דאין כאן שעבוד גמור, וכדמצינו צמכירת שטרות דלאו מכירה גמורה הואיל ויכול למחול. משא"כ צקרקע דאינו יכול להפקיע שיעבודו ואפילו קדושת דמים לא חיילא. – וצס' נחל יצחק (שם, צקונטרס שיעבודא דאורייתא, ענף ז') העיר דלפ"ד התומים יש לדון דצכל שעבוד קרקעות נימא הכי, דלא יחול שיעבודא, דהא ציד הלוה לאסור צקונס על המלוה ומפקיע מהשעבוד, דצשלמא צקדושת הגוף דנאסר לכל העולם י"ל דמכיון ויפסיד לענמו לא יעשה כן, אלל צקונס על המלוה דלא יאסר אחר מלכד המלוה שייך לומר דמכיון והו"ל צידו נימא דלא יחול מה"ט שעבודא כלל. וע"ש שיישב, דגבי קונס אי"ז צידו להפקיע שעבוד, דהרי כופין אותו להשאל על נדרו, דדוקא גבי שחרור עבד שייך סצרת התומים דהא לאחר ששחררו אין צידו לצטל שיחרורו.

אצנב צמש"כ התומים צתירו"ו הראשון דליכא שעבוד נכסים גמור רק צקרקע דדעתו של מלוה סומכת עליהם, וצלא"ה הו"ל כאילו מחל השעבוד. הנה מצינו כיו"צ צדצרי הרשב"ם צ"צ קכ"ח א' ד"ה ור"נ כו' צטעמא דאין עבדים משתעדים מהתורה, צוה"ל: "אלל לענין צעל חוב צמטלטלין דמי, דאין צעל חוב סומך אלל על הקרקעות, שאין יכולין לאצד ולא לזוז ממקומן, אלל אעצדים לא סמכא דעתיה,