

חושן משפט

סימן קכג.

שאלה: האם איש ספרדי שרגיל לאכול בשר שאינו חלק ועובר בזה על דעת מרן, פסול לעדות או לא.

תשובה: (א) כתב מרן בריש ס"לד. "רשע פסול לעדות... איזו רשע, כל שעבר עבירה שחייבים עליה מלקות, ואצ"ל מיתת ב"ד, ל"ש אם עבר לתיאבון ל"ש אם עבר להכעיס". וכתב הרמ"א על זה, "עבר עבירה שאין בה מלקות פסול מדרבנן". ועוד כתב מרן שם בסע"ג. "היתה העבירה שעבר מדרבנן פסול מדרבנן". והנ"מ אם הוא פסול מן התורה או מדרבנן, הוא לגבי עדות קידושין כמ"ש מרן באה"ע ס"מב. ה. "המקדש בפסולי עדות דאורייתא אינן קידושין, אבל בפסולי עדות דרבנן או בעדים שהם ספק פסולי תורה, אם רוצה לכנוס חוזר ומקדש בעדים כשרים, ואם לא רצה לכנוס צריכה גט מספק" ע"ש. וכן כתב הקצות החושן בחו"מ שם בס"ק א. ויש עוד נ"מ, דהיינו אם אמרינן שיש פסול מן התורה עדותו בטלה אע"פ שלא הכריזו עליו בבתי כנסיות ובבתי מדרשות, והפסול מדבריהם העדות שהעיד קודם שהכריזו עליו כשרה כמ"ש מרן בחו"מ ס"לד. כג.

ולפי זה יש לדון בנד"ד אם ספרדי זה עובר על ודאי איסור תורה שיש בו מלקות, שאכילת טרפה יש בה מלקות כמ"ש הרמב"ם בהל" מאכלות אסורות פ"ד הל"ו. או שמא יש כאן רק ספק איסור תורה, או שמא הוא עובר רק על איסור דרבנן. כתב מרן ב"ד ס"לט. י. בשם הרשב"א "כל מקום שאסרו הריאה אין הפרש בין שתהא הסרכא דקה כחוט השערה בין שתהא עבה וחזקה ורחבה כגודל, ולא כאותם שממעכים ביד ואם נתמעכה תולין להקל, וכל הנוהג כן כאילו מאכיל טריפות לישראל". יש לדייק בלשונו שכתב, "כאילו" מאכיל טריפות, שמשמע שאין זה ממש טרפה, אלא או ספק טרפה או רק טרפה מדרבנן. ולפי זה י"ל שמי שרגיל לאכול בשר כזה פסול לעדות או מטעם ספק איסור תורה או מפני איסור דרבנן, ואם הוא עד לגבי קידושין צריך לחזור ולקדש בעדים כשרים, או צריך ליתן גט משום ספק.

אלא פירוש זה בדעת הרשב"א אינו מובן, שכתב הרשב"א בתשובה בס"שד. "שאלת עוד, בסירכות הנמצאות באחד המקומות שאסרו חכמים אם מותר

למשמש באותה סירכא באצבעותיו לראות אם תהא נימוחה נכשיר אותה, לפי שגם בזה נחלקו יש מתיר ועושה מעשה, ויש אוסר. תשובה: גם בזה אחד מן הדברים שצריכין אתם להתרחק ממנו הרבה, ואנו גערנו הרבה במי שעושה כן, ואם יעשה אחד בינינו כזה התראה נסלק אותו, לפי שזה הענין לא מצאנוהו בשום מקום בתלמוד ולא ידענו לו עיקר, וכי אין סירכא אלא אם היא כעבות העגלה שמושכין בה ואינה יכולה להנתק, או אי זה שיעור נקבע בדבר, יש שמשמוש אצבעות שאפילו הריאה והקנקנות ימחו בכף, סוף דבר אל תשמעו להקל בדבר זה בשום צד כלל." הרי שאין חילוק כלל בין סרכא עבה או דקה. ולכן כיון שבסירכא עבה יש איסור מן התורה משום שסרכא מחמת נקב היא באה, או מפני שסופה להתפרק וחשיב כנקובה כיון שסופה לינקב, כמ"ש הב"י שם, והט"ז בס"ק ג. בשם הראשונים, כמו כן צ"ל בסירכה דקה. ולכן ממילא יש איסור תורה בסירכא דקה לדעת הרשב"א, ומרן שפסק כמותו. ולפי זה קשה להבין הלשון של "כאילו" מאכיל טריפות לישראל, שהלא זה ודאי מאכיל טריפות לישראל לדעת הרשב"א ומרן.

(ב) וראיתי שהמקור לדברי מרן בש"ע שכתב "כאילו", הוא מדברי הטור שם שכתב כן בשם הרשב"א, וכן כתב הב"י שם בשם רבינו ירוחם נתיב טו. אות ו. וכן הוא ביבין שמועה דף יט. ע"ב בשם הרשב"א שכל העושה כן כאילו מאכיל טרפות לישראל. וכ"כ הארחות חיים ח"ב עמ"תיג. ובכל בו ס"קא. דף קטז ע"ב. אלא שנראה שלא מצינו לשון הטור ומרן בתשובת הרשב"א הנ"ל, וצ"ל שיש מקור אחר בדברי הרשב"א למה שהביא הטור בשמו. ושוב ראיתי שהטור הביא לשונו מתורת הבית בבית הקצר בהל" טרפות שכתב שם, "וכל סירכות שאמר אין הפרש בין שתהיה עבה וחזקה, ובין שתהיה דקה שבדקות, לא כהללו שממעכין ביד ואם נתמעכה תולין להקל שאין סירכא זו אלא ריר, וכל שנוהג כן כאילו מאכיל טריפות לישראל, שזה לא שמענו לחכמים בשום מקום." הרי כאן כתב "כאילו" מאכיל טרפות לישראל.

אלא שראיתי בתורת הבית הארוך שם, שכתב דין זה בלשון אחר, וז"ל "והדין נותן שלא מצאנו שיעור בעביין של סירכות ודקות, אלא כל שלא כסדרן בין בסירכא חזקה וגסה בין בסירכא דקה שבדקות טרפה, לא כהללו שממעכין ביד ואם מתפרק מחמת מיעוץ פורצין ומקילין

הוא כאילו מאכיל טרפות כיון שהוא אינו מאכיל בידו ממש, אבל עדיין יש כאן איסור של לפני עור. ודע שיש איסור תורה של לפני עור, אף אם הקונה אינו יודע שבשר זה אסור והוא שוגג בדבר, כמ"ש הרמב"ם בהל"ל כלאים פ"י הל"א. לגבי מי שמלביש את חבירו כלאים, וכמבואר בכ"מ שם. וכן מבואר בלב שומע מע"ל. אות מט. ע"ש. וכן הוא בנד"ד, שהרשב"א דייק יותר בלשונו בבית הקצר מבית הארוך וכתב "כאילו".

הרי מבואר מכל זה, שמ"ש מרן "כאילו", או י"ל שהוא אינו נכון וצ"ל לומר כאלו, או י"ל שעדיין יש איסור תורה כאן בבשר זה אבל אין זה בגדר של מאכיל כיון שהוא אינו נותן המאכל בשעת אכילה לתוך ידו של הקונה ולכן זה נחשב רק כאילו מאכיל טרפה, ולפי זה אין סתירה ממ"ש הרשב"א בבית הקצר למ"ש בתורת הבית הארוך, וגם נסתלקה הקושיא דלעיל, שאיך אמרין שיש רק איסור דרבנן או לכל היותר רק ספק איסור תורה, במאכל שיש בו ודאי איסור תורה.

ולפי זה נראה שבנד"ד הוא פסול לעדות מן התורה, ואם הוא עד לקידושין אז אין בזה עדות כלל ואין כאן שום קידושין ולא בעינן גט כלל.

ג) אלא שעדיין יש לדון בזה מטעם אחר, דהיינו שי"ל שאיש ספרדי זה סבר בטעות שכיון שלדעת הרמ"א בשר זה כשר כמבואר ב"ד שם, וכן נהגו האשכנזים, אז שפיר הוא לסמוך עליהם ואין כאן עבירה כלל. ועוד מצינו שבקצת דינים שאף לספרדים המנהג הוא לאזיל כשיטת הרמ"א ודלא כמרן. ולכן אף כאן י"ל כן. ואף שסברה זו דחויה היא, כיון שבדין זה של סירכא אנו קבלנו עלינו הוראת מרן בשם הרשב"א כמבואר בדברי האחרונים, מ"מ כבר כתב מרן בחו"מ ס"לד. ד. "קוברי המת ביו"ט ראשון כשרים, אפילו נידו אותם ושינו בדבר כשרים, מפני שהם סוברים שמצוה הם עושים ושללא נידו אותם אלא לכפרה." וכתב הרמ"א על זה בשם הריב"ש, "והוא הדין בשאר איסור שנוכל לומר שעברו מכה טעות." הרי כל שהוא טועה בדין עדיין כשר לעדות, וכן י"ל בנד"ד. אלא עדיין יש לדון בזה לפי מ"ש מרן שם בסע"כד. "אבל אם ראוהו עובר על דבר שקרוב העושה להיות שוגג צריכים להזהירו ואח"כ יפסול, כיצד ראוהו קושר או מתיר בשבת צריכים להודיעו שזה חילול שבת מפני שרוב העם אינם יודעים זה" ע"ש. ולכן אפשר לומר שכיון שיש פירסום בינינו שהספרדים צריכים לאכול "חלק" לדעת הב"י, י"ל שאיש זה בנד"ד הוא כמזיד. אמנם עדיין אין זה ברור,

לומר שאינה סירכא אלא ריר, וזה שיבוש וכל הנוהג כן מאכיל טרפות לישראל. הרי כאן לא כתב "כאילו" מאכיל טרפות, אלא "מאכיל טרפות", דהיינו שודאי יש כאן איסור תורה, ודלא כמשמע מבית הקצר. וגם כתב כאן "כל שלא כסדרן בין בסירכא חזקה וגסה, בין בסירכא דקה שבדקות טרפה". הרי יש כאן טרפה ודאי ואין שום ספק בדבר.

וידוע שהטור ראה רק תורת הבית הקצר, ולא הארוך, ולכן הוא העתיק הלשון של בית הקצר שכתב שם "כאילו" מאכיל טריפות, ומזה יש מקום לטעות שאין זה טרפה ממש, אבל בתורת הבית הארוך מבואר בפירושו שאין זה כן אלא שבשר זה ודאי טרפה מן התורה. וכן כתב החיד"א ז"ל בשם גדולים ח"ב מע"ת. "תורת הבית הארוך להרשב"א לא ראהו הטור, כן כתבו מרן והאחרונים."

אלא לפי זה עדיין צריך לבאר איך כתוב בבית הקצר הלשון של "כאילו", וזה היפך מה שכתוב בבית הארוך שבשר זה ודאי טרפה. ולענ"ד נראה שיש טעות בבית הקצר, וצ"ל "כאלו" במקום "כאילו", דהיינו שבתחלה כתוב שם "לא כהללו שממעכין ביד", ועל זה כתב "וכל שנוהג כן כאלו, מאכיל טריפות לישראל", דהיינו שכל הנוהגים כן כאלו האנשים שממעכין, מאכיל טרפה לישראל. הרי צ"ל כאלו, ולא כאילו. וכיון שנפל טעות בבית הקצר וכתב שם "כאילו", אף הטור כתב כן כיון שהוא לא ראה בית הארוך, וכן צ"ל ליבין שמועה והארחות חיים שכתבו "כאילו".

או י"ל בזה שאף שיש כאן איסור תורה, אלא מ"מ אין זה בגדר של מאכיל טרפה, כיון שהשוחרט אינו מאכיל הבשר בידו לתוך פיו או לתוך ידו של מי שאוכל הבשר, אלא הוא רק מוכר הבשר להקונה, וגם הבשר עדיין צריך בישול ותקון מאכל ורק אחר כך הקונה אוכל אותו. ולכן אף שיש איסור תורה כאן של לפני עור, מ"מ אין זה בגדר של מאכיל ממש, אלא כאילו מאכיל. וכן מצינו ברמב"ם בהל"ל מעשר פ"י הל"ג. שכתב, "רופא חבר מאכיל לחולה עם הארץ מפירות עם הארץ, נותן לתוך ידו אבל לא לתוך פיו. ואם היה הדמאי של רופא אפילו לתוך ידו לא יתן, וכן אם ידע שהוא טבל ודאי אפילו לתוך ידו אסור." הרי מבואר שלתוך ידו או לתוך פיו נחשב "מאכיל", אבל י"ל שאם הוא אינו נותן מאכל האיסור בידו בשעת אכילה אין זה נחשב מאכיל, אבל מ"מ עדיין יש איסור של לפני עור, ועיין בכ"מ שם. ולכן הכי י"ל בנד"ד שמי שמוכר בשר זה

במקומות שרגילין לשים מטמון או בגדים בחביות, אבל במקומות שאין רגילין בכך אין תולין להקל ואסור כיון שאין רוב גנבי ישראל, וכן נראה מהרא"ש. ע"ש. וכן מצאתי בתשב"ץ ח"ג ס"קמח. שכתב, "אע"פ שרוב גנבי העיר עכו"ם הוי ליה ספק ספיקא, ספק עאל עכו"ם ספק לא עאל ואת"ל עאל ספק נגע ספק לא נגע דשמא פתחו אותו והריחו בו ולא נגעו בו והניחוהו או מפני הפחד, וכיון דאיכא ספק ספיקא איכא למשרי". ע"ש. הרי נראה שאף בספק שאינו שקול דהיינו במקום שיש רוב גוים, מ"מ עדיין מועיל ספק זה לס"ס. וכן דעת מרן, וכבר כתבתי על ענין זה בח"א ס"קלב ע"ש. ולכן אף בנד"ד י"ל הכי, שאף אם ספק זה אינו שקול מ"מ הוא עדיין ראוי לצרף לספק אחר שהוא שקול לעשות ספק ספיקא.

ואת"ל שעדיין יש לאסור כיון שכאן השני ספקות הם אינם שקולים, וזה מפני שאפשר הוא דאמרינן שמא ההלכה כהרמ"א שהתיר המיעוץ, אפשר שרוב הראשונים חלקו בהיתר זה, וכן כמה אחרונים אסרו הדבר. בזה י"ל שכל מחלוקת הפוסקים היא בגדר של ספק שקול וכן יש ללמוד מהגט פשוט בכללים בסוף כלל א. שהביא מ"ש מהרא"ש ששון, "דמה שכתבו התוספות דמיעוץ דהיינום הוי כמי שאינו, היינו דוקא כשהדיינים נושאים ונותנים ביחד, כיון שהרוב אומרים בפניו כן פשיטא דהו"ל כמי שאינו, אבל בספרי הפוסקים או הפוסקים מתוך כתבם אם לא ראו אלו את אלו ודברו זה עם זה, אף שראו הפוסקים והכתבים אז הוא דאמרינן קים לי משום דאנא אמינא אלו היו נושאים ונותנים ביחד מכח הפלפול והויכוח אפשר דהמרובים היו מודים לדברי המיעוט יע"ש. והם דברים נכוחים ראויים למי שאמרם, וכבר כתבתי כן לעיל בשם תשובת הרשב"א ומהרי"ק ומהר"ב ח"ז"ל בפסק הסמיכה, וכל האחרונים דאין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל". ע"ש. הרי לפי זה הכי י"ל במחלוקת בין מרן הרמ"א לגבי מיעוץ, שאף כאן מחלוקת שקול. ושפיר יש לצרף ספק שאינו שקול לספק זה כדי לומר ספק ספיקא להתיר. שוב ראיתי ביביע אומר ח"ה י"ד ס"ג. שכבר האריך בזה כיד ה' הטובה עלי, וסבר ששפיר הוא לעשות ספק ספיקא הנ"ל ע"ש.

הרי מבואר שאף שלספרדים יש איסור תורה לאכול בשר שאינו "חלק" כיון שאנו קי"ל כדעת הרשב"א, מ"מ אין לפסול לעדות איש ספרדי שאינו נזהר בזה.

שבשלמא לגבי קשר שהוא איסור מן התורה לכ"ע י"ל שהוא פסול לעדות אם הודיעו, אבל עדיין יש לומר שאיש זה סבר בטעות שאכילת בשר "חלק" היא רק חומרא בעלמא, כיון שאנו רואים שאשכנזים אוכלים בשר שאינו "חלק" ודלא כדעת מרן, וי"ל לפי סברתו שמה שאנו אין עושים כן הוא מצד חומרא בלבד, ולכן עדיין איש זה בגדר של שוגג, שהוא אומר לעצמו שבשר זה מותר מצד הדין, אף שיש פירסום להספרדים שלא לאכלו. ויש לדמות זה למה שמצינו בתשובת רעק"א ס"צו. לגבי עדות ממי שגילח בתער, וז"ל "יש לומר דהשחתה בתער דנתפשט בעו"ה אצל הרבה לא חשב שזהו איסור כ"כ דלא משמע להו לאינשי דאסור, וכאשר באמת נזכר בג"ע דהשיב להמוכח שהרבה אנשים חשובים עושים כן, וכיון דבאמת פשתה המספחת בזמנינו גם לאותן הנזהרים בשאר דברים נדמה להם דאינו אסור כל כך". ע"ש. וכל זה אף שיש פירסום גדול בקריאת התורה בבית הכנסת בכל שנה שאין להשחית הזקן, וצ"ל שאין זה דומה ל"צריכים להזהירו" כדמצינו לגבי קשר בשבת שהוא פסול לעדות, שכאן אף שיש הזהרה מ"מ עדיין הם חושבים שהשחתת הזקן מותרת שהרבה אנשים חשובים עושים כן. ולפי זה אף בנד"ד י"ל שאיש ספרדי זה יכול לומר שכיון שהרבה אנשים חשובים עושים כן מהאשכנזים אין בזה איסור כל כך להספרדים, ולכן הוא אינו פסול לעדות.

(ד) ועוד י"ל שיש מקום לומר שמצד הדין אין כאן עבירה כלל, שיי"ל ספק ספיקא בדבר, דהיינו כשאיש זה אוכל בשר י"ל שמא אין בבהמה זו סירכא כלל, ואת"ל שיש סירכא אז שמא ההלכה כהרמ"א ודעימיה שמותר להסיר סירכאות ע"י מיעוץ. ואף שיש להשיב על זה שרוב בהמות יש להן סירכאות, ולדעת הש"ך בעינן ס"ס שקול להתיר כמ"ש בי"ד ס"רצג ס"ק ו. וכן בי"ד ס"קכט. ס"ק כח. מ"מ לדעת מרן סגי אם רק ספק אחד שקול. וזה לפי מה שפסק הרא"ש בע"ז ע. וכן הוא בטור ומרן בי"ד ס"קכט. יא. "גנבים שנכנסו למרתף ופתחו חביות יין... במקום שרגילים להצניע ממון בחביות ומניחים אותם בין חביות יין, אפילו אם רוב גנבי העיר עכו"ם מותר דשמא לא באו אלא בשביל הממון, וכשראו שהוא יין לא נגעו בו". וכן הוא בפסקי הרא"ש בע"ז שם אות יח. שכתב, "אפילו הוא דר בין העכו"ם במקום שרגילין להחביא ממון בחבית של יין מותר". משמע שפשוט ליה שכן דעת הרא"ש. וכן ראיתי בר"י ירוחם נתיב יז. ח"ב. (דף קנה:;) שכתב, "במקום שאין רוב גנבי ישראל ה"ל ס"ס ומותר, ספק אם ישראל אם גוי ואת"ל גוי שמא פתחן לראות אם היה בהם מטמון... ונראה כי דין זה דס"ס הוי דוקא

סימן קכד.

שאלה: האם מי שגזל מציאה מקטן פסול לעדות או לא.

תשובה: (א) כתוב בסנהדרין כה: לגבי הפסולים לעדות, "תנא הוסיפו עליהן הגזלנין והחמסנין, גזלן מדאורייתא הוא לא נצרכא אלא למציאת חרש שוטה וקטן, מעיקרא סבור מציאת חרש שוטה וקטן לא שכיחא, אי נמי מפני דרכי שלום בעלמא, כיון דחזו דסוף סוף ממנא הוא דקא שקלי, פסלינהו רבנן." וכן פסק הטור בס"לד. וכתב, "העובר על גזל של דבריהם כגון גוזלי מציאות חרש שוטה וקטן... פסולים מדבריהם." וכן הוא ברמ"א בס"לד. יג. אמנם לא מצינו זה בדברי הרמב"ם בפ"י מהל" עדות, וגם לא בדברי מרן בש"ע בס"לד. שפסק כדבריו. וכתב על זה הסמ"ע שם בס"ק לא. "גזלה זו אינה אלא מדרבנן מפני דרכי שלום כמ"ש הטור וש"ע לקמן בס"ער. ודוקא מציאה קאמר דאין דעת אחרת מקנה להם וכמ"ש שם, והרמב"ם והמחבר השמיטו זה וסמכו אמ"ש בהלכות גזילה ומציאה, וגם י"ל שסמכו אמ"ש אח"ז פסול דמפריחי יונים להביא להם יונים אחרים, דגם כן אין בו אלא גזל דדרכי שלום, וכמ"ש בסמוך בסע"טז. ע"ש." הרי נראה מזה שלכ"ע מי שגזל מציאת קטן פסול לעדות מדרבנן.

אלא לענ"ד אין זה ברור בדעת הרמב"ם. ובתחלה י"ל שגם כתוב בסנהדרין שם, "תנא עוד הוסיפו עליהן הרועים הגבאים והמוכסין", דהיינו מלבד מי שגזל מציאת חש"ו, והחמסנין הנ"ל. ומצינו ברמב"ם שם בהל"ד. שהוא הביא כולם חוץ ממי שגזל מציאת חש"ו, וז"ל "וכן כל העובר על גזל של דבריהם הרי הוא פסול מדבריהם, כיצד החמסנים... הרי אלו פסולין מדבריהם, וכן הרועים... הרי הן פסולין... וכן המוכסין סתמן פסולין... אבל גבאי מנת המלך סתמן כשרין ואם נודע שלקחו אפילו פעם אחת יתר מן הראוי להם לגבות הרי אלו פסולין." הרי הרמב"ם הביא כל אלו שמצינו בסנהדרין שם, אלא הוא השמיט גזלת מציאת חש"ו. ואין לומר כמ"ש הסמ"ע הנ"ל שהרמב"ם סמך על מה שהוא כתב בהל" גזלה פ"ז. הל"ב שאסור לגזול מציאת חש"ו, שהלא בפ"ה. מהל" גזלה הל"ט. כתב הרמב"ם "בני אדם שחזקתן גזלנין וחזקת כל ממון מן הגזל מפני שמלאכתן מלאכת גזלנין כגון המוכסין והלסטים אסור ליהנות מהן שחזקת מלאכה זו שהוא גזול." הרי לפי מ"ש הסמ"ע הנ"ל, לא הוי ליה להרמב"ם לחזור להזכיר המוכסין בהל" עדות כיון שהוא כבר כתב שהם גזלנין בהל" גזלה. וכן מצינו שבהל" גזלה פ"ו הל"ז כתב הרמב"ם שמפריחי יונים אסור מדבריהם משום גזל,

ועדיין חזר הרמב"ם בהל" עדות פ"י הל"ד. לכתוב "וכן מפריחי יונים ביישוב פסולין מפני שחזקתן שגזלנים יונים של אחרים בחנם". הרי הוי ליה לסמוך על מה שהוא כבר כתב בהל" גזלה כמו לגבי מציאת חש"ו. אלא כיון שמצינו שהרמב"ם הביא בהל" עדות מה שהוא כבר הזכיר בהל" גזלה, עדיין צריך לברר הטעם שהוא השמיט הדין של גזלת מציאת חש"ו לגבי עדות.

וגם מ"ש הסמ"ע שי"ל "שסמכו אמ"ש אח"ז פסול דמפריחי יונים להביא להם יונים אחרים, דגם כן אין בו אלא גזל דדרכי שלום, וכמ"ש בסמוך בסע"טז. ע"ש." אף זה אינו נראה לי, שהלא כתוב בסנהדרין שם לגבי גזלת מציאת חש"ו "מעיקרא סבור מציאת חרש שוטה וקטן לא שכיחא". ואין לומר זה לגבי מפריחי יונים שהוא דבר שכיח, ולכן אם כתב הרמב"ם הדין של מפריחי יונים, אין ללמוד מזה לגזלת מציאת חש"ו שאין ללמוד מדבר שכיח לדבר שאינו שכיח. ולכן הוי ליה להרמב"ם להזכיר הדין של מציאת חש"ו, וכיון שהוא השמיט דין זה צ"ל שהוא לא סבר כן, ויש לחקור בהבנתו בסוגיא דסנהדרין הנ"ל.

ב) ולענ"ד נראה שהרמב"ם השמיט הדין של גזלת מציאת חש"ו מפני שהוא סבר שזה אינו אליבא דהלכתא. ויש לבאר הדבר. ונראה שיש ללמוד את זה מדין של משחק בקוביא. מצינו שלדעת הרמב"ם יש איסור דרבנן במשחק בקוביא כמבואר בהל" גזילה פ"ו הל"ז. אבל לגבי עדות כתב הרמב"ם בהל" עדות פ". הל"ד שהוא פסול רק אם אין לו אומנות אחרת, וז"ל "וכן משחק בקוביא, והוא שלא תהיה לו אומנות אלא הוא, הואיל ואינו עוסק ביישובו של עולם הרי זה בחזקת שאוכל מן הקוביא שהוא אבק גזל." וזה קשה להבין, שאם אמרינן שיש איסור מדרבנן של גזל במשחק בקוביא, אז מה לי אם יש לו אומנות אלא הוא או לא, הלא הוא כבר עובר על איסור דרבנן והוא פסול לעדות. וכן הקשה הרב המגיד בהל" גזילה הנ"ל, וכתב "זה קצת תימה אצלי דהא משמע פ" זה בורר דההיא אוקימתא דאמר אסמכתא הוא ואסמכתא לא קניא אידחייא וקי"ל כרב ששת דאמר כל כי האי גוונא לאו אסמכתא היא דהא מדעתיה קא יהיב ליה. והטעם שהן פסולין לעדות מפני שאין עוסקין ביישובו של עולם, וכיון שאין אומנות להם אלא הוא, ול"ש עכו"ם ול"ש ישראל, וא"כ מניין לנו שהוא גזל מדבריהם וצ"ע. וכ"ש שרבינו עצמו פסק פ"י מהל" עדות שאין המשחק נפסל אלא בשאין לו אומנות אלא הוא. ונראה סיוע לדברי רבינו ממה שאמרו בשבת פ" שואל קמט: ומנה גדולה כנגד מנה קטנה אף בחול לאחרים אסור, מ"ט משום קוביא." הרי לכאורה הרמב"ם סותר את

אף שיש במשחק בקוביא איסור דרבנן עדיין הוא אינו פסול לעדות, אלא אם אין לו אומנות אחרת.

ועוד י"ל בזה להסביר דעת הרמב"ם בגמרא באופן אחר, והוא ש"ל שלגירסת הרמב"ם אין רב ששת חולק על רמי בר חמא שיש כאן אסמכתא, שבגירסתו כתוב "רב ששת אמר כל כהאי גוונא לאו אסמכתא היא, אלא לפי שאין עסוקין בעולם", אבל לפי מ"ש רבינו חננאל שם, ומסתמא גם בגירסת הרי"ף הרמב"ם, לא כתוב "כל כהאי גוונא לאו אסמכתא היא" וצריך להשמיט את זה, וכן כתוב בהגהות הגר"א על הגמרא שם. לפי זה י"ל שאף לרב ששת הוא אסמכתא אלא עדיין הוא אינו פסול לעדות אלא אם אין לו אומנות אחרת. ולפי זה י"ל שלדעת רמי בר חמא משחק בקוביא הוא פסול משום אסמכתא ואף אם יש לו אומנות אחרת, והא דאמר רבי יהודה במתניתין הוא פליג על חכמים, ולדעת החכמים אף שיש לו אומנות אחרת הוא פסול. אמנם לדעת רב ששת אה"נ שיש בזה אסמכתא, אלא רבי יהודה בא לפרש דברי חכמים וכדעת רשב"ל ורבי יוחנן שם, שעדיין הוא אינו פסול אם יש לו אומנות אחרת. ולפי זה הרי"ף פסק כרב ששת, שהוא הביא רק דברי רב ששת, וכן כתב הב"י בס"ל. באות כה. בד"ה משחקים, שהרי"ף פסק כרב ששת. וכן י"ל לדעת הרמב"ם. הרי נראה דבעינן שני דברים לפסול לעדות, דהיינו משחק בקוביא וגם שאין לו אומנות אחרת, אבל אם יש לו אומנות אחרת, אף שהמשחק בקוביא עובר על איסור דרבנן כיון שאסמכתא לא קניא, עדיין הוא כשר לעדות.

ולענ"ד כן יש לפרש בדברי הרדב"ז בהל" עדות פ"י הל"ד. שכתב, "וכן משחק בקוביא, גם זה שם במשנה, ואמר רב ששת לפי שאין עסוקין ביישובו של עולם... וטעמו של רבינו נכון, כיון שאין לו אומנות אלא הוא חזקתו שהוא אוכל מן הקוביא שהוא גזל, ואזיל לשיטתיה דאסמכתא היא ואית בה משום גזל". הרי נראה שאף שיש איסור דרבנן ממש, מ"מ עדיין אין פסול לעדות אם יש לו אומנות אחרת.

שוב ראיתי בתשובת המבי"ט ח"א ס"עח. שתירץ קושית הרב המגיד הנ"ל וכתב שהרמב"ם פסק כרב ששת, ואחר כך כתב, "רמי בר חמא אמר דטעמא דמתני' הויה משום דהוי אסמכתא היינו דלא קני כלל וחייב להחזיר לו מן התורה כדפירשתי לעיל, ואפ"ה לא מיפסיל אלא מדרבנן כיון שנתנו לו חבירו ברצונו. ורב ששת אמר כל כי כה"ג לא הוי אסמכתא, כלומר דאינו אסמכתא ממש שהיה גזל

עצמו, שבהל" גזלה הוא כתב שיש איסור דרבנן במשחק בקוביא כיון שהוא אסמכתא דלא קניא וזה כרמי בר חמא בסנהדרין כד:; ובהל" עדות הוא פסק כרב ששת שם שסבר שאין כאן אסמכתא ואין כאן גזל, אלא כל הטעם שהוא פסול לעדות הוא מפני שהוא אינו עוסק ביישובו של עולם, ולכן אם יש לו אומנות אחרת הוא אינו פסול לעדות.

וראיתי בכסף משנה בהל" עדות שם שהוא תירץ שאה"נ שהרמב"ם סבר שיש איסור דרבנן במשחק בקוביא, אלא שהרמב"ם מיירי "דלעולם במשחק עם עכו"ם, וסובר רבינו שאינו עוסק ביישובו של עולם, פי' שכיון שאין לו אומנות אחרת הרי הוא בחזקת שמשחק עם ישראל והוא גזל, ואע"פ שלא ראינו סתמו כודאי, אי נמי דהכא אפילו במשחק עם ישראל עסקין, אלא שאינו משחק במעות" ע"ש כל דבריו. וזה קשה בעיני, דהוי ליה להרמב"ם לפרש שאם ראינו משחק עם ישראל וגם עם מעות הוא פסול אף אם יש לו אומנות אחרת, הרי מצינו שהעיקר חסר. ועיין עוד בזה בדעת הרמב"ם בלחם משנה שם, ובב"ח בס"ל. באות כו. בד"ה כתב הרמב"ם. ובערוך השולחן ס"רז. אות כג.

ג) ולענ"ד נראה שאין כאן סתירה בדברי הרמב"ם, וי"ל שאה"נ שיש איסור דרבנן של גזילה במשחק בקוביא, אלא שאע"פ כן עדיין הוא אינו פסול לעדות אלא אם אין לו אומנות אחרת. ונראה שהרמב"ם פסק כרמי בר חמא בסנהדרין כד. שהטעם שמשחק בקוביא הוא פסול הוא מפני אסמכתא לא קניא, אבל אף הוא פסק כר"י יהודה במתניתין שבא לפרש דברי חכמים שכתב, "אימתי בזמן שאין להן אומנות אלא הוא". וכן כתב הגר"א בס"ר. ג. ס"ק מד. "דהרמב"ם ס"ל כרמי בר חמא דאסמכתא היא, ואף על פי כן דוקא שאין לו אומנות אחרת כרבי יהודה כמ"ש שם כו: א"ר אבהו א"ר אלעזר הלכה כרבי יהודה, ואעפ"כ קי"ל דהטעם משום אסמכתא כמ"ש שם כה. ואידך תנא תולה" ע"ש כל דבריו. וכן ראיתי לנצי"ב במרומי שדה בסנהדרין כד: בד"ה תוס', שכתב "והנה דעת הרמב"ם והש"ע דקי"ל כרמי בר חמא דהוא אסמכתא, ומ"מ קי"ל כרבי יהודה דלא פסול אלא כשאין לו אומנות אחרת, וכמבואר בס"ל. ובס"שע. וכמו שביאר יפה הגר"א ז"ל בס"כג. (צ"ל ס"ר. ג. הנ"ל) ובאמת הכי משמע בסוגית הגמרא דא"ר אלעזר הלכה כרבי יהודה, ואי הלכה כרבי"ל ור"י יוחנן דאמרי אימתי לפרש פשיטא דהלכה כרבי יהודה, אלא כרמי בר חמא ומ"מ הלכה כרבי יהודה, וכבר הרגיש בזה מרן הב"י בס"ל. כה. כו. ע"ש. הרי לפי זה

שמפריחי יונים אסורים הוא מפני ארא, דהיינו מפני דרכי שלום כמבואר בדף כה. ובזה י"ל שאם המשנה פסלה לעדות איסור מפני דרכי שלום, אז מה שהוסיפו עליהן "הגזלנין" הוא אף גזלת מציאת חש"ו שאף הוא מפני דרכי שלום אלא שהוא דבר דלא שכיח כמבואר שם. אמנם י"ל שלדעת הרמב"ם העיקר פירוש במשנה הוא שהטעם שמפריחי יונים פסולים לעדות הוא משום שאף זה בכלל משחק בקוביא, דהיינו "אי תקדמיה יונך ליון", והא דכתיב במשנה משחק בקוביא וגם מפריחי יונים י"ל "דצריכא דאי תנא תולה בדעת עצמו התם הוא דלא גמר ומקני דאמר קים לי בנפשי דידענא טפי אבל תולה בדעת יונו אימא לא, ואי תנא תולה בדעת יונו דאמר בנקשא תליא מילתא ואנא ידענא לנוקשי טפי, אבל תולה בדעת עצמו אימא לא, צריכא" כמבואר בגמרא שם. ולפי זה י"ל שלמ"ד זה, הא דהוסיפו גזלנין שהוא רק איסור דרבנן, הוא רק להוסיף ארא, וזה דבר שכיח, אבל להוסיף גזלת מציאת חש"ו דבר זה לא מצינו. ומסתברא הוא, כיון שכבר ביארתי שלדעת הרמב"ם אף משחק בקוביא כשר לעדות אם יש לו אומנות אחרת אף שיש בזה איסור דרבנן ממש, ולכן אין לאסור דבר דלא שכיח שהוא אסור רק מפני דרכי שלום.

ולפי זה מ"ש הרמב"ם בהל" עדות אתי שפיר, שבאמצע הל"ד. הוא הביא מה שהוסיפו חכמים, דהיינו החמסנים והרועים המוכסין והגבאין. ומיד אחר כך כתב הרמב"ם מפריחי יונים משום שחזקתן שגוזלים יונים של אחרים בחנם, דהיינו ארא, שזה מה שהוסיפו בגזרתם מלבד מה שכבר כתוב במשנה, וזה הפירוש של "גזלנין" לדעתו. ואחר כך בסוף הל"ד. הביא הרמב"ם הדין של משחק בקוביא, דהיינו מה דהוי בכלל גזרת המשנה, ובזה הוא כולל אף מפריחי יונים, דהיינו "אי תקדמיה יונך ליון". הרי נראה מלשונו הזהב, דהא דהוסיפו גזלנין מדבריהם הוא מפריחי יונים מטעם ארא ודרכי שלום, אבל גזלת מציאת חש"ו שהוא דבר דלא שכיח אינו פסול כלל, ומטעם זה השמיט רבינו דין זה.

ויש להוסיף עוד בדעת הרמב"ם, והוא שלמ"ד לגבי מפריחי יונים שהטעם שהם פסולים הוא מפני משחק בקוביא, דהיינו אי תקדמיה יונך ליון, הטעם שלא אמר ארא הוא מפני שארא אסור רק מפני דרכי שלום בעלמא כמבואר שם בדף כה. הרי לפי מ"ד זה אין לפסול לעדות מה שתקנו רבנן משום דרכי שלום. ונראה שהרמב"ם פסק כמ"ד זה, בפירוש דברי המשנה. ולכן כשהוסיפו ותקנו רבנן "גזלנין" י"ל שהם לא הוסיפו גזלת מציאת חש"ו שהוא דבר דלא שכיח, אלא רק ארא, שהלא יש מ"ד שארא

מן התורה כיון דלא ידע אי נצח או לא, ואפ"ה אתני מספקא גמר ומקני ולא גזלה מן התורה הויא, אבל מדרבנן מיהא הוי גזל מדבריהם, ולא מיירי הכא (הרמב"ם בהל" גזילה) אלא בענין גזל ולא בענין פסול לעדות, ובהל" עדות דמיירי בפסול לעדות כתב דלא מיפסל לעדות אפילו הוי גזל מדבריהם אלא היכא דאין לו אומנות אחר, וכמו שכתב בפירוש הרי זה בחזקת שאוכל מן הקוביא שהוא גזל ע"כ, משמע דאפילו לרב ששת דאמר כל כה"ג לא הוי אסמכתא הוי גזל מדבריהם, וא"כ מ"ש בהל" גזילה ובהל" עדות הכל הוא אליבא דרב ששת כדפירשתי". הרי אף לדעת המבי"ט מי שמשחק בקוביא יש לו אומנות אחרת אינו פסול לעדות.

וכן ראיתי במשכנות יעקב חו"מ ס"יז. שביאר כן בדעת הרמב"ם וכתב, "וס"ל דאכתי אבק גזל הוא אף לרב ששת ולרבי יהודה, ולפי זה אם ידוע שאינו נהנה מזה הממון רק משחק בו אינו נפסל... ותירתי טעמי בעינן לפסולא, הטעם דאינו עוסק בישובו של עולם, וגם טעם שהוא נהנה מאבק גזל, וממילא שאם ידוע לנו שאינו נהנה מזה אינו נפסל... וכל זה שלא כדעת התוספות שכתב לרב ששת מותר לשחק בקוביא שאין בזה משום אסמכתא כלל, ועל פי דעת הרמב"ם יש בזה איסור גמור" ע"ש. הרי מבואר שאף שהוא עובר על איסור דרבנן של משחק בקוביא עדיין הוא מותר להעיד אם יש לו אומנות אחרת.

ולפי זה, יש לדון במי שגזל מציאת חש"ו שהוא אסור רק מפני דרכי שלום כמבואר בגיטין נט: במשנה, שי"ל שדרכי שלום הוא קיל טפי מאיסור דרבנן ממש של גזל מדבריהם כגון אסמכתא לא קניא. ולכן כיון שמצינו שמשחק בקוביא אינו פסול לעדות אם יש לו אומנות אחרת, ק"ו שאין לפסול מי שגזל מציאת חש"ו, לדעת הרמב"ם. ולכן שפיר הוא מה שהרמב"ם השמיט דין זה. ויש להעיר על המשכנ"י הנ"ל שהוא פירש דברי הרמב"ם והוא הביא מה שגזרו על גזלת מציאת חש"ו, ולא הרגיש שאם אין פסול לעדות באיסור גמור של משחק בקוביא כשיש לו אומנות אחרת, ק"ו שאין לפסול לעדות גזלת מציאת חש"ו, ומטעם זה השמיט הרמב"ם דין זה.

ד) ועכשיו יש לפרש מ"ש בגמרא שם "תנא הוסיפו עליהן הגזלנין והחמסנין, גזלן מדאורייתא הוא לא נצרכא אלא למציאת חרש שוטה וקטן, מעיקרא סבור מציאת חרש שוטה וקטן לא שכיחא, אי נמי מפני דרכי שלום בעלמא, כיון דחזו דסוף סוף ממונא הוא דקא שקלי, פסלינהו רבנן". ונראה שהרמב"ם סבר שזה רק למ"ד שהטעם

במפריחי יונים גזרו חכמים שהם פסולים לעדות, אף שזה משום דרכי שלום למ"ד ארא, אבל לא בשאר איסורי גזל של דרכי שלום.

אלא שראיתי בנשמת כל חי ח"ב ס"ח. שהוא הביא דברי הרדב"ז הנ"ל, והוא הקשה עליו וכתב, "והרי מבואר מסוגיא דפ" זה בורר דלכ"ע גם בגזלן מפני דרכי שלום הוי פסול מדרבנן, וכדתני בתוספתא הוסיפו עליהם הגזלנים, ואמרין בגמרא לא נצרכה אלא למציאת חש"ו. ומצינו גם לסברת איכא מ"ד בגמרא דמפריחי יונים דקתני במתני' הוי ארא דאינו אלא מפני דרכי שלום בעלמא, והכי ס"ל להרמב"ם, א"כ איך כתב דבגזל מפני דרכי שלום אינו פסול לעדות מדרבנן." ולפי מה שביארתי בדברי הרמב"ם אין קושיא על הרדב"ז, והרדב"ז דייק בלשונו וכתב, "חד מהני", דהיינו הרמב"ם לא מנה רק אלו במתני' בגיטין, אבל אה"נ שהוא מנה מה שיש במתני' בסנהדרין, דהיינו מפריחי יונים. אלא שאין ללמוד ממפריחי יונים לשאר גזל דדרכי שלום, אלא רק מה שפסלו חכמים יש לפסול ותו לא. וכן הוא, שאם לא תאמר כן יש להקשות למה בעינן להוסיף על מ"ש במשנה בסנהדרין שם לגזור בחמסנין והרועים והגבאים והמוכסין, אלא צ"ל שאין זה גזרה כללית ורק מה שפסלו חכמים פסלו, ולכן בשלמא שפסלו חכמים מפריחי יונים משום דרכי שלום למ"ד שסבר כן, אבל אין ללמוד מזה לשאר גזל משום דרכי שלום. ומ"ש הנשמת כל חי, להקשות ממצאת חש"ו, כבר כתבתי שהרמב"ם השמיט דין זה כיון שהוא לא סבר כן, ואין ללמוד ממנו. הרי נמצא שמ"ש הרדב"ז אתי שפיר.

ועוד יש לדון במ"ש הנשמת כל חי שם להקשות על רש"י בגיטין הנ"ל שכתב שבגזלה דרבנן "לא הוי ליפסל לעדות", והלא בגמרא סנהדרין הנ"ל מצינו שיש לפסול לעדות גזל דרבנן כמו מפריחי יונים, או משחק בקוביא וכאלו. ותירץ הנשמת כל חי, שרש"י בגיטין איירי רק מן התורה, דהיינו שאף לר"י יוסי לא הוי ליפסל לעדות מן התורה, אבל אה"נ יש לפסול מדרבנן ע"ש. ולענ"ד נראה שיש לתרץ, שאה"נ אין פסול כלל לעדות מדרבנן אם הוא קודם הכרזה כמ"ש מרן בס"לד. כג. וז"ל "והפסול מדבריהם העדות שהעיד קודם שהכריזו עליו כשרה". ועיין ברש"י בגיטין שם שכתב כעין זה.

מצינו מכל הנ"ל, שיש מקום לומר שלשיטת הרמב"ם אין פסול לעדות למי שגזל מציאת חש"ו. ואף שכתב הרמ"א בשם הטור שיש פסול בזה, מ"מ הלא מרן הביא בש"ע רק דברי הרמב"ם, ונראה שלהרמב"ם אין פסול כדביארתי

הוא הפירוש הנכון של מפריחי יונים במשנה, ולכן אין לזוז מדעה זו כולי האי, אלא י"ל שבשלמא שאין זה פירוש המשנה אלא עכ"פ הוא הפירוש של מה שהוסיפו רבנן בתקנתם כשהם פסלו הגזלנים. כן נראה לענ"ד.

וכל זה שלא כהתוספות בדף כה: שכתוב שם שהטעם שלא גזרו בגזלת מציאת חש"ו הוא מפני שזה רק משום דרכי שלום בעלמא. ופירשו התוספות, "תימה למ"ד מפריחי יונים ארא, א"כ מעיקרא נמי פסולים מפני דרכי שלום, וי"ל דהא דאמרין מפני דרכי שלום קאי אלישנא דתקדימיה יונך ליון." ולענ"ד י"ל שהרמב"ם לא סבר כן, אלא הסוגיא אליבא דהמ"ד ארא ודרכי שלום, אלא שאין גזלת מציאת חש"ו בכלל זה, שאין לדמות דבר דשכיח כגון ארא, לדבר שאינו שכיח כגון גזלת מציאת חש"ו. ואף שראיתי בתוס' הרא"ש (וכן הוא בשער המלך בפ"ו דהל" גזילה) שכתב "אי נמי במציאת חש"ו וחמור נמי טפי כשאשכן רבי יוסי דפליג בגיטין דאמר גזל גמור מדבריהם, וביוני שובך ויוני עלייה לא אשכחן דפליגי". מ"מ לענ"ד יש להשיב על זה, וי"ל שאה"נ שלא מצינו בפירוש שר"י יוסי פליג על זה ש"ל שבשעת המשנה לא הוי גזרה זו, אבל אה"נ י"ל שלפי סברת רבי יוסי אף הוא פליג על זה כשאר הגזרות משום דרכי שלום. וכן יש לדייק בדברי הרמב"ם בהל" גזילה פ"ו. שבהל"ז. הרמב"ם הביא האיסור של ארא, ובסוף בהל"טז. הוא כתב, "כל מי שיש בידו גזל של דבריהם אינו יוצא מידו בדינין". הרי שהוא פסק שלא כר"י יוסי בגיטין שם, אבל נראה שלר"י יוסי כל גזל של דבריהם דלעיל, דהיינו אף ארא מוציאין בדינין. ולכן שפיר י"ל שלדעת הרמב"ם שגזלת מציאת חש"ו שהוא דבר דאינו שכיח, הוא קיל טפי מארא כדביארתי לעיל.

(ה) **וכן** ראיתי ברדב"ז בח"א ס"תק"ז. שהוא הביא מ"ש רש"י בגיטין סא. לגבי אלו שאסרו חכמים במשנה שם משום דרכי שלום, וז"ל של רש"י "ולרבי יוסי גזל מעליא לא הוי ליפסל לעדות ולעבור עליו בלאו". הרי שכל אלו במשנה בגיטין שם שהם אסרו משום דרכי שלום, אינם פסולים לעדות. וכתב הרדב"ז על זה, "דגזילה גמורה דרבנן מפסיל לעדות מדרבנן, וגזל משום דרכי שלום לא מפסיל. וכן תמצא שלא מנו בכלל פסולי עדות חד מהני דהוו משום דרכי שלום." ע"ש. הרי שזה כדביארתי בדעת הרמב"ם שהרמב"ם לא מנה כלל אלו שבמשנה בגיטין, דהיינו מצודות חיה ועופות ודגים, מציאת חש"ו, עני המנקף בראש הזית ע"ש. ואף שהרמב"ם הביאם בהל" גזלה פ"ו. מ"מ בהל" עדות הוא השמיט כולם. ונראה שרק

ולענ"ד נראה שיש להשיב על סברת הסמ"ע דלא בעינן סילוק כשיש ס"ת אחר באותו בית הכנסת. והמקור לזה הוא תשובת הרא"ש בכלל ג. יג. וז"ל שם, "אבל באשקלונא יש ס"ת אחר בעיר הילכך אפשר להם להסתלק שלא יקראו באותו ספר כשהוא בבית הכנסת, ואפילו אם יקראו בו בעודו בבית הכנסת לא מקרי הנאה כיון דאפשר שיקראו בספר אחר, וכל זמן שלא נסתלקו כל הצואה בטלה." ע"ש. הרי נראה מזה דאף כשיש ס"ת אחר בבית הכנסת בעינן סילוק, אלא שאף אם אחר הסילוק הוא שומע הקריאה מאותו ס"ת אין בזה הקפדה כיון שאין זה הנאה כיון דאפשר שיקראו בספר אחר, וזה מ"ש הרא"ש "אפשר להם להסתלק", דהיינו אף שיש ספר תורה אחר בבית הכנסת באשקלונא.

וכן נראה מדברי הטור בס"ז. שכתב, "ועל ס"ת אין מועיל סילוק כי א"א להם להסתלק שלא ישמעו קריאת הספר אא"כ יש להם ס"ת אחר בעיר." וכ"כ הטור בס"ל. הרי דעדיין בעינן סילוק כשיש ס"ת בעיר.

וכן נראה מדברי רבינו ירוחם תלמיד הרא"ש בספר מישרים נת"א. חלק א. שכתב, "ואם יש בעיר ס"ת אחר יכולין לדון על עסק אחד בסילוק אפילו אם יקראו בו בעודו בבית הכנסת לא מיקרי הנאה כיון דיש אחר. ודין בית הכנסת לדון אינו כספר תורה שכולן נכנסין בתוכו להתפלל. ואם יש בעיר בית הכנסת אחר יכולין להסתלק ולדון כמו בספר תורה כשיש אחר בעיר, ודוקא שיש ס"ת אחר באותו בית הכנסת שהן רגילין להתפלל בו, בספרי הרא"ש בפ"ג דבתרא. ע"ש. הרי אף מזה נראה דבעינן סילוק אף כשיש ס"ת אחר בבית הכנסת, אלא אם אחר כך הוא שומע הקריאה אין להקפיד שאין זה נחשב הנאה. ומ"ש בסוף "ודוקא כשיש ס"ת אחר באותו בית הכנסת", פירושו שרק בזה מהני סילוק ולא כשיש ס"ת אחר רק בבית הכנסת אחר, שבזה ודאי יש הנאה כשהוא שומע, שבאותו בית הכנסת של הספר הנגנב יש רק ספר תורה אחד.

ב) אלא שראיתי בדרישה בסוף ס"ז. שפירש פירוש אחר בדברי רבינו ירוחם, וכתב, "ונראה דמ"ש דיכולין להסתלק ולדון כמו בס"ת, דמשמע גם בס"ת אפילו בשיש אחר צריכין סילוק, היינו דוקא כשאין באותו בית הכנסת וכמ"ש רבינו ירוחם בשם הרא"ש דיש חילוק בין הוא באותו בית הכנסת או לא, וה"נ אם יש עוד בית הכנסת בעיר, והטעם בשניהן שווה דכיון שזולת זה יש לפניו טירחא לילך לבית הכנסת אחר מקרי הנאה ומש"ה צריך

לעיל וכדמשמע מתשובת הרדב"ז הנ"ל. ואף שמרן בב"י ובכסף משנה לא הזכיר זה לדעת הרמב"ם, ואף שיש לפרש בדעת הרמב"ם כמו שפירש הסמ"ע הנ"ל, מ"מ נראה לענ"ד שאם העד מסייע המוחזק בממון, שפיר הוא למוחזק לומר שקי"ל בדעת הרמב"ם שאין לפסול עד זה מפני שהוא גזל מציאת קטן, ואין להוציא ממון מהמוחזק משום שלסברת הטור והרמ"א עד זה פסול. כן נראה לענ"ד.

סימן קכה.

שאלה: האם בעינן סילוק לעדים מקהל שנגנב ספר תורה או שאר כלי קדש מבית הכנסת שלהם, אם יש ס"ת אחר או שאר כלי קדש באותו בית הכנסת.

תשובה: (א) כתב מרן בס"ל. יח. "בני העיר שבא מערער לערער עליהם ממרחץ או ברחוב של עיר, אין אחד מבני העיר מעיד בדבר זה, ולא דן עד שיסתלק עצמו בקנין גמור." ובסע"ט. כתב מרן, "בני העיר שנגנב ספר תורה שלהם הואיל ולשמיעה הוא עשוי שא"א לאדם לסלק עצמו ממנו אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאים ראייה מאנשי אותה העיר וכן כל כיוצא בזה." וכתב על זה הרמ"א שם, "ועיין לעיל ס"ז. יב. דבשיש להם ס"ת אחר מותר, וה"ה כל כיוצא בזה כגון בית הכנסת או שאר ספרים וכדומה להם שבני העיר דיינים עליהם." ומ"ש הרמ"א לעיין בס"ז. יב. הוא כיון לדברי מרן שם שכתב, "כל דבר שיש לדיין בו צד הנאה אינו יכול לדון עליו, לפיכך בני העיר שנגנב ס"ת שלהם אין דנין אותו בדייני אותה העיר אא"כ יש להם ס"ת אחר." ע"ש. וכתב הש"ך בס"ל. ס"ק לג. "כגון בית הכנסת או כלי קדש ותפוחי זהב שהן נויי ס"ת וכיוצא בזה, כן הוא בתשובת מהרשד"ם ס"טו. יע"ש." וכתב הסמ"ע בס"ל. ס"ק נג. "דכשיש להן ספר תורה אחרת מותר. ואז אפילו סילוק א"צ, ויכול לשמוע ולקרות מאותו ס"ת כיון דאפשר לו לשמוע ולקרות מס"ת אחר ומצות לאו ליהנות נתנו וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל ג. ס"יג. ולפי זה מ"ש מור"ם וה"ה כל כיוצא בזה כגון בית הכנסת כו' אינו דומה ממש לס"ת דהא כבר כתבתי לעיל ס"ז. בשם רבינו ירוחם דבית הכנסת צריך סילוק אע"פ שיש אחר ע"ש. ועיין פרישה ודוק." וכפירוש הסמ"ע כתב הנתיבות המשפט בס"ז. בס"ק טו. ע"ש. הרי מבואר מכל זה שאף שס"ת לשמיעה הוא עשוי, מ"מ אם יש ס"ת אחר בבית הכנסת לא בעינן סילוק.

בס"ת אחר, אלא רק לבאר הטעם שיש חידוש בדין ס"ת, דהיינו שיש איסור בשמיעת הקריאה מס"ת הנגנב כשיש רק ס"ת אחד בעיר, דהיינו שאף שיש מקום לומר שהשמיעה מותרת כיון שמצוות לאו ליהנות ניתנו, מ"מ עדיין יש איסור בדבר כשיש רק ס"ת אחד. ולכן מצינו שטעם זה אינו מועיל להתיר השמיעה כשיש רק ס"ת אחד, ולכן אף כשיש ס"ת אחר אין לומר שהטעם שמותר לשמוע הקריאה הוא מפני שמצוות לאו ליהנות ניתנו, שהרי אין טעם זה מועיל, שאם תאמר כן הלא אף כשיש ס"ת אחד בעיר יש להתיר השמיעה מטעם זה, אלא ודאי שזה אינו. ולכן כל הטעם שמותר לשמוע השמיעה כשיש ס"ת אחר הוא מפני שאין השמיעה נחשבת הנאה כיון שאף בלי ס"ת הנגנב הוא יכול לשמוע הקריאה מס"ת אחר, וזה מ"ש הרא"ש ותו לא.

ג) ויש בזה טעם אחר דבעינן סילוק, והוא שמרן בס"לז. יח ויט. הנ"ל הביא דברי הרמב"ם לדינא, אבל הרמב"ם לא הזכיר כלל החידוש של תשובת הרא"ש דכשיש ס"ת אחר שמועיל סילוק, ואף מרן בס"לז. לא הזכיר זה, אלא רק בס"ז. וצ"ל שבס"לז. מרן סמך על מה שהוא כבר כתב בס"ז. וכמו שכתב הרמב"ם בס"לז. אמנם י"ל שלדעת הרמב"ם לא מועיל סילוק אף כשיש ספר תורה אחר באותו בית הכנסת. וכן יש לדקדק בלשונו שהוא כתב בהל"עדות פ"טו. הל"א. לגבי מרחץ או רחוב שהעדר יכול לסלק ממנו. אמנם הטור כתב בס"לז. לגבי אלו, "שאי אפשר לו להסתלק כיון שהוא צרכי העיר". ויש להבין הדבר, איך כתב הרמב"ם שאפשר להסתלק והטור כתב שא"א להסתלק, ונראה שצ"ל שמחלוקתם היא במציאות, דהיינו שהטור איירי כשיש רק מרחץ או רחוב אחד בעיר וא"א לילך במקום אחר, אבל לדעת הרמב"ם יש רחובות אחרים או מרחץ אחר, ולכן שפיר הוא להסתלק ממנו. ולפי זה הכי יש לפרש מ"ש הרמב"ם שם בהל"ב. לגבי ס"ת "שאי אפשר לאדם להסתלק ממנו", דהיינו אף שיש ספר תורה אחר, כמו בהל"א שיש רחוב או מרחץ אחר, מ"מ עדיין א"א להסתלק מספר תורה, כיון דלשמיעה הוא עשוי. הרי נראה שלדעת הרמב"ם לא מועיל ס"ת אחר בעיר או בבית הכנסת, אלא בכל אופן א"א לבני העיר להעיד. וכן ראיתי ברדב"ז שם שכתב, "ומדברי רבינו נראה דאפילו אם יש להם ספר תורה אחר טוב מזה שנגנב אין מועיל הסילוק שא"א שלא יקראו גם בזה והם שומעין ונמצאו נוגעים בדבר." הרי שהרמב"ם לא סבר כהרא"ש בזה. ואף שמצינו שמרן בש"ע השווה דעת הרמב"ם לדעת הרא"ש שהרי בס"ז. הוא פסק כהרא"ש ובס"לז. הנ"ל הוא פסק כדברי הרמב"ם, מ"מ כיון שמצינו שהרדב"ז סבר שהרמב"ם

סילוק, אבל לעולם כשהס"ת באותו בית הכנסת א"צ סילוק בכל ענין" ע"ש. ולענ"ד אין זה כוונת רבינו ירוחם, שהוא כתב "ואם יש בעיר בית הכנסת אחר יכולין להסתלק ולדון כמו בספר תורה כשיש אחר בעיר, ודוקא שיש ס"ת אחר באותו בית הכנסת שהן רגילין להתפלל בו". הרי מבואר בסוף לשונו דהא דמהני סילוק כמ"ש ברישא הוא דוקא שיש ס"ת אחר באותו בית הכנסת כמ"ש בסיפא.

שוב ראיתי במהרי"ק בשורש ע. שכתב, "הלא העדים נוגעים בעדות כיון שהם מבני קהלכם ואפילו ע"י דליסלקו וליסהדי לא מהני לענין ס"ת כדאיתא בהדיא בפ" חזקת הבתים מג. משום דהכל עניים אצל ספר תורה אם לא שהיה כבר ס"ת אחר מדויק כזה וכשר כמותו. לפי דברי רבינו אשר ראוי היה מועיל ההסתלקות" ע"ש. הרי אף שהוא כתב דבעינן סילוק מ"מ משמע שהוא איירי אף בס"ת באותו בית הכנסת כיון שהוא לא כתב בפירוש דבעינן ס"ת בבית הכנסת אחר, ודלא כדעת הסמ"ע הנ"ל.

וכן ראיתי בקול אליהו בח"א חו"מ ס"לה. שהוא חולק על הסמ"ע ואף הוא הביא דברי המהרי"ק הנ"ל לסייעתו וכתב, "איברא דראיתי להסמ"ע ז"ל סוף ס"לז. שכתב בשם הרא"ש ז"ל דאם יש להם ס"ת אחר לא בעי סילוק וכו' וסיים עלה שכ"כ הרא"ש בכלל ג., ולא ידענא מאי קאמר והיכן מצא כן בדברי הרא"ש. וכבר יראה הרואה שם שכתב להדיא דאם יש להם ס"ת אחר מהני סילוק. וכן כתב המהרי"ק ז"ל בשורש ע. בדעת הרא"ש. והוא מוכרח דאל"כ אף אם יש להם ס"ת אחר אם לא נסתלקו ממנו אכתי נוגעים בעדות הם, דהרי יכולים למוכרו לישא אשה וללמוד תורה, או משכחת לה בס"ת שהתנו בו מעיקרא דכל אחד מבני העיר כשירצה לצאת ממנה שיתנו לו חלקו במעות דמהני כנודע, ונמצא זה מהני ממנו והו"ל נוגע בעדות, אלא היינו ע"י סילוק." הרי מבואר דבעינן סילוק אף כשיש ס"ת באותו בית הכנסת.

ועוד יש לדייק במ"ש הסמ"ע הנ"ל, לגבי ס"ת ומצוות לאו ליהנות ניתנו, דהיינו "דכשיש להן ספר תורה אחר מותר. ואז אפילו סילוק א"צ, ויכול לשמוע ולקרות מאותו ס"ת כיון דאפשר לו לשמוע ולקרות מס"ת אחר ומצוות לאו ליהנות נתנו וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל ג. ס"יג." ולענ"ד נראה שבשלמא שיש לקרות בס"ת מטעם שיש ספר תורה אחר, אבל אין הטעם מפני שמצוות לאו ליהנות ניתנו, והרא"ש לא הביא טעם זה כלל בתשובתו ע"ש. ורק מצינו שמרן בב"י בס"לז. הביא טעם זה אבל לא להתיר הקריאה

דברי הרא"ש על נכון ודברי מרן בש"ע שהביא דין התלמוד והביא הך דהרא"ש משום דהא והא איתנהו, וכ"כ מהראנ"ח בח"א ס"כט. וח"ב ס"סב. וכ"כ במשא מלך דף נב. וכן נראה ממהר"י אדרבי ס"קנו. אמנם הר"ש הלוי ב"ד ס"ז. משמע מדבריו דכל היכא דאיכא דררא דממונא אינם יכולים להעיד ולא נהגו אלא בדליכא דררא דממונא. עכ"ל הרב מהר"י זיין הנז'. "הרי מבואר מזה שלדעת מהר"י זיין מ"ש מרן לגבי ס"ת הנגנב הוא דינא אף בזה"ז, ואין ללמוד כנגד זה מ"ש מרן בס"כב. ועכשיו נהגו לקבל וכו'. וכן י"ל בשאר דינים בס"לז. דהיינו, שיש מערער במרחץ או רחוב, ותנו מנה לעניי עירי, שאף דינים אלו נוהגים בזה"ז, שכל אלו בכלל "תביעת ממון שתהיה בין הקהל והיחיד".

ה) ולענ"ד נראה שיש להשיב על זה וי"ל שכוונת מרן היא שאף הדין של ס"ת אינו נוהג בזה"ז. ונראה ש"ל שבשלמא שיש לפרש דעת הרא"ש כמ"ש מהר"י זיין, אבל נראה שמלבד דעת הרא"ש מרן פסק גם כדעת הרשב"א, וזה מפני שבתשובות הרא"ש הנ"ל לא הזכירו דין הקדשות, ואף שהרא"ש הזכיר הקדש בכלל נח. ס"ה. מ"מ התם הוא כתב דבעינן סילוק, אלא מ"ש מרן "ועל הקדשות ועל כל ענינים", זה מתשובת הרשב"א, וזה כמו שמצינו בב"י שמרן הביא תשובת הרשב"א מלבד תשובת הרא"ש. הרי מבואר שמרן פסק אף כשיטת הרשב"א. אלא שראיתי בפעולת צדיק ח"א ס"ב. שהוא כתב שהרא"ש איירי אף בהקדשות, ואף הוא הביא מהראנ"ח ח"א ס"כט. שכתב דלא מיירי הרא"ש אלא בהסכמות והקדשות דוקא. ע"ש. אלא לענ"ד אינו כן, שהרא"ש לא הזכיר הקדש כלל, אלא מס או תקנה, ואדרבה לגבי הקדש הוא כתב דבעינן סילוק כמבואר בכלל נח. ס"ה. ע"ש. ולכן צ"ל שמה שפסק מרן שעכשיו נהגו להקל אף בהקדשות הוא על פי מ"ש הרשב"א.

ולפי זה יש לדון במ"ש הרשב"א בתשובת ס"תרפ. (ובב"י כתב ס"תשד). שעכשיו נוהגים לקבל קרובים לעדות בצרכי הקהל, וז"ל "ע"כ אנו נוהגים לעולם כן על כל ענייני הציבור אפילו בהקדשות שאם אין אתה אומר כן מי מעיד בהקדשות של שני ספרים (שהקדיש פלוני, כ"כ בב"י) ובספר תורה הכל פסולין אצלו ואפילו סילוק אינו מועיל כדאמרין בפ" חזקת הבתים תניא האומר תנו מנה לבני עירי אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראייה מאנשי אותה העיר, ואם איתא ליסתלקו תרי מינייהו ולידיינהו, (שאני) ספר תורה דלשמיעה עביד וקאי, שכך נהגו בכל מקום עכשיו להכשיר פסול הקורבה בכלל

החמיר והוא חולק על דעת הרא"ש, נראה שיש לומר בנד"ד שיש לתפוס הדרך האמצעי, דהיינו מצד אחד מצינו סברת הסמ"ע דלא בעינן סילוק כלל כשיש ס"ת אחר בבית הכנסת, ומצד אחר מצינו שלדעת הרמב"ם לפי הבנת הרדב"ז אף סילוק אינו מועיל, ובאמצע מצינו סברת הקול אליהו שסילוק מועיל וסילוק בעינן. ולכן יש לתפוס כסברא האמצעי שהיא סברת הקול אליהו. וכן הוא שהרי יש כלל בדינו שיש לפסוק כסברת האמצעית, כמו שמצינו בבעל המאור בסוכה י. ובר"ן ביומא פב. בדין חינוך והשלמה, שכשיש מחלוקת יש לפסוק כהסברה האמצעית. וכן הוא ברדב"ז בח"א ס"רמט. ע"ש. וכן הוא ביד מלאכי בכלל תעז. ע"ש. ולפי זה נראה לענ"ד שהעיקר הוא כסברת הקול אליהו דבעינן סילוק, או מפני שכן נראה מהרא"ש והרבינו ירוחם והמהרי"ק כדביארתי לעיל, או מפני שסברתו היא סברא האמצעית.

ד) ועכשיו יש לבאר אם בעינן סילוק בזה"ז, שאף שביארתי דבעינן סילוק אף כשיש ספר תורה אחר בבית הכנסת, מ"מ כתב מרן בס"לז. כב. "עכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם והסכמתם ועל הקדשות ועל כל ענינים, וכשרים אפילו לקרוביהם כיון שקבלו עליהם". הרי נראה מזה שאף דמדינא בעינן סילוק מ"מ בזה"ז נהגו לקבל עדים פסולים כגון קרובים, וה"ה מי שיש לו הנאה מהעדות כגון בשמיעת ס"ת וכדומה. ולכן אף בנד"ד י"ל דלא בעינן סילוק.

אלא שראיתי בברכ"י שם באות ז. שכתב, "ראיתי להרב מהר"י זיין בתשובה בספרי שערי ישועה כ"י בח"מ שער ג' ס"ג. הנז' שכתב וז"ל יש להקשות בדברי מרן הש"ע שמתחילה העתיק כל דברי התלמוד בענין האומר תנו מנה לעניי עירי וכו' ושאר פרטים המוזכרים שם, ואח"כ הך דהרא"ש דעכשיו נהגו לקבל וכו', וכיון שכן למה הטריח עצמו לכתוב דינים שאינם נוהגים בזה"ז, ואין זה דרכו בשום מקום וכו'. עוד יש לדקדק בדברי הרא"ש שהרי בכלל ה. ס"ד. כתב מנהג פשוט בכל ישראל שאין מביאין עדים מחוץ לעיר וכו', ואלו בכלל ג. ס"ד. כתב דבעי סילוק, ובכלל ששי ס"כה. כתב דכיון דאית להו הנאה אינם יכולים להעיד, ובכלל הנז' ס"טו. כתב דלא מהני סילוק, ובכלל נח. ס"ג. כתב דבעי סילוק, ובכלל הנז' ס"ה. וס"ז. כתב דאינם יכולים לדונו בני העיר, וא"כ פליג דידיה אדידיה. ולכן נראה לענ"ד נכון, שאין דברי הרא"ש אלא לענין תקנות והסכמות ומנהגות הנוהגים ביניהם, או בדבר ממון של קנסות וכדומה, אבל בדבר תביעת ממון שתהיה בין הקהל והיחיד וכדומה לא נהגו להכשיר, ובזה באו

אלא בדבר שבממון, אבל בדבר שבערוה כגיטין וקידושין אין תקנה אלא עדים כשרים". הרי מבואר שבכל דבר ממון בין יחיד וקהל מועיל תקנה זו, ודלא כמ"ש מהר"י זיין הנ"ל שכתב "בדבר תביעת ממון שתהיה בין הקהל והיחיד וכדומה לא נהגו להכשיר".

וגם נראה לענ"ד שכן יש לפרש בדברי מרן בס"ז. שבתחלת סע"ב. הוא הביא הדין של ס"ת שנגנב, ואחר כך הוא הביא הדין של תנו מנה לעניי עירי, ואחר כך הדין של מסים, ובסוף הסעיף הוא כתב, "ואם עשו תקנה או שיש מנהג בעיר שדייני העיר ידונו אף על ענין המסים דינם דין". הרי משמע שמ"ש "אף על ענין המסים", פירושו שמלבד כל מה שהוא כתב באותו סעיף, דהיינו ס"ת שנגנב, ותנו מנה לעניי עירי, ואף לגבי מסים אמרינן דינם דין. הרי שאף לגבי ס"ת שנגנב מותר להעיד בלי סילוק, ודלא כהמהר"י זיין הנ"ל.

וכן נראה מהחכם צבי בס"קלב. שכתב, "ואף היכא דבפירוש אתמר בגמרא כגון מי שצוה ואמר תנו מנה לעניי עירי אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראייה מאנשי אותה העיר, כתב מהר"ם בראשונות דזה לא אמרו אלא לאותן שאינן מבני העיר שאין בני עיר זו נאמנים על בני עיר אחרת בדבר שהן נוגעין בעדותן משום דבני עיר אחרת לא קבלינהו עליהו, אבל בני אותה העיר עצמה דאנן סהדי דמעיקרא קבלינהו עליהו והימנינהו עליהו, פשיטא שהם נאמנים, ואין זה צריך לפנים עכ"ל. ואם מן הסתם כ"ש באב"ד שקבלוהו בפירוש לדון דיניהם שכשר אפילו בכיוצא בו דתנו מנה, וא"צ לומר בנ"ד וכ"כ הרב מהרדב"ז דמאי דאמרינן אין דנין היינו בלא קבלוהו אבל בקבלוהו עליהו דנין בכל כו' ומעשים בכל יום במצרים ובכל המקומות שהדיין הממונה דן בלי סילוק..." ע"ש. הרי מבואר שלדעתם בזה"ז לא בעינן סילוק אף למ"ש בפ"ז חזקת הבתים כיון שכך קבלו עליהם.

ולפי זה יש ליישב מה שהקשה המהר"י זיין הנ"ל, דהיינו "יש להקשות בדברי מרן הש"ע שמתחילה העתיק כל דברי התלמוד בענין האומר תנו מנה לעניי עירי וכו' ושאר פרטים המוזכרים שם, ואח"כ הך דהרא"ש דעכשיו נהגו לקבל וכו', וכיון שכן למה הטריח עצמו לכתוב דינים שאינם נוהגים בזה"ז". ולפי מ"ש מרן בס"ז. אין קושיא שמרן כתב "ואם עשו תקנה או שיש מנהג בעיר", משמע שאף בזה"ז הוא תלוי בתקנה או מנהג, אבל אה"נ אם אין תקנה או מנהג שפיר הוא לפסוק כדין התלמוד אף בזה"ז. וכן הוא בריב"ש הנ"ל לגבי עיר ברצולנ"ה דהתם לא קבלו

דברים אלו, והרי זה כמי שאמר נאמן עלי אבא נאמן עלי אבין". הרי נראה מזה שכמו שבס"ת לא אמרינן עכשיו שהוא נוגע בדבר והוא פסול לעדות בשמיעת הקריאה, כמו כן עכשיו אין לפסול קרובים. ולפי זה נראה שלא דוקא קרובים מותרים להעיד בצרכי הקהל בזה"ז, אלא אף מי שנוגע בדבר וקיבל הנאה כגון שמיעת קריאת הס"ת מותר להעיד כשיש צרכי הצבור. ולכן אף לגבי ס"ת הנגנב י"ל הכי שכיון שהס"ת בכלל צרכי הציבור מותר להביא עדים שיש להם הנאה בשמיעת הקריאה, כיון שכך קבלו עליהם בתחלה. ועוד י"ל בזה, הלא כתב הרשב"א הנ"ל דלא בעינן סילוק בעדות לגבי מי שהקדיש ס"ת לבית הכנסת, והלא אף זה בכלל "תביעת ממון בין הקהל והיחיד". ואף זה דומה לתנו מנה לעניי עירי, ועדיין אמרינן שהקרובים מותרים להעיד ודלא בעינן סילוק בזה"ז.

וכן נראה מתשובת הריב"ש בס"קצה. בד"ה ומה, שכתב "כבר נהגו כל הקהלות שאין פוסלין לעדות ולא לדין אף הנוגעין בדבר וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה, שאם לא כן אין תקנה לענייני הקהל ולהסכמותיהם שהיו צריכין להביא עדים ממקום אחר ושלא יהיה להם קרוב בעיר. ועוד שלפעמים תהיה ההסכמה בענין שיהיה בה תועלת אף ליהודים הדרים חוץ לעיר וכולם יהיו פסולין להעיד, ואע"פ שמדין הגמ' צריך סלוק ר"ל שישתלקו מחלקם ומזכותם הדיינים או העדים קודם שיוכלו לדון ולהעיד בדבר כדאיתא בפ"ז חזקת הבתים מג: כבר נהגו שלא לדקדק בזה מן הטעם שכתבתי ומנהגם בזה תורה היא, אא"כ עשו הקהל בפירוש הסכמה שלא נהגו כן כמו שעשו קהל ברצולנ"ה י"ץ שעשו תקנה שלא יוכלו לדבר בשום מעמד מענייני שום אדם מיוחד בהיותו במעמד ההוא או שום אחד מקרוביו הפסולין לו להעיד" ע"ש. הרי מבואר שבזה"ז כל שיש צרכי העיר אין לחוש לנוגע בדבר. וגם משמע שמה שמצינו בחזקת הבתים דהיינו ס"ת הנגנב או תנו מנה לעניי עירי אינו צריך סילוק בזה"ז, וזה לפי מ"ש הריב"ש "ואע"פ שמדין הגמ' צריך סלוק ר"ל שישתלקו מחלקם ומזכותם הדיינים או העדים קודם שיוכלו לדון ולהעיד בדבר כדאיתא בפ"ז חזקת הבתים מג: כבר נהגו שלא לדקדק בזה". ולכן כיון שמצינו דהכי ס"ל הרשב"א והריב"ש, וכיון שמצינו שמרן פסק כהרשב"א נראה דהכי קי"ל.

וכן ראיתי בתשובת התשב"ץ בח"ב ס"סג. שהוא הביא שיטת הרשב"א הנ"ל, וכתב שכן סבר מהר"ם מרוטנבורק, וגם כתב התשב"ץ "ומיהו א"א בתקנה זו

שניהם אינן יכולים להקדיש זה לפי שא"ש וזה לפי שאינו ברשותו. וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"כב. הל"ז מכירה דין ט. מי שהיה לו פקדון ביד אחר וכו', ואם כפר בו אינו יכול להקנותו שהרי הוא כמי שאבד וכו'. וכתב הרב המגיד ז"ל שהוא נלמד ממימרת ר"י גזל ולא נתיימשו הבעלים. מבואר הדבר דאין אדם יכול להקנות בין במכר בין במתנה אלא דבר שברשותו, אבל דבר שאינו ברשותו אינו נקנה, והשתא כיון דהס"ת גנוב הוא ביד הגנב היכי מצי שנים מבני העיר להסתלק בנתינתו במתנה חלקם לשאר בני העיר, והא כיון דאינו נקנה מדינא נמצא דעדיין נוגעין בעדות הם שהרי הוא שלהם. ובשלמא בשותפין המעדיין זה על זה דאמרינן בגמרא דמועיל הסילוק, פירש הרשב"ם ז"ל וכל הפוסקים דמיירי בקרקע של שני שותפין, ובקרקע הא אמרינן בפ"ק דמציעא ז. דמאי דאמר ר"י גזל ולא נתיימשו הבעלים וכו', היינו דוקא במטלטלין אבל בקרקע כל שיכול להוציאו בדיינין הרי זה קדוש דקרקע אינה נגזלת, וכל היכא דאיתיה ברשותה דמאריה איתיה, אבל ספר תורה קאי באפין דהא ודאי דין מטלטלין יש לו... וא"כ היכי מצי לסלוקי תרי מינייהו, והסילוק הוא לתת במתנה חלקם לשאר בני העיר. ע"ש כל דבריו.

וכן ראיתי קושיא זו בקצות החושן ס"לז. אות י. שכתב על סוגיא הנ"ל ופירוש הרשב"ם, "והקשה אחי הנכון מוה"ר יהודה כהן ש"ן הא קי"ל גזל ולא נתיימשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדישו וה"ה למכרו כמבואר בס"שנד. ואפילו להפקיר אינו יכול וכמ"ש בס"שנד. ע"ש. א"כ בשלמא גבי שותפין מעידים זה לזה דמיירי בקרקע, וקרקע גזולה יכולין הבעלים להקדישו ולמכרו כדאמרינן בפ"ק דמציעא, אבל בס"ת שנגנב היאך יכולין לסלק מיניה, דאע"ג דיקנו מידם לא מהני כיון דאינו ברשותו" ע"ש. הרי שני נביאים בסנגון אחד הקשו כן, דהיינו הכסא אליהו, והקצות החושן בשם אהיו.

ב) ובהשקפה ראשונה אמרתי שיש לתרץ קושיא זו לפי מ"ש מרן בס"ריא. ז. "מי שהיה לו פקדון ביד אחר הרי זה מקנהו במכר או במתנה לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא והרי הוא בחזקת שהוא קיים, ואם כפר בו זה שהופקד אצלו אינו יכול להקנותו שזה כמו שאבד שאינו ברשותו, אבל המלוה הואיל ולהוצאה ניתנה אינה בעולם ואין אדם יכול להקנותה אלא במעמד שלשתן" ע"ש. הרי מבואר שקנין ע"י מעמד שלשתן מהני אף בדבר שנחשב כאינו בעולם או כמו שאבד שאינו ברשותו. ולכן הכי י"ל בנד"ד שיכולים העדים להקנות חלקם בס"ת זה ע"י מעמד שלשתן, דהיינו שכשכני העיר והגנב באו לפני בית דין,

תקנה זו, אלא קבלו דין התלמוד. ולכן דינים אלו שייכים אף בזה"ז, ושפיר הוא מה שמרן הביאם בש"ע. ואף הברכ"י הנ"ל כתב כן מדעתו וז"ל, "ומלבד זה, במאי דקמן מוכרח לכתוב הדין לעיר שרצו לבטל מנהגם ולנהוג כפי הדין, וגם עיר חדשה שרצו לנהוג כפי הדין". הרי הוא כדברי, אלא שכתבתי שיש ראייה לזה מדברי הריב"ש הנ"ל ועיר ברצולנ"ה, וממ"ש מרן עצמו בש"ע בס"ז. הנ"ל.

ולפי זה נראה שבנד"ד הכל תלוי בקבלת אותה העיר, אם קבלתם לנהוג כדין התלמוד, אז י"ל דבעינן סילוק לגבי ס"ת שנגנב אף שיש ס"ת אחר באותו בית הכנסת, אבל אם קבלתם שאין לחוש לנוגע בדבר לגבי צרכי הצבור, אז אין צריך סילוק בזה"ז.

סימן קכו.

שאלה: האם יש לתרץ קושית הקול אליהו והקצות החושן על מ"ש הרשב"ם לגבי בני עיר שנגנב ס"ת שלהם, שאין אמרינן שלעדות בעינן סילוק מהס"ת, שהלא א"א לעד למכור חלקו בס"ת לשאר אנשי עירו כיון שהס"ת עדיין ברשות הגנב.

תשובה: (א) כתוב בב"ב מג. "תניא בני העיר שנגנב ס"ת שלהן, אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאין ראייה מאנשי אותה העיר, ואם איתא ליסלקו בי תרי מינייהו ולידיינו, שאני ס"ת דלשמיעה קאי." ופירש הרשב"ם שם, "ראיה. עדים שראוהו שגנבו או שמעידין שזהו ס"ת של אותה העיר דכולן שותפין ונוגעין בעדותן." "ליסתלקו. יכתבו דין ודברים אין לי על ספר תורה זה, ויקנו מידם." "דלשמיעה קאי. ואין יכול לסלק עצמו שלא יהא נוגע בעדות, שהרי נהנה בו ויוצא בשמיעתו, אלא אם כן ילך לדור בעיר אחרת שלא יהנה בקריאתו." הרי מבואר שאפשר לעד זה למכור ס"ת לשאר אנשי עירו כשהס"ת ביד הגנב, אף שמצד עדות מכירה זו אינה מועילה כיון שעדיין יש הנאה בשמיעה, אא"כ הוא ילך לדור בעיר אחרת. ועוד כתב בתשובת הרא"ש כלל ג. ס"יג. שאם יש ס"ת אחר בבית הכנסת אז אין השמיעה מס"ת הנגנב נחשבת הנאה כיון שבלא"ה הוא יכול לשמוע מס"ת אחר. וכן פסק מרן בס"ז. יב. ולכן אף בזה מועיל סילוק ע"י מכירה כמ"ש הרשב"ם.

וראיתי בקול אליהו ח"א ס"לה. שהקשה על זה וכתב, "ותמהני הרבה דהא קי"ל גזל ולא נתיימשו הבעלים

יכולים העדים לומר לגנב קודם עדותם שאם אמת הוא שס"ת זה הוא הנגנב ואתה צריך להחזיר הס"ת לבני העיר שעומדים כאן, אז אנו אמרינן שהחלק שלנו בידך יתנוהו לשאר בני העיר. הרי שיש בזה קנין אף שהס"ת אינו ברשותם.

אלא שיש לפקפק בזה, שהרי כתב הרמב"ם בהל" מכירה פ"ו הל"ח. "היו עומדים שלשתן ואמר לו מנה שיש לי בידך בין פקדון בין מלוה תנהו לזה, קנה לוי. ואין אחד משלשתן יכול לחזור בו. ודבר זה אמרו חכמים שהיא הלכה שאין לה טעם לפיכך אין למדין ממנה לדין אחר." וכן הוא בגיטין יד. ע"ש. ולפי זה י"ל שדוקא בפקדון או מלוה תקנו כן, ואין ללמוד ממנו לדין אחר, דהיינו לדבר שנגנב כשהוא ברשות הגנב. ולכן עדיין צריך לברר הדבר.

וכן נראה לענ"ד שאף דאמרינן שא"א להקנות איזה חפץ כשהוא ברשות הגנב כמבואר לעיל, מ"מ שאני נד"ד שהס"ת אינו של איש אחד, אלא של שותפין, דהיינו לכל בני העיר. ואף שאין השותפין יכולים להקנות הס"ת לאיש אחד שאינו בשיתוף כשהס"ת ברשות הגנב, מ"מ עדיין הם יכולו להקנות חלקם זה לזה. ונראה שיש להסביר דבר זה לפי הדין של כליו של אדם קונה לו, כמ"ש מרן בס"ר. ג. "כליו של אדם כל מקום שיש לו רשות להניחו קנה לו, וכיון שנכנסו המטלטלים בתוך הכלי אין אחד מהם יכול לחזור בו, והרי זה כמי שהונחו בתוך ביתו." ולפי זה י"ל שהחלק של שותף אחד בס"ת הוא נחשב ככליו, וחלק זה יכול לקנות בעד בעליו, החלק אחר של שותף השני. וק"ו הוא שאם אמרינן שכליו של אדם קונה בעדו במטלטלים שאפשר להניחם בכלי באינו חיבור גמור ודרך עראי, ק"ו שחלק אחד של הס"ת יכול לקנות בעד בעליו חלק השני שהוא מחובר בו חיבור גמור שא"א להפרידם, וגם הוא דבר של קיום. ולכן ה"ה שכל בני העיר יכולים לקנות חלק של שני העדים משום כליו של אדם קונים לו. ואף שגם כתב מרן בס"ר. ג. הנ"ל "לפיכך אין כליו של אדם קונים לו ברשות הרבים ולא ברשות המוכר אלא א"כ אמר לו המקנה לך וקנה בכלי זה ואז קנה אם הוא ברשות המוכר." הרי מבואר דבעינן רשות הלוקח כדי לקנות ע"י כליו. ולכן לכאורה נראה שאין כליו של אדם קונים לו ברשות הגנב כיון שאין זה רשות הלוקח. מ"מ כיון שלדעת הגנב הכלי שלו והוא רוצה שיהיה הכלי ברשותו, הרי שיש רשות להיות הכלי שם, ולכן שפיר י"ל שכיון שלדעת בני העיר הס"ת הוא שלהם ויש לו דין של כליהם, ואף יש רשות מהגנב שיהיה הס"ת אצלו, שפיר י"ל שבני העיר

סימן כז.

שאלה: האם מי שקבל עליו לזון חברו ולא פירש עד כמה זמן, צריך לזון אותו כל ימיו או סגי בזמן מועט.

תשובה: (א) כתב הרמ"א בס"ס. ג. "ויש אומרים דהמקבל עליו לזון חברו, סתם כל ימי חייו או כל זמן שצריך משמע, וי"א דאם קבל עליו לשונו סתם או יתן ק' זהובים לשנה נפטר בשנה אחת מנדרו." והי"א קמא הוא דעת הרשב"א בתשובתו ח"ו ס"ה, והי"א בתרא הוא דעת הרא"ש בתשובתו כלל ו. ס"ח. ויט. ונראה שלפי הכלל המסור בידינו שהעיקר בזה כ"א בתרא, דהיינו דעת הרא"ש. וכן נראה ממה שהוא כתב בס"ריב. א. "האומר ידור פלוני בבית זה ולא קצב זמן הדירה, אפילו רק שעה אחת במשמע." הרי נראה שזה לפי דעת הרא"ש. וראיתי ברא"ש שם שהוא הביא ראיה לדבריו וכתב, "וכדתנן בפרק בתרא דמנחות קד: דכל אדם נודר להביא נדבה משלו שאנו הולכין אחר הנדבה הקטנה שאדם מביא מאותו המין... הילכך בנדרן זה נמי אילו היו הקהל אומרים לא פטרנוך אלא מן המס הראשון היינו שומעים להם. והמקבל עליו לזון חברו סתם או יתן לו מאה זהובים לשנה דין זה כדין הראשון ובשנה אחת יפטר מנדרו."

אלא שכתב הרשב"א הנ"ל ראיה לדבריו ממקום אחר, וז"ל "שכל המקבל עליו לזון או שמזכה לאיש בנכסיו מזונות סתם, כל זמן שצריך למזונות משמע וכמי שאסר על עצמו סתם שלא יאכל מן המינין שאסור בהם לעולם, וכדאמר בפ"ג דנדרים נודרין להרגים היכי נדר אמר רב

שאי אפשר לעשותו, כגון... שנשבע שלא יאכל ז' ימים." ע"ש. ולכן י"ל שאם הוא אסר עליו כל הפירות בסתם, שהוא כיון רק לעד שבעת ימים. ולכן אם אמרין לגבי אסר עליו הפירות "דאיזה זמן תתן לו", שפיר י"ל שעד שבעת ימים. אלא כיון שראינו ברא"ש שכתב שהוא אסר עליו לעולם, ודאי לא אמרין סברה זו של המהראנ"ח.

ושוב ראיתי במהרי"ט בחו"מ ס"מ. שאף הוא הקשה על סברת המהראנ"ח הנ"ל כעין שכתבתי לעיל וכתב, "ואינן מתיישבין אצלי, דמה נאמר אם היה באמצע השנה, שאין דרך להכין אז צרכי השנה וגם אין קוצבין לו מן השמים, ומה קצבה בשנה, טפי הול"ל ל' יום כדאמר בערכין מניחין לו מזון שלוש ימים ויום וכסות יב' חודש, אלא נראה דטעמו של הרא"ש... דהאי לשנה אכולה מילתא קאי, יזון או יתן ק' זהובים לשנה, דהיינו שנה אחת, ונדרש אלפני פניו, ויש לנו הרבה כיוצא בזה." ע"ש כל דבריו. הרי מבואר שהטעם שכתב הרא"ש דוקא שנה ולא פחות מזה הוא מפני מ"ש בסוף לגבי ק' זהובים לשנה, וזה קאי אף לגבי יזון סתם, אבל אה"נ בנדון אחר שאין הוכחה זו, י"ל שאף לזון חבירו ביום אחד סגי. וכן הוא בסמ"ע בס"ס. ס"ק טז. שכתב "והא דכתב בהג"ה מרדכי וכתבו מור"ם בהג"ה לקמן בס"ריב. א. באומר ידור פלוני בביתי סתם דאפילו שעה אחת במשמע, נראה שהוא גם כן מה"ט דכל שלא קבע זמן יכול לומר שדעתו לא הי' אלא לשעה א', והמע"ה, והא דפסק כאן דנפטר בשנה א' עכ"פ צריך לזונו הוא מטעם דגילה דעתו דשנה א' רוצה לזונו מדאמר או יתן מאה זהוב לשנה." ע"ש. הרי אם לא מטעם זה שפיר י"ל שאף בשעה אחת סגי לזון חבירו וכדמצינו לגבי ידור פלוני בביתי ברמ"א בס"ריב. א. ועיין עוד בזה בטל אורות בפרשת וארא.

(ב) **אלא** לפי זה חזרה קושית המהראנ"ח לדוכתא, שלמה אמרין לגבי אסר פירות עליו שסתם הוא לעולם, אבל לגבי לזון חבירו או ידור חבירו בביתו סתם הוא רק שעה אחת. וראיתי בסמ"ע הנ"ל שהביא מ"ש הלבוש שהרא"ש כתב כן רק מפני שבסוף הוא כתב ק' זהובים לשנה, ולכן אף בקיבל לזון חבירו הוא בכה"ג דהיינו שהוא כיון לשנה, אבל אה"נ שאם הוא לא הזכיר שנה כלל, אז אף הרא"ש מודה לרשב"א שהוא צריך לזון אותו לעולם. אלא שהסמ"ע שם דחה סברה זו מפני דהא דפירושו ממס ובקיבל עליו נדבה היה הפטור והקבלה בסתם, ואפ"ה כתב דסתם כזה הוה על המעט ומשוה שלשתן יחד ע"ש. ולכן צריך לפרש דברי הרא"ש באופן אחר. ויש לתרץ שזה מפני שיש לנו משנה מפורשת בנדירים יח: "סתם

עמרם אמר רב דאמר יאסרו פירות עולם עלי אם אינם של בית המלך ואקשינן כיון דאמר יאסרו איתסור כל פירי דעלמא עלויה, ופרקינן באומר היום, אלמא כל סתם כל עולם דמי, הכי נמי כל שמזכה לאיש מזונות בנכסיו לעולם משמע." הרי שהרשב"א הביא ראיה לדבריו מדין של נודר מהפירות. ויש להקשות על הרא"ש מראה זו כיון שאף הוא הסכים לדין זה, ולכן איך הוא לא הביא זה לראיה שסתם דומה לעולם. וז"ל הרא"ש בשבועות שתים אות כ"א. "ואע"פ שאסר עליו כל פירות בסתם ולא הזכיר לעולם כיון שלא קבע זמן ממילא נאסרו עליו לעולם, דאיזה זמן תתן לו, ולא מסתבר שלא יאסר אלא רגע אחד." וכן פסקו מרן בי"ד ס"ריט. ג. והרמ"א בס"רלו. ד. ע"ש. ולפי זה יש לברר לדעת הרא"ש מה הוא הטעם שהוא לא הביא זה לראיה בתשובתו הנ"ל שיש לו לזון חבירו לעולם, וכמו שמצינו ברשב"א.

וכן ראיתי קושיא זו על הרא"ש במהראנ"ח ח"א ס"קכ. שכתב, לגבי האומר תנו בית לפלוני שידור בו אם נאמר שידור שנה אחת או לעולם, "דצריך ליישב מ"ש הרא"ש עצמו בסוף פרק שבועות שתים, שהאוסר פירות בעולם עליו ולא הזכיר לעולם, כיון שלא קבע זמן, נאסרו עליו לעולם, דאיזה זמן תתן לו, (לא) מסתבר שייאסר רגע אחד או שנה אחת וכו', דנראה דסתר ידיה אדידיה, וליכא למימר שבנדר החמירו, דהא חומרא דאטי לדידי קולא הוא, דבשבועת שוא מיירי התם, דלוקה ואוכל לאלתר, והא קולא היא, אלא צ"ל דהתם טעמא משום דאיזה זמן תתן לו, וכמ"ש הרא"ש, אבל הכא גבי מזונות שאני דיש להם זמן קבוע משנה לשנה, כשאדם רואה ומכין אותן משנה לשנה, וכדאמרן בעלמא, מזונותיו של אדם קצובים לו מראש השנה עד ראש השנה, וכפי בחינה זאת י"ל במקבל עליו לזון את חבירו, בשנה אחת קאמר, דיד בעל השטר על התחתונה." ולענ"ד אין זה מספיק לתרץ בעד הרא"ש, שהלא עדיין יש לומר שאיש זה כיון לזון חבירו רק לשבוע או חודש וכדומה, ומה לי שהקב"ה קובע מזונותיו מר"ה לר"ה, הלא אנו איירינן בבשר ודם. ועוד אם אדם קיבל לזון חבירו בחודש אלול או בערב ר"ה, אם אמרין שסתם כוונתו היא עד עד ר"ה שהוא הזמן שהקב"ה קובע מזונות לכל אדם, ודאי זה אינו ולא ראינו בדברי הרא"ש סברה זו. ועוד יש להקשות, שהלא אף לגבי הנאה מפירות, י"ל שיש זמן קבוע ומוגבל, שהפירוש של פירות כאן הוא כל מה שגדל בעולם כמו דגים ופשתן וקנבוס וכו', כמבואר בש"ך בי"ד ס"רלב. ס"ק ח. ע"ש. ולכן הוא אסור לאכול כל מיני אוכל, ומצינו שא"א לחיות בלי אכילה שבעת ימים כמ"ש מרן שם בשם הרמב"ם, "דבר

ג) ולענ"ד אין זה נכון, שאין הטעם של סתם נדרים להחמיר מטעם שיש בזה ספק וספק איסורא לחומרא אלא שעדיין זה נשאר בגדר של ספק, שזה אינו, אלא הוא בגדר של חזקה, דהיינו שמסתמא כיון שהוא נודר נדר הוא כיון להחמיר, שכל טעם הנדר הוא לאסור דבר היתר על עצמו, ולכן חזקה זו היא בגדר של ודאי, ולכן אף אם הוא מביא לידי קולא כמו לגבי שבועת שוא הנ"ל עדיין אמרינן חזקה זו, שאין לשנות חזקה כזו כיון שהיא כמו ודאי. וכן יש ללמוד מדברי הרא"ש בנדרים שם שכתב, "סתם נדרים להחמיר... דסתם הנודר דעתו לאסור מדלא שתק". הרי שלא כתב הרא"ש שהוא מפני ספק בדעת הנודר, אלא כיון שהוא לא שתק אלא קיבל עליו לנדור, הרי החזקה היא שהוא כיון לאסור כיון שהוא לא פירש את דבריו, אלא אמר בדרך סתם.

ואת"ל הלא מצינו לגבי דיני נזיר "כל שספיקו חמור מודאי לא מעייל נפשיה לספיקא" כמו שביארתי לעיל, ולכן אף אם אמרינן סתם נדרים להחמיר הוא בגדר של חזקה ואינו משום ספק, מ"מ י"ל שאין חזקה זו אם הוא מביא לידי קולא כמו לגבי נזיר שיש חשש של חולין בעזרה. ולכן עדיין י"ל שאין חזקה זו לגבי שבועות שמביאין לידי קולא כמ"ש המהראנ"ח הנ"ל. אלא נראה שאין זה הוכחה, וי"ל שכל זה לדעת רבא בנדרים יט: הנ"ל, אבל מצינו שרב אשי יש לו שיטה אחרת, וכתוב שם "רב אשי אמר ההיא רבי יהודה משום ר"ט היא דתניא ר"י יהודה משום ר"ט אומר אין אחד מהם נזיר לפי שלא ניתנה נזירות אלא להפלאה". הרי י"ל שהטעם שאנו אמרינן ספק נזירות להקל, הוא לא מטעם דלא מעייל איניש נפשיה לספיקא, אלא מפני שלא ניתנה נזירות אלא להפלאה, וכיון שיש ספק והוא אינו ברור אין כאן הפלאה, ואזלינן לקולא. אמנם לגבי שבועה ונדרים י"ל סתם נדרים להחמיר, אף אם מצד אחר זה גורם לקולא. ושוב ראיתי כעין מה שכתבתי ברא"ם בס"נ. שכתב לבאר דעת הרמב"ם ובכלל דבריו כתב, "ובספק נזירות הוא מיקל משום דכתיב בה כי יפליא". וכן הוא במחנה אפרים הל" נדרים ס"יג. ע"ש. הרי אנו קי"ל כרב אשי שהוא בתרא. ולפי זה שפיר י"ל שלגבי ספק נדרים להחמיר הוא מפני מעייל נפשיה לספיקא, אף אם מצד אחר הוא גורם לקולא. הרי נסתלקה קושית המהראנ"ח הנ"ל מהרא"ש.

ד) אלא שעדיין יש לבאר מה הטעם שהרא"ש לא הביא הדין של אסר עליו הפירות שסתם הוא לעולם, לראיה שמי שקיבל עליו לזון חבריו בסתם שאף הוא לעולם. ובפרט שבתשובת הרא"ש עצמה הביא סברה זו בשאלה שם

נדרים להחמיר". ולכן אם יש לפרש שכוונתו היא או שעה אחת או לעולם, יש לומר שכוונתו היתה לעולם. אלא שהמהראנ"ח הקשה על תירוץ זה וכתב, "ולכא למימר שבנדר החמירו, דהא חומרא דאתי לידי קולא הוא, דבשבועת שוא מיירי התם, דלוקה ואוכל לאלתר, והא קולא היא". ולענ"ד נראה שסברתו היא דהא דאמרינן סתם נדרים להחמיר, הוא מטעם ספק, ולכן במקום איסורא יש להחמיר, ולכן אף לגבי שבועת שוא י"ל הכי שיותר טוב לומר שמה שהוא אסר עליו פירות הוא רק לשעה אחת, והוא יכול לקיים שבועה זו, ובזה הוא הציל את עצמו מהאיסור החמור של שבועת שוא. ואם אמרינן שסתם הוא לעולם, אז זה גורם לקולא גדולה, דהיינו לעבור על האיסור של שבועת שוא. ולכן אין לומר הכי שסתם הוא לעולם מטעם סתם נדרים להחמיר.

ויש להביא ראיה לסברה זו מנדרים יט. שבתחלה כתוב בדף יח: "ספק נזירות להקל". והקשה על זה מ"ש לגבי נדרים "סתם נדרים להחמיר", וכתוב בגמרא, "הא רבי יהודה והא ר"ש, דתניא הריני נזיר אם יש בכרי הזה מאה כור, והלך ומצאו שנגנב או שאבד, רבי יהודה מתיר ורבי שמעון אוסר, ורמי דרבי יהודה אדרבי יהודה, מי אמר ר"י יהודה לא מעייל איניש נפשיה לספיקא, ורמינהי רבי יהודה אומר סתם תרומה ביהודה אסורה ובגליל מותרת שאין אנשי הגליל מכירין את תרומת הלשכה, טעמא דאין מכירין הא מכירין אסורין, אמר רבא גבי כרי קסבר כל שספיקו חמור מודאי לא מעייל נפשיה לספיקא, דאילו גבי נזיר ודאי מגלח ומביא קרבן ונאכל, ועל ספיקו לא מצי מגלח". ופירש"י "דאילו לגבי נזיר ודאי. איכא הא קולא, דלסוף נזירתו מגלח ומביא קרבנו ונאכל, ואילו ספק נזירות דנגנב הכרי לא מצי לגלח לפי שאינו מגלח אלא על קרבן והא לא מצי לאתויי קרבן דדלמא לא נזיר הוא וקא מייתי חולין לעזרה, הלכך לא מעייל נפשיה בהאי ספיקא, אבל גבי תרומה אמרינן מעייל נפשיה לספיקא דאפילו אמרינן תרומת הלשכה מספיקא לא הוי טפי חמורה ספק יותר מודאי אם אמר בפירוש הרי עלי כתרומת הלשכה". הרי מבואר דהא דאמרינן סתם נדרים להחמיר הוא מטעם דמעיל נפשיה לספיקא, אבל לא אמרינן כן לגבי נזיר כיון שזה מביא לידי קולא של ספק חולין בעזרה. וכן כתב המהרי"ט בח"א ס"פט. "דגבי נדרים דספיקן אינו חמור מודאן מעייל איניש נפשיה לספיקא, אבל גבי נזירות דחמירא ספיקא מודאן לא מעייל איניש לספיקא" ע"ש. ולפי זה הכי י"ל לגבי מ"ש המהראנ"ח הנ"ל שלא אמרינן סתם נדרים להחמיר אם זה גורם לקולא לגבי שבועת שוא.

והרא"ש בתשובה מיירי במתחייב לחברו שלא בדרך מצוה דאז אמרינן המוציא מחבירו עליו להביא ראיה ויום אחד סגי, והי' דעתי להאריך בזה במ"ש הר"ן נדרים ז. אך ראיתי כי כבר קדמני התומים בסברה זו. ע"ש. הרי אף החתם סופר סבר כהדבר משה הנ"ל, שאף הרא"ש מודה שבתורת נדר או שבועה סתם הוא לעולם, אבל בתשובה הנ"ל הרא"ש איירי רק בדיני ממונות בלי שבועה.

גם ראיתי בנתיבות המשפט בס"ס. אות ח. שדן בדעת הרא"ש והחילוק בין מ"ש לגבי סתם נדרים שהוא לעולם, ובין מי שקיבל לזון את חבירו שהוא לשנה אחת, והוא כתב לחלק בין דיני נדרים ובין דיני שטרות וממונות, וז"ל "הא דאמר בש"ס בנדרים דסתם לעולם משמע הוא מטעם דבנדרים מחית אינש נפשיה לספיקא, וכיון שיש לספק בלישנא דסתם אי משמע לעולם או שעה אחת אמרינן דדעת הנודר שיהיה נתפס בכל מה שאפשר לספק בהלשון עיין בט"ז י"ד ס"ר. ח. ס"ק א. אבל בממון לא שייך הך סברא דמעיל אינש לספיקא... דבסתם אפילו שעה אחת במשמע מטעם דהמוציא מחבירו עליו להביא ראיה" ע"ש. הרי אף הוא עשה חילוק בין נדר לדיני ממון.

ה) אלא לענ"ד נראה שאין זה ברור בדעת הרא"ש, שהרי הרא"ש שם כתב, "כל הני משום דיד בעל השטר על התחתונה כדמפרשין בגמרא, ואף כלפי גבוה אמרינן הכי כדתנן בפרק בתרא דמנחות (קד:) דכל שאדם נודר להביא נדבה משלו שאנו הולכין אחר הנדבה הקטנה שאדם מביא מאותו המין". הרי אף בנדר אנו אמרינן שאין להוציא ממנו כשאין ראיה ברורה כמבואר במנחות, וכן י"ל לגבי מי שקיבל עליו לזון חבירו בסתם בתורת נדר או שבועה. ומ"ש הדבר משה לחלק שהראיה ממנחות הוא כשנודר מעצמו, אבל כשהשבועה לדעת אחר לא אמרינן כן, לענ"ד נראה שזה אינו, שאף לגבי גבוה י"ל המוציא מחבירו עליו הראיה כנראה מתשובת הרשב"א בס"ת. וזה"ל בכתביו ס"עג. ע"ש, ולכן הכי י"ל כשיש שבועה לגבי חבירו.

ועוד כתב הרא"ש בסוף תשובתו, "והמקבל עליו לזון חברו בסתם או יתן לו מאה זהובים לשנה, דין זה כדין הראשון ובשנה אחת יפטרו מנדרו". הרי כתב הרא"ש בסוף "יפטרו מנדרו", הרי הוא איירי כאן בנדר, ואת"ל שלא דוקא נדר קאמר, י"ל שזה דחוק ואין זה פשוט. וראיתי בתומים בס"ס. ס"ק ח. שכתב שאע"פ שהרא"ש כתב יפטרו מנדרו, מ"מ הוא לא איירי בנדר. ולענ"ד זה דחוק, ופשוטו הוא שהרא"ש איירי בנדר.

שכתב, "או נאמר לעולם ויהיה כסתם נדר דלית ליה קיצותא". ע"ש. ולכאורה נראה שיש לחלק בין נדר ובין ממונות, שבנדר שהוא אוסר איזה דבר עליו אנו אמרינן שסתם הוא לעולם וכן י"ל בשבועה לעשות איזה דבר, אבל אם הוא בלי נדר ושבועה אלא רק בדיני ממונות כשאחר רוצה להוציא ממנו ממנו בזה אנו אמרינן המוציא מחבירו עליו להביא ראיה, וכיון שאין ראיה ברורה שהוא כיון לזון אותו לעולם, שוב אין לחייבו לעשות כן. והא דאמרינן מעיל נפשיה לספיקא, הוא רק כשהוא אוסר איזה דבר עליו או קיבל איזה דבר בתורת שבועה, ולא באופן שאחר יכול להוציא ממנו ממנו בדיני ממונות. מ"מ יש לדון אם הרא"ש בתשובתו איירי באופן שאיש זה קיבל לזון חבירו בתורת שבועה או לא, שנראה ש"ל שאין זה בתורת שבועה אלא רק בדרך משא ומתן שהוא כתב כן בשטר. וכן ראיתי בדבר משה ח"א י"ד ס"מו. בד"ה גם את הג', שכתב "דנראה דלא אמר הרא"ש כן אלא בלשון השטר ואין בו שבועה, וכמ"ש שם טעמא דכל הבא להוציא ידו על התחתונה דלעולם יד בעל השטר על התחתונה, וכל הראיות שהביא שם בהכי מיירי, אבל במקום שבועה לא אמרינן ידו על התחתונה דלעולם ספק שבו להחמיר כשהשבועה היא לדעת אחר, ומ"ש הרא"ש ז"ל דאף לגבי גבוה אמרינן הכי, היינו בנדר שנדר אדם מדעתו, ונדר סתם כההיא דתנן דמנחות דכל שאדם נודר להביא נדבה משלו, שאנו הולכין אחר הנדבה הקטנה שאדם מביא מאותו המין וכו', וכן ההיא דמהרא"ש הנ"ז אף שהיה הסכמה בשבועה לפטור ממון ראובן מהמס, מ"מ הטוענין לבטל ההסכמה הם לא נשבעו ככתוב שם בשאלה שהקהל טוענין שילכו ויבקשו למי שעשה להם זה השטר שהם אינם מקבלים ואינם מקיימים אותו..." ע"ש. הרי מבואר שהרא"ש בתשובתו איירי רק באופן שליכא שבועה, אבל אה"נ שאם יש שבועה, אף הרא"ש מודה שסתם הוא לעולם, וכמבואר בתשובת הרשב"א הנ"ל.

וכן הוא בקהלת יעקב (אלגאזי) בח"ב מענה לשון ח"ג אות תק. שכתב לתרץ דעת הרא"ש, "וצ"ל דס"ל להרא"ש דאע"ג דגבי אוסר שלא נתן קצבה לעולם משמע, מ"מ ממונא מאיסורא לא ילפינן". הרי שהוא חילק בין דיני ממונות ובין נדרים שהם בכלל איסור.

וכן ראיתי סברה זו בחתם סופר חו"מ ס"ט. אות ב. בד"ה ועל, שכתב לגבי המחלוקת הנ"ל בין הרא"ש והרשב"א, "ולפענ"ד לא פליגי דהרשב"א בתשובה מיירי בנודר מזונות לעני וסתמו להחמיר, לכן מייתי ראיה מנדרים,

רבנן היא ומש"ה תנן הרי זה נזיר דס"ל סתם נדרים להחמיר ואה"נ דס"ל נמי המקדיש חיתו ובהמתו הקדיש את הכוי מה"ט גופה דס"ל דמעיל נפשיה אספקא, והכותב לבנו שאני כדכתיבנא, וכל זה ביאר הרמב"ם בפירושו באמרו וכל זה מוסב על עיקר אחד והוא אמרם ספקא דאיסורא לחומרא וספקא דממונא לקולא" ע"ש. ועיין בר"ש שם שהוא המקור למ"ש הרא"ש.

ויש לדון בזה, שמאיזה טעם כתב הרא"ש שמשנה זו צ"ע, הלא החילוק פשוט ומבואר כמ"ש הרמב"ם שם על המשנה וכמ"ש השושנים לדוד הנ"ל. ולענ"ד נראה שהרא"ש סבר דהא דאמרינן מעיל איניש נפשיה לספיקא הוא אינו בגדר של ספק, אלא הוא חזקה וכודאי וכמו שביארתי לעיל שכן יש ללמוד מדברי הרא"ש בנדרים יח: שכתב, "סתם נדרים להחמיר... דסתם הנודר דעתו לאסור מדלא שתק". הרי שלא כתב הרא"ש שהוא מפני ספק בדעת הנודר, אלא כיון שהוא לא שתק אלא קיבל עליו לנדור, הרי החזקה היא שהוא כיון לאסור כיון שהוא לא פירש את דבריו. ולכן כיון שמצינו שהמשנה בבכורים הוא אליבא דמ"ד מעיל איניש נפשיה לספיקא לגבי נזיר, אז אין זה מטעם ספק, ולכן אף לגבי הכותב חיתו או בהמתו לבנו, אף הכוי בכלל זה, ואין לומר המוציא מחבירו עליו הראיה שאין זה בגדר של ספק אלא הוא חזקה שהוא כולל הכוי גם כן, ולכן מצינו סתירה בדברי המשנה בין הכותב לבנו ובין הרני נזיר, ושפיר הניח הרא"ש דברי המשנה בצ"ע.

ולפי זה מצינו שלדעת הרא"ש אין חילוק בין נדרים כמו נזיר ובין דיני ממונות כגון כותב לבנו, ובשניהם י"ל מעיל נפשיה לספיקא, ודלא כמ"ש הנתיבות המשפט לבאר דעת הרא"ש שיש חילוק בין נדרים וממונות.

ועוד ראיתי באגרות משה חו"מ ח"א ס"עה. שהוא פליג על הנתיבות המשפט שסבר בדעת תשובת הרא"ש שהוא איירי בממון וכיון הוא ספק אנו אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, וכתב האג"מ בענף א. בד"ה ולבד, "אלא ודאי צריך לומר דסובר הרא"ש שהוא דין ודאי שיותר ממשמעות הפחות נחשב כאינו כלל בכלל לשונו, כגדר שאמרו תפשת מרובה לא תפשת." ע"ש. הרי שזה בגדר של ודאי ולא בספק.

(ו) ולפי זה חזרה הקושיא לדוכתא, דהיינו מה הוא החילוק בין מי שאסר פירות עליו בסתם שהוא לעולם, ובין מי שקיבל בתורת שבועה לזון חבירו שהוא זמן מועט. ונראה

ועוד יש להקשות על מ"ש החתם סופר הנ"ל "שהרשב"א מיירי בנודר מזונות לעני וסתמו להחמיר", שהרי כתב הרשב"א שהוא דין לגבי "תביעת האלמנה שתובעת כתובתה בפרי מה שלא מחלה לבעלה שהם אלף ומאתים דינר... שהרי הבעל זכה לה מזונות בנכסיו בלא זמן ומתוך הזמן משמע שזכה לה אותן המזונות בנכסיו כל זמן שתמשך האפטרפסות בידה, ועוד שכל המקבל עליו לזון או שמזכה לאיש בנכסיו מזונות סתם כל זמן שצריך למזונות משמע, וכמי שאסר על עצמו סתם שלא יאכל מן המינין שאסור בהם לעולם..." ע"ש. הרי אין בזה שום משמעות שהרשב"א איירי בעני דוקא או בשבועה, אלא יותר מוכח שהוא מיירי בדיני שטרות וכתובות שהם דיני ממונות בלבד, ודלא כמ"ש החת"ס. ושפיר י"ל שיש בזה מחלוקת בין הרשב"א והרא"ש וכמו שנראה מדברי רמ"א שהביא שתי דעות אלו בי"א וי"א.

וגם נראה שיש להקשות על מ"ש הנתיבות המשפט הנ"ל לבאר דעת הרא"ש. ולענ"ד נראה שהרא"ש לא סבר חילוק זה בין נדרים דאמרינן מעיל איניש נפשיה לספיקא, ובין בדיני ממונות שלא שייך סברה זו אלא אמרינן המוציא מחבירו עליו להביא ראיה, שכתוב במשנה בבכורים בסוף פ"ב. "הכותב חיתו ובהמתו לבנו לא כתב לו את הכוי, ואם אמר הריני נזיר שזה חיה או בהמה הרי הוא נזיר." ופירש הרא"ש שם שהוא דבר שצ"ע דהשתא ממוניה לא מעיל בספיקא כדתנן הכותב חייתו לבנו לא כתב לו את הכוי, ותניא בברייתא דה"נ במקדיש חייתו ובהמתו לא הקדיש את הכוי, ומפרש התם דטעמא דלא מעיל איניש נפשיה אספיקא, והשתא ממוניה לא מועיל אספיקא גופיה לא כ"ש, דהכי אמרינן בנדרים יח: דתנן סתם נדרים להחמיר, ופריך והתנן סתם נזירות להקל, ומשני הא ר"א והא רבנן, למ"ד ממונו מעיל בספקא גופו נמי מעיל בספקא, למ"ד ממונו לא מעיל בספקא גופו נמי לא מעיל לספקא ע"ש. וראיתי בשושנים לדוד שם על המשנה שכתב להקשות על דברי הרא"ש, "ואני בער ולא ידע מאי קא ק"ל לרבינו ז"ל דהא כל יסוד קושייתו הוא במה שמדמה הכותב חייתו ובהמתו לבנו למקדיש חייתו ובהמתו, והא לא דמו כלל, דע"כ לא פליגי ר"א ורבנן התם אלא בדברים שבקדושה כגון נדרים ונזירות, וברייתא דוקא נקטה המקדיש חייתו וכו' דבהא לחוד הוא דפליגי ר"א ורבנן אי מעיל ממוניה אספקא אי לא, אבל הכותב חיתו ובהמתו לבנו לא שייכא כלל בהך פלוגתא דלכ"ע לא כתב את הכוי דכיון דלית בהא איסורא כמו המקדיש אלא ממונא לחוד כלל גדול שנינו בר"מ המוציא מחבירו עליו הראיה ומספקא לא מפיקנן ממונא, ומתניתין דהכא

מלשון הקבלה שהוא כיון לזמן ארוך אז יש לו לשלם כל אותו זמן, אבל אם הוא ממש סתם ואין הוכחה מהלשון שהוא כיון לזמן ארוך, אז שפיר י"ל שהוא יצא י"ח בזמן מועט, אף שיש כאן נדר. הרי נראה שזה כהמהרש"ך והמחנה אפרים ור"א אהרן הנ"ל.

הרי מבואר שאף בנדר או שבועה בסתם אם הוא בקום עשה סגי ביום אחד לדעת הרא"ש, ואין להביא ראיה כנגד זה ממ"ש הרא"ש לגבי אסר פירות עליו ששאני התם כיון שהוא בשב ואל תעשה.

מ"מ ראיתי בקהלת יעקב הנ"ל שהוא הקשה על סברת המחנה אפרים הנ"ל וכתב, "אין לומר דטעם הרא"ש הוא משום דאוסר פירות עליו הוי מידי דשב ואל תעשה ואמטו להכי נאסר לעולם, משא"כ במתחייב לזון את חברו דהוי קום עשה כמ"ש לעיל בשם הר"ב מח"א ז"ל, דהא כתב הרא"ש דה"ה במי שפטר והוה הקהל מהמס דיכולים הקהל לטעון לא פטרנוך אלא מן המס הראשון דהוי במידי דשב ואל תעשה, ואפ"ה כתב דסתמא לאו לעולם משמע." ע"ש. ולענ"ד אין זה קושיא, שבתחלה יש חיוב על איש זה ליתן מס בכל שנה, אלא אנשי הקהל נתנו לו רשות בסתם שלא לשלם, ונתנית רשות זו היא בקום עשה, ולכן הספק הוא מצדם ולא מצד האיש שאינו משלם, דהיינו כמה זמן הוא בנתינת רשות זו, וכיון שנתנית רשות הוא בקום עשה, י"ל שרק בזמן מועט סגי. הרי בשלמא אם איש זה קיבל על עצמו בלשון סתם שלא ליתן ממון לאחר י"ל שזמנו הוא לעולם כיון שזה בשב ואל תעשה, אבל בנדר"ד הספק בסתם הלשון אינו באיש אלא באנשי הקהל, ולגבם הנתינת רשות שלא לשלם היא בקום עשה, ולכן שפיר י"ל כסברת המחנה אפרים שבזה סגי בזמן מועט כמו שנה אחת בלבד, בנדון זה.

ולכאורה נראה שיש להקשות על סברת המחנה אפרים ממ"ש בנדרים ד: "דילמא גבי נדרים הוא דמיפר משום דלא אית ליה קיצותא, אבל גבי נזירות דאית ליה קיצותא דסתם נזירות ל' יום אימא לא, קמ"ל." ופירש הר"ן שם, "משום דלית ליה קיצותא. הילכך דין הוא שיפר שלא תצטער בביתו עולמית, וכי תימא כיוון דנזירות אית ליה קיצותא נקיש נמי נדרים לנזירות ונימא סתם נדרים שלשים יום, ליתא דלשון נדר כולל נדרי הקדש ונדרי איסור, וכיון דנדרי הקדש לית להו קיצותא שהמקדיש בהמה למזבח קדשה עולמית, נדרי איסור נמי דכוותיהו דשפיר דמי לאקושי נדרים להדדי." נראה מזה שנדרי הקדש דומה לנדרי איסור ושניהם עולמית, ולכן נראה מזה

שהעיקר בזה הוא שלדעת הרא"ש שכשהוא אסר איזה דבר על עצמו הוא בשב ואל תעשה, וסתם הוא לעולם, אבל כשהוא קיבל על עצמו לעשות איזה דבר בקום עשה, בזה במעשה כלשהו הוא קיים נדרו או שבועתו.

וכן ראיתי סברה זו במהרש"ך ח"א ס"לו. לגבי אלו שנשבועו סתם להתפלל בבית הכנסת פלוני, די"ל דכיון דכבר התפללו איזה זמן אם מעט או אם הרבה, אפשר לומר דכבר קיימו השבועה, ורשאים להתפלל במקום אחר. ע"ש. וכן סבר ר"א אהרן בתשובת דבר משה הנ"ל בד"ה גם מ"ש, "דנדר או נשבוע שלא לעשות דבר פלוני, דאז אסור לעשותו לעולם, אבל מי שנשבוע לעשות דבר פלוני ולא קבע זמן, כיון שעשאה זמן מה הרי כבר קיים שבועתו."

וכן ראיתי במחנה אפרים בהל"ש שבועות ס"ו. שכתב, "והא דמשמע בנדרים דכל הנודר סתם לעולם משמע, היינו דוקא במי שבא לאסור על עצמו שלא לאכול או שלא לעשות דהוי מידי בשב ואל תעשה, ובכי האי גוונא סתמא לעולם משמע, והכי מפליגין בתנאי בין היכא דהוי דבר שהוא בקום עשה להיכא דהוי דבר שהוא בשב ואל תעשה, דכל דבר שהוא בקום עשה כגון ע"מ שתניק את בני כיון שהניקתו יום אחד סגי, ואלו אמר ע"מ שלא תשתי יין לעולם משמע... והכי נמי מוכח מההיא דש"מ שאמר ידור פלוני בבית זה, שכתבו הפוסקים דאם לא קבע זמן יום א' במשמע." ע"ש. הרי הוא כתב שכמו שמצינו חילוק זה בין שב ואל תעשה ובין קום עשה לגבי תנאים, כמו כן יש חילוק זה לגבי נדרים. ואף שמצינו שלגבי ע"מ שתניקי את בני, הרא"ש פסק כרבא שסתם הוא לעולם, ודלא כהרי"ף והרמב"ם שפסקו כרב אשי שסתם הוא יום אחד, מ"מ שאני התם כמ"ש הרא"ש משום דלצעורה קא מכויין.

ולענ"ד נראה שכן יש לדייק במהריט"ץ בס"רפד. שהוא סבר כהמחנה אפרים הנ"ל, שהוא כתב שם לגבי מי שקיבל בתורת נדר לשלוח לקרוביו בארץ ישראל סך ידוע, "איברא דיש לבעל הדין לחלוק דיש להסתפק שלא מצינו שהזכיר סך שנים ידועים, ואפשר לומר כיון שלא פירשתי סך השנים ולא אמרתי כל ימי חיי או כל חיך, א"כ הרי נתתי שנה אחת או שתים ויצאתי ידי נדרי, הא ליתא משום דכיון שבא בשאלה שאמר לשלוח לו מחוצה לארץ לא"י סך ידוע בכל שנה ושנה למזונותיו שיקרא בתורה, הרי כלל כל זמן ישיבתו בא"י עוסק בתורה כמחייב לתת למזונותיו הסך ההוא." הרי מבואר שרק משום שנראה

אזלינן לחומרא, מבואר מדבריו דס"ל נמי דהוה לן למיזל לקולא, אלא משום שהוא אומדנא בעלמא רצונו לומר שהרי הקדיש בפירוש כל נכסיו בסתם בלא תנאי ואין בזה משום ספק, רק בשכ"מ דעלמא אמדינן שדעתו לחזור אם יעמוד וה"ל כאלו התנה, והואיל ואומדנא בעלמא הוא ובהקדש והפקר וצדקה לא בריר לן לאמוד דעתו בכך, מימילא אין כאן ספק ואזלינן בתר דיבורו, משמע הא לא"ה מודה דאי הוה ספיקא אזלינן לקולא".

וכתב על זה הש"ך ב"ד ס"רנט. ס"ק יד. "ואשר"י דפסק התם דזכו עניים, היינו מטעם אחר דמשמע דמודה הרא"ש דספיקא דעניים ה"ל ספיקא דממונא ולקולא, והא ליתא כמ"ש הרא"ש בריש פ"ק דנדרים אהך בעיא דאומר והדין ולא איפשטא ותיקו דאורייתא לחומרא עכ"ל, והא דהוצרך הרא"ש פ"מ שמת לטעם אחר נ"ל משום הפקר דפשיטא דלכ"ע הוי ספק ממונא לקולא כמ"ש הר"ן שם וגבי הפקר אין ספק דהו"ל ספיקא לקולא עכ"ל". הרי מבואר בש"ך שיש סתירה בדברי הרא"ש, והש"ך תירץ שלדעת הרא"ש ספק צדקה לחומרא, ומ"ש הרא"ש בפ"מ שמת, הוא דוקא לגבי הפקר. אלא שכתוב בכת"ס הנ"ל על מה שתירץ הש"ך, "ואין זה תורה, כי כבר עמד בזה בס' מעדני מלך שם בב"ב ע"ש. וכתב דההפקר כנדר שאסור לחזור בו ע"ש בשם הרמב"ם".

ולענ"ד נראה שיש לפרש דעת הרא"ש באופן אחר. כתב הרא"ש שם באות כא. לגבי מתנת שכיב מרע, "אמר ר' יוסף בר מניומי אמר רב נחמן, שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר ועמד אינו חוזר חיישינן שמא יש לו נכסים במדינת הים, והא דחיישינן מספיקא לאפוקי ממונא, היינו טעמא משום דיש כאן מתנה גמורה בקנין אלא דמחמת אומדנא הוא דאמרינן אם עמד חוזר, והאי אומדנא לא אמרינן אלא היכא דבריר לן בודאי דהוי מתנה בכל נכסיו, אבל היכא דמספקא לן לא אמרינן אומדנא". הרי מבואר שיש כאן מתנה גמורה אף אם אחר כך הוא עמד מחוליו, ולכן אף לגבי צדקה יש מתנה גמורה, שלא בעינן כתב ידו בזה כיון שסגי בדבורו דאמירת פיו כנדר כנודע, ולכן מצינו שהממון נחשב כביד העני. אלא משום שיש ספק בזה אחר כך כשהשכיב מרע עמד מחוליו אם יש אומדנא להוציא הממון מהעני להחזירו לשכיב מרע כשהוא עמד, אמרינן תיקו ואין להוציא ממון מחמת ספק, ועל השכיב מרע להביא ראיה להוציא הממון מהעני. הרי מצינו שהספק לא הוי לגבי נתינת צדקה, שלדעת הרא"ש היא כבר "מתנה גמורה", אלא הספק הוא לגבי נתינת הממון מהעני להשכיב מרע כשהוא עמד, ועכשיו אין זה ספק לגבי

שאין חילוק בין נדרי הקדש שהם בקום עשה ליתן איזה דבר להקדש, ובין נדרי איסור שהם בשב ואל תעשה, שבשניהם סתם הם עולמית, ודלא כמ"ש המחנה אפרים הנ"ל. אלא נראה לענ"ד שאין זה קושיא, אלא שבשלמא אם הוא הקדיש איזה דבר שהוא לעולמית וזה איירי באותו חפץ שהוא הקדש עולמית, אבל אין זה איירי לגבי האיש עצמו וכמה זמן הוא חייב להמשיך לקיים מה שהוא קיבל לעשות, ולכן אם הוא קיבל לזון חבירו וליתן לו ממונו סתם, בשלמא שאותו ממון שהוא נותן בכל פעם הוא של חבירו עולמית, אבל לכמה זמן שהוא צריך ליתן לחבירו פעם אחר פעם אין הוכחה מכאן. ואף שהר"ן לומד נדרי איסור מנדרי הקדש אף לגבי הזמן, מ"מ י"ל שזה דוקא לנדרי איסור בשב ואל תעשה, אבל אין הוכחה מכאן שאף במה שהוא קיבל לעשות בקום עשה בכלל זה. ולכן דברי המחנה אפרים אתו כהוגן.

ז) ועוד יש לדון בזה לדעת הרא"ש, אי אמרינן בנד"ד שאף שהוא בגדר של נדר לצדקה, מ"מ הוא עדיין בגדר של דיני ממונות ואין להוציא ממון מהבעל כשיש ספק, כדמצינו לדעת הר"ן בנדרים ז. ע"ש. וזה אם אמרינן שדבר זה בגדר של ספק, ודלא כמו שכתבתי לעיל שלדעת הרא"ש מעייל נפשיה לספיקא הוא בגדר של חזקה. ולכן יש לחקור במה שהקשו האחרונים על הרא"ש בזה, שכתוב בנדרים ז. "יש יד לצדקה או אין יד לצדקה" וכתב הרא"ש שם באות ג. "ולא איפשטא ותיקו דאורייתא לחומרא". הרי סבר הרא"ש שאף שיש מקום לומר לגבי צדקה שהחויב על העני להביא ראיה להוציא הממון מהעשיר ולכן יש לאזיל לקולא כדמצינו בתיקו בדיני ממונות, מ"מ לא אמרינן את זה אלא שיש בדין צדקה הדין של איסור ולכן תיקו לחומרא. עיין בר"ן שם מה שהוא האריך בזה להשיג על הרמב"ן והרשב"א. אלא שמצינו בב"ב בפ"מ שמת קמח: שכתוב, "איבעיא להו הקדיש כל נכסיו ועמד מהו, מי אמרינן כל לגבי הקדש גמר ומקני או דלמא כל לגבי נפשיה לא גמר ומקני... חילק כל נכסיו לעניים מאי, מי אמרינן צדקה ודאי מגמר גמר ומקני או דלמא כל לגבי נפשיה לא גמר ומקני, תיקו". וכתב על זה הרא"ש שם באות כג. "איבעיא להו המקדיש כל נכסיו מהו, הפקיר כל נכסיו מהו, חלק כל נכסיו לעניים מהו, תיקו. וכיון דסלקו בתיקו מספקא לן אי שייך הכא אומדנא או לא, יראה שאין מבטלין ההקדש וההפקר, והחילוק שחילק שאין מבטלין מעשיו אלא היכא דבריר לן אומדנא כדפירשתי לעיל". ופירש החתם סופר ב"ד ס"רמ. בד"ה והנה, דברי הרא"ש וכתב, "וביאר דבריו משום דכל מה דאזלינן בתר אומדנא כגון בשכ"מ אי לא בריר לן אומדנא

אבל אין הספק על הזמן. ולכן בנד"ד שפיר הוא לומר שסתם הוא לזמן מועט אף אם הוא קיבל כן בתורת שבועה או צדקה.

ועוד י"ל בדעת הרא"ש ולפרש דבריו באופן אחר, שאף אם אמרינן שיש להחמיר בספק צדקה כנראה מהרא"ש בנדרים ז. הנ"ל, ולכן י"ל שאם הוא קיבל לזון חבריו בסתם שזה בכלל צדקה אם חבריו עני, מ"מ עדיין יש טעם לומר שזה לא שייך בנד"ד, וזה מפני שיש לפרש הסתירה בדברי הרא"ש בין נדרים ז. ובב"ב קמח: לפי מה שפירשתי לבאר דעת הרשב"א במקום אחר לגבי סתירה זו, דהיינו כשיש ספק בכלל אם יש נדר או לא אז אמרינן ספיקא דאיסורא לחומרא עדיף טפי מדין המוציא מחבירו עליו הראיה, ולכן בנדרים ז. אנו אזלינן לחומרא, אבל כשיש ודאי נדר יש אומדנא לומר שהוא כיון לקבל הנדר רק בתנאי שיש לומר הדין המוציא מחבירו עליו הראיה, ולכן דין זה בכלל נדרו ושוב לא שייך לומר ספק איסורא לחומרא. ולכן אף בנד"ד י"ל הכי שודאי שהוא קיבל עליו לזון חבריו בתורת צדקה, אלא בכלל קבלה זו הוא התנאי דאמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, ולכן כיון שיש ספק בסתם אם הוא כיון לזמן מועט או ללעולם, שפיר אמרינן שהמוציא מחבירו עליו הראיה, ויש לו לזון אותו רק זמן מועט. ולפי זה אף אם הוא קיבל לזון חבריו בנדר אלא שלא בתורת צדקה, עדיין י"ל שהוא קיבל חיוב זה רק בתנאי שדין המוציא מחבירו בכלל הנדר. ולכן אם אמרינן שיש ספק בסתם קבלה אם הוא כיון לזמן מועט או לעולם, אז שפיר י"ל המוציא מחבירו עליו הראיה, וסגי לזון אותו רק לזמן מועט.

(ח) **ועכשיו** יש לדון בדעת הרמב"ם בזה, דהיינו אם הוא סבר שסתם נדרים הוא לעולם כמו שכתב הרא"ש לגבי אסר פירות עליו בסתם, ואם יש ללמוד מזה למי שקיבל עליו לזון חבריו. כתוב במשנה בבכורים בסוף פ"ב. "הכותב חיתו ובהמתו לבנו לא כתב לו את הכוי, ואם אמר הריני נזיר שזה חיה או בהמה הרי הוא נזיר." ופירש הרמב"ם שם, "שהעיקר אצלנו יד בעל השטר על התחתונה, ועיקר אחר מפורסם המוציא מחבירו עליו הראיה, על כן כתב לו בהמתו ואומרים הבא ראיה שהוא חיה. אבל כשאמר אדם הריני נזיר שזו חיה ובהמה הרי זה נזיר... בכולם מספק, וכל זה מוסב על עיקר אחד והוא אמרם ספיקא דאיסורא לחומרא, וספיקא דממונא לקולא." ועיין בר"ש שם שהטעם שאנו אמרינן שהוא נזיר הוא משום מעייל אינש נפשיה לספיקא ע"ש. הרי נראה מזה שלגבי ממון לא אמרינן מעייל אינש נפשיה לספיקא, אלא

צדקה כלל שצדקה היא מהעשיר לעני ולא מהעני לעשיר, אלא הוא רק ספק בדיני ממונות לקולא, ואין להוציא הממון מהעני. הרי מצינו שאין ללמוד מכאן שהרא"ש סבר שספק צדקה לקולא, ואין מזה סתירה למ"ש הרא"ש בנדרים ז. הנ"ל. ולכן אין לומר לגבי נדר לצדקה המוציא מחבירו עליו להביא ראיה לדעת הרא"ש, ודלא כהר"ן בנדרים שם. ועיין עוד בזה בקרבן נתנאל שם בנדרים אות י. ובערוך השולחן בי"ד ס"רנח. אות ב.

ולפי זה יש לדון בסברת הרא"ש בנדרים ז. לגבי אם יש יד לצדקה או לא, וספק איסורא לחומרא. ונראה שהטעם לזה מפני שכתוב במשנה שם בדף יח: "סתם נדרים להחמיר, ופירושם להקל." ומבואר שם בגמרא שהטעם הוא משום דאמרינן מעייל אינש נפשיה לספיקא, אבל אם הוא מפרש לשונו שאין כוונתו לנדר, אז אמרינן פירוש לקולא. ולכן הכי י"ל לגבי יד לצדקה, שאם הוא אמר הדין זוזא לצדקה והדין, שיש ספק שמא הוא כיון לצדקה או דילמא לנפקיתא בעלמא, כמבואר בנדרים ז. אז י"ל בזה ספק נדרים להחמיר, ומעייל אינש נפשיה לספיקא, ושפיר הוא לאזיל לחומרא כמבואר בדברי הרא"ש. ולענ"ד נראה שאין לומר בזה שיש לשאול אותו על כוונתו ואם הוא אמר שהוא כיון לנפקיתא בעלמא, שפירוש להקל ואין כאן צדקה, שי"ל בזה ששמא רוב כוונתו לצדקה, וכשיש רוב כנגדו אין לסמוך על פירושו כמ"ש מרן בי"ד רח. א. "ואם רוב אנשי המקום קורים לבשר מליח של קדשים בשר מליח סתם, וליין נסך לשמים יין נסך סתם, אינו נאמן." ולכן כיון שיש ספק אם יש רוב בזה או לא, יש לאזיל לחומרא.

ונחזור לנד"ד, ונראה שאף דאמרינן לגבי יד לצדקה, ספק לחומרא, מ"מ אם אחד קיבל לזון את חבריו בסתם, אין בזה רוב לגבי שאר בני אדם, שהכל תלוי בכוונת כל איש ואיש מה שהוא כיון בשעת קבלה. ולכן בזה כיון שאין רוב כנגדו שפיר הוא לשאול האיש מה היא כוונתו, ואם הוא פירש דבריו לקולא, דהיינו לשעה אחת, אז שפיר הוא לסמוך על דבריו. ואת"ל שהוא קיבל סתם לזון את חבריו והוא לא כיון לשום פירוש כנראה בנד"ד, אז עדיין יש לחלק בין זה ובין מי שאסר עליו פירות שסתם הוא לעולם כמ"ש הרא"ש, שי"ל כמו שביארתי לעיל בשם המהרש"ך והמחנה אפרים ודע' שכשהוא קיבל עליו לעשות איזה דבר בקום עשה, אז סתם כוונתו הוא לכל דבר מועט, אבל כשהוא אסר איזה דבר על עצמו כוונתו היא לעולם, ואין להביא ראיה כנגד זה מדין יד לצדקה שהוא לחומרא, שבוזה הספק הוא על הממון אם הוא בכלל צדקה או לא,

לשתוק כמ"ש הרא"ש שם בנדרים יח: "דסתם נודר דעתו לאסור מדלא שתק", ולכן שפיר י"ל בזה שיש לאזיל לחומרא, אבל לגבי מי שאסר דבר על עצמו עד הפסח, אין כאן ספק לגבי הנדר עצמו אם הוא נדר או לא, אלא ודאי שהוא נדר אלא כל הספק הוא על הזמן, ואין הוכחה אם הוא רוצה לנדור לזמן ארוך או לזמן קצר, ולכן שפיר י"ל שאין לאזיל לחומרא. הרי מצינו שכשיש ספק אם יש כאן נדר או לא, שפיר י"ל מעייל נפשיה לספיקא, שאם לא כן הוי ליה לשתוק, אבל אם ודאי יש נדר אבל הספק הוא רק לגבי עד מתי, אז בזה י"ל שלא מעייל איניש נפשיה לספיקא.

ולכן נראה מזה, שי"ל שלדעת הרמב"ם אם אחד נודר בסתם, אין לומר שאותו דבר אסור לו לעולם, שאדרבה י"ל שהוא רק לשעה אחת שלא מעייל איניש נפשיה לספיקא כדמצינו שפסק הרמב"ם לגבי הנודר עד הפסח. ולכן מימילא אין להביא ראיה ממי שנודר סתם, ללמוד ממנו שמי שקיבל עליו לזון חבירו שאף זה לעולם, ודלא כדעת הרשב"א הנ"ל בתשובתו. ואדרבה לפי מה שנראה לדעת הרמב"ם שהנודר סתם הוא רק לשעה אחת, כן י"ל לגבי מי שקיבל עליו לזון חבירו, שזה רק לשעה אחת, שאף בזה י"ל שלא מעייל איניש לספיקא לדעת הרמב"ם.

אלא שיש לדחות פירוש זה בדעת הרמב"ם לפי מ"ש בנדרים ד: "דילמא גבי נדרים הוא דמיפר משום דלית ליה קיצותא, אבל גבי נזירות דאית ליה קיצותא דסתם נזירות ל' יום אימא לא, קמ"ל". הרי משמע שסתם נדרים לעולם, וכ"כ התוספות שם, "ובנדרים כי נדר סתם לעולם הוא אבל נזירות אימא לא דסתם נזירות שלוש ימים ע"ש. ולפי זה אין לפרש בדברי הרמב"ם שסתם בנדרים אינו לעולם שמצינו בפירוש בסוגיא זו סתירה לפירוש זה. אלא נראה שיש להשיב על קושיא זו, וי"ל שהתירוק בגמרא הוא אף למ"ד מעייל איניש נפשיה לספיקא, אבל לפי מה שפסק הרמב"ם כמ"ד לא מעייל איניש לספיקא לא קי"ל כתירוק זה בגמרא. או יש לומר שאף הרמב"ם סבר שסתם נדרים לעולם, והדין של עד הפסח שאני כמבואר לקמן לדעת מרן.

ט) ויש לדון בדעת מרן, שבי"ד ס"ריט. ג. הוא פסק שמי שאסר דבר אחר עליו בלא זמן אסור לו לעולם, וכמ"ש הרא"ש והרשב"א, ונראה שבזה אמרין מעייל איניש נפשיה לספיקא וכדמצינו לגבי סתם נדרים להחמיר, אבל לגבי "עד הפסח" הוא פסק כהרמב"ם כמבואר בס"רכ. יא. בסתם. וזה אליבא דמ"ד לא מעייל איניש נפשיה לספיקא.

אדרבה אנו אמרין המוציא מחבירו עליו להביא ראיה. אמנם לגבי נזיר אנו אמרין שכיון שיש ספק בדבר אנו אמרין ספק איסורא לחומרא, וי"ל מעייל איניש נפשיה לספיקא. ולכן נראה שאף בנדרים י"ל שסבר הרמב"ם מעייל איניש נפשיה לספיקא, ולכן אם הוא נודר סתם י"ל שאותו דבר נאסר לעולם וכמ"ש הרא"ש הנ"ל.

אמנם נראה שלא קי"ל כפירוש זה לדעת הרמב"ם, שהלא פסק הרמב"ם שספק נזיר לקולא כמבואר בהל" נזירות פ"ב. הל"ז. וגם מצינו שבהל"י. ששם הוא נתן טעם אחר למשנה דבכורים הנ"ל, שהוא כתב, "היו מהלכין בדרך וראו את הכוי מרחוק ואמר אחד מהם הריני נזיר שזה חיה... הרי כולם נזירים, מפני שהכוי יש בו דרכים שוה בהן לחיה ויש בו דרכים שוה לבהמה..." וראיתי ברדב"ז שם שאחר שהוא הביא המשנה הנ"ל בבכורים הוא כתב, "וראיתי מי שכתב שם הרי הוא נזיר מספק דאזלינן לחומרא, וא"כ מוקי מתני' כר"ש דלית הלכתא כותיה אלא כר" יהודה דאמר ספק נזירות להקל, הילכך הנכון מה שכתב רבינו בכולם נזירים ודאי הואיל ויש בו כל הדרכים הללו אין כאן לא טעות ולא ספק". הרי אין הטעם לדין זה מפני ספק אלא הוא ודאי, ועדיין אמרין ספק נזיר לקולא, ולכן אין להוכיח מזה שלדעת הרמב"ם אנו אמרין מעייל איניש נפשיה לספיקא, ודלא כנראה מהפירוש המשניות. (ויש להעיר על הרדב"ז הנ"ל שכתב "וראיתי מי שכתב", והלא זה הרמב"ם עצמו בפירוש משניות הנ"ל.)

וכן הוא ברמב"ם בהל" נדרים פ"י. הל"ז. שכתב, "האוסר עצמו בדבר עד הפסח בין שאמר עד פני הפסח בין שאמר עד הפסח אינו אסור אלא עד שיגיע בלבד". ומבואר בנדרים סא. שזה למ"ד לא מעייל איניש נפשיה לספיקא, ודלא כמ"ד מעייל איניש נפשיה לספיקא שסבר שהוא אוסר את עצמו עד שיצא פסח. אלא לכאורה יש להקשות על הרמב"ם ממה שהוא כתב בהל" נדרים פ"ב. הל"ז. "סתם נדרים להחמיר", ונראה מהגמרא בנדרים יח: שזה משום שאנו אמרין מעייל איניש נפשיה לספיקא. וכן ראיתי במחנה אפרים בהל" נדרים אות יג. שאחר שהוא הביא מה שפסק הרמב"ם שספק נדרים להחמיר, הוא כתב "ועיין מ"ש הר"מ ז"ל בפ"י. מהלכות אלו גבי נדר עד לפני הפסח מחלוקת ר"מ ור"י אי מעייל נפשיה לספיקא, ופסק כר"י דלא מעייל נפשיה לספיקא וצ"ע." ולענ"ד נראה שי"ל שלדעת הרמב"ם יש חילוק בדבר, שבדין של ספק נדרים להחמיר הוא כתב, "כיצד, האומר הרי הפירות האלו עלי כבשר מליח וכיין נסך... אם נדר סתם הרי זה אסור." נראה מזה שודאי כוונתו היתה לנדור שאם לא כן הוי ליה

וכן פסק הרמב"ם בהל" גזילה פ"ג. הל"ד. "מצא תפילין שם דמיהן ומניחן עליו שדבר מצוי הוא ביד הכל, ואין עשויין אלא למצותן בלבד". וראיתי בש"ך בחור"מ ס"עב. ס"ק ח. שכתב לגבי דין זה, "דוקא תפילין שהרי עשויין למצותן ולמה יהיו מונחים בקופסא בחנם, וניחא ליה לאינש דליתעביד מצוה בממוניה, והלכך כיון דשכיחי לחזור ולקנות ואין לו הפסד יכול לשום דמיהן ולהניחן, וכן מדוקדק לשון הרמב"ם פ"ג. מהל" גזילה והסמ"ג עשין עד. דף קנ"ג ע"ד שכתבו מצא תפילין שם דמיהן ומניחן, שדבר מצוי הוא לקנות ואין עשויין אלא למצותן בלבד עכ"ל. ומהאי טעמא יכול להשתמש נמי דרך עראי בתפילין וטלית של חבירו בלא ידיעתו, וס"ת שאני משום דשכיח שיקרע או יתטשטש. ע"ש. נראה מדבריו שיש ללמוד הדין של לבישת טלית או תפילין בלא ידיעת חבירו ממ"ש הרמב"ם לגבי מציאת תפילין, שהוא מותר להניחן שאינן עשויין אלא למצותן בלבד, ולמה יהיו מונחים בקופסא בחנם. הרי נראה מדברי הש"ך שההיתר של שאלה שלא מדעת הוא דוקא בדבר שעשוי למצוה בלבד כמ"ש הרמב"ם. ולכן נראה בנד"ד שהוא אסור לשאול שלא מדעת, שפטיש או כלי סעודה הם אף לצורך חול גם כן ולא שייך לומר בהם "עשויין למצותן בלבד".

(ב) **אלא** שיש לדון בראיה זו של הש"ך, שלכאורה מרן לא סבר כן, שכתב מרן בס"רסז. כא. "מצא תפילין שם דמיהן ומניחן עליו מיד אם ירצה, שדבר מצוי הוא לקנות בכל שעה." וכתב הסמ"ע שם בס"ק ל. על דברי מרן, "והרמב"ם מסיים בזה בדין יג. וז"ל ואינן עשויין אלא למצותן בלבד עכ"ל. משמע מלשון זה דשאר דברים אף שמצויים לקנותו מ"מ חביב לאדם דבר שרגיל בו משא"כ תפילין דאין אדם רגיל להקפיד אם יוצא באלו או באלו אם גם הם בחזקת כשרות, אבל הטור לא כתב אלא כלשון המחבר." ע"ש. הרי משמע שכיון שמרן השמיט דברי הרמב"ם בסוף, משמע שהוא לא סבר כדבריו אלא שאף דברים שאינן עשויין למצותן מותר לשם דמיהן וכו', ולכן ממילא שלדעת מרן שלא סבר כהרמב"ם, שאין ראיה מכאן לדין של שואל חפץ מחבירו שלא מדעתו לצורך מצוה שזה דוקא בדבר שהוא עשוי רק למצוה, אלא שפיר י"ל שלדעת מרן אף דבר שאינו מיוחד למצוה מותר לשאול שלא מדעת חבירו לצורך מצוה.

ועוד י"ל בזה, שנראה לענ"ד שמרן לא סבר כפירוש הש"ך בדברי הרמב"ם, וגם נראה לענ"ד שמרן לא פליג על דברי הרמב"ם ודלא כנראה מהסמ"ע הנ"ל. ונראה שהעיקר פירוש בדברי הרמב"ם שכתב "ואין עשויין אלא למצותן

ונראה שיש לחלק שבשלמא לגבי "עד הפסח", יש סברה לומר או לפני פסח או אחר פסח ושפיר הוא לאזיל לקולא משום לא מעייל איניש נפשיה לספיקא, אבל כשהוא אסור איזה דבר סתם ולא הזכיר שום רמז לזמן כגון עד הפסח וכדומה, בזה נראה שכיון שאין שום הוכחה כלל לאיזה זמן הוא מתכווין אז מוכרח הוא שזה אסור לעולם כמ"ש הרא"ש בפ" שבוועות שתיים "איזה זמן תתן לו". מ"מ כבר כתבתי לעיל שאף אם אמרינן שמי שקיבל לזון חבירו סתם קיבל כן בשבועה, מ"מ עדיין יש לחלק בין דבר שהוא אסור עליו בשב ואל תעשה שאין גבול לזמן האיסור, ובין דבר שהוא קיבל בקום עשה שאף בזמן מועט סגי כמ"ש המחנה אפרים ודע'.

ולכן נראה שהעיקר בזה כדעת הרא"ש שהוא הי"א בתרא בדברי הרמ"א, וכן הוא ברמ"א סס"ריב. א. לגבי ידור פלוני בביתו, וגם נראה שאף שהוא קיבל כן בתורת שבועה, מ"מ עדיין י"ל שסגי בזמן מועט לקיים שבועתו כנראה מהרש"ך, והמחנה אפרים, ור" אהרון בתשובת דבר משה הנ"ל. וכן נראה לדעת המהריט"ץ כמו שביארתי לעיל.

סימן קכח.

שאלה: האם מותר להשתמש בחפץ של חבירו שאינו מיוחד לדבר מצוה, שלא מדעתו לצורך מצוה, כגון פטיש לקבוע מזוזה, או כליו לצורך סעודת מצוה וכדומה, כשאין חשש שמא יקלקל כליו.

תשובה: (א) **כתב** מרן בס"שנט. ה. "אפילו הלוקח בשאלה שלא מדעת הבעלים נקרא גזלן". אלא בא"ח ס"יד. ד. כתב מרן, "מותר ליטול טלית חבירו ולברך עליה ובלבד שיקפל אותה אם מצאה מקופלת". דהיינו שלא מדעתו דניחא ליה לאינש דליעבד מצוה בממוניה. וכתב הרמ"א על זה, "וה"ה תפילין אבל אסור ללמוד מספרים של חבירו בלא דעתו דחיישינן שמא יקרע אותם בלמודו." הרי אם אין חשש של קלקול מותר. ולכן לכאורה נראה שאף בנד"ד מותר להשתמש בכליו של חבירו לצורך מצוה אם אין חשש של קלקול.

אלא שיש לדון בזה שכתוב בב"מ כט: "אמר שמואל המוצא תפילין בשוק שם דמיהן ומניחן לאלתר, מתיב רבינא מצא ספרים קורא בהן אחד לשלשים יום... אמר אביי תפילין בי רב חבו משכח שכיחי, ספרים לא שכיחי".

לאינש דליתעבד מצוה בממוניה", לכן אין להביא ראיה מזה לדעת הש"ך ששואל שלא מדעת לצורך מצוה מותר רק בדבר שהוא לצורך מצוה דוקא. אלא לכאורה יש מקום לומר שכיון שמצינו שאין אדם מקפיד על חפצו של מצוה כמ"ש הרא"ש, ה"ה שי"ל שהוא אינו מקפיד אם חבירו שואל אותו בלא דעתו לצורך מצוה, משא"כ בכלים לסעודה או פטיש לקבוע מזוזה וכדומה שכיון שיש להם תשמיש אחר מלבד המצוה שפיר י"ל שאדם מקפיד עליהם והוא חפץ בשלו יותר.

אלא נראה שאין להביא ראיה מדין אבידת תפילין כלל בין מדעת הרא"ש ובין ממ"ש הש"ך לפרש דברי הרמב"ם, שי"ל שדוקא לגבי אבידת תפילין שמי שמצא התפילין רוצה לקנותם לעצמו או למכור אותן לאחרים י"ל שיש להתיר את זה דוקא בדבר שהוא רק לצורך מצוה בלבד, אבל מי ששואל שלא מדעת ודעתו להחזיר החפץ עצמו כמו שהוא בתחלה בזמן מועט י"ל שודאי אין אדם מקפיד אף בדבר שהוא גם ראוי לתשמיש חול אם באותו זמן הוא רוצה אותו לקיים איזו מצוה, כגון פטיש לקבוע מזוזה וכדומה. ולכן אין להביא ראיה מדין אבידת תפילין שהוא חמור טפי לנד"ד, ודלא כנראה מהש"ך הנ"ל.

ג) מ"מ לענ"ד נראה שאף שאין ראיה מוכרחת מדברי הרמב"ם לגבי תפילין, מ"מ עדיין סברת הש"ך נכונה מצד עצמה, שבשלמא דבר שהוא מיוחד רק לקיום איזו מצוה י"ל שאין אדם מקפיד כיון שאין בחפץ זה שום תשמיש אחר ולכן אין לו צורך כל כך בכל עת באותו חפץ כיון שמלבד המצוה הוא אינו ראוי לכלום, ולכן ניחא ליה לאינש דליתעבד מצוה בממוניה, אבל בחפץ שיש בו שימוש גם לצורך חול, כגון פטיש הנ"ל י"ל שודאי הבעל מקפיד כיון דשמא הוא רוצה להשתמש באותו חפץ לצורך עצמו מלבד שימוש למצוה, ולכן כיון שחפץ זה יש לו הרבה שימושים שפיר י"ל שהבעל מקפיד שאין ליתן חפצו לאחר. ולכן מסברה זו י"ל שהוא אינו מותר ליקח החפץ בלא רשות הבעל.

ויש לצרף לזה שיטת התוספות והמרדכי והגה"מ שסברו שאין אדם רשאי ליקח שום דבר לצורך מצוה אם אין רשות מהבעל, אף בטלית ותפילין. וכן כתב המרדכי בב"מ כט: באות רסג. וז"ל "סד"א ניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממוניה קמ"ל, אין להקשות מהא דמסיק פ"ק דפסחים דניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממוניה, דהכא מיירי שלא מדעתו והא ודאי לא ניחא ליה, אבל לקיומי מצוה בממוניה מדעתו בודאי ניחא ליה. וכ"כ

בלבד", הוא כדעת הרא"ש בב"מ שם שכתב, "אמר שמואל המוצא תפילין שם דמיהן ומניחן לאלתר. ואין צריך לטפל בהן ולשומרן שלא ירקיבו כמו בספרים ובשאר אבדות, דתפילין שכיחי בכל עידן בבית האומן, אבל שאר אבדות אדם חפץ בשלו יותר." הרי נראה מזה שדוקא בתפילין דבר זה מותר ולא בשאר דברים שאינם למצוה כיון שעדיין י"ל בהם שאדם חפץ בשלו יותר. ונראה שכן כוונת הרמב"ם כשהוא כתב "ואין עשויין אלא למצותן בלבד", ודלא כהש"ך שכתב שכוונתו היא שניחא ליה לאינש דליתעבד מצוה בממוניה. ולפי זה מצינו שדעת הרמב"ם והרא"ש שוות, וכן ראיתי בפלפולא חריפתא שם בס"ק ד. שכתב, "אבל שאר אבידות אדם חפץ בשלו יותר. ומשמע דאפילו בדברים השכיחים לקנות בבית האומן, דאל"כ למאי נ"מ אצטריך לפי טעמא דחפץ וכו', ולפי זה דעתו כדעת הרמב"ם דמסיים בטעמא דתפילין ואינן עשויין אלא למצותן בלבד ע"כ. והיינו הך דרבינו דכיון שאין עשויין להתנאות ולא לשום דבר אלא למצותן מה לו באלו מה לו באחרים, משא"כ בשאר אבידות שיש בהם צד ההנאות אדם חפץ בשלו ביותר לפי שמה שהוא שלו כבר מצא חן בעיניו ומתנאה בו, וכ"ש דבר שיש בו צד שמוש. ולכן צריך לי עיון שהטור לא הזכיר מכל זה כלום." הרי שהרמב"ם סבר כהרא"ש, ולכן קשה מאד לומר כמ"ש הסמ"ע הנ"ל שמרן השמיט דברי הרמב"ם מפני שהוא לא סבר כן, שאין זה דרך של מרן לחלוק על מ"ש שני עמודי הוראה הרמב"ם והרא"ש.

ולכן נראה לענ"ד שאף מרן סבר כהרמב"ם והרא"ש הנ"ל, ואף בב"י הוא הביא דברי הרא"ש הנ"ל וגם דעת הרמב"ם ולא כתב שהוא עצמו לא סבר כן. וגם קשה לומר שהטור לא סבר כדעת אביו הרא"ש כמו שהעיר הפלפולא חריפתא הנ"ל, ולכן נראה דהכי יש לפרש דברי מרן שכתב בס"רסו. כא. "מצא תפילין שם דמיהן ומניחן עליו מיד אם ירצה שדבר מצוי הוא לקנות בכל שעה." דהיינו שטעם זה שמצוי לקנות בכל שעה שייך דוקא בתפילין, שהרי הוא כתב ברישא "מצא תפילין", הרי שטעם זה הוא דוקא בתפילין שהן דברים שאין אדם חפץ בהם יותר. ולכן רק בדבר שאין אדם חפץ בו, דהיינו חפצא של מצוה יש להתיר משום שמצוי לקנות בכל שעה, אבל אין היתר זה שייך בדבר שאינו של מצוה שאדם חפץ בו יותר.

הרי לפי זה י"ל שאף מרן הסכים למ"ש הרמב"ם "ואין עשויין אלא למצותן בלבד", אלא שאין פירושו בלשון זה כמו שפירש הש"ך אלא כמ"ש הרא"ש, וכמ"ש הפלפולא חריפתא. ולפי זה כיון שאין זה איירי לגבי "וניחא ליה

ס"ג. בד"ה ומעתה הדרן, שכתב לגבי דין זה, "וכיון דהיי"א זה הביאו מרן באחרונה, וכלל בדינו דהלכתא כיי"א בתרא, א"כ בנד"ד שמעון חייב שבועה דאורייתא." אלא שקשה להבין דעת מרן בזה, שהלא הי"א קמא הוא דעת הרמב"ם בפ"א דהל" טוען ונטען הל"ז. והיי"א בתרא הוא דעת הראב"ד שם שחולק על הרמב"ם, וכתב הרב המגיד שם שכדעת הרמב"ם "הכריע הרמב"ן וכן כתב רבינו מאיר ז"ל ועוד יתבאר זה פ"ד, ודעת רבינו עיקר." וכן הוא בב"י בס"ע. בדין זה, שהוא הביא מ"ש הרב המגיד. וכן הוא בש"ך בס"ע. ס"ק פב. שהעיקר בזה כדעת הרמב"ם ע"ש. ולכן לכאורה יש להקשות על מרן, איך הוא שביק דעת הרמב"ם והרמב"ן ורבינו מאיר והרב המגיד כדי לפסוק כדעת הראב"ד בדין זה. ולכן צריך לבאר הדבר.

המקור לדין זה בשבועות מב. שיש מחלוקת בין ראב"י וחכמים בדין זה כמבואר שם, שלדעת חכמים אין הבן נשבע, ולדעת ראב"י אה"נ שאין הבן נשבע על טענת שמא, אבל הוא נשבע על טענת ברי ע"ש. ועל זה כתב הרמב"ם הנ"ל "אין משביעין שבועת היסת אלא על טענת ודאי אבל על טענת ספק פטור. כיצד... אמר לי אבא שיש לי אצלך מנה או צוה לי בפני עדים שיש לי אצלך מנה... הרי זה פטור אף משבועת היסת." וכתב על זה הראב"ד "בזה איני מודה לו כי היא טענת ברי ועל זה אמר ר"א בן יעקב פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו שהעמיד אותה בבא בטענת עצמו והוא שאמר כך צוה לי אבא, שאם אמר ברי לי שאני יודע על זה אמרו מה לי הוא מה לי אביו ואפילו לרבנן." וכתב הרב המגיד שם על דברי הראב"ד, "ודע שאין דבריו ז"ל מחוורין במה שפירש שדעת ראב"י היא לחייב באומר כך צוה לי אבא דודאי כל זמן שהוא עצמו אינו טוען יודע אני אינה טענת ברי ע"פ אחר, וכן הכריע הרמב"ן... ודעת רבינו עיקר."

וכן הוא בפ"ד הל"ה. שיש מחלוקת זו, שכתב הרמב"ם שם "וכן האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לי בידך מנה והלה אומר אין לך בידי אלא חמישים הרי זה משיב אבדה ופטור אף משבועת היסת, ואצ"ל אם הודה מעצמו ואמר מנה היה לאביך בידי ונתתי לו חמישים דינרין ונשאר לו חמישים שזה פטור אף משבועת היסת. אבל יורש שטען ואמר אני יודע בודאי שיש לאבי בידך או ביד אביך מנה והוא אומר אין לו בידי אלא חמישים הרי זה מודה מקצת וישבע." וכתב הראב"ד על זה, "אני אומר שזה מחלוקת ראב"י וחכמים ופסק הרב שהלכה כמותו." (הרב הוא הרי"ף בשבועות מב. שפסק כראב"י ע"ש טעמו). וכתב

ההג"מ בהל" חמץ ומצה פ"ב. הל"ית. אות ב. וז"ל "ניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממוניה, והא בפרק אלו מציאות דגרס מהו דתימא ניחא ליה לאינש לקיומי מצוה בממוניה קמ"ל, פירוש התוספות התם דמייירי שלא מדעתו והא ודאי לא ניחא ליה, אבל לקיומי מצוה בממוניה מדעתו ודאי ניחא ליה." ע"ש. ועיין עוד בזה בשער אפרים ס"ב. וברכ"י ס"תלז. ולפי זה אף טלית ותפילין אין לשאול שלא מדעתו, ולכן אף פטיש לקבוע מזוזה אין לשאול.

ולפי שיטה זו יש מקום לומר שאפשר שאף הרמב"ם מודה להם, שיי"ל דהא דכתב הרמב"ם בהל" חמץ ומצה פ"ב הל"ית. "ואפילו במקום שבודקים בשכר, שהרי מצוה הוא עושה", זה רק כשהוא יודע שהוא עושה מצוה כמבואר בהגה"מ הנ"ל. ומ"ש הרמב"ם בהל" גזילה פ"יג הנ"ל לגבי תפילין שפירש הש"ך שהטעם שהוא מותר להניחן הוא משום דניחא ליה לאינש דלעבד מצוה בממוניה, ונראה שזה אף שעדיין לא ידע הבעלים שהוא איבדו התפילין, י"ל שדוקא התם התיר הרמב"ם שאין להטריח מי שמצא התפילין לטפל בהם, ולכן התירו מטעם זה להשתמש בהם ולקנותן לעצמו, אבל לשאול שלא מדעת שלא שייך בזה אבידה וטפול, י"ל שאין להתיר אף לצורך מצוה כשהבעל לא ידע. וכ"ש בדבר שיש שימוש אף לדבר של חול כגון כלי סעודה וכיוצא בו.

ועוד יש לעשות בזה ס"ס לחומרא דהיינו ספק אם ההלכה כהמרדכי וההג"מ והתוספות הנ"ל שאין לשאול שום דבר למצוה שלא מדעתו, ואת"ל שההלכה כמרן שמותר לשאול טלית ותפילין, אז שמא דבר שיש לו שימוש אף לדבר חול הוא חמור טפי כנראה מהש"ך הנ"ל שפירש כן בדעת הרמב"ם, או כמו שכתבתי לעיל מסברה. ולכן כיון שיש ס"ס לחומרא אין להתיר דבר זה.

סימן קכט.

שאלה: האם יש לבאר דעת מרן לגבי האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לו בידך מנה, והלה אומר אין לו בידי אלא חמישים, ומאיזה טעם הוא פסק כהראב"ד כנגד הרמב"ם.

תשובה: (א) כתב מרן בס"ע. כא. "האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לו בידך מנה והלה אומר אין לו בידי אלא חמישים, י"א שפטור אף משבועת היסת, וי"א שחייב לישבע שבועת תורה." ונראה מזה שלפי הכלל בדינו שמרן סבר כהיי"א בתרא. וכן ראיתי בכפי אהרן ח"א חו"מ

אבי פקדני בשעת מותו, דאלו כשטוען בפני הודית לאבי בשעת מותו או בפני הלוחך ולא פרעתו אף רבנן מודו שאינו מעיז וכופר בכל פטור ומודה במקצת חייב, ואין זה מחוור... לכך הנכון דהא דאמרין באומר בריא לי שאמר לו בפני הודית לאבי בשעת פטירתו או הלוחך ולא פרעתו כי נפטר מיד ובהא הוא דסבר ראב"י שאינו מעיז בבנו ואפ"ה סברי רבנן דמעיז דכיון דענייני אביו הם אולי הימניה עשה אביו עמו שיודה לו בפני בנו כדי להעשירו בפניו, וכן עיקר. הרי נראה שהרב המגיד אזיל כשיטת הריטב"א, שמ"ש הרב המגיד, "לפי שבא בטענת אביו יכול לומר לו תנאי היה ביני לבניו והוא פייסני שאודה לו", פירושו כמ"ש הריטב"א "אולי הימניה עשה אביו עמו שיודה לו בפני בנו כדי להעשירו בפניו", ובהא אמרין שלראב"י הוא חייב בשבועה שזה ברי, אבל רק באמר הבן "אמר לי אבא", אין בזה חיוב שבועה כיון שאף לראב"י זה בגדר של שמא, וזה דעת "הרבה מן הפרשים" כמ"ש הרב המגיד ודלא כמ"ש בראב"ד. ולפי זה כתב הריטב"א שם, "ולענין מחלוקת ראב"י ורבנן דעת רבינו אלפאסי והרמב"ם ז"ל והר"מ דהלכתא כראב"י". הרי זה כמ"ש המגיד משנה בפ"א הנ"ל.

וכן דעת הרשב"א בח"ב ס"פ. שכתב, "לא מחייב רבי אליעזר אלא בטוענו ובא מחמת אביו ובטענת בריא ואומר עומד הייתי על אבא בשעה שהודית לו, והא לאו הכי אפילו רבי אליעזר מודה שהוא כמשיב אבדה ופטור" ע"ש. ועיין עוד בזה ברמב"ן ור"ן בשבועות שם.

ולפי זה יש לבאר מ"ש הרב המגיד בפ"ד הנ"ל על מ"ש הרמב"ם 'אבל יורש שטען ואמר' וכו', וז"ל "זה הוא כראב"י לפי מה שפירשנו והוא כדעת ההלכות, ואת"ל שראב"י מחייב אפילו בשאין הבן טוען טענת ברי, סבור רבינו שהלכה כחכמים וכן פסקו הגאונים". וצריך לפרש את דבריו, שבתחלה הוא כתב שהרמב"ם סבר כראב"י, ובסוף הוא כתב שהרמב"ם סבר כחכמים. ועוד הלא אף לראב"י אין לישבע אלא על טענת ברי, כמבואר בשבועות מב: שכתוב שם "מי מצית מקומת לה כראב"י הא קתני רישא מנה לאבא בידך אין לך בידי אלא חמישים דינר פטור מפני שמשיב אבידה הוא, התם דלא אמר ברי לי, הכא דאמר ברי לי". הרי אף לראב"י בעינן ברי כדי לישבע. ולכן איך כתב הרב המגיד שלראב"י מחייב אפילו בשאין הבן טוען טענת ברי. אלא לענ"ד נראה שרב המגיד או או קאמר, דהיינו או י"ל שהרמב"ם סבר כהר"י"ף וכדפירש הרב המגיד שאף לדעת ראב"י אם אמר הבן אמר לי אבא, זה בגדר של שמא ואין לישבע. או את"ל שפירוש

על זה הרב המגיד, "ויש בגמרא מחלוקת בזה בין ראב"י וחכמים, ודע לפי דעת רוב הפוסקים דברי רבינו ז"ל אמת בזה, ואפילו לדעת הפוסקים כראב"י לא אמרה ראב"י אלא בטוען הבן ברי שהוא ראה כשהודה זה לאביו ואף בזה נחלקו חכמים שאינו ברי אלא ביכול לטעון ברי מחמת שהוא הלוהו, לפי שבא בטענת אביו יכול לומר לו תנאי היה ביני לבניו והוא פייסני שאודה לו, וכן פירשו הרבה מן המפרשים ז"ל. ודע שמ"ש בהשגות בזה אינו עיקר אפילו לדעת ההלכות וכתב רבינו בכאן פטור משבועת היסט לפי שאין היסט על טענת שמא כנזכר בפרק הראשון. ועוד כתב הרב המגיד שם, על מ"ש הרמב"ם 'אבל יורש שטען ואמר' וכו', וז"ל "זה הוא כראב"י לפי מה שפירשנו והוא כדעת ההלכות, ואת"ל שראב"י מחייב אפילו בשאין הבן טוען טענת ברי, סבור רבינו שהלכה כחכמים וכן פסקו הגאונים".

ב) הרי מבואר שלדעת הראב"ד, הרמב"ם פסק כחכמים וכדעת הגאונים בסוף דברי הרב המגיד הנ"ל (וכ"כ הרמב"ן בשבועות מב. בד"ה ולענין, שלא פסקו הגאונים כראב"י) ודלא כהר"י"ף שפסק כראב"י. וכן נראה ממ"ש הראב"ד להקשות על הרמב"ם בפ"ד, דהיינו איך הוא פסק כנגד הר"י"ף שפסק כראב"י. וכן נראה ממה שהיה השיג על הרמב"ם בפ"א, שהוא הקשה איך הרמב"ם לא סבר כראב"י. וא"כ לפי זה צ"ל שהרמב"ם סבר כפירוש הראב"ד בדעת ראב"י (ודלא כפירוש הרב המגיד), אלא שהוא לא פסק כראב"י אלא כהחכמים. ולפירוש זה אף החכמים מודים שאם הבן ברי והוא בגדר של ברי גמור יכול הנתבע לישבע כמבואר בר"ן בשבועות שם, כגון שאמר אני הייתי עמך בשעת מיתת אבי ע"ש. ולכן שפיר כתב הרמב"ם שאם הבן ברי יכול הנתבע לישבע, שאף שהוא פסק כחכמים מ"מ אף החכמים מודים כברי גמור.

ודעת הרב המגיד היא שיש פירוש אחר מפירוש הראב"ד בדעת ראב"י, ולפירוש זה שפיר י"ל שהרמב"ם פסק כראב"י, וממילא שהרמב"ם פסק כהר"י"ף. ולפירוש זה אף לדעת ראב"י אם הבן אמר, "אמר לי אבא שיש לו בידך מנה" אז זה בגדר של שמא ואין כאן שבועה כלל, וכמ"ש הרב המגיד הנ"ל וז"ל "ואפילו לדעת הפוסקים כראב"י לא אמרה ראב"י אלא בטוען הבן ברי שהוא ראה כשהודה זה לאביו ואף בזה נחלקו חכמים שאינו ברי אלא ביכול לטעון ברי מחמת שהוא הלוהו, לפי שבא בטענת אביו יכול לומר לו תנאי היה ביני לבניו והוא פייסני שאודה לו, וכן פירשו הרבה מן המפרשים ז"ל. וכן הוא בריטב"א בשבועות שם בד"ה חזקה, וז"ל "דקאמר ברי, פירוש הראב"ד ז"ל שאמר

ולפי כל הנ"ל יש להקשות על מרן כדכתבתי בתחלת דברי, איך הוא פסק כהראב"ד ב"א בתרא ודלא כהרמב"ם, שהלא כמה פוסקים סברו כפירוש הרב המגיד בדעת הרמב"ם, ולפירוש זה הרמב"ם פסק כראב"י, ודלא כהבין הראב"ד בדעת הרמב"ם.

(ד) ולענ"ד נראה שמרן סבר כהראב"ד משום שנראה שהרא"ש והטור פירשו דעת הרמב"ם כמו שפירש הראב"ד. ולכן הם סברו שהרמב"ם פסק כחכמים, ולכן כיון שלדעתם ההלכה היא כראב"י כמבואר ברא"ש בשבועות שם שהוא הביא מ"ש הרי"ף לפסוק כראב"י, מימילא הם לא פסקו כהרמב"ם. ויש לבאר הדבר. כתב הטור בס"ע. "ואם אומר אמר לי שאתה חייב לו מנה, כתב הרמב"ם שהוא נקרא ספק שכתב אמר היורש אבא אמר לי שיש לו אצלך מנה והלה אמר אין לך בידי אלא נ' הרי זה משיב אבידה ופטור והראב"ד השיג עליו וכתב שהוא טענת ברי. וכן כתב רב האי גאון האומר הוגד לי שיש לי אצלך מנה אין מחייבין אותו לישבע אבל אם טוען אבא אמר לי שאתה חייב לו או שראה כתוב בפנקסו של אביו שהוא חייב לו וברור לו שהוא כתב ידו משביעין אותו שבועת היסט. וכבר כתב החוט המשולש בטור הראשון ס"לא. "וכן גם כן מסר לנו כלל אחר, והוא שבכל מקום שבעל הטורים ז"ל יזכור דעות רבות מהפוסקים ז"ל שדעתו הוא ז"ל כדעת הפוסק האחרון שיזכור. הרי מבואר מזה שהטור סבר כהראב"ד ורב האי גאון. ועיין בסמ"ע בס"ק נה. שכתב שדעת רב האי גאון כדעת הראב"ד, ואף שהש"ך בס"ק עח. נסתפק בזה, מ"מ הכריע הגר"א באות עה. שרב האי גאון סבר כהראב"ד. וכן ראיתי בקול אליהו ח"א ח"מ ס"כח. שהוא הקשה על הש"ך וכתב, "וחזיתיה להר"ב ש"ך ז"ל שדחה דברי הרב הסמ"ע ז"ל דרב האי ס"ל כסברת האומרים דשבועת היסט משביעין בטענת שמא ע"ש. ולענ"ד זה לא יתכן, שהרי הטור ומרן ז"ל פסקו דאין נשביעין אפילו שבועת היסט בטענת שמא, ואיך הביאו דברי רבינו האי גאון הללו, ותו דאי ס"ל הכי לגאון ז"ל למה הוצרך להטיל תנאי שיאמר בריא לי שהוא כתב ידו, לא כי אלא דמסתפק אם הוא כתב ידו כיון דס"ל דמשביעין על טענת שמא, אלא ודאי דס"ל דזו טענת בריא היא כיון שמכיר כתב יד אביו, וא"כ ה"ה דמשביעין אותו שבועה דאורייתא כיון דטענת בריא היא, וזה ברור לענ"ד. ועיין לרדב"ז ח"א ס"קלו. שייחס לרב האי גאון סברה זו דאין נשביעין על טענת שמא. הרי שהקול אליהו סבר כהסמ"ע שדעת הראב"ד כרב האי גאון. וכן כתב הכפי אהרן הנ"ל, וז"ל "מ"מ מאחר שהסמ"ע ס"ל בפשיטות דחייב ש"ד והש"ך מספקא ליה

הראב"ד עיקר שלדעת ראב"י יש לישבע אף באמר לי אבא, ולפי דעת הרב המגיד עצמו זה הוי שמא אף לראב"י ולכן הוא כתב "שראב"י מחייב אפילו בשאין הבן טוען טענת ברי", אז י"ל שהרמב"ם פסק כחכמים וכנגד ראב"י. מ"מ נראה שהרב המגיד עצמו סבר שהרמב"ם פסק כראב"י, ומה שהוא כתב בסוף "ואת"ל שראב"י..." הוא רק לשיטת הראב"ד אבל הרב המגיד עצמו לא סבר כן, אלא דעתו כשהוא כתב בתחלה, דהיינו "זה הוא כראב"י לפי מה שפירשנו והוא כדעת ההלכות".

(ג) ונראה לענ"ד שהעיקר בזה כמ"ש הרב המגיד, דהיינו שהרמב"ם פסק כראב"י וכהרי"ף. וכן ראיתי בריטב"א הנ"ל, וז"ל "נמצאת למד דכל שטוען קטן פטור לגמרי ואין עליו אפילו חרם סתם משום דטענת קטן לית בה ממשא, ובטוענו גדול לפי שמצא בפנקסו ליכא אלא חרם סתם, וכן בטוענו אבי פקדני כך לפירושנו שהוא נכון בעיני הרמב"ן ז"ל ורבותי נ"ע, אבל בטוענו גדול בפני הודית לאבא או הלוחך בשעת פטירתו לראב"י חייב שבועה בדין כאביו, ולרבנן אין כאן אלא טענת שמא וליכא אלא חרם סתם. ולענין מחלוקת ראב"י ורבנן דעת רבינו אלפאסי והרמב"ם והר"ם דהלכתא כראב"י שמשנתו קב ונקי ואפילו בברייא כדאיתא ביבמות, ודעת הגאונים ז"ל דהלכתא כרבנן דרבים ניהו, ורבותי ז"ל הכריעו כרבינו אלפאסי ז"ל ואידך רבוותא ז"ל דפסקי כוותיה. הרי מבואר שהרמב"ם פסק כראב"י, וכן נראה מלשונו, שהוא רק כתב שאין לישבע אם אמר הבן אמר לי אבא, וזה אתי כראב"י כמבואר בריטב"א ואף ברב המגיד הנ"ל, ולכן אין הוכחה מדברי הרמב"ם שהוא פסק כחכמים.

וכן מסתברא שכלל הוא בידינו שבדרך כלל הרמב"ם פסק כהרי"ף כמבואר בב"א ח"א ס"תקית. בד"ה ולענין, שכתב "וטעמא דמסתבר הוא דהרמב"ם בשיטת הרי"ף רבו אמרה". וכן הוא בגינת ורדים א"ח כלל ג. ס"ז. בד"ה ומה שפירש, שכתב, "וכלל גדול בידינו לפרש דברי הרי"ף שיהיו מוסכמין לדברי הרמב"ם, דעל הרוב בחדא סוגיא אזלי". ולכן ה"ה בנד"ד ש"ל שהרמב"ם פסק כראב"י.

ועוד מצינו בב"י שסבר כן, שהוא כתב בס"ע. בד"ה ואין חילוק, "פסקו הרי"ף והרא"ש כראב"י... וכן פסק הרמב"ם פ"ד ופ"א מטוען ונטען". וכן כתב ההגהות מיימוני שם בפ"ד אות ג. שהרמב"ם פסק כראב"י ע"ש. וכן ראיתי ברבינו ירוחם נ"ג ח"ב. ע"ש. וכן כתב הלחם משנה בפ"א הל"ו. "דפסק רבינו ז"ל כראב"י". ע"ש. ולפי זה כן הוא העיקר בדעת הרמב"ם.

והחזיר לראובן מעותיו אע"פ שהניח שמעון בן קטן. ע"ש. הרי שסמכינו על הפנקס אף להוציא ממון אם יש רגלים לדבר. וצ"ל שזה כדעת רב האי גאון שסמכינו על הפנקס, אלא בדין של רב האי גאון אין רגלים לדבר ואין הפנקס מדוקדק כל כך, ולכן אין להוציא ממון, אלא שצריך הנתבע לישבע. וכן ראיתי בש"ך בס"צא. ס"ק כד. שכתב, "לעיל ס"ע. כג. דיכול להשביע על פי פנקס אביו, היינו אפילו אינו יודע שפנקס אביו מדוקדק הוא. ומ"מ להוציא מהיתומים בסעיף שאחר זה, ודאי צריך רגלים ואומדנות מוכיחות וכהך עובד' דתשובת הרא"ש". הרי מבואר מזה שהרא"ש סבר כרב האי גאון. ולכן צ"ל שרב האי גאון סבר כפירוש הראב"ד לגבי המחלוקת בין החכמים וראב"י ושההלכה כראב"י, ולכן הוא המ"ד שפליג על מ"ש הריטב"א והרשב"א הנ"ל שכתב שאין לסמוך על הפנקס.

אלא שראיתי בבית דוד ח"מ ס"כו. שהוא הביא תשובת הרא"ש הנ"ל וכתב, "אלא כוונת הרא"ש לענין טענת בריא הוא דדוקא בחנוני שמודה לו בעל הבית שצוה לו ליתן חשיבא טענת בריא על פי פנקסו לענין דינו שהוא לחייב שבועה לנתבע שאין יכול לחייבו שבועה אלא בטענת בריא אין הפנקס חשוב לו טענת בריא לחייבו לשכנגדו שבועה באומרו מצאתי בפנקסי שאתה חייב לי כך וכך, כי אין זה טענת בריא אלא שמא כיון שאינו יודע הדבר אלא על פי פנקסו, ואין כאן רגלים לדבר שאין האחר מודה לו שצוה לו ליתן כלום." ולענ"ד נראה שלפי שעה הבית דוד לא ראה מ"ש הטור ומרן בס"ע. בשם רב האי גאון, וצ"ל שאין רגלים לדבר התם שא"כ אף להוציא ממון מועיל הפנקס, אלא שאין רגלים לדבר ועדיין יש לנתבע לישבע. וכן נראה מהש"ך הנ"ל שאף שאין הפנקס מדוקדק עדיין יש לישבע, והלא אם יש ספק בפנקס ממילא אין רגלים לדבר, שאף אם מודה הנתבע שהוא לזה מן האב אלא שאמר שכבר פרע, מ"מ אין זה מועיל כדי לומר בזה שיש רגלים לדבר כיון שעדיין יש ספק בפנקס אם הוא נכון או לא כיון שהוא אינו מדוקדק, וממילא נתבטלו הרגלים לדבר. וכן ראיתי בויאמר יצחק ס"מד. דלא בעינן שום רגלים לדבר ע"ש בסוף דבריו. וכן ראיתי בנתיבות המשפט שם אות טז. שכתב בשם התומים שיש להשביע הנתבע משום מ"ש בהפנקס אף שאין רגלים לדבר. וכן הוא בערוך השולחן באות ח. ולכן עדיין מצינו שיש להשביע הנתבע ודלא כהבית דוד הנ"ל.

הרי מצינו שלדעת הרא"ש והטור, הרמב"ם מפרש המחלוקת בין החכמים וראב"י כפירוש הראב"ד, ופסק

נקטינן כדעת הסמ"ע דס"ל דהיש מי שאומר הוא כדעת הי"א שבסע' שלפני זה" ע"ש. וכן נראה דעת הערוך השולחן באות לא. שכתב על מ"ש רב האי גאון שזה "תלוי בהדיעות שנתבארו בסע' הקודם". ונראה שטעמו של הטור הוא שהוא סבר כדעת אביו הרא"ש שההלכה כראב"י, ולכן כיון שרב האי גאון סבר כפירוש הראב"ד בדעת ראב"י, דעת הגאון הכריע. וכן הוא שמצינו שרב האי גאון לא סבר כפירוש המגיד משנה בדעת הרמב"ם, שגם כתב הריטב"א הנ"ל, "מיהו אף לדברי הראב"ד דוקא שטוען אבי פקדני בשעת פטירתו כדאמרן, אבל באומר כך מצאתי כתוב בפנקסו פשיטא דאין זה אלא טענת שמא". ומסתמא שברור לכן שזה כתב אביו. הרי שרב האי גאון אינו סובר כהריטב"א, אלא שדין הפנקס הוי כאמר לי אבא, ורב האי גאון לא סבר כפירוש הריטב"א במחלוקת בין החכמים וראב"י, אלא כפירוש הראב"ד במחלוקת בין החכמים וראב"י, וכיון שלפירוש זה במחלוקת זו הרמב"ם פסק כהחכמים, ממילא שלא קי"ל כוותיה, אלא כדעת ראב"י. ולכן סבר הטור לפסוק כדעת רב האי גאון, שהוא פסק כראב"י ודעת הגאון הכריע. ועיין בתשובת הרשב"א בח"ב ס"פ. שאף הוא לא סמך על מ"ש בפנקס האב, וכדעת הריטב"א, מ"מ מצינו שדעת רב האי גאון אינו כן, ופסק הטור כוותיה.

ועוד י"ל בזה, והוא שנראה שאף הראב"ד פסק כראב"י, שכן נראה מלשונו הנ"ל על הרמב"ם, שהוא הקשה על הרמב"ם איך הוא פסק כהחכמים. אלא שיש להעיר על זה מ"ש הר"ן בשבועות שם, שהראב"ד פסק כהחכמים. וראיתי בלחם משנה בפ"א בהל" טוען ונטען, שהקשה על הר"ן שהלא משמע שהראב"ד פסק כראב"י, וע"ש מה שהוא תירץ. מ"מ נראה שהרא"ש והטור סברו שהראב"ד פסק כראב"י, וכנראה מפשטות לשונו על הרמב"ם.

(ה) **ונראה** מסתמא שאף הרא"ש סבר שדעת רב האי גאון כדעת הראב"ד וכמ"ש הטור, שאין דרכו של הטור לחלוק על מר אביו. וכן צ"ל שמצינו שכתב הטור בס"צא. בשם תשובת הרא"ש, "דלא סמכינו אפנקסו אלא היכא דאיכא רגלים לדבר, כגון שצוה לו בעל הבית ליתן לבנו או לפועלו והוא כתב שנתן, דההוא מילתא דשכיח ואזלינן בתר פנקסו, אבל בעלמא לא. ומתוך זה פסק שיש לדון על פי פנקסו של אדם שרגיל לעשות בתוך ביתו לכתוב בו עניינו, ואפילו להוציא מן היתומים היכא דיש רגלים לדבר שמה שכתב בפנקס הוא אמת, כגון שראובן שמסר לשמעון אלף זוז לעיסקא בלא שטר תוך ד' חדשים לפני מות שמעון, ונפטר שמעון בלא צוואה, ואחרי מות שמעון מצא פנקס מכתב ידו שהיה כתב בו זכרון המשכונות...

וּרְאִיתִי בתורות אמת בס"ע. כב. שכתב, "נראה דלא אמרינן הכי אלא בטוען לא היו דברים מעולם, אבל אם טוען אמת שנושה בי אבל פרעתי על יד על יד נראה דאין עליו אלא חרם סתם, דאף דחשבינן לדברי הפנקס כאילו טוען ברי, מ"מ זה אינו מכחישו וגם הנפטר אינו מכחיש לזה דאפשר דלא הספיק לכתוב שכבר פרע עד שמת. ולא כתב מרן שמשביעו היסת אלא במכחיש הענין לגמרי ואומר לא היו דברים מעולם, כן נ"ל וכן דנתי." וכן ראיתי בוֹיָאֵמֶר יצחק ס"מ. שמרן איירי רק בכופר בעיקר ההלואה אבל בטוען פרעתי אין להשביעו שבועת היסת, ואין עליו אלא חרם ע"ש.

(ב) אלא שראיתי בפעמוני זהב על מ"ש מרן הנ"ל שהוא האריך לסתור סברה זו שחילק בין כפר בעיקר ההלואה ובין אם אמר כבר פרעתי, וז"ל "עומד כנגדי דברי הסמ"ע בס"ק נה. שכתב וז"ל, שמשביעין אותו היסת, פירוש בכופר הכל, וממילא במודה מקצת חייב שבועה דאורייתא עכ"ל. הנה לנו יש לב לדעת האם מודה מקצת שכתב הסמ"ע ודאי פשוט דאיירי כסתם מודה במקצת דעלמא, דהיינו בין באומר לא לויתי כי אם חמשים או באומר פרעתי חמשים. דודאי דוחק לומר דהסמ"ע לא איירי אלא במודה מקצת דהיינו חמשים הלואה לי אביך ולא עוד, זה דחוק. ובודאי דהסמ"ע בכל מודה במקצת דיבר ואפילו באומר הלואה לי מאה ופרעתי חמשים. וא"כ לפי סברת מהריב"ו זלה"ה (הויאמר יצחק הנ"ל) יש להקשות הואיל ואומר לויתי מאה ופרעתי חמשים הרי יכול להיות שהאמת אתו שפרע חמשים, והיאך מביאים אותו לשבועה דאורייתא הואיל ומצא כתוב כן בפנקס אביו, הרי יכול להיות אביו פנקס בשעת ההלואה ואח"כ פרע חמשים ויכול להיות שהאמת אתו, אלא ודאי צריכים אנו לומר שאפילו הדבר ספק הוא אצלנו שיכול להיות שפרע חמשים, עכ"ל הואיל ומצא כתוב בפנקס שנושה בו מנה הוי כאילו אמרה לו אביו בפירוש ויכול הוא להשביע את הנתבע כמו שמשביע אותו על פי מאמר אביו. וכן נראה גם כן מדברי הש"ך ס"צא. ס"ק כד. שכתב דהאי דינא דכתב כאן מרן דיכול להשביע על פי פנקס אביו אפילו אינו יודע שחשבונו אביו מדוקדק אפילו הכי יכול להשביע הלואה, ולא בעינן שום רגלים לדבר כמ"ש מהריב"ו זלה"ה בסוף דבריו יעו"ש. וא"כ מדברי הש"ך שכתב אפילו אינו יודע אם חשבונו אביו מדוקדק וכו' משמע דבאומר הלואה פרעתי כולו או מקצתו איירי, דיש הכחשה בין חשבונו הפנקס ובין טענת הלואה איירי. ולפי דעת הרב מהריב"ו הרי דצריך לומר דהלואה מכחיש עיקר ההלואה שמעולם לא לוח איירי, וא"כ היאך יוצדק לומר אע"פ שאין המלוה

הרמב"ם כהחכמים. אלא שכיון שהרי"ף והרא"ש פסקו שההלכה כראב"י, ממילא שהרא"ש והטור לא סברו כהרמב"ם בזה. ונראה שמרן אזיל כשיטת הרא"ש והטור, שמצינו שמרן בש"ע הביא כלשון הטור בסע"כ, כא, וכב. ולכן פשוט הוא שהוא סבר כמוהו. וכן מצינו שבס"צא. ה. שהוא פסק כתשובת הרא"ש הנ"ל להוציא ממון מהיתומים ע"י הפנקס, וזה כדעת רב האי גאון גם כן כדביארתי לעיל. ונראה שטעמו של מרן הוא שיש לפסוק כהרוב מהעמודי הוראה, דהיינו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש, וכיון שיש ספק בדעת הרמב"ם אי הוא סבר כפירוש הראב"ד לגבי המחלוקת בין החכמים וראב"י, או אם הוא סבר כפירוש הרב המגיד ודע', לכן כיון שמצינו שהרא"ש עצמו סבר כפירוש הראב"ד ופסק כראב"י, אז אין ספק מוציא מידי ודאי, ויש לפסוק כהרא"ש. ואף לגבי דעת הרי"ף יש ספק, דהיינו שאף שהוא פסק כראב"י, מ"מ שמא הוא סבר שאמר לי אבא הוא ברי לדעת ראב"י וכמ"ש הראב"ד, או שמא הוא סבר שזה שמא לדעת ראב"י כמ"ש הרב המגיד. ולכן אף בזה י"ל אין ספק מוציא מידי ודאי ויש לפסוק כדעת הרא"ש, שאין ספק בדעתו. ולכן אף שמרן בב"י הביא שהרמב"ם פסק כראב"י, וגם הוא הביא פירוש הרב המגיד בדעת הרמב"ם, מ"מ כשהוא כתב הש"ע הוא פסק כדעת הרא"ש מהטעם הנ"ל. וכן דרך מרן בקצת מקומות, שבש"ע הוא לא סבר כנראה מהב"י, עיין במחבר"ר ב"ד ס"מז. ס"ק ד. בד"ה ואחשבה. כן נראה לענ"ד לבאר דעת מרן.

סימן קל.

שאלה: האם הא דפסק מרן בס"ע. כב. שמצאתי כתוב בפנקסו של אבא שאתה חייב לו, שמשביעין אותו היסת, הוא אף כשהנתבע אומר כבר פרעתי.

תשובה: (א) כתב מרן בס"ע. כב. "אמר מצאתי כתוב בפנקסו של אבא שאתה חייב לו מנה, וברור לי שהוא כתב ידו, יש מי שאומר שמשביעין אותו היסת." וכבר כתבתי במקום אחר (תשובה הקודמת) דהכי קי"ל, שכבר כתב הסמ"ע שם בס"ק נה. שדעה זו היא כ"א בתרא בסע"כא. ולכן כיון שבי"א וי"א אנו קי"ל כ"א בתרא, ממילא שאנו קי"ל גם כן כהיש מי שאומר כאן בסע"כב. ואף שהש"ך נסתפק בזה אי היש מי שאומר בסע"כב. הוא מודה לי"א בתרא בסע"כא. מ"מ כבר הכריע הגר"א שם בס"ק עה. כדעת הסמ"ע. וכן דעת הקול אליהו בח"א ח"מ ס"כח. וכן דעת הכפי אהרן ח"א ח"מ ס"ג. בד"ה ועתה הדרך. וכ"כ הערוך השולחן באות לא.

מיירי בענין דליכא למיחש שמא פרע כגון תוך זמנו או כמו שביאר הטור שם ס"ז. (וגם דברי הסמ"ע אפשר לכונן כך, אך הלשון אינו מדויקדק וק"ל." הרי שבס"צא. אין לחוש לשמא פרע כיון שהוא תוך זמנו. וכן דעת הרשד"ם כמבואר בכנה"ג בס"ט. בהג' ב"י אות מד. ע"ש. וכן ראיתי במשפט וצדקה ליעקב ח"א ס"ג. שהוא הביא דעת הסמ"ע וגם דעת הש"ך ע"ש. ועיין עוד בזה בכתונת יוסף שורש פנקס ענפים ב. וג.

ולפי זה י"ל שמ"ש בס"צא. שהפנקס מדויקדק, ולכן מותר להוציא הממון מן היתומים, הוא רק באופן שהוא תוך זמנו ואין לחוש לשמא פרע. ולכן כשכתב הש"ך שם ששאני מ"ש בס"ע. לגבי הפנקס כיון שהוא אינו מדויקדק כל כך ולכן יש להשביע הנתבע אבל אין להוציא הממון משום זה, צ"ל שאף זה בתוך זמנו כמו בס"צא. שאם לא תאמר כן הוי ליה להש"ך לחלק שבס"צא. הוא תוך זמנו ולכן יש להוציא ממון ובס"ע. הוא לאחר זמנו ולכן יש להשביע אבל אין להוציא ממון. ולפי זה י"ל שאף ס"ע. הוא בתוך זמנו ואין לחוש לשמא כבר פרע שכלל הוא בידינו שאין חזקה שהוא פרע בתוך זמנו. ולכן י"ל שאם הוא אחר זמנו אז אה"נ שיש לחוש לשמא פרע ולכן אין להשביע, ולפי זה אתי שפיר מ"ש התורות אמת הנ"ל. אמנם אם הנתבע אמר לא היו דברים מעולם, אז אין לחלק בין תוך זמנו או אחר זמנו, ובכל אופן יש להשביעו, שרק אם הוא אמר כבר פרע אז יש לדון אם הוא תוך זמנו שאין חזקה שהוא פרע תוך זמנו, ובין אחר זמנו שבזה שפיר יש לחוש לשמא פרע.

הרי שדברי התורות אמת והויאמר יצחק נכונים הם, ומה שהפעמוני זה הביא ראייה מהש"ך שכתב בס"צא. שהפנקס מדויקדק שמוכרח שזה איירי שהוא מדויקדק לכתוב אם הוא כבר פרע או לא, אין ראייה שזה איירי רק בתוך זמנו כמ"ש הש"ך עצמו בס"קז. אבל לאחר זמנו שפיר הוא לומר שיש לחוש לשמא פרע אף שיש רגלים לדבר. ולכן אין להשביעו כמ"ש התורות אמת והויאמר יצחק.

ולפי זה הכי י"ל על ראית הפעמוני זה מדברי הסמ"ע, שאף אם הוא איירי באמר פרעתי חמשים מ"מ י"ל שזה בתוך זמנו כשאין חשש של שמא פרע. ולכן אין לחוש שהאב לא כתב הפרעון בפנקסו קודם מיתתו, ולכן שפיר הוא להשביע הנתבע. אמנם כשהנתבע אומר לא היו דברים מעולם, אז אין חילוק בין תוך זמן או לא ויש להשביע הנתבע שבועת היסט.

יודע אם חשבון אביו מדויקדק או לא, הרי בלאו הכי לא נכנס זה בדין דקדוק חשבון, דהואיל ואומר הלוה שמעולם לא לוח הוי כאומר מעולם לא פרע, וא"כ לפי דעת היורש שמצא כתוב וברור לו שהוא כתב אביו א"כ ודאי אין כאן טעות כלל בחשבון. אלא ודאי עכ"ז יכול להשביעו. ע"ש כל דבריו. הרי שדקדק בלשון הסמ"ע והש"ך שבין שהנתבע כפר ההלואה, ובין שהוא אמר פרעתי, יכול להשביעו שבועת היסט.

ג) ולענ"ד נראה שיש לדון בזה, ובתחלה יש להביא מ"ש מרן בס"צא. ה. וז"ל "יש לדון על פי פנקסו של אדם שרגיל לכתוב בו ענייניו להוציא מיתומים הקטנים היכא דיש רגלים לדבר שמה שכתוב בפנקס הוא אמת." ומקורו מתשובת הרא"ש וכן הוא בטור שם. אלא לכאורה נראה שזה סותר מ"ש מרן בס"קז. יב. בשם תשובת הרשב"א, וז"ל "ראובן שמת ונמצא בפנקסו כתוב בכתב ידו שהוא חייב לשמעון מנה, היורשים פטורים, דמלוה על פה אפילו בעדים אינו גובה מהיורשים אא"כ היה תוך זמנו." הרי נראה מזה שאין לסמוך על הפנקס להוציא ממון. ולכאורה נראה שיש לומר שאה"נ שיש סתירה בין הרא"ש והרשב"א מפני שכל אחד אזיל לפי שיטתו, שי"ל שהרא"ש סבר כרב האי גאון שיש לסמוך על הפנקס כמבואר בטור בס"ע. וכן דעת הראב"ד כמבואר בטור שם, אלא שהרשב"א סבר שאין לסמוך על פנקסו כמבואר בתשובתו ח"ב ס"פ. ונראה שזה תלוי במחלוקת בין הראב"ד והרב המגיד בהל" טוען ונטען פ"ד. הל"ה. בפירוש דעת ראב"י בשבועות מב. שלדעת הראב"ד אמר לי אבא הוא ברי לדעת ראב"י ולכן י"ל שה"ה בפנקסו שיש לסמוך עליו, ולדעת הרב המגיד אמר לי אבא הוא שמא, ולכן ממילא שאין לסמוך על פנקסו גם כן. עיין בדבריהם שקצרתי. ועיין מה שכבר כתבתי בזה בתשובה הקודמת. אלא אין זה מספיק שהרי מרן הביא שני דעות אלו, שבש"ע בס"צא. הוא הביא הרא"ש, ובס"קז. הוא הביא מ"ש הרשב"א כדביארתי לעיל, ולכן עדיין יש ליישב דעת מרן איך הוא הביא שני דעות אלו להלכה.

וראיתי בש"ך שם בס"קז. ס"ק יד. שהוא הקשה כן וכתב, "כתוב בסמ"ע ס"ק כז. ולא דומה למ"ש הטור והמחבר בס"צא. ה. דיש לדון על פי פנקסו של אדם, דשאני התם דיש רגלים לדבר עכ"ל סמ"ע. ואינו מדויקדק דהא מילתא דפשיטא דאף ע"ג דאיכא רגלים לדבר שהפנקס אמת, מ"מ איכא למיחש שמא פרע כי הכא, ולכן לא הועיל כלום בתירוץ, אלא הכא נמי בדאיכא רגלים לדבר, אבל חיישינן שמא פרע כמבואר בהדיא ברשב"א, ובס"צא.

ובס"ע. הוא אינו מקוקדק, דהוי ליה למימר שבס"צא. ודאי לא פרע ובס"ע. יש ספק שמא פרע, ולכן אין להשביע בס"ע. אלא כשהנתבע אמר לא היו דברים מעולם.

ה) וכל זה כתבתי לפי מ"ש הש"ך בס"ק. הנ"ל, אבל עדיין יש לברר מה שהוא כתב בס"צא. דהיינו, "לעיל ס"ע. כג. דיכול להשביע על פי פנקס אביו היינו אפילו אינו יודע שפנקס אביו מדוקדק הוא, מ"מ להוציא מהיתומים... ודאי צריך לרגלים ואומדנות מוכיחות". וכן ראיתי סברה זו בכנה"ג בס"צא. בהג' הטור אות ט. בשם המהרי"ט ח"מ ס"קכד. שכתב דבס"צא. מיירי הרא"ש בחנוני שדרכו להקיף ולקבל וכותב הכל בפנקס מה שהוא לוקח מה שהוא נותן ויש רגלים לדבר שכל מ"ש בו שלא יחטיא השערה וממנו ניקח שאילו החזיר היה כותב, אבל פנקס של כל אדם דלא הוי על עסקא שכתוב על פנקסו לויתי מפלוני מנה כנדון הרשב"א (מרן בס"ק). אפשר שפרע ולא חשש לכותבו, והכל לפי ראות הדיין וקרוב לזה כתב הב"ח ע"ש. הרי נראה שזה כמ"ש הסמ"ע בס"ק. שכתב לחלק בין יש רגלים לדבר או לא. ולפי זה אף בס"ע. י"ל שהפנקס אינו מדוקדק ולכן אין להוציא ממון משום מ"ש בו, וכמ"ש שחילק הש"ך הנ"ל בס"צא. ועיין עוד בזה בדבר משה ח"ב ח"מ ס"טז. וזה הראית הפעמוני זהב הנ"ל, דהיינו משמע "דבאומר הלזה פרעתי כולו או מקצתו איירי, דיש הכחשה בין חשבון הפנקס ובין טענת הלזה איירי", ולכן אף באומר פרעתי יש להשביע ודלא כהתורות אמת והויאמר יצחק. ולענ"ד אין זה ראייה, שהלא עדיין יש לחוש שאף אם הפנקס מדוקדק מאד מ"מ שמא הוא פרע ובעל הפנקס מת קודם שהוא יכל לכתוב את זה בפנקסו. אלא צ"ל כמ"ש הש"ך בס"ק כה. הנ"ל בשם המהר"י בן לב דהיינו "הרא"ש לא מיירי אלא באדם שכותב עסקיו מיד בפנקס שמונח לפניו, אבל אם הוא שוהא בינתים אפשר ששכח ולא כתב בפנקסו". ולכן רק באופן כזה שהוא כותב כל חשבונו מיד אין לחוש לשמא פרע והוא מת קודם שהוא יכול לכתוב את זה בפנקסו, ובזה יש לחלק בין אם הפנקס מדוקדק או לא ובין ס"צא. וס"ע. אבל אם הוא לא עושה כן אלא הוא שוהא בין קבלת הממון ובין הכתיבה, אז ודאי שיש לחוש לשמא פרע ושמא הוא לא כתב את זה בפנקסו. הרי נראה שבסתם אדם שאינו כותב מיד בכל פעם ודאי אין להשביע על פי פנקסו וכמ"ש התורות אמת. אמנם כשהנתבע אמר לא היו דברים מעולם, אז אין חילוק בזה ובכל אופן הוא יכול לישבע. כן נראה לענ"ד.

ד) ויש לדון במ"ש עוד הש"ך בס"ק. הנ"ל לחלק בין ס"ק. וס"צא. דהיינו, "או כמו שביאר הטור שם ס"ז". נראה שהוא כיון להמעשה בתשובת הרא"ש שם, וז"ל "ואחרי מות שמעון מצא פנקס מכתב ידו שהיה כתב בו זכרון המשכונות שלקחתי מהאלף זהובים של ראובן למחצית שכר, והמשכונות הנמצאין באותו פנקס היה כתוב בכל פתק ופתק שם ראובן, והחזיר לראובן מעותיו אע"פ שהניח שמעון בן קטן". הרי אף שכתב הש"ך בס"ק. שיש רגלים לדבר בדין של הרשב"א בס"ק. וגם בדין של הרא"ש בס"צא. מ"מ שאני הדין של ס"צא. משום מ"ש הטור הנ"ל, ולכאורה נראה שכוונת הש"ך בזה היא שהמעשה בס"צא. הוא דבר מיוחד כיון שהפנקס ברור כל כך שודאי ששמעון לקח ממון של ראובן, והוא מדוקדק כל כך ולכן אין לחוש לשמא פרע. אלא שזה אינו מובן שמה בכך שהוא ברור מ"ש בפנקס ששמעון לקח ממנו של ראובן, הלא עדיין יש לחוש לשמא פרע ושמעון לא כתב מיד בפנקסו שהוא פרע ואחר זמן מועט שמעון מת. אלא נראה ש"ל בזה כמ"ש הש"ך בס"צא. ס"ק כה. בשם מהר"י בן לב, וז"ל "הרא"ש לא מיירי אלא באדם שכותב עסקיו מיד בפנקס שמונח לפניו, אבל אם הוא שוהא בינתים אפשר ששכח ולא כתב בפנקסו". הרי נראה מזה שכה"ג איירי במעשה בתשובת הרא"ש בס"צא. ולכן אין לחוש לשמא פרע קודם שהוא כתב את זה בפנקסו. אמנם עדיין זה אינו מובן שהטור לא כתב פרט זה כלל, ואיך כתב הש"ך "כמו שביאר הטור" והטור לא הזכיר את זה כלל. ולכן עדיין יש לשאול מה הוא הדין המיוחד שראה הש"ך בדברי הטור שמוכח ששמעון לא פרע קודם מיתתו. אלא נראה שבנדון הרא"ש שמעון הלזה הזהובים לאחרים והמשכונות שהוא קיבל מהאחרים תחת הזהובים נמצאים בבית שמעון אחר מיתתו, ולכן צ"ל שעדיין לא קיבל שמעון הזהובים מהאחרים תחת המשכונות כיון שהמשכונות הם עדיין שם בבית שמעון. ולכן כיון ששמעון לא קיבל המעות מהאחרים קודם מיתתו פשוט הוא שהוא לא החזיר הממון לראובן. ולכן מצינו שהמשכונות הם סימנים ששמעון לא פרע קודם מיתתו, ולזה כיון הש"ך בס"ק. הנ"ל, כן נראה לענ"ד. ולפי זה י"ל שבשלמא במעשה בתשובת הרא"ש בס"צא. שיש להוציא ממון על פי הפנקס ואין לחוש לשמא פרע, אבל בס"ע. שאין הוכחה גמורה שלא פרע קודם מיתת האב, ויש לחוש שמא פרע ועדיין לא כתב האב שפרע קודם שמת האב, שפיר י"ל שיש לחוש לשמא פרע ואין להשביע הנתבע על זה כמ"ש התורות אמת. ונראה שלפי פירוש זה שנראה מ"ש הש"ך בס"ק. הנ"ל, אין מקום לחילוק הש"ך בס"צא. שכתב שבס"צא. הפנקס מדוקדק

פרעון בעיניו אנן סהדי דלא הדר תו ופרע ולואי שיפרע אדם מה שנראה לו שהוא חייב, הלכך אינו יכול לישבע שפרע הוא או אדם אחר אותו הממון בשבילו כיון שהודה על הפרעון האיך היה והוא היה סובר שהיה פרעון טוב ואינו פרעון דמעמד שלשתן אינו מועיל אא"כ היה הממון ביד מי שמעמיד אותו, כגון שאמר מנה שיש לי בידך תנהו לפלוני או מנה שאתה חייב לי תנהו לפלוני במעמד שלשתן בכה"ג קנה ונפטר החייב, אבל אם אמר ראובן לשמעון מנה שלוי חייב אני אפרענו לך בשבילו לא קנה ולא נפטר בכך... ע"ש. ולפי זה מובנים דברי מרן בש"ע, וכן פירש הסמ"ע בס"ק טו. וכתב, "אינו נאמן לומר שפרעו כו'. דכיון דהממחה סבור שפרעו בזה שהמחהו אצל המומחה, חזקה דלא פרעו שנית דהלואי שיפרע אדם פעם אחת מה שחייב כ"כ הרא"ש בתשובה, וכ"כ הטור בשמו בס" זה סע"כב. ע"ש. ומיירי דלא חזר בינתים המלוה על הממחה לומר לו המומחה לא נתחייב ליתן לי פרע לי את וקי"ל."

וראיתי בש"ך שם בס"ק כז. שהקשה על מרן וכתב, "ועוד נלפענ"ד דאה"נ אילו היה טען מתחלה פרעתיך אח"כ הכל היה נאמן אע"ג שהיה ידוע או שהיה מודה בפני בית דין, שהמחהו במעמד שלשתן יכול אח"כ לומר אע"פ כן פרעתיך בעצמי, וא"כ גם מה שאמר בפני גבית קצתו מיד נאמן במגו שהיה אומר פרעתיך, רק שאחר שאמר בפני בית דין העמדתך אצל לוי והיה סבור לזכות באותו טענה וא"כ מיד אנן סהדי דתו לא פרע אח"כ כיון דלא אמר כן בפירוש רק רצה לזכות בטענת העמדתך אצל לוי וסבור דהוי פרעון, וא"כ כיון ששוב אומר ראובן שלא נתרצה לגבות מלוי כו' ואח"כ חזר שמעון וטוען שפרע לו הוא או אחר, על זה אינו נאמן דכיון דמתחלה טען בפני בית דין שפרעו במה שהעמידו אצל לוי והוינן אנן סהדי דלא פרעו אח"כ אינו נאמן עתה לומר שפרעו אח"כ, דאינו יכול לחזור ולטעון כיון שכבר נתחייב בטענה ראשונה אע"פ שהב"ד עדיין לא חייבוהו, ומ"מ כיון שהיה חייב על פי הדין אינו יכול לחזור ולטעון וכדלעיל ס"פ. ואינו נאמן לומר שפרעו אח"כ במגו שהיה יכול לומר מתחלה פרעתיך, לפי שמגו למפרע לא אמרינן, אבל מה שאמר מיד בתחלת טענתו גבית ממנו קצת בפני הוא נאמן במגו, וכה"ג ממש כתבו התוס' בפ' חזקת הבתים דף ל. והגהות מיימוני ס"פ יד. מהל' טוען, והבאתי דבריהם לקמן ס"קמו. סע"ג. וסע"יד. ע"ש. וכ"כ עוד התוס' בפ' הכותב דף פה. בשם ר"י גבי ההיא איתתא דתפס' מלוגא דשטרי ע"ש. ודו"ק... ובהיות כן מ"ש המחבר (ונמשכו אחריו הע"ש והסמ"ע) אם המחהו במעמד שלשתן בענין דלא

שוב ראיתי בשו"ת שאלו לברוך שכעת יצא לאור, וראיתי בח"מ ס"ד. שהוא הביא כל הנ"ל, ואף דעתו כדעת התורה אמת והויאמר יצחק. אלא שראיתי בתוספת ברכה שם ס"ק ג. שכתב שיש להביא ראיה כנגד התורה אמת מדברי הש"ך בס"צא. הנ"ל כמ"ש הפעמוני זהב (כן צ"ל ונראה שיש טעות בלשון שם שכתב שמדברי הש"ך בס"צא. יש ראיה להתורות אמת). ולענ"ד נראה שאין ראיה מדברי הש"ך לחלוק על מ"ש התורות אמת כמו שביארתי.

מכל הנ"ל נראה שהעיקר בזה כמ"ש התורות אמת והויאמר יצחק והשאלו לברוך שאין להשביע הנתבע על הפנקס כשהנתבע אומר פרעתי, אם הוא אחר זמן הפרעון, ובעל הפנקס אינו כותב מיד כל חשבונו בפנקסו.

סימן קלא.

שאלה: האם יש ליישב דעת מרן ממ"ש הט"ז והש"ך עליו, לגבי המחזהו אצל חברו בענין דלא קנה אינו נאמן לומר שפרעו אחרי כן.

תשובה: (א) **כתב** מרן בס"קכו. ו. המחזהו אצל חברו בענין דלא קנה אינו נאמן לומר שפרעו אחרי כן. ומקורו בתשובת הרא"ש כלל סט. ס"ח. שכתב, "שאלה: ראובן שתבע משמעון מנה, והשיב מנה היה לך אצלי אך פרעתיך כי בפניך דברתי עם אמי שתתן לך בעדי זה הממון ונשארה לך חייבת בו במעמד שלשתן וגבית ממנה בפני מקצתו, והביא שמעון עדים על זה שאמרה אמו לראובן אני אתן לך זה הממון בעד בני ושאר לו אז שמעון מעתה אל תתבע ממנו כלום שהרי אמי חייבת לך, ושתק אז ראובן, וראובן אומר שלא נתרצה לגבות מאמו כלום, ושתק מפני שלא חשש לדבריו, ומה שגבה ממנה הוא ממנה שהייתה חייבת לו אבל מזה המנה לא גבה כלום, ושמעון אומר שרוצה לישבע שפרע לו זה המנה או הוא או אחר בעדו. תשובה: חייב שמעון לפרוע אותו הממון לראובן ואינו נאמן בשבועתו שפרעו או שפרע אדם אחר בעדו, שהרי הוא מודה שנתחייב לו מנה אלא שהוא אומר שנפטר ממנו מאותו מנה בשביל שהעמידו אצל אמו והיא נדרה במעמד שלשתן לפרוע לו אותו המנה בשבילו, ובזה הוא סובר להיות פטור כיון דבמעמד שלשתן נדרה לו וחשוב זה בעיניו כאילו פרע ונסתלק ממנו, וכן טוען בודאי חייב הייתי לך ופרעתיך כי בפניך דברתי עם אמי שתתן לך המנה ונשארת לך חייבת בו, אלמא שחייב זה לפרעון מה שאמו נדרה ליתן לו בשבילו, וכיון שחשוב זה

בתחלה "בפני לקחה ממך", אבל אם הוא אומר את זה רק אחר כך הוא אינו נאמן. ולדעת הש"ך כן י"ל בנד"ד. ולענ"ד אין הנדון דומה לראיה, וזה מפני שי"ל ששאני התם כיון שיש לו חזקה כיון שהשדה ברשותו ויש לצרף חזקה זו עם טענתו, וזה מ"ש מרן "שהרי יש לו טענה עם חזקתו", אבל בנד"ד אין חזקה שהממון של הממחה והוא אינו צריך לשלם, כיון שהוא טעה בדין וחזקתו היא שהוא צריך לשלם, ובזה אף אם הוא אומר כן בתחלת דיבורו לפני בית דין שהוא פרע מעצמו אחר כך י"ל שהוא אינו נאמן.

וגם לפי מ"ש הש"ך להביא ראיה ממ"ש התוספות בכתובות פה. שלא אמרין מיגו למפרע, נראה לענ"ד שאין מכאן ראיה כנגד מרן, שכתבו התוספות שם, בד"ה אית, "וראיה מסוף פרק זה בורר (דף לא). גבי היא איתתא דנפק שטרא מתותי ידה, ואמרה ידענא בהאי שטרא דפרוע הוא, ולא הימנה ר"נ משום דכיון דאתחזק בכי דינא, פי' שראינו השטר בידה אי בעיא קלתיה לא אמרין אע"פ שאם אמרה פרוע הוא קודם שראינו השטר בידה היתה נאמנת במיגו דאי בעיא קלתיה, השתא שראינוהו בידה אין נאמנת". ע"ש. ובשלמא שיש ללמוד מכאן שאין לומר מיגו למפרע כשראינו השטר בידה בבית דין, מ"מ נראה לענ"ד שאין ללמוד מהכא לנד"ד, דהיינו שיש להאמין הממחה אף אם הוא אומר בתחלת דיבורו לפני הבית דין שהוא פרע החוב מעצמו, שזה אינו שלגבי אשה זו הבית דין רואים השטר, אבל בנד"ד אין מה לראות, אלא הכל תלוי בדיבור ואם להאמין דברי הממחה או לא, וי"ל שכיון שהכל מודים ששלשתן היו במעמד שלשתן וסבר הממחה שהוא פרע חובו בזה, אז יש להאמין לזה ומסתמא אין לומר שהממחה פרע את חובו מעצמו לאחר כן כמ"ש הרא"ש, שהלא אין הכל מודים לזה ואין ראיה לממחה בזה אלא דיבורו בלבד, ואין כח בדיבורו כדי לבטל מה שאנו יודעים בודאי והוא שעדיין הממחה חייב לפרוע חובו כיון שאין קנין במעמד שלשתן זה.

ולכן נראה ששפיר הוא לומר שלדעת מרן אף אם הממחה אומר בתחלת דיבורו לפני הבית דין שהוא פרע חובו, עדיין הוא אינו נאמן.

ג) וראיתי בט"ז שם, שאף הוא הקשה על מרן, וז"ל "אינו נאמן לומר שפרעו. דברי המחבר בזה תמוהין ואין בידי ליישבם, דאמאי אינו נאמן לומר אתה גלית לי שפלוני המומחה לא רצה לשלם לך והאמנתי לך, דהא מן הדין א"צ לשלם כיון דזאת ההמחאה היא בענין דלא קנה ופרעתך משלי, ותו דזהו דברי הרא"ש בד"ר ס"יב. ולהרא"ש

קנה אינו נאמן לומר שפרעו אח"כ צ"ע, די"ל דנאמן לומר בפני בית דין דפרעו אח"כ היכא שאומר כן מיד בפני ב"ד. ע"ש כל דבריו.

ב) ולענ"ד נראה שמרן סבר כמ"ש הסמ"ע הנ"ל "ומיירי דלא חזר בינתים המלוה על הממחה לומר לו המומחה לא נתחייב ליתן לי פרע לי את". ולכן אם הממחה רק אמר בפני בית דין שהוא כבר פרע חובו מעצמו הוא אינו נאמן אף אם הוא אומר כן בתחלת דיבורו, ודלא כמ"ש הש"ך הנ"ל, שהלא החזקה היא שהממחה חייב לפרוע להמלוה כיון שהממחה טעה בדין מעמד שלשתן ואין בזה קנין כלל, ואין לדחות חזקה זו משום מה שאמר הממחה שאע"פ כן הוא חזר לפרוע חובו מעצמו ואין עדות לזה, שהרי כבר כתב הרא"ש הכלל בזה, דהיינו "וכיון שחשוב זה פרעון בעיניו אנן סהדי דלא הדר תו ופרע ולואי שיפרע אדם מה שנראה לו שהוא חייב". ואף אם אמר הממחה שהוא הרגיש בטעותו אחר כך ומשום זה הוא חזר לפרוע חובו, עדיין הוא אינו נאמן, כיון שאין שום הוכחה שהוא עשה כן. ורק אם המלוה מודה שהוא חזר בינתים על הממחה לומר לו המומחה לא נתחייב ליתן לי, אז שפיר י"ל שיכול הממחה לומר שהוא פרע מעצמו המלוה. ואל תשיבני שדין פשוט הוא שכשהלוה כופר הכל הוא יכול לישבע היסת, ואין להוציא ממון ממנו אף שאין ראיה למה שהוא כופר הכל ואנו סומכין על דיבורו בלבד, ולכן ה"ה בנד"ד יש לסמוך על דיבורו והוא יכול לישבע היסת שהוא כבר פרע הכל, שזה אינו ששאני לגבי לזה שכופר הכל כיון שאין אומדנא דמוכח שהוא לא פרע, אבל בנד"ד יש סברה גדולה וחזקה ברורה שהוא לא פרע, דהיינו שהכל מודים שהלוה טעה וסבר שהמומחה חייב לשלם, ולכן אין לדחות אומדנא זו משום ספק חלוש. ולכן אף אם הלוה אומר בתחלת דיבורו לפני בית דין שהוא כבר פרע, אין להאמין אותו.

ומ"ש הש"ך להביא ראיה לדבריו ממ"ש התוספות בב"ב ל. וההגהות מיימוני בהל" טוען, כן הוא במרן בס"קמו. יד. שכתב, "הביא זה המחזיק עדים שפלוני שמכר לו דר בה אפילו יום אחד או שאמר ליה בפני לקחה ממך ואח"כ מכרה לי, מעמידין אותה בידו, שהרי יש לו טענה עם חזקתו ואילו רצה טען ממך לקחתיה שהרי יש לו שני חזקה, ואם לאחר שטען קנייתיה מפלוני שאמר שקנאה ממך חזר וטען קנאה בפני אין שומעין לו, אבל אם מתחלה אמר מפלוני קנייתיה סתם, ושוב הוסיף ואמר שקנאה ממך בפני שומעין לו." הרי נראה מזה שאנו מאמינים המוחזק בכל מה שהוא אומר בתחלת טענתו, דהיינו אם הוא אומר

(ו) בדין עשיית גנות ופרדסים בירושלים, ודעת רש"י בזה. וכל הנ"ל הם הערות על הספר הנחמד **איכות הסביבה**.

תשובה:

לכבוד הרה"ג היקר יושב באהלה של תורה ר"צחק רודריג שליט"א.

שמחתי מאד לקבל הספר הנחמד והנעלה **איכות הסביבה**, די שדר לך מר ע"י הרב הריס שליט"א, השתעשעתי בו כמה ימים, ותיכף לנטילה ברכה, ומצאתיו מלא וגדוש דעת תורת ישראל על כל גדותיו. ויש בו מקורות רבים שמהם ניתן ללמוד על חובת האדם לימנע מגרימת נזקים סביבתיים.

ולחיבת הקודש אכתוב לך מספר דברים שנתעוררתי מדי עיוני בספר זה.

(א) **כתוב** בדף פ. להעיר על הרשב"א בב"ב כ: בד"ה חנות, שדייק שהלשון של "חנות שבחצר" במשנה הוא מורה שכבר "נעשה ברשות" ואעפ"כ יכולין הן לומר סבורין היינו לקבל ועכשיו אין אנו יכולין לקבל. ולפי זה הלא לשון הברייתא שם הוא "אחד מבני חצר שביקש לעשות רופא אומן וגרדי... בני חצר מעכבין עליו", הרי הלשון כאן מוכח שרק לכתחלה הם יכולים לעכב אבל אם כבר נעשה שוב הם אינם יכולים לעכב, ואם כבר החזיק במלאכתו אין מוחין בידו, וכן דקדק הרשב"א שם מהשינוי לשון בין המשנה לברייתא. ולא מבואר ברשב"א מה הבדל בין רופא אומן וגרדי לבין חנות שבחצר.

וכן בהערה שם העיר שכן י"ל בדברי הרב המגיד בהל" שכנים פ"ו הל"ב. שכתב כדיוק הרשב"א להסביר דעת הרמב"ם שאף אם כבר נעשה החנות יכולים בני החצר למחות ודלא כלשון הברייתא לגבי רופא אומן וגרדי דהוי רק לכתחלה. וזה קשה כיון שהרמב"ם פסק בשם הגאונים שם בפ"א. הל"ה. לגבי אומן שאף אם כבר נעשה ויש חזקה יכולים בני החצר למחות.

ולענ"ד נראה שאפשר לפרש שהברייתא איירי באופן שהאומן שאל בני החצר בפירוש, והם השיבו שהם לא נתנו לו רשות ולכן אף לכתחלה אין לעשות כן. וזה הפירוש של "שביקש לעשות", דהיינו שביקש מבני החצר, והם השיבו לו. אמנם אם הם השיבו בפירוש שיש לו רשות להיות אומן שם, אז אחר שהוא כבר נעשה אומן

אפילו בענין דקני מצי אמר פרעתין אחר שאמרת שהוא אינו רוצה לשלם לך, כי הדין נותן שתוכל לחזור עלי כמ"ש המחבר ס"ט. לסברא הב' שהוא דעת הרא"ש, ובסמ"ע ס"ק יג. מוקי להא דמיירי שלא הודיעו אחר זה שאין המומחה חייב לו כו', ותמהתי דאי לא תבע ודאי לא פרעו ומה נאמנות שייך בזה, ואי תבעו ממילא ידע שאין רוצה לקבל מן המומחה ואמאי לא נאמן לומר פרעתין כיון שידעתי האמת שאין המומחה מחויב לשלם לך וע"כ פרעתין מכסי, והמעין בדברי רבינו בשם הרא"ש ז"ל מקור דין זה לק"מ, דהתם מיירי שאמר פרעתין בענין אחר כיון שאמר מתחלה שפרעו ע"י מעמד שלשתן וה"ל כאומר לא לויתי דהו"ל כאומר לא פרעתין, אך דברי המחבר א"א לי להילמ', ואין לדחוק ולומר דה"ק אח"כ אינו נאמן לומר שפרעו כיון שהודה שפרעו ע"י המחאה, דזה אינו תלוי בנאמנות.

ולענ"ד נראה ששפיר הוא לפרש דברי מרן כמ"ש הסמ"ע שמרן איירי באופן שהמלוה לא הודיעו אחר זה שאין המומחה חייב לו, ואין להקשות כמ"ש הט"ז שא"כ מה נאמנות שייך בזה, שהלא י"ל שהממחה הרגיש מעצמו שהוא טעה בדין או שמא אחר אמר לו שהוא טעה בדין ומשום זה הוא אומר שאחר כך הוא פרע מעצמו, ובזה כתב מרן שהוא אינו נאמן לומר כך. וכן י"ל אף למ"ש הט"ז בסוף דבריו "ואין לדחוק ולומר דה"ק אח"כ אינו נאמן לומר שפרעו כיון שהודה שפרעו ע"י המחאה, דזה אינו תלוי בנאמנות", שכן הוא דברי מרן ועדיין שייך לומר שזה תלוי בנאמנות כיון ששמא הוא אומר שהוא עצמו הרגיש שהוא טעה בדין או שהוא שמע כך מאחר, והוא אומר שהוא חזר לפרוע חובו מעצמו, ובזה הוא אינו נאמן, ושפיר י"ל שזה תלוי בנאמנות. כן נראה לענ"ד.

סימן קלב.

שאלה: (א) האם בני החצר יכולים למחות בעשיית חנות בחצר, ומה הוא הדין לגבי רופא ואומן, ודעת הרמב"ם בזה.

(ב) האם יש למחות בשכנים משום קול ורעש ורובי הדרך, ודעת הרמב"ם בזה.

(ג) מה הוא הפירוש של רבוי דרך.

(ד) האם בני החצר יכולים למחות אם יש חנות בחצר וש קול הנכנסין ויוצאין, אם א"א לבעל החנות למכור חפציו בשוק.

(ה) בדין עשיית כבשן בעיר, ובירושלים.

הדרך דוקא ואין הטעם משום קול כלל, והמשנה רק "לישנא בעלמא נקט". ולכן אם סבר הרמב"ם כהירושלמי שיש טעם של רבוי הדרך, איך הוא סבר גם כן שיש טעם של קול כיון שזה כנגד פירוש הירושלמי. ולענ"ד נראה שהרמב"ם פירש דברי הירושלמי באופן אחר. כתוב בירושלמי שם, "תני, לשכינא יכול לחזור בו משקיבל עליו אינו יכול לחזור בו, רשב"ג אומר אף משקיבל עליו אינו יכול לחזור בו, דו יכיל מימר ליה אינון אזלין ואתיין להכא בעיין לך ולא משכחין לך ומרביין עלינו הדרך." ויש לפרש הכי, מה "שקיבל עליו" הוא הרעש ובוזה הוא אינו יכול לחזור בו, אלא שאמר רשב"ג אף שכן הוא עדיין הוא יכול לומר טעם נוסף מלבד הטעם של רעש, והוא הטעם של רבוי הדרך שהוא אינו מתכוין בו בתחלה שטעם זה הוא רק טפל ועיקר הטעם הוא משום הרעש, אלא הוא יכול לומר שכיון שהוא לא קיבל טעם זה בתחלה כיון שהוא רק טעם נוסף והוא אינו עיקר, מ"מ עכשיו הוא הרגיש בו והוא יכול למחות. ולת"ק הוא אינו יכול למחות משום טעם זה כיון שהוא אינו עיקר הטעם כלל בחצר. הרי מצינו שבין לת"ק ובין לרשב"ג יש טעם נוסף של רבוי הדרך מלבד הטעם העיקרי של רעש, אלא שהם חולקים האם יש למחות משום זה בחצר. הרי מצינו שאין הירושלמי בא לאפוקי הפירוש של רעש אלא רק לבאר שיש טעם נוסף על זה, ודלא כדפירשו הרמב"ן והרשב"א שסברו שלדעת הירושלמי יש רק טעם אחד של רבוי הדרך וכך היא כוונת המשנה.

ולפי זה הא דכתוב בירושלמי אחר כך "אתייה דרשב"ג כר"מ, דתנינן תמן ועל כולן אמר ר"מ אע"פ שהתנה עמה יכולה היא שתאמר סבורה הייתי שאני יכולה לקבל ועכשיו אני יכולה." אמורא זה פליג על הרישא וסבר לרשב"ג הוא יכול לחזור אף על מה שהוא קיבל, דהיינו הטעם של רעש. אלא שיש לדייק בלשון של רשב"ג שהוא לא אמר כהלשון של ר"מ בקיצור "שהוא יכול לומר סבור הייתי שאני יכול לקבל ועכשיו אני יכול", אלא הוא פירש באריכות כל הטעם דהיינו משום "האזליין ואתיין" "בעיין לך ולא משכחין" וכו', ונראה שכוונתו בזה הוא משום שהוא חידש טעם זה מלבד הטעם של רעש במשנה, ולכן שפיר הוא להאריך לבאר טעם נוסף זה. ולדעת המ"ד שרשב"ג סבר כר"מ קשה למה לו להאריך בלשונו ודי לו לומר "סבור הייתי שאני יכול לקבל ועכשיו אינו יכול". ולכן נראה שהרישא הוא העיקר, וכן תפס הרמב"ם.

ולפי זה י"ל לדעת הרמב"ם שבשלמא בחצר י"ל שאין הטעם של רבוי הדרך העיקר, והעיקר טעם למחות הוא

הם אינם יכולים לחזור ולמחות, ואין זה דומה לדין המשנה לגבי חנות שבחצר דהוי בסתם ולא נתנו בני החצר רשות בפירוש לפתוח החנות. וכן חילקה הגמרא בב"ב כג. בין סתם ובין בפירוש כמבואר בתוספות שם בד"ה אין, ודלא כר"ת. וכן כתב הרמב"ם הנ"ל, וכן הוא בתשובת הרשב"א בח"א ס"תתקיג. שחילק בין קבלו בפירוש או לא. ורק יש מחלוקת בזה אם בעינן קנין לנתינת רשות זו או לא, כמבואר ברב המגיד על הרמב"ם שם.

ולפי זה י"ל שמוכרח להיות הבריייתא בלשון לכתחלה, שאם כתב בלשון בדיעבד דהיינו "אומן בחצר", והוא איירי באופן שכבר יש לו רשות בפירוש, אז א"א לכתוב בזה ששוב בני החצר יכולים לעכב, כיון שאין הדין כן. ולכן כתוב בבריייתא רק הלשון של לכתחלה, דהיינו שאם יש נתינת רשות אז רק לכתחלה יש לעכב אבל אם בתחלה נתנו לו רשות ורק אחר כך כשכבר הוא אומן שם אז אין להם לעכב אם נתנו לו רשות בתחלה. ולכן אין זה דומה להדין של חנות בחצר שאף בדיעבד אם כבר יש שם חנות שפיר הוא לבני חצר למחות כיון שבתחלה הם לא נתנו לו רשות בפירוש. וכן י"ל בדעת הרמב"ם בפ"ו. הל"א. שכתב "אחד מבני מבוי שאינו מפולש שביקש להעשות רופא אומן או גרדי או מלמד תינוקות של עכו"ם, בני מבוי מעכבין עליו". הרי מסתמא שהוא ביקש מבני המבוי בפירוש, ורק אם הם מוחים בתחלה יש להם לעכב אבל אם הם מוחים רק אחר נתינת רשות בפירוש בתחלה, אז הם אינם יכולים לעכב. ובהל"ב. כתב הרמב"ם "חנות שבחצר יכולין השכנים למחות", הרי אין כאן הלשון של בקשת רשות כלל אלא הוא איירי רק בסתם, ודלא כהל"א. ולפי זה דברי הרב המגיד אתי שפיר ואף י"ל שכן סבר הרשב"א שאף באומן אם יש רשות בתחלה אז אין לעכב אחר כך, אבל בסתם הוא מודה להרמב"ם שיש למחות אף אחר שכבר נעשה. כן נראה לענ"ד.

בדף עא. הרגיש שלהרמב"ם מצינו שני טעמים למחות בשכנים, דהיינו משום הקול והרעש כמו שמצינו לגבי חנות, כמבואר בהל" ששכנים פ"ו. הל"ב. וגם מצינו הטעם של רבוי הדרך כמבואר שם בהל"א. לגבי האומן "שמרבה עליהם הנכנסין והיוצאין". וכן הוא בפ"ה שם הל"ח. ויש להוסיף על פירוש הספר שם, וי"ל שלכאורה יש להקשות על הרמב"ם איך הוא מזכה שטרא לבי תרי, שהלא הטעם של רבוי הדרך הוא בירושלמי בפ"ב דב"ב הל"ג. וכבר כתבו הרמב"ן והרשב"א ועוד בחידושיהם שם, שזה הוא פירוש לשון המשנה שכתבה "איני יכול לישן לא מקול הנכנסים ולא מקול היוצאים", דהיינו ריבוי

למכור בתוך השוק אז נראה שאף בביתו שרי לעשות חנות, וזה דומה לדין הפטיש והרחיים במשנה שם שמותר בחצר כיון שאין דרכם לעשות מלאכות אלו בשוק. וכן כתב החת"ס לגבי המוכרי יין בזמנו "דהדבר ידוע דלא מצי למוכרו בשוק" ע"ש. מ"מ כתב החת"ס שזה לדעת רוב הפוסקים דאפילו לכתחלה בלא החזיק אינם יכולים למחות לגבי פטיש ורחיים, לבר מהרמב"ם והסמ"ג. דהיינו שהרמב"ם סבר בהל"ש שכנים פ"ו הל"יב. שלכתחלה יש למחות אף לגבי פטיש ורחיים, ולכן בשלמא אם אמרינן שאם א"א למכור בשוק הוא דומה לעשיית מלאכתו בביתו בפטיש ורחיים, מ"מ אף בזה לדעת הרמב"ם בני החצר יכולים למחות כמבואר כל זה ברב המגיד שם.

ולענ"ד נראה שיש מקום לומר שאף להרמב"ם יש למכור היין מביתו בנדון החת"ס כשא"א למכור בשוק, והוא אף לכתחלה ואין בני החצר יכולים למחות אף בתחלה. וקודם כל נראה שאף הרמב"ם סבר כהרלב"ח שהוא כתב בהל"יב. לגבי מכירה בחנות בחצר כלשון המשנה, "אלא עושה מלאכתו בחנותו ומוכר בשוק", הרי נראה שרק אם יכול למכור בשוק י"ל כן אבל אם א"א אין למחות. וכבר כתוב בספר בדף סח. בהערה צח. שכך נראה מלשון הרמב"ם הנ"ל, וכדעת הרלב"ח, וגם זה דעת המאירי ע"ש. אלא יש לדון מצד אחר, דהיינו שידוע שקול הפטיש והרחיים הוא יותר גדול מקול הנכנסים והיוצאים, וכן מבואר בריטב"א בב"ב כ: ד"ה חנות, וכן כתב הרב המגיד על הרמב"ם שם שקול הפטיש "יותר מונע השינה מקול הנכנסים והיוצאים" ע"ש. ולפי זה י"ל שבשלמא לגבי מלאכות אלו י"ל שאף שדרכם לעשותם דוקא בבית מ"מ כיון שהקול גדול יש לבני החצר למחות בתחלה, אבל לגבי מכירה בחנות שמותר אם א"א בשוק מי יאמר שלכתחלה בני החצר יכולים למחות, שהלא בזה הקול הוא נמוך כנגד הקול של פטיש, וכיון שלא מצינו דבר זה מפורש שבני החצר יכולים למחות אף בזה, שפיר יש לומר שאין לעכב פרנסת המוכר שזה גורם לעניות ודאגה, שבשלמא שיש למחות בתחלה לגבי קול הפטיש אבל למכור מביתו כשא"א בשוק ואין בזה קול גדול ודאי יש מקום לומר שאין למחות בו כלל אף לכתחלה שהוא קיל טפי מהקול של פטיש. ולכן נראה לענ"ד שאפשר לפרש שאף לדעת הרמב"ם מותר למכור היין מהבית ואין אחרים יכולים למחות בזה.

ויש להוסיף על זה נקודה אחת, דהיינו שבזמן הזה יש כמה אנשים שמוכרים חפצים בביתם כיון שצריך לשלם הרבה כסף בקניית או בשכירות חנות בשוק וזה גורם בטול

משום הרעש, אבל במבוי י"ל כיון שיש הרבה אנשים שם והוא יותר מבחצר, ודאי י"ל שיש לחוש לרבוי הדרך, וכן י"ל לגבי "לא יפתחנה בחצר השותפין" בב"ב ס. וכן מצינו בגמרא שם הטעם של "מרבה עליהם את הדרך". ולכן שפיר כתב הרמב"ם טעם זה לגבי מבוי, ושפיר הוא מה שהוא השמיט טעם זה לגבי החנות שבחצר ואין סתירה לדבריו מן הירושלמי. ומבואר עוד בזה בספר שם בדף עב.

ג יש להעיר על מ"ש בספר בדף סו. הפירוש של "רבוי הדרך", דהיינו "שיסתובבו הרבה אנשים בחצר, והדבר יקשה על ההליכה בחצר ויגרום לדיירי החצר להארכת הדרך". ולענ"ד אין פירוש זה של "אריכת הדרך" ברור. הרי כתוב בב"ב ס. "מפני מרבה עליהם את הדרך". ופירש"י "שרוב בני אדם יוצאין ונכנסין עכשיו בחצר יותר מבתחלה וליכא צניעות כדמעיקרא". הרי החשש של רבוי הדרך הוא מפני צניעות, דהיינו שהכל רואים אותו, וזה בכלל היזק ראייה. וכן הוא במשנה שם בדף נט: שדן לגבי היזק ראייה כמבואר ברש"י שם, ודין זה של "מרבה עליהם את הדרך" הוא בכלל זה. וכן נראה מהרמב"ם בפ"ה דהל"ש שכנים הל"ז. שכתב, "שהרי בני ר"ה עוברים ושיבים וזה יושב בחנותו כל היום ומביט בפתח חבירו". ומיד אחר כך בהל"ח. הוא כתב "לא יעשה לה פתח לתוך החצר לפי שמרבה עליהן את הדרך נעשה כמי שהיה לזה שכן אחד ונעשו לו שכנים הרבה". הרי אף כאן החשש הוי משום "מביט בפתח חבירו" כבהל"ז. וזה החשש של מרבה עליהם את הדרך. ולפי זה כך יש לפרש הירושלמי לגבי החנות שבחצר בב"ב פ"ב הל"ג. "רשב"ג אומר אף משקיבל עליו יכול לחזור בו דו יכיל למימר ליה אינון אזלין ואתיין להכא, בעיין לך ולא משכחין לך ומרבין עלינו הדרך". דהיינו משום היזק ראייה וצניעות. ולפי זה כך יש לפרש דברי הרבמ"ן והרשב"א על משנה זו שהם אצלו כהירושלמי, דהיינו הטעם של היזק ראייה. ולכן מ"ש הרשב"א מפני "שאינו יכול לעמוד ולישן מפני הרגל הרבים שמרבים עליו הדרך", דהיינו שיש לו בושה בזה כיון שאין צניעות, וכדברי רש"י בב"ב ס. הנ"ל. ולכן אין הטעם משום "אריכת הדרך", אלא משום צניעות והיזק ראייה.

ד בדף סח. הובא תשובת החתם סופר בחו"מ ס"צב. והוא האריך לקלס דברי הרלב"ח לגבי המשנה בב"ב כ: "חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר לו אינו יכול לישן מקול הנכנסין ומקול היוצאין, אבל עושה כלים ומוכר בתוך השוק". ודייק הרלב"ח שהטעם שהוא יכול למחות הוא רק מפני שיש תקון למכור בתוך השוק, הרי אם אינו יכול

כל הארץ הר ציון, משא"כ בשאר עירות. אלא אף בירושלים אם אין בעשן כדי להשחיר הכותלים אז אין איסור, ולכן אפיה בכל בית מותר. ועוד יש לבאר בזה, והוא דמצינו בברכות כח. שכתוב, "אמר ר"ג הואיל והכי הוה איזיל ואפייסיה לרבי יהושע, כי מטא לביתיה חזנהו לאשיתא דביתיה דמשחרן, א"ל מכותלי ביתך ניכר שפחמי אתה". ופירש"י "עושה פחמים וי"א נפח". וכתב הערוך, "פי' ר"ח ז"ל עשה מעשה מחט שמלאכתן בפחמין". וכן הוא בירושלמי שם. הרי מצינו שהכבשונות או תנורים שמשתמשים בפחמים הם גורמים לשחירות הבית והחומות, ונראה שלכבשונות כאלו כיוונו החכמים בתקנתם לגבי ירושלים, אבל בסתם תנור לאפיה מותר כיון שאין דרך בזה להשחיר הבית, שאם תאמר כן איך ידע ר"ג שר"י היה פחמי, אלא צ"ל שדוקא תנור או כבשן פחמי גורם לשחירות, ולכן תנור לאפיה מותר אף בירושלים. וכן נראה מרש"י בב"ק שם שפירש, "ואין עושין בה כבשונות. משרפות סיד לקדרות". הרי סתם תנור לתקן האוכל מותר. ולכן מצינו שבירושלים כבשן שהוא גורם לשחירות הוא איסור מוחלט, אבל בשאר עירות הוא רק תלוי ברצון של בני החצר.

ועוד יש לבאר והוא החילוק בין תנור או כבשן בעיר שבזה תלוי בשאר בני החצר אם הם מוחים או לא, בין הכבשונות מחוץ להעיר שנראה שהוא איסור כללי שאינו תלוי במחילה וקנין. והקשה בספר בהערה בדף לר. "הרי אם יש חיוב להרחיק מהעיר חמשים אמה, כל שכן שאסור לעשות את זה בתוך העיר, ואין זה תלוי ביחסי שכנים כפרטים." ונראה בתחלה שאיסור של כבשונות מחוץ לעיר בתוך חמשים אמה הוא דוקא לאומן שלא מצינו איסור גם לתנור, הרי שרק ככבשן שהוא מלאכת אומן ועשוי לתקן כלים כדי למוכרם לרבים יש איסור, משא"כ בתנור שהוא בדרך כלל רק ליחיד. והטעם מבואר שבכבשן שהוא עשוי לתקן הרבה דברים בבת אחת, ודאי יש רבוי עשן, משא"כ בתנור. ועוד בדרך כלל התנור לתקן אוכל ואין בו חום ועשן כל כך מפני שזה גורם לשריפת האוכל, משא"כ בכבשן שהוא לתקן כלים בחום גדול, ודאי יש בו הרבה עשן. וכן הוא בתוספות בב"ב כג. בד"ה בקוטרא, שכתבו "דדוקא בקוטרא דכבשן שהוא גדול ומזיק ביותר". וכן הוא בתשובת הרשב"א ח"ב ס"מה. שכתב, "בעשן תדיר וגדול כעשן הכבשן, אבל כעשן בעלי בתים לא". הרי שיש חילוק גדול בין כבשן ובין תנור. ולכן נראה מזה שהאיסור כללי מחוץ להעיר הוא דוקא לגבי כבשן ולא בתנורים וכדומה שיש מהם רק עשן מועט. ועוד י"ל בזה שבשלמא אם יש תנור או כבשן

לפרנסתם וחסרון ממונם, ולכן ודאי י"ל שזה כמו "אי אפשר למכור בשוק" ומותר להם למכור בביתם ואין אחרים יכולים למחות.

ה) בדף לב. הביא מ"ש הטור ומרן בחו"מ ס"קנה. כג. "מרחיקין את הנבלות ואת הקברות ואת הבורסקי ואת הכבשונות מהעיר חמשים אמה." הרי דין זה נוהג בכל עיר, אלא מצינו בב"ק פב: רק לגבי ירושלים "ואין עושין בה כבשונות", והטעם הוא "משום קוטרא", ופירש"י "עשן שמשחיר את החומה וגנאי הוא." ובדף לר. בספר בהערה שם כתוב על דברי הטור וש"ע, "וכן יקשה על פסקם שיש חיוב להרחיק את הכבשן מהעיר חמשים אמה, א"כ מה משמעות האיסור לעשות כבשן בירושלים". ועוד מצינו דין שלישי בס"קנה. לה. והוא בכל עיר, והוא לגבי עשן בין מכבשן בין מתנור, "הרי זה חוזר וכופהו להרחיק". הרי בלי כפיה אין איסור, ועוד מועילים מחילה וקנין בזה כמבואר בש"ע שם, ולכן מצינו שיש עשן מכבשן שהוא מותר בכל עיר, והוא קשה שאם אין לעשות כבשן מחוץ לעיר ק"ו שאין לעשות כבשן בתוך העיר. ובסוף הערה הנ"ל כתוב בספר "אלא עדיין לא ברור לנו על איזה כבשן נאמר שאין עושים אותו בירושלים, כלומר שהוא מותר בערים אחרות, ולא מסתבר שבירושלים יאסר לעשות מאפיה כאשר אין היא מזיקה לשכן. ושמא הכונה לאיזה שהיא דרגה בינונית בין תעשייה קלה כאפיה שמותרת גם בירושלים, לבין מפעל גדול האסור לעשות בתוך העיר ובסמיכות לעיר בכל ערי הארץ."

ולענ"ד כך הם החילוקים. כתב הש"ע בס"קנה. לז. "עשן שאמר דוקא בעשן תדיר כגון כבשונות של נחתומין ושל יוצרים וכיוצא בהם, אבל תנור שהיחיד אופה בו פת וכן כירה כיון דלא שהי קוטרא רובא דיומא לאו תדיר הוא ואי חזי ושתק מחל ושוב אינו יכול למחות.... דוקא דמזיק לאינשי אבל אי לא מזיק לאינשי אף ע"ג דמטי לביתיה ומשחיר לאישתיה אם ראה ושתק מחל ושוב אינו יכול למחות, אבל לכתחלה מצי מעכב." והסיפא הוא מהרמ"ה כמבואר בטור. הרי מצינו שיש עשן שמשחיר לכותלים ואין בו נזק לאדם, ויש עשן שיש נזק לאדם. ונראה שבירושלים מה שתקנו חכמים שאין עושין בה כבשונות הוא דוקא אם זה גורם לעשן "דמשחיר לאישתיה". ולזה כיון רש"י בב"ק פב: הנ"ל שכתב "עשן שמשחיר החומה וגנאי הוא". וכן הוא ברדב"ז ח"ב ס"תרלג. שכתב "מפני העשן שלא ישחירו כותלי הבית והחומות". הרי אין כאן נזק לאדם אלא הוא רק גנאי ונראה מכוער, ולגבי עיר ירושלים הקפידו חכמים על זה כיון שהיא "יפה נוף משוש

רק לגבי כבשן שגורם לשחירות כותלי הבית או החומות, כגון בפחמי, וכמלאכת רבי יהושע הנ"ל וכדומה.

(ו) בדף לה. הובא מ"ש בב"ק פב: לגבי ירושלים "שאינ עושין בה גנות ופרדסות", והוא משום "סירחא". ופירש"י "עשבים רעים הגדילים שם וזורקין לחוץ, ועוד דרך גנות לזבלן ויש סרחון." ושם בספר בהערה מח. כתוב "לכאורה זה סותר את מה שכתב רש"י בכתובות קי: ד"ה ישיבת." וכתוב שם בגמרא "א"ר יוסי בר חנינא מניין שישבת כרכים קשה, ויברכו העם לכל האנשים המתנדבים לשבת בירושלים." ופירש"י "ישיבת כרכין קשה. שהכל מתיישבין שם ודוחקין ומקריבים הבתים זו לזו ואין שם אויר, אבל בעיר יש גנות ופרדסים סמוכים לבתים ואוירן יפה." הרי הפסוק הנ"ל מנחמיה איירי לגבי ירושלים, וכתב רש"י שהוא יפה אם יהיו בה גנות ופרדסים.

ונראה שיש לחלק שרש"י בכתובות איירי לגבי שהוא טוב אם יש מקום פנוי בעיר שאז יהיה רוח והיא נושבת וזה גורם לאויר טוב, ולכן אין זה תלוי בריח טוב מהפרחים ופירות בגנות ופרדסים, אלא בפינוי מקום שבה יש רשות לרוח לנקות האויר, ויש לומר על זה "כמה ככרין דנרד למרי דיכ"י" (ב"מ פו.). וכן מצינו בריא"ז בב"ב פ"ג. הל"טו. ב. לגבי זיזין וגזטראות ברשות הרבים, שכתב "ולי נראה שאם היה מאפיל ברשות הרבים, או שהיה מעכב האויר הטוב, אפילו למעלה מגמל ורוכבו אין מוציאן." הרי דבעינן פנוי מקום כדי שיהיה אויר טוב. ולכן מצד זה הוא טוב אם יש גנות ופרדסים בירושלים שהפנוי מקום שאין בו בתים גורם לאויר טוב.

אמנם בב"ק הנ"ל ההקפדה היא על דבר אחר, דהיינו שבשלמא שיש פנוי מקום לאויר, מ"מ כיון שהגנות והפרדסים עצמן גורם לרוח רע עדיין יש לאסור מטעם זה. ולכן בכתובות איירי מצד הפנוי מקום לרוח טובה ובב"ק הוא איירי לגבי הריח רע מן הגנות עצמן. ויש להוסיף על זה לומר שנראה שזו חומרא שמצינו רק בירושלים שרוב פעמים יש ריח טוב מהגנות והפרדסים, אלא כיון שבמיעוט זמן יש ריח רע, עדיין אסרו חכמים משום זה, ורש"י והגמרא בב"ק חשו לדבר שבא רק לזמן מועט, ורש"י בכתובות איירי ברוב פעמים. ויש לפרש את זה, שמצינו בזבל שדרכם היו לעשות אשפות, דהיינו להוציא הזבל ולכונסו במקום אחד בשדה או בגן ולעשות אשפה גדולה, ואח"כ מפזרין אותו בשדה כדי לזבלה, וזה מבואר בשביעית פ"ג. מש"א. ע"ש. ועוד י"ל שטבע הצואה בדרך כלל שכשהיא יבשה אין לה ריח כמבואר בברכות כה. ובא"ח ס"פב. ועיין עוד

בתוך החצר אז הנזק הוא יותר חמור באותה חצר משאר העיר ולכן סמכין על בני החצר למחות או למחול והוא תלוי ברצונם כיון שהנזק יותר גדול אצלם ואם הם אינם מקפידים, אז בדרך כלל ק"ו הוא שאין שאר אנשי העיר מקפידים כיון שהנזק קיל טפי אצלם, אבל בכבשן מחוץ להעיר הוא יכול לגרום נזק לכל בני העיר והוא דבר השהה לכל נפש והוא תלוי ברוח ומאיזו דרך היא באה ויכול להיות שהעשן יכול להגיע לכל חלק מן העיר ע"י הרוח, ולכן בהא המחילה תלויה בכל אנשי העיר, והיא מסורה לאנשי טובי העיר והם אינם יכולים למחול בעד נזק כזה בעד כל אנשי העיר, שבשלמא שהם יכולים לתקן דברים בעד העיר וגם יש להם לאזיל אחר הרצון של רוב העיר כנגד המיעוט בדברים אחרים, אבל הכא שיש נזק לגוף (ולא רק לכותלי הבית) אין בהם הכח להתיר נזק לשום אדם יחידי אף ששאר בני אדם אינם מקפידים. וכן הוא בספר בדף לה. בהערה שכתב לדעת הרשב"א, "ודאי שלא תועיל מחילת בני העיר על נזק הנגרם מעשן הכבשנות." וכעין זה מצינו לגבי חולה שאף ששאר בני אדם אינם מקפידים אלא הוא, לא אמרינן כזה בטול דעתיה אצל כל שאר בני אדם, אלא אדרבה הוא יכול למחות, וכן מבואר בריב"ש בס"קצו. וכן הוא ברמ"א בס"קנה. טו. וס"קנו. ב. ולכן כיון שהוא דבר רחוק לומר שאף אחד בעיר אינו מקפיד ועוד בדרך כלל יש בכל עיר חולה או אסטניס, ולכן תקנו חז"ל בדרך כללי שאין לעשות כבשן מחוץ לעיר, אבל בתוך העיר הוא קיל טפי כיון שהוא תלוי בכל חצר וחצר וכולם יכולים למחול או למחות כרצונם, והטעם הוא שאם בני החצר אינם מקפידים הוא דבר רחוק ולא שכיח לומר ששאר חצרות יקפידו שהלא הנזק לגבם הוא יותר חלוש והוא קיל טפי כנגד הנזק בחצר עצמה שיש בה הכבשן. ולכן כזה סמכין על בני החצר למחות והם יכולים לדון כזה כפי דעתם, משא"כ באנשי טובי העיר שאין בהם הכח למחול בעד כל בני העיר. ואם הכבשן מחוץ לעיר, אז אין מקום פרטי בתוך העיר שיש לומר בו שיש לסמוך עליהם לדון כזה כיון שהנזק הוא יותר חזק כנגדם, שבה הכל תלוי ברוח ומאיזה דרך היא באה, משא"כ בכבשן בתוך החצר, שודאי הנזק יותר גדול אצל אותה חצר. ולכן שפיר מצינו שהדין של כבשן מחוץ לעיר הוא יותר חמור מהדין של כבשן בתוך העיר. כן נראה לענ"ד.

ולכן ילפינן מכל זה שבחוץ לעיר בתוך חמשים אמה רק כבשן אסור, והוא איסור כללי ואינו תלוי במחילה שאין כח באנשי טובי העיר למחול על זה בעד כל העיר, אבל בתוך העיר הוא תלוי בכל חצר וחצר והם יכולים למחול או למחות כרצונם. אמנם בירושלים יש תקנה כללית והוא

סימן קלג.

שאלה: האם ראובן יכול למחות כששמעון שכנו רוצה להרחיב גגו לביתו, והגג יהיה יותר גדול מהגג שהיה בתחלה. וראובן טוען שבזה יהיו עוד מי גשמים ניגרים לתוך חצירו. ושמעון השיב שהוא רוצה לתקן צינור לקבל המי גשמים שלא יגרו המים לתוך חצרו של ראובן. וראובן טוען שאין זה כלום ששמו יתקלקל הצנור, והוא אינו רוצה להיות עם שמעון בכל יום ויום בדינא ודיינא.

תשובה: (א) כתב מרן בס"קנג. ו. "הרוצה להוציא צנור על חצר חבירו כדי שיקלח שם המים או שעשה מזחילה על כותלו כדי שיהיו המים נזחלים ויורדים לחצר חבירו, בעל החצר מעכב עליו, ואם לא מיחה בו החזיק זה בצנור" ע"ש. הרי נראה מזה שכל טעם שהוא יכול לעכב תיקון הצנור הוא מפני שע"י צנור זה המים יורדים לחצר חבירו, אבל אם הוא כנד"ד שהצנור מקבץ המים והם לא יורדים לתוך חצרו של ראובן, אז אין חשש בזה, ושפיר הוא אם שמעון רוצה לתקן צנור זה לגגו.

אלא שמצינו שכתב מרן בס"קנד. טז. "אבל הרשב"א כתב שראובן הבא לפתוח חלון על חצר שמעון במקום שאינו מזיקו עכשיו בהיזק ראייה, ושמעון טוען שהוא יבנה בשלו היום או למחר ויזיקנו בראייה, שהדין עם שמעון לעכב על ידו דלא בעי למיקם בהדיה למחר בדינא ודיינא כשיבא לבנות" ע"ש. נראה מזה שאף שאין שום היזק עכשיו, מ"מ כיון שיכול לבא ההיזק לאחר זמן, שפיר הוא למחות מטעם דלא בעי למיקם בהדיה למחר בדינא ודיינא. ולכן אף בנד"ד י"ל הכי, שיכול ראובן לומר שיכול להיות שיתקלקל הצנור, והוא לא בעי למיקם בהדיה למחר בדינא ודיינא.

אלא שיש להשיב על זה, שכתב מרן בס"קנה. לב. "מי שהיה לו אילן בתוך שדהו קרוב לבור חבירו, אין בעל הבור יכול לעכב עליו ולומר לו הרי שרשי האילן נכנסים לבור שלי ומפסידין אותי, שזה נזק הבא מאליו לאחר זמן, ובעת שנטע אינו מזיקו, וכשם שזה חופר בתוך שלו כך זה נוטע בתוך שלו." הרי אף בנד"ד י"ל הכי, שהקלקול בצנור הוא דבר הבא מאליו לאחר זמן, ואין ראובן יכול לטעון שמו יבא הצנור לידי קלקול. ואין לדמות הצנור למה שמצינו בגפת בסע"ד שם שכתב מרן "מרחיקין את הגפת ואת הזבל ואת המלח ואת הסיד ואת הסלעים וחול הלח מכותלו של חבירו שלש טפחים". וזה קשה להביין שאף בזה הנזק בא לאחר זמן, והוא ההבל מהגפת וכדומה.

בס"עט. ד. ולכן י"ל שרק כשהזבל באשפה יש ריח רע שעדיין יש לחלוחית לזבל באמצע האשפה, אבל כשהוא מפוזר על השדה אחר זמן מועט נעשה יבש בחום היום ושוב אין ריח כלל. ועוד י"ל שאף באשפה יש ריח רע רק כשעדיין יש לחלוחית אבל כשהזבל באשפה יבש אין ריח, שמצינו בירושלמי בשביעית שם שכתוב לגבי אשפה של זבל, "מהו שיהא מותר לעשות אשפה על פתח חצירו, סילני שאל לר" חייא בר בא ואמר ליה רבי אמר שרא ליה" ע"ש. הרי שאין שום הקפדה מצד הריח, ונראה שזה משום שהזבל באשפה כולו יבש. ולכן יש לדון לגבי ירושלים, שהרי מצינו שבכלל העשרה דברים יש תקנה שלא יהיה בירושלים אשפה כמבואר בב"ק שם. ולכן מוכרח לומר שהם מפזרים הזבל בגנות מיד ואין שם אשפה כלל, ולכן נראה שאחר זמן מועט כמו יום או יומים שוב אין שם ריח רע כלל, ולכן י"ל שהריח רע הוי רק לזמן מועט בכל גן בכל ימי השנה. וכן י"ל לגבי העשבים רעים, שאחר זמן מועט הם יבשים ואין בהם ריח רע, ואף בזה אין אשפה משום התקנה. ויש לדמות זה לבית הכסא שאינו מגולה שאין הריח רע דבר תדיר, והוא מותר כמבואר בב"י בחו"מ ס"קנה. אות נה. ע"ש. וכן הוא בש"ע שם סע"לה. שאם הוא אינו מוחה בתחלה שוב אין לו למחות, וכן הוא בנד"ד שהריח הוא רק לזמן קצר. ולכן לפי זה י"ל שרוב פעמים יש אוריר טוב מהגנות ופרדסים, ורק ליום או יומים מעת לעת יש ריח רע בעת שהם מפזרים הזבל והוא לח, ומ"מ עדיין הקפידו חכמים על זה בירושלים ולזה כיון רש"י בב"ק, אבל בשאר הזמן ודאי שיש אוריר טוב וזה כוונת רש"י בכתובות. ואת"ל שהלא הוא יותר טוב שיהיה ריח רע רק לזמן קצר וגם יהיה אוריר טוב בכל שאר הזמן, משיהיה אוריר שאינו טוב כל השנה אף שאין שם ריח רע כלל, בזה י"ל שהחכמים סברו להיפך שיותר טוב שיהיה אוריר שהוא אינו טוב כל כך כל השנה בלי ריח רע בשום זמן, משיהיה אוריר שהוא יותר טוב שיש בו ריח רע בקצת זמן. ונראה שהטעם לזה הוא מפני העולים לרגל שהם בירושלים רק לזמן מועט בשנה, שהרי אף בקצת שאר דברים שם בב"ק יש בהן החשש משום עולי לרגל, ואם באותו זמן יש ריח רע מהגנות, אז כשהם יוצאים מירושלים וחוזרים לביתם, הם חושבים בטעות שיש ריח רע בירושלים כל ימי השנה והוא דבר גנאי לירושלים, ולכן תקנו חכמים שיותר טוב שלא יהיה שם אוריר טוב כל כך כל השנה משיהיה לעז על ירושלים. כך נראה לענ"ד לתרץ בעד רש"י.

ואסיים בברכת הודאה ובשים שלום טובה וברכה, מאת אני הצעיר על לבך כחותם שימני מחבר הספר **ארחותיך למדני**.

נגרים לתוך של חבריו, מ"מ טענה דלא ניה"ל טענה אלימתא היא ולפיכך נקט הרב כנה"ג צינור של עץ א"כ יכול לבא עליו בטענה שמא יתקלקל או תחליפנו מגדול לקטן ולא ניה"ל שיצטרך לעמוד עמך בכל שעה בדינא ובדיינא עכ"ל. דון מינה ואוקי באתרין כי יכול שמעון לעכב על ראובן גם בעשית הצינור ואפילו שיהיה של עץ, ואין לומר שיעשה ראובן הצינור של אבר שהוא הנקרא פלומו או של ברזל או כעין ברזל הנקרא טיניקיי, עכ"ז יש לחוש לקלקול שמתעקם ונופל או אפילו שלא יהיה חששת קלקול הרי יש חששא שמא תחליפנו מגדול לקטן וכמ"ש מו"הר מהר"ש הלוי" ע"ש. הרי נראה מזה שזה טענה חזקה לומר שיש לחוש לקלקול, ודלא כדביארתי לעיל.

אמנם יש להשיב על זה, שנראה שמהר"מ הלוי איירי רק כשהצנור הוא ממש בתוך רשות שכנו, אבל אם הצנור ברשות בעליו והצנור מציל שפיכת המים מהגג לתוך חצרו של חבריו, אז שפיר לומר ששכנו אינו יכול לטעון ששמא יתקלקל הצנור כדחוכחתי לעיל כן נראה לענ"ד.

(ג) **וכעת** יצא לאור שו"ת שאלו לברוך חלק ח"מ, וראיתי שם בס"נ. שהוא כתב, "והגם שמצינו להרב כרם חמר ח"א ס"מה. שכתב משם רבני צפרו ז"ל והסכים גם הוא עמהם, שאם עכשיו אינו מזיקו לא חיישינן לימים הבאים, ובפרט אם יתן לו כתב יד על זה ע"ש. מכל מקום שאני נידון דידיהו מנידון דידן, דהתם עשה תקון להזיקו ועל ידי כן אין ההיזק ניכר עכשיו כלל, ורק מפני חששת ימים הבאים הספיק להם הכתב יד דאולי לא יצטרכו לו כלל, ולחשש שמא יצרכו לו מהני מה שיעשה לו כתב יד. ולא כן בנידון דידן דההיזק ניכר עכשיו ולא נעשה לו שום תיקון כלל, שהרי הפתח הוא עצמו ההיזק ועיקר התיקון שרוצים לעשות הוא הכתב יד, ולכן ודאי לא מהני לבדו." הרי שזה כמו שכתבתי לעיל, דהיינו שכשהוא עושה תיקון להיזק וע"י זה אין ההיזק ניכר, אז לא חיישינן לימים הבאים. ולכן אף בנד"ד יש תיקון שהוא הצנור, וגם ההיזק שהוא נפילת המים לתוך חצרו של שכנו אינו ניכר, ולכן אין לחוש לשמא יתקלקל בימים הבאים.

ולכן נראה שמותר לשמעון להרחיב גגו ולתקן צנור כדי לקבל המי גשמים.

ולכן כתב הסמ"ע בס"ק עג. לגבי הדין של בור ושרשי האילן, "ול"ד לגפת והדומה לו שאסור לסמוך למיצר חבריו כשיש שם דבר הניזק לכ"ע... דשאני התם דלאחר שיעשה חבריו הכותל בצדו יבא לו הנזק מהגפת זה עצמו שסמך הוא, והרי הוא דומה כאלו הזיקו בידים כיון שהוא ניזק מהדבר עצמו אשר הניח שם, משא"כ בבור שמהאילן זה שנוטע אינו ניזק הבור אלא מהשרשים המסתעפים ממנו ואותם שרשים באים לאחר זמן ממילא והוא לא עשה ההיזק בידים." ע"ש. ולפי זה אף בנד"ד עדיין י"ל שקלקול הצנור דומה לנזק הבא לאחר זמן כמו השרשים, ואין לדמות זה לדין של גפת. וזה מפני שאף שהצנור הוא כבר שם וכמו הגפת כבר שם, מ"מ הקלקול בצנור אינו שם כלל, והוא דבר שבא לאחר זמן כמו השרשים שבאו לאחר זמן ואינם שם בשעת נטיעה, ואף הקלקול אינו שם בשעה שהוא מתקן הצנור בגג.

אלא לפי זה יש להקשות מזה על דין הרשב"א הנ"ל לגבי היזק ראייה, שאף התם הוא אינו בונה כלום בשעת עשיית החלון בבית הסמוך לו, ורק לאחר זמן הוא בונה כנגד החלון, ועדיין אמרינן שהוא יכול למחות. אלא נראה שהחילוק מבואר, שלגבי החלון ההיזק שהוא החלון כבר שם, אף שהוא אינו יכול להזיק באותה שעה כיון שאין דבר כנגדו לראות בו, אבל לגבי השרשים והבור ההיזק שהוא השרשים אינו שם כלל. ולפי זה אף בנד"ד יש לדמות הצנור להשרשים, וי"ל שהקלקול אינו שם כלל בתחלה כששמעון מתקן הצנור, ולכן אין לומר בזה שהוא יכול לטעון "דלא בעי למיקם בהדיה למחר בדינא ודיינא", שטענה זו שייך רק לגבי החלון שהחלון שהוא ההיזק הוא שם בתחלה.

(ב) **שוב** ראיתי שכבר דן בזה בחקקי לב חו"מ ס"לח. לגבי מי שרוצה להרחיב הגג ולתקן צנור לקבל המים, ושכנו השיב כי אינו רוצה אפילו בזה יען כי לפעמים יתקלקל הצנור ואינו רוצה להיות עמו בכל יום ויום בדינא ודיינא. והשיב החקקי לב שהדין עם השכן, "כמ"ש ה"ה מהר"ש הלוי בל' לב שלמה חח"מ ס"סב. ד"פ ע"ב, שכתב וז"ל והנה מלבד דלשון הריטב"א אינו סובל שיש מים נגרים כלל אלא בשביל שלא ילקה הכותל, מלבד דוחק הלשון הדבר קשה שיוכל להוציא כגף וצנור לתוך של חבריו שלא מדעתו אפילו שאין המים נגרים כלל בתוך של חבריו, יוכל לבא עליו בטענה שלפעמים יתקלקל הצינור ובפרט שהוא של עץ דנוח להתרסק דבשל אבנים פשיטא שיש לו חזקה דמאחר שאינו יכול לבנות תחתיו דלא ניהא ליה דליתרע אשיתאי כנז"ל אע"פ ששם מיירי כשהמים

סימן קלד.

שאלה: האם אמרינן גוד או אגוד לגבי בית הכנסת.

תשובה: (א) **נשאלתי** לגבי שני אחים שבנו בית הכנסת ואחר זמן מה נפל ריב ביניהם, ואחד אמר לאחיו גוד או אגוד, כדי לבטל שיתופם לגבי אותו בית הכנסת, האם יש לקיים דבריו או לא.

נראה שכיון שלגבי בית הכנסת אין בו דין חלוקה כמבואר בנדרים מו: אז שפיר אמרינן ששייך לגבי בית הכנסת הדין של גוד או אגוד. אלא ראיתי שכתב הרשב"ש בס"פא. וז"ל, "בפני עמדו לדין ראובן ושמעון, ותבעו ראובן משמעון גוד או איגוד בחצר המשותפת ביניהם, ודנתי ביניהם שכיון שראובן שכר חלקו של שמעון אינו יכול לכופו בטענה גוד או איגוד שעיקר דינו של גוד או איגוד הוא משום היזק ראייה ובחצר שאין בה דין חלוקה, ובחצר הנזכר שכר חלקו של שמעון הנזכר, בטלה טענת היזק ראייה תוך זמן השכירות, אך אחר עבור זמן השכירות יש להם טענת גוד או איגוד." הרי מבואר שכשאין שם היזק ראייה לא אמרינן גוד או אגוד.

וכן ראיתי בחוט המשולש בטור השני ס"ט. שכתב לגבי שני שותפים בחצר, שאם "שמעון משכן לו חצי החצר ויצא מן החצר חוצה, לית דינא ולית דיינא שלא יכול לכופו בטענת גוד או איגוד, שמאחר ששמעון אינו שוכן עמו בחצר ואינו מזיקו, אין לו טענה הנזכר, שכל עיקר טענה זו אינה אלא משום היזק ראייה, וכשלא ישוו השותפים בדיעותיהם ותפול קטטה ביניהם, אז כל אחד יכול לכופו את חבירו בטענה זו, אבל אם משכן לו חלקו ויצא חוצה בטלו טענה זו, וכן פסק רבינו הרשב"ש." ע"ש. ולפי זה י"ל שאף בבית הכנסת שלא שייך לומר שם היזק ראייה, אין אמרינן בזה גוד או אגוד.

וכן ראיתי לר" רפאל בירדוגו זצ"ל בספרו משפטים ישרים ח"ב ס"ריח. שכתב, "נשאלתי בבתי כנסיות שלנו אם יש בהם דינא דגוד או אגוד. תשובה: ידוע הוא פסק מהריב"ץ ז"ל דאין בהם גוד או אגוד דהשררה אינה נמכרת, וא"כ אפילו יטול אחד ישאר האחר שומר ומשמש ויטול חלקו בגדר. והנה הרב ז"ל אזיל לשיטתיה דגם בבית הכנסת של יחיד יש דין השררה, ואנחנו פוסקים תמיד דלא כהרב ז"ל מטעם א"ז ז"ל והרב בס" חוט המשולש דאין דין שררה אלא בבית הכנסת של רבים. ומ"מ נראה לי דאין בהם דין גוד או אגוד, אחר שאין עשויים לדירה רק להנאה דוקא

אין בהם דין גוד או אגוד מטעם הרשב"ש ז"ל בתשובה ס"פא. דמקום שהוא שכור ביד השותף לית ביה דינא דגוד או אגוד, דטעם גוד או אגוד משום היזק ראייה, ובית הכנסת אין בו היזק ראייה. הרי מבואר שעל פי הרשב"ש הנ"ל, וכן לפי החוט המשולש, לא אמרינן גוד או אגוד לגבי בית הכנסת.

(ב) **אלא** שיש לדון בשיטת הרשב"ש, שהרי כתב הרמב"ם בפ"א בהל" שכנים בהל"א, "אחד הקונה מחבירו חצי שדה, או שנים שקנו מאחד שדה או שירשו... וביקש אחד מן השותפין לחלק וליטול חלקו לבדו, אם יש באותה קרקע דין חלוקה כופה את שאר השותפין וחולקים עמו, ואם אין בה דין חלוקה אין אחד מהן יכול לכופו את חבירו לחלוק..." ומיד אחר כך בהל"ב. הוא כתב, "אחד מן השותפין שאמר לחבירו במקום שאין בו דין חלוקה, או בדבר שא"א שיחלקו כגון שפחה או כלי, מכור לי חלקך בכך וכך, או קנה ממני כשער הזה, הדין עמו וכופין את הנתבע למכור לחבירו או לקנות ממנו" ע"ש. הרי מבואר שהדין של גוד או אגוד שייך אף בשדה, שכך מיירי הרמב"ם בהל"א. וכן נראה מהטור בס"קעא. ע"ש. והלא בשדה לא שייך לומר היזק ראייה וכמ"ש הסמ"ע בס"קעא. ס"ק ד. ע"ש. וכן לא שייך לומר היזק ראייה לגבי שפחה או כלי, ולכן איך כתבו הרשב"ש והחוט המשולש דלא אמרינן גוד או אגוד אלא במקום ששייך היזק ראייה.

ולפי זה נראה שלא אמרו הרשב"ש והחוט המשולש סברתם אלא במקום שבדרך כלל שייך לומר לגבהו היזק ראייה, אלא מאיזה טעם שיהיה לא שייך היזק ראייה באותו נדון. לכן שייך לומר היזק ראייה לגבי חצר, אבל אם יש טעם שלא שייך היזק ראייה באותה חצר כגון שאחד שכר החלק של אחר והוא אינו דר שם, אז בזה לא אמרינן גוד או אגוד, אבל לגבי שדה או כלי שלא שייך בהם היזק ראייה כלל, אז ודאי אמרינן בהם גוד או אגוד. ולפי זה י"ל גוד או אגוד אף לגבי בית הכנסת, שהלא לא שייך היזק ראייה כלל בבית הכנסת, ולכן בית הכנסת דומה לשדה או שפחה או כלי, ששייך לומר בהם גוד או אגוד.

וכן נראה מתשובת הרשב"א בח"א ס"תתקנו. לגבי שנים שלקחו מקום ישיבה בבית הכנסת שאין דין חלוקה לזמנים ידועים כלל. וכן פסק הרמ"א בס"קעא. יד. שכתב, "לענין גוד או אגוד אין חילוק בין בית או מקום בית הכנסת או שאר דברים שיוכל לומר על כולו ביחד גוד או אגוד." ע"ש. הרי שאף שאין שם היזק ראייה עדיין אמרינן גוד או אגוד.

דודאי כותיה נקטינן. ועיין עוד בזה בחוט משולש ח"ג. ס"טז.

ולכן כיון שדעת מרן היא שאף במקח י"ל גוד ואגוד וכדעת הרמב"ם שוב אין לומר קים לי כדעת ר"י הלוי ודע, שאנו קי"ל דלא אמרינן קים לי כנגד דעת מרן כנודע. ולכן ממילא שאנו לא סברי כדעת הרשד"ם הנ"ל בזה שכתב "דיכולים הישנים לומר ק"ל כהני רבוותא דאמרי שאין אתם יכולים לכפות אותנו לגוד או איגוד".

(ד) עוד ראיתי ברשד"ם הנ"ל טעם אחר דלא אמרינן גוד או אגוד, וז"ל "שאפילו החולקים ואומרים דאית דינא דגוד או איגוד בכל בין בירשו בין בקנו, מ"מ בנדון כזה יודו דלא אמרינן הכי דכיון דשנינו בגיטין בפ"ה הנזקין מערבין בבית הישן כו' ומטעם אותה משנה כתב מהרי"ק ז"ל בתשובה ס"ק"ג. שאין לשנות מקום בית הכנסת ממקומו ואפילו יש טעם לרוצים לשנות, א"כ איך יאמרו החדשים לישנים גוד או איגוד שהרי יאמרו אין אתם יכולים לומר לא לנו ולכם לשנות מקום מקדש אבותינו. ע"ש. והמקור לסברה זו הוא בגיטין נט. שכתוב במשנה שם, "מערבין בבית ישן מפני דרכי שלום". וכתוב בגמרא בדף ס: "מאי טעמא אילימא משום כבוד והא ההוא שיפורא דהוה מעיקרא בי רב יהודה ולבסוף בי רבה ולבסוף בי רב יוסף ולבסוף בי אבבי ולבסוף בי רבא, אלא משום חשדא". עיין בפירוש רש"י שם. הרי נראה מזה שאף אם יש טעם לשנות העירוב לבית אחר כדמצינו לגבי שופר שיש טעם ליתן השופר בבית אחר כשימות הראש ישיבה, מ"מ עדיין אין לעשות כן משום חשדא, שמא הנכנסין לאותו בית רואין שאין שם עוד עירוב, ויאמרו שבני החצר מטלטלין בלא עירוב. ועוד ילפינן מזה, שאף אם אין חשדא ויש רק הטעם של כבוד, מ"מ אין לשנות מבית לבית אלא אם יש טעם לזה וכדמצינו לגבי שופר שאין לשנות אלא כשימות הראש ישיבה, וכן פירש המהרי"ק הנ"ל, ומשום זה כתב שאין לשנות בית הכנסת מבית לבית בלי טעם. ועוד כתב המהרי"ק שיש בזה משום חשדא, וז"ל "נראה לע"ד דאין בידם לשנותם דהכא נמי איכא טעמא דחשיב כמו חשדא דקאמרינן התם, שהרי הכל יודעים שנוח לו לאדם בהיות בית הכנסת סמוך לביתו ודאומר כבא מציעא קז. ואפילו לרבי יוחנן דאומר התם דשכר פסיעות יש מ"מ שיוכל זה לומר לא הן ולא שכרן. ועוד דגם הכא איכא קצת משום חשדא לפיר' ר"ת (בגיטין שם) שפי' פן יחדוהו שהיה גונב הפת, דהכא נמי איכא למיחש פן יאמרו מפני שבני ביתו אינם מהוגנים נמנעו לילך לשם."

(ג) אלא שראיתי ברשד"ם י"ד ס"קפב. שהוא סבר דלא אמרינן גוד או אגוד לגבי בית הכנסת, והוא סומך כל כחו על אלו הראשונים שסברו דלא אמרינן גוד או אגוד אלא בירושה או מקבלי מתנה, אבל לא בשותפין שנשתתפו לדעת בדבר שאין בו חלוקה, וז"ל "נמצא דרבים הם דסברי דכשנשתתפו יחד בדירה אחת, לא אמרינן ביה דינא דגוד או אגוד אלא מדעת שניהם יחד, והם הר"י הלוי והרא"ה והראב"ד וה"ר יונה והרא"ש ובנו... מ"מ פשיטא ופשיטא דיכולים הישנים לומר ק"ל כהני רבוותא דאמרי שאין אתם יכולים לכפות אותנו לגוד או איגוד, וזה דבר ברור מאד. ע"ש. ולענ"ד יש להשיב על טעם זה, שידוע הוא שלדעת הרמב"ם בפ"א בהל" שכתב ודע' אמרינן גוד או אגוד אף בשותפין שנשתתפו לדעת בדבר שאין בו חלוקה, ומרן הביא מחלוקת זו בב"י בס"קעא. אות לג. בד"ה לשון א"א, ע"ש. אלא בש"ע הוא לא הביא דעת ר"י הלוי ודע', לכן משמע שהוא לא סבר כמותם, וכן כתב הערוך השולחן שם באות יד. וז"ל "יש אומרים דאף כשקנו ביחד אין אומרים גוד או איגוד דאין אומרים זה רק בירושה או במתנה ולא במקח, וזהו דעת הר"י בטור והנמק"י בשם הרא"ה וכן משמע דעת הראב"ד שם דהא ע"מ כן לקחו, ומ"מ לא קי"ל כן, ורבותינו בעלי הש"ע לא הביאו כלל דיעה זו. ע"ש. ועוד י"ל שיש ללמוד דין זה מק"ו, שלדעת הרמב"ם אנו אמרינן גוד או אגוד אף בשכירות כמבואר בהל" שכתב פ"א הל"ג. וכן פסק מרן בס"קעא. ט. שכתב, "אחד השוכר מחבירו מקצת שדה או חצר שאין בה דין חלוקה, או שנים ששכרו מקום אחד בשותפות, כל אחד מהם יכול לכופ את חבירו ולומר לו או שכור ממני חלקי או השכר לי חלקך" ע"ש. ולכן ק"ו שאף במקח וממכר י"ל כן. וכן יש לדייק ק"ו זה מדברי הראב"ד בהל"ג שם שכתב, "וגם זה הדין נפשו אותה ויעש ממנו לשכירות שעל מנת כן שכרו, וקרוב אני לומר אף במקח כן ולא אמרו גוד או איגוד אלא בירושה ומתנה". הרי מ"ש "אף במקח כן", נראה שק"ו הוא שאם לא אמרינן גוד ואגוד במקח, ק"ו לא אמרינן גוד ואגוד בשכירות. לכן נראה שי"ל להיפך לדעת מרן שאם אנו אמרינן גוד ואגוד בשכירות ק"ו שאנו אמרינן גוד ואגוד במקח. וכן כתב החוט המשולש הנ"ל שהעיקר בזה כדעת הרמב"ם, וז"ל "וא"כ מאחר שהרמב"ם ז"ל כתב בפשיטות שיוכל כל אחד לכופ את חבירו בטענת גוד או איגוד, והרשב"א ז"ל שהוא גדול האחרונים העמיד דבריו, והטור ז"ל שדרכו להביא סברות החולקים וראינו שכתב סברת הרמב"ם ז"ל ולא כתב סברת שום חולק אחר, נראה פשוט דס"ל כותיה, ומה גם שמודעת זאת בכל גלילות המערב דנהגו לפסוק הלכה בדיני ממונות כהרב ז"ל

הכנסת כשהבית הכנסת רחוק ממנו ואינו סמוך לביתו, וזה ממ"ש מרן בא"ח ס"ז. ח. "אסור לעבור חוץ לבית הכנסת בצד שהפתח פתוח בו בשעה שהציבור מתפללים מפני שנראה ככופר כיון שאינו נכנס להתפלל, ואם נושא משאוי או שלבוש תפילין או שיש בית הכנסת אחר בעיר או שיש לבית הכנסת זה פתח אחר מותר." הרי שאם יש בית הכנסת אחר בעיר אין חשד, ואין לחוש שהוא לא רוצה ללכת למקום רחוק לבית הכנסת אחר להתפלל שם כיון "שנוח לו לאדם בהיות בית הכנסת סמוך לביתו". הרי שאין זה בכלל חשד. ולכן נראה מכל טעמים הנ"ל שאין לחוש לזה בנד"ד ושפיר י"ל בנד"ד גוד או אגוד.

אלא שראיתי באשל אברהם בגליון הש"ע בא"ח ס"קנ"ג. יט. באות ב. שהוא הביא מ"ש בתשובת מגן גבורים וכתב, "וכן העלה שם דאין דין גוד או אגוד לבית הכנסת." מ"מ ראיתי בתשובת חתם סופר חו"מ ס"יב שנראה שדעתו ששפיר י"ל גוד או אגוד לגבי בית הכנסת. ושוב ראיתי להרב יצחק ריח בהל" גוד או אגוד באות ג. סע"ו. שהוא הביא דעת הרשד"ם והאשל אברהם הנ"ל שאין לומר גוד או אגוד בבית הכנסת, ושכן דעת הרב דעת קדושים, אלא הוא הוסיף שם מהרב זכות אבות דבגוף ולא בשררה אנו אמרינן גוד או אגוד לגבי בית הכנסת, וכן כתבו חכמי מקנס, ושכן דנים בכל יום, ושכן פסק הרב מהרא"ה ז"ל, ושכן פסק הרב יעב"ץ ז"ל ע"ש.

ולכן נראה בנד"ד ששפיר הוא לומר גוד או אגוד לגבי בית הכנסת.

סימן קלה.

שאלה: האם מי שהגביה חפץ בחנות על מנת לקנות יכול לחזור בו קודם נתינת המעות לבעל החנות.

תשובה: (א) כתב מרן בס"ר. יא. "הנוטל כלי מבית האומן על מנת לבקרו, אם היו דמיו קצובים ונאנס בידו חייב, הואיל ודמיו קצובים מעת שהגביה נעשה ברשותו ואין המוכר יכול לחזור בו, והוא שיגביהנו כדי לקנות את כולו...". ופירש הסמ"ע שם בס"ק כט. "לקנות בו. פי' מגביה אותו לקנותו בסך דמים כדי קצבתו אם ייטב בעיניו, ומ"ה אין המוכר יכול לחזור בו, והלוקח יכול לחזור בו ולומר להמוכר הגבתיהו לקנותו כשייטב בעיני ולא טוב הוא בעיני, ומ"מ חייב הוא באונסין...". הרי מבואר שאף שהלוקח הגביהו, מ"מ אין זה קנין והוא יכול

ונראה שכוונתו בתחלת דבריו שהוא כתב דחשיב כמו חשדא, הטעם הוא שכיון שנוח לו לאדם להיות בית הכנסת סמוך לביתו, אם עכשיו הוא רחוק מביתו יש לחוש שמא הוא אינו רוצה עוד לילך לבית הכנסת משום הטירחא. ולכן מכל זה כתב הרשד"ם שאין לומר גוד או אגוד לגבי בית הכנסת כיון שמא יאמרו "אין אתם יכולים לומר לא לנו ולכם לשנות מקום מקדש אבותינו."

ולענ"ד יש לדון בזה, ובתחלה י"ל שכל הנ"ל הוא רק כשהם רוצים לשנות מבית זה לבית אחר, ובסוף מצינו שאין בית הכנסת בבית הראשון, אבל בנד"ד עדיין יהיה בית הכנסת באותו בית כבתחלה ולכן אין בזה חשדא הנ"ל וגם אין חשש של פגם בכבוד אותו בית כיון שהוא עדיין בית הכנסת. ובנד"ד אין מחלוקת בין האנשים שמתפללים שם והם לא רוצים להתפלל במקום אחר, רק האח אומר גוד או אגוד משום הקטטה בין האחים, אבל אין שינוי בבית הכנסת עצמו ולא במתפללים שם. וגם י"ל שאין נדון הרשד"ם דומה לנדון המהרי"ק, שבנדון המהרי"ק הם רוצים לשנות אותו בית הכנסת מבית זה לבית אחר, אבל בנדון הרשד"ם עדיין יהיה מנין שמתפללים באותו בית הכנסת, אלא קצת מהקהילה רוצים להתפלל בבית הכנסת אחר, ולכן מצינו שבסוף יש שני בתי כנסיות ולא אחד כבראשונה, ובכל אופן אם אומרים גוד או אגוד עדיין יהיה שם אותו בית הכנסת ומתפללים שם כבתחלה. ובזה י"ל שאין חסרון בכבוד וגם אין חשדא הנ"ל שנזכר במהרי"ק שעדיין יש בית הכנסת באותו בית ולא שייך לומר שעכשיו הבית הכנסת רחוק כיון שהוא עדיין שם וגם אין מקום לומר שלא מתפללים באותו בית הכנסת כיון שהם אינם הוגנים, שהרי עדיין מתפללים שם.

(ה) **ועוד** יש להעיר על דברי המהרי"ק עצמו, שהלא יש כלל גדול בדינו שאין לחדש גזרות מדעתינו, ובכלל זה גזרות משום חשד או מראית עין, וכמ"ש הפר"ח בי"ד ס"פז. שאין לנו לחדש גזרות חדשות במראית העין, וכן הוא בגליון מהרש"א בי"ד ס"רצח. וכן הוא ברב פעלים בח"א בהשמטות בראש הספר ע"ש. וכן הוא בבן איש חי שנה שניה פר' ויחי אות א. ע"ש. וכן כתב האגרות משה אבה"ע ח"ב ס"יב. לגבי חשד "דאנן אין מחדשין איסור מה שלא אסרו בתחלה בגמרא והגאונים." וא"כ בשלמא שמצינו לגבי עירוב שיש חשד הנ"ל, אבל אין ללמוד ממנו לשאר מקומות כגון לגבי בית הכנסת שיש חשד. כן נראה לענ"ד. ועוד י"ל בזה והוא שנראה שיש להביא ראיה שאין לחוש לחשד שמא הוא אינו הולך להתפלל בבית

מיהו הלוקח יכול לחזור ולהחזירו לו כל זמן שהוא בעין, אלא שמדת חסידות הוא שלא לחזור בו כיון שגמר בלבו ליקחנו. ופירש הב"ח שם שהטעם שהלוקח יכול לחזור בו הוא מפני שהוא לקח אותו על תנאי שרק אם הוא ייטב בעיניו הוא רוצה לקנות ע"ש. ולכן נראה מכל זה שהלוקח יכול לחזור בו, ודלא כהתורה לשמה.

(ב) **אלא** י"ל שנדון התורה לשמה שאני, שכתב שם בשאלה לגבי הלוקח, "וכונתו לקנותו", וגם כתב "כי בדעתו היה לקנותו וליתן הדמים". הרי נראה מזה שהלוקח אינו נוטל החפץ לבקרו אם ייטב בעיניו או לא, אלא כוונתו בשעה שהגביהו לקנות אותו מיד בלי תנאי, ולכן בזה שפיר כתב התורה לשמה שהוא אינו יכול לחזור בו.

ויש ללמוד דין זה ממ"ש הרמב"ם בהל"מ מכירה פ"ד ד. הל"יב. שכתב "היה דבר המוכר דמיו קצובין וידועין והגביהו קנהו, אע"פ שפסק אחר שהגביהו" ע"ש. (וכן הוא במרן בס"ר. ז.) הרי שיש קנין משעת הגביהה וכמ"ש התורה לשמה, ולכאורה זה סותר דין הנוטל כלי לבקרו הנ"ל, שגם זה ברמב"ם שם בהל"יב.

אלא נראה שאין כאן סתירה כלל, אלא שיש שני דינים נפרדים כאן. אחד הוא אם הוא כיון בשעת הגביהה לקנות הכלי באותו זמן, והשני אם הוא כיון רק לבקר הכלי לראות אם הוא רוצה לקנות אותו או לא, שבזה אין כוונתו לקנות בשעת הגביהה. ולכן ממ"ש בגמרא בב"ב שם לגבי הנוטל כלי מבית האומן לבקרו, וגם לגבי ההוא גברא דעל לבי טבחא אגבה אטמא דבשרא, הוא בענין שהלוקח אינו קונה בשעת הגביהה, שאף לגבי הבשר אף שדמיו קצובים, מ"מ הוא הגביהו רק לראות אם הוא יפה או לא, וכן הוא ברשב"ם שם שכתב, "הגביה ירך לקנותה ולראות אם שמנה היא או כחושה". הרי שהוא אינו רוצה לקנות באותה שעה אלא לבקר הבשר אם טוב הוא או לא. ולכן באלו הוא יכול לחזור בו. ודין זה בהל"יב. ברמב"ם שם.

אמנם בהל"יב. הרמב"ם איירי שהלוקח הגביה החפץ לקנות אותו באותה שעה והוא אינו מתכוין לבקר אם טוב הוא או לא, והוא למד זה מ"הוא גברא דאיתא קארי לפום נהרא", והתם אם קייצי דמייהו הם ברשות הלוקח מיד משעת הגביהה. ולפי זה יש לדון במ"ש הרב המגיד בהל"יב. "פשוט הוא ויצא לו מעובדא דהנהו קארי דאיכצי דמייהו ה"ז קנה, ומהא דנוטל כלי מן האומן וכ"כ הרב ׳ן מיגש ז"ל" ע"ש. וי"ל שבשלמא שיש להביא ראיה לדין זה

לחזור בו אם הוא אינו רוצה לקנות החפץ. ולכן ממ"ש מרן "נעשה ברשותו", פירושו שהוא חייב באונסין אבל אין זה קנין. וכן יש לדייק ממ"ש "ואין המוכר יכול לחזור בו", הרי משמע שעדיין הלוקח יכול לחזור כיון שעדיין הוא אינו שלו.

אלא שראיתי בתורה לשמה בס"ש שמשט. שנשאל בזה וכתב, "איתא בגמרא דבתרא פח. גופא, אמר שמואל הנוטל כלי מן האומן לבקרו ונאנס בידו חייב, וה"מ הוא דקייצי דמיה. ההוא גברא דעל לבי טבחא אגבה אטמא דבשרא דהדי דקא אגבהה אתא פרשא מרמא מיניה, אתא לקמיה דרב יימר חייביה לשלומי דמיה, וה"מ דקייצי דמיה. ההוא גברא דאיתא קארי לפום נהרא, אתו כ"ע שקול קרא, א"ל הרי הן מוקדשין לשמים, אתו לקמיה דרב כהנא א"ל אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, וה"מ הוא דקייצי דמייהו אבל לא קייצי דמייהו ברשות מרייהו קיימי ושפיר אקדיש ע"ש. ופירש רשב"ם ז"ל דהכא לא אדעתא למגזל שקלנהו אלא לקנותן, וכיון דלא קייצי דמייהו לא סמכא דעתייהו דשמא ירצה למכרו ביותר ודעתו להחזירן ולהכי ברשות מרייהו קיימי ע"ש ודין זה פסוק להלכה בהרמב"ם ז"ל ובש"ע ע"ש. וא"כ השתא הכא בנדון השאלה אם זה הכוס קייץ דמיה ה"ז קנהו מעת שהגביהו, דהגביהה קונה בכל מקום ונעשה שלו, וה"ז מתחייב בדמיו וגם אינו יכול לחזור בו, כי הוא הגביהו לקנותו ונעשה שלו. ע"ש. הרי לדעתו יש קנין משעת הגביהה, ודלא כדפירשתי לעיל.

אלא נראה מהרשב"ם שם שאין בזה קנין משעת הגביהה, שכתוב בגמרא שם, "אטו משום דגמר בלבו לקנות קנה ונתחייב במעשר". ופירש הרשב"ם, "בתימה אמאי הא אפילו אי קייצי דמייהו יכול להחזירן וליהדרינהו וליפטור". הרי שאף שגמר בלבו לקנות מ"מ אין כאן קנין והוא יכול לחזור בו עד נתינת הדמים.

וכן נראה מהרמב"ם בהל"מ מכירה פ"ד הל"יב. וממ"ש הרב המגיד שם לפרש דבריו וז"ל של ה"ה, "ומ"מ אפילו כשהחפץ חביב על הלוקח, אם בא לחזור לוקח חוזר כיון דלא פסק דמים לא העמידהו חכמים ברשותו אלא לענין אונסין, אבל לענין חזרה ודאי יכול לחזור בו, וכ"כ הרב אבן מיגש ז"ל דלוקח יכול לחזור בו ולא מוכר, וזה פשוט."

וכן נראה מהטור בס"ר. שכתב, "הנוטל כלי מבית האומן לבקרו, ואם ייטב בעיניו יקחנו, ונאנס בידו חייב אם דמיו קצובין, דמשעה שלקחו חשוב כשלו כיון שדמיו קצובין, ואפילו אם ירצה המוכר לחזור בו אין שומעין לו, אבל

אחרת מקנה. וכ"כ הרשב"א בגיטין כ. לגבי זקן שהלוה לכל בני הכפר.

וכן יש להוכיח מב"מ י. שכתוב שם במשנה, "ראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה, זה שהחזיק בה זכה בה." וכתוב על זה בגמרא שם, "כיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דנקני, בארבע אמות לא ניחא ליה דנקני... רב ששת אמר כי תקינו רבנן (ארבע אמות) בסמתא דלא דחקי רבים, ברשות הרבים דקא דחקי רבים לא תקינו" ע"ש. הרי מבואר שלרב ששת לא אמרינן ד' אמות קונות לו ברה"ר, אלא בסמתא, ובסמתא משמע בכל אופן אמרינן ד' אמות קונות לו, אף שהוא נופל על המציאה וגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דנקני בארבע אמות לא ניחא ליה דנקני, ודלא כהרישא בגמרא. הרי מצינו שלרב ששת אף שהוא לא כיון לקנות באותה שעה שהחפץ בתוך ד' אמותיו, מ"מ כיון שבסוף הוא נופל על החפץ שפיר אמרינן שהוא כבר קנה בתחלה כשהחפץ הוא בתוך ד' אמותיו אע"פ שעדיין הוא לא כיון באותה שעה לקנות. וכן ראיתי במחנה אפרים בהל"ק קנין משיכה ס"ד. שהוכיח כן מסוגיא זו, וכתב "ורב אשי (רב ששת בגירסא דידן) משני דמתני' מירי ברה"ר שאין ד' אמות קונות לו, ומשמע משם דלר"א אשי אע"פ שלא כיון לקנות בד' אמות אלא בנפילה, אפילו הכי כיון דבזכיה קא מתעסק קנה בד' אמות. וכתב הכ"מ בפ"י. מהל"ק גזילה דהר"מ ז"ל תפס כאוקימתא דרב אשי דכ"כ הר"ן בשם הרא"ה, וכתב מרן בב"י (ס"רסח). דכן הוא דעת הרי"ף והר"ם ז"ל. ע"ש. וכן דעת הרא"ש והטור כמבואר בס"רסח. ובב"י שם. וכן פירש הרמ"א בס"רסח. א. הרי לפי זה כן י"ל בנד"ר, שאף שהוא כיון לקנות החפץ רק בשעת נתינת הכסף, מ"מ כיון שהוא כבר עשה מעשה של קנין בשעת הגבהה, הרי הוא כבר קנה החפץ מאותה שעה.

ד) וכן נראה לדעת הטור בס"ר. דלא בעינן כוונה לקנין אם הוא עוסק בענין של קנין, שהוא כתב, "הכניס הלוקח את החמורים לביתו עם התבואה שעליהם, אותה משיכה אינה כלום אפילו אם פסק הדמים ומדד המוכר על החמורים לא קנה אא"כ פרקם ומכניסם שאז יקנה לו ביתו לכשיפסוק אם הוא במשוי שאינו מונח בכליו של מוכר אע"פ שלא מדד, והראב"ד כתב דאפילו מדד לוקח על החמורים לא קנה שלא נתכוין למשיכה ולקנות במדידה זו, דלמדידה בעלמא נתכוין, ולא מסתברא." הרי נראה מזה שלדעת הראב"ד בעינן כוונה לקנין, ולדעת הטור שכתב "לא מסתברא" נראה שלא בעינן כוונה לקנין כמבואר בס"רסח. הנ"ל.

מדין ההוא גברא דאיתא קארי, אבל הלא הדין של נוטל כלי מבית האומן הוא שאני כיון שהוא אינו מתכוין לקנות באותה שעה אלא על תנאי כמ"ש הב"ח הנ"ל. וי"ל שכוונת הרב המגיד כאן הוא שאה"נ ששני דינים אלו נפרדים, אלא הוא רק בא לומר שהרמב"ם למד מההבדל בשני דינים אלו שאם אחד רוצה לקנות כלי תנאי אז ודאי הוא יכול לעשות כן אף שעדיין אין נתינת הדמים. ושוב ראיתי בלחם משנה שם בהל"ד. שאף הוא כתב כן לבאר שתי הלכות אלו ברמב"ם, וז"ל "ויש לומר כשהוא מגביה החפץ לקנותו אין הפרש בין חביב לאינו חביב, ובדאי כיון דדמיו קצובים קנאו לגמרי ואין הלוקח יכול לחזור ולא המוכר, והיינו דכתב רבינו ז"ל לעיל (בהל"ב). דדמיו קצובים הוי כפוסק... אבל כאן (בהל"ד). אינו מגביה לקנותו אלא אם ייטב בעיניו, וכיון שהגבהה זו אינה אלא לקנותו אם ייטב בעיניו, לא העמידהו ברשותו אלא לענין אונסין ולא לענין חזרה, ויש חילוק כאן בין חביב לאינו חביב, ומ"ש והוא שיגביהו ר"ל אם ייטב בעיניו הגבהה זאת מועילה לקנותו" ע"ש. הרי לפי זה יש שני דינים נפרדים כדביארתי, וצ"ל שהתורה לשמה הנ"ל איירי באופן שהלוקח כיון לקנות בשעת הגבהה ואין כוונתו לבקר אם ייטב בעיניו אם לא, ולכן שפיר כתב התורה לשמה שהוא אינו יכול לחזור בו. אמנם עדיין קשה עליו שהוא הביא הדין של נוטל כלי מבית האומן לבקרו, והדין של בשר, והדין של קראי, בגמרא שם כאילו כולם הם שווים ומדין אחד, אלא זה אינו שהדין של קראי שאני דהתם הלוקח כיון לקנות משעת הגבהה, ורק זה ראייה לנדון התורה לשמה, ולא הדין של כלי מבית האומן והדין של בשר דהתם אין כוונת הלוקח לקנות משעת הגבהה.

ג) ועכשיו יש לדון בזה מטעם אחר, דהיינו שיש מקום לומר שאף שאין הלוקח כיון לקנות בשעת הגבהה כיון שעדיין אפשר שהוא רוצה לחזור בו, מ"מ שמא י"ל שכיון שהוא עושה מעשה של קנין שהוא הגבהה, וכיון שבעל החנות נוח לו למכור החפץ מיד שמכירת חפצים היא פרנסתו, שמא י"ל בזה שדעת אחרת מקנה, דהיינו שבעל החנות מקנה אף שלא כיון הלוקח לקנות באותה שעה, שכיון שהוא עושה מעשה של קנין שהוא הגבהה, זה סגי לקנות החפץ ושוב הוא אינו יכול לחזור בו. וזה כדמצינו בנמ"י בב"ב מא. לגבי רב ענן, שכתב "ושמענין מהכא דאילו הוה ידע המזכה אף על גב דלא ידע רב ענן שהוא הזוכה, קנה... ואע"ג דאמרינן ביבמות נב: שהעודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו לא קנה, כיון שזוכה גופיה לא ידע, תירץ הראב"ד ז"ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה" ע"ש. הרי לא בעינן כוונת הלוקח לעשות קנין כיון שדעת

ולפי זה אף בנד"ד לגבי מי שקונה חפץ בחנות י"ל הכי שכיון שהוא עוסק בקנין באותה שעה, אף שהוא אינו מתכוין לקנות, מ"מ יש בהגבהה קנין אף קודם נתינת הדמים בדברים שדמיהם קצובים.

ה) אלא עדיין יש לברר דעת מרן בזה. מצינו שמרן בס"ר. ח. כתב בלשון סתם וי"א, "הכניס הלוקח את החמורים לביתו עם התבואה שעליהם, אותה משיכה אינה כלום, אפילו אם פסק הדמים ומדד המוכר על החמורים לא קנה, ויש מי שאומר שאפילו מדד לוקח על החמורים לא קנה שלא נתכוין למשיכה ולקנות במדידה זו, דלמדידה בעלמא נתכוין." הרי מרן הביא סברת הראב"ד רק בלשון "יש מי שאומר", ולכן נראה שהעיקר כהסתם שסבר שדוקא במדידת המוכר אין קנין אבל במדידת הלוקח יש קנין וכדעת הטור. וכן ראיתי בחתם סופר בחו"מ ס"צט. שפירש כן בדעת מרן וכתב, "ובר מן דין נ"ל דהכא כבר קנה דמדידה להסוברים דסתם מדידה קונה אפילו אינו עושה רק למדוד ולידע המדה כמבואר בטור ס"ר. וש"ע שם ברמ"א ס"ז. והמחבר הביא דעת הראב"ד החולק בשם יש מי שאומר, משמע דהעיקר כדיעה ראשונה." ע"ש. הרי מבואר שלדעת החת"ס מרן פסק כהסתם וכדעת הטור. אלא נראה לענ"ד שמרן פסק כהי"א, דלא אמרינן שיש לפסוק כהסתם כנגד הי"א אלא אם הי"א חולק על הסתם אבל אם הי"א בא לפרש עוד פרט בדין בלא מחלוקת כנגד הסתם, אז אנו אזלינן אחר הי"א. וכן הוא בבית דוד בא"ח ס"תט. וד"ה לכן, ובס"תמא. ע"ש. וכן דעת כמה אחרונים, עיין במאמ"ר בס"רעג. ס"ק א. והפר"מ בא"א בס"תרפט. ס"ק ד. ובמנחת יעקב בס"מו. ס"ק יג. והדגל מחנה אפרים דף י. ועוד. ועיין מ"ש הערך השולחן על כלל זה הובא דבריו בפתה"ד בס"שא. דף קסח. בד"ה מיהו. ולכן אף בנד"ד י"ל הכי שהי"א מודה להסתם שאם מדד המוכר שאין קנין, אלא שהוא רק מוסיף על זה, דהיינו לומר שאף אם מודד הלוקח אין קנין בזה. (ועיין מה שכתבתי לקמן בתשובה אחרת לגבי אם אדם יכול להקנות לבנו דבר שלא בא לעולם, ומ"ש לפרש שיש חילוק בין המאמ"ר והדגל מחנה אפרים, ובין הבית דוד והמנחת יעקב, ולענ"ד י"ל בנד"ד שכיון שיש הוכחה מהב"י י"ד ס"קלב. שמרן סבר כהראב"ד כמבואר לקמן, יש לתפוס מ"ש הבית דוד והמנחת יעקב כעיקר כאן). ואל תשיבני שבשלמא י"ל הכי אם מרן כתב בלשון "יש אומרים", דהיינו לשון רבים, אבל הכא כתב מרן רק הלשון של "יש מי שאומר", ובזה אין לחוש כלל לדעת יחיד, וכן מצינו שאף שיש כלל גדול בדינו שי"א וי"א שהלכה כהי"א בתרא, מ"מ כבר כתבו כמה אחרונים שאם בתחלה כתב מרן "יש אומרים", ואחר

אלא שיש להקשות על הטור ממה שהוא כתב בס"קצד. לגבי עכו"ם שמכר קרקע לישראל אינו קונה אותו אלא בשטר עם נתינת כסף, לפיכך עכו"ם שמכר קרקע לישראל וקבל המעות קודם שכתב לו השטר אותו השדה הפקר, וכתב הטור, "ואם כתב לו השטר אחר שקבל המעות והחזיק בו כמה שנים ולא לשם קנייה כי היה סבור שיספיק לו שטרו, ובא אחר והחזיק בו זכה." הרי נראה מזה דבעינן כוונה לקנין, ודלא כדלעיל.

וראיתי בט"ז בס"ר. ח. שהקשה כן לגבי הכניס הלוקח את החמורים לביתו ודעת הטור ברמ"א שם, וכתב, "דעת רבינו קשה, בס"ער"ה. ח. בדברי המחבר (לגבי עודד בנכסי הגר) דכתב דחזקה לא מהני במקום שלא נתכוין לקנות, וכן מוכח ממ"ש רבינו ס"קצד. ה. (הנ"ל) לא לשם קנייה, וצ"ל דרבינו כאן ס"ל דמדידה זו מקדם נתכוון לקנותה." ותירוצו צריך ביאור, ונראה שכוונתו שמקודם המדידה הוא כבר כיון לקנות. וכן ראיתי בשו"ת רעק"א בס"לז. בד"ה שוב, שהוא פירש דברי הט"ז וכתב, "נ"ל כוונתו דדוקא בעודד בנכסי הגר דאין כוונתו כלל לקנות כיון דסבר שהוא שלו, אבל במדד דעכ"פ רוצה עתה לקנות, אלא דדעתו לקנות במשיכה, בזה שפיר קנה בהגבתו הכלי, וחילוק זה מוכרח דהרי הטור בס"רסח. פסק דנפל על המציאה דקנו לו ד' אמות, ולא אמרינן דגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דלקני, בד' אמות לא ניחא ליה דלקני, ובזה יקשה כיון דאין דעת אחרת מקנה אותו, אמאי קנה בד' אמות בלא כוונת קנין, דמאי שנא מעודד בנכסי הגר, אע"כ דבזה עדיף כיון דעוסק לקנותו אלא דהא חשב לקנות בנפילה, בזה אמרינן כיון דרוצה לקנותו קונה בד' אמות." וכן צ"ל לגבי ס"קצד. הנ"ל דלא מועיל מה שהוא החזיק בלא כוונה כיון שהוא כבר גמר כל עסוק של קנין.

וכן ראיתי במשנה למלך בהל" זכיה פ"ב. הל"ט. שכתב, "וז"ל הטור בס"ער"ה. יא. והרמ"ה כתב אם הלבנים היו של גר אע"פ שהגביהם לא קנאם כיון שלא כיון לקנותם אלא ע"י בנין, ובזה לא קנאם וכו'. והא דפסק מרן ר"ס רסח. דמי שראה את המציאה ונפל לו עליה דקנו לא ד' אמות אע"ג דגלי דעתיה דלא ניחא ליה אלא בנפילה משום דגילוי דעת אפילו בקניות דרבנן לא מהני, נראה דיש לחלק דשאני התם דבשעה שיש לו ד' אמות באותה שעה כיון לקנות, ואע"ג דאין דעתו לקנות בד' אמות, מ"מ הרי כיון לקנות באותה שעה, אבל הכא בשעה שהגביה לא היה דעתו לקנות אלא לאחר כך ע"י בנין, ובשעה שהוא מכין לקנות אין כאן הגבהה" ע"ש. הרי שזה כדעת הט"ז ורעק"א הנ"ל שיש לחלק בין אם הוא עוסק בקנין באותה שעה או לא.

פריק תיובתיה בפירוקא אחרינא, שבקינן האי סברא לגמרי, ואינו מחזור עכ"ל. וכבר הוכחתי שדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל כדעת רא"ה ז"ל. הרי מבואר שלדעת מרן הב"י אנו קי"ל כשיטת הרא"ה, דהיינו דאפילו בקניות דרבנן אין לומר אי איפשי בתקנת חכמים כגון ד' אמות קונות לו, ולכן ממילא יש קנין ע"י ד' אמות אף שהוא אינו מתכוין לכך. ולענ"ד נראה שאין סתירה בדעת מרן בין מה שהוא פסק כהראב"ד בס"ר. ח. ובין מה שהוא כתב בס"רסח. ויש לפרש דעת הרא"ה כמ"ש המל"מ הנ"ל שכתב, "דבשעה שיש לו ד' אמות באותה שעה כיון לקנות, ואע"ג דאין דעתו לקנות בד' אמות, מ"מ הרי כיון לקנות באותה שעה". הרי בזה הוא מתכוין לקנות אלא הוא לא רצה לקנות בדרך שאמרו חכמים, ובזה י"ל שאין לו לחדש ולבחור קנינים חדשים שלא אמרו חכמים כגון נפילה, אלא כיון שיש לו כוונה לקנות ממילא הוא קונה רק בדרך שאמרו חכמים, שהוא ד' אמות בנדון זה. הרי מצינו שבזה יש כוונה לקנות. אמנם לגבי התבואה על החמורים ודעת הראב"ד ומרן, הוא שאני שהוא אינו רוצה לבחור בקנינים חדשים שלא אמרו רבותינו, אלא הוא רק כיון לקנות התבואה בכניסת התבואה ברשותו, ולכן ודאי הוא יכול לבחור באיזה דרך קנין שהוא ירצה כיון שכולם הם על פי דברי רבותינו, ולכן אף שהוא רוצה לקנות התבואה, מ"מ אם הוא אינו מתכוין לקנות ע"י מדידה שפיר י"ל שאין כאן קנין כיון שכוונתו לקנות רק בכניסת התבואה ברשותו, וכניסה זו הוי דרך קנין לדעת רבותינו, ודלא כמצינו לגבי נפילה שהיא אינה דרך קנין כלל. ושוב ראיתי בערוך השולחן בס"קצז. אות ב. שכתב, "ואי קשיא דא"כ בכל קניין משיכה כשמתחיל למושכה מרשות שאינו שלו לרשותו למה לו למשוך לרשותו הלא כיון שאוחז בה ברשות שאינו שלו ליהוי מסירה, די"ל דכיון דכוונתו היתה לקניין משיכה אינו מועיל קניין אחר, דכלל גדול הוא דבכל קניין צריך כוונה לקנותה בהקניין שעושה". (ונראה שמקורו ממ"ש הב"י בשם הרשב"א בס"קצח). הרי הוא יכול לבחור באיזה דרך קנין שאמרו רבותינו, משא"כ בדין של מציאה הנ"ל שנפילה אינה בכלל קנין, ולכן אם הוא כיון לקנות ממילא הוא קונה רק בד' אמות כדביארתי.

לפי זה אף בנד"ד לגבי הגבהת החפץ בחנות יש לומר שהוא כיון לקנות בהגבהה רק אחר נתינת הדמים, כיון שנוח לו לחזור בו קודם כן אם הוא רוצה. ולכן שפיר י"ל שלדעת מרן אין כאן קנין בשעת הגבהה קודם נתינת הדמים, ויש לדמות דין זה לס"ר. ח. ודעת הראב"ד ודלא לס"רסח. מטעם שביארתי לעיל.

כן הוא כתב "יש מי שאומר", אז יש לאזיל אחר הי"א קמא, שהוא לשון של רבים, וכן מבואר בכנה"ג בחו"מ בכללי הקים לי, אות נב. ומהר"י פראגי וגינת וורדים אה"ע כלל ד. ס"ל. וכן דעת האליה רבה שאף שהוא סבר בס"תריב. שבי"א וי"א הלכה כי"א בתרא, מ"מ בס"קנג. אות כב. הוא כתב שהעיקר כהי"א קמא שהם הרבים כנגד היש מי שאומר, וכן הוא בלב חיים א"ח ס"סב. דף פ. בד"ה וראיתי, ואילך, ע"ש מה שהוא השיב על היד מלאכי בכללי הש"ע אות טז. וכן הוא בקרבן אשה א"ח ס"ט. מ"מ אף שכן הוא, מ"מ עדיין יש לומר הכלל שאם הי"א אינם חולקים בפירוש על הסתם אז יש לפסוק כהי"א, ולכן מה לי אם מרן הביא הלשון של יש אומרים או הלשון של "יש מי שאומר", הלא אף היש מי שאומר אינו חולק בפירוש על הסתם אלא רק מוסיף נקודה אחת עליו, ולכן אף בנד"ד י"ל שמרן פסק כהראב"ד שהוסיף שלא רק המוכר בלבד אלא אף אם הלוקח מודד אין קנין כיון שאין בזה כוונה, ודלא כמ"ש החת"ס הנ"ל בדעת מרן. ושוב מצאתי תנא דמסייע לי, והוא הקול אליהו ח"א. חו"מ ס"א. בריש התשובה, שכתב "גם בס"ר. פסק מרן ז"ל בספר הקצר כדעת הראב"ד ז"ל דאף אם מדד לא קנה דלא נתכוון לזכיה." ותאזרני שמחה.

ולפי זה נראה שלכאורה י"ל שכיון שמרן סבר כהראב"ד ודלא כהטור, אז בכל מקום בעינן כוונה לקנות, ואין מקום לחילוק הט"ז והמל"מ והרעק"א הנ"ל לדעת מרן, שהרי אף בשעה שהוא עוסק בקנין לגבי התבואה על החמורים, עדיין בעינן כוונה לקנות כמ"ש הראב"ד. וכן נראה דעת מרן בב"י בי"ד ס"קלב. שכתב לגבי עשיית י"נ שאסור בהנאה כשהיין עדיין של ישראל וקודם שקנה ממנו הנכרי, "לא הגביהו (הנכרי) תחלה לקנותו, אסור. פירוש אע"פ שהגביהו בשעה שהוא מודד לא קנה מפני שאותה הגבהה לא היתה לקנייה אלא למדידה וכ"כ הרשב"א". ועיין בדברי הרשב"א בתורת הבית בבית ה. סוף שער ב. שהוא כתב סברתו לבאר דעת הראב"ד. הרי אף כאן נראה שסבר מרן כהראב"ד דבעינן כוונה לקנין.

אמנם נראה שלדעת מרן בס"רסח. א. לגבי ד' אמות ונפילה על המציאה, שיש קנין בלא כוונת קנין כדביארתי לעיל. כתב מרן בב"י, "והר"ן כתב על ההוא שינויה (כיון דנפל עליה גלי דעתיה וכו') איכא מאן דאמר דדוקא בקנייה דרבנן משום דהוי כאומר אי איפשי בתקנת חכמים דשומעין לו אבל בקניות דאורייתא אע"ג דגלי דעתיה קנה, אבל הרשב"א כתב דה"ה בקניות דאורייתא, אבל הרא"ה חולק בדבר אפילו בקניות דרבנן, דכיון דרב פפא

גזל גמור, דמי יימר שלא כוון לקנותם." הרי נראה מזה שיש כוונה בנדון זה לעשות קנין. ולכן אין מזה קושיא על דעת מרן שביארתי לעיל דבעינן כוונה לקנות.

אלא נראה לענ"ד שאין זה מספיק לבאר כוונת התוספות, שראיתי ברשב"א שם שפירש, "ולאו נטל ונתן ביד במתכוין לזכות בהן קאמר דאם כן מאי למימר". אלא במלקט ביד כדרכה קאמר ואעפ"כ זכה ויש בה משום גזל גמור." הרי שאין כאן כוונה ועדיין יש קנין, וכן הוא בר"ן שם שכתב, "אע"פ שלא נתכוון לזכות, דאי לא מאי קמ"ל פשיטא, וכן הוא בירושלמי". הרי נראה שהרשב"א והר"ן אזלו בשיטת התוספות, ופירשו כפשוטו שאין בזה כוונה ועדיין יש קנין, וכן כתב המחנה אפרים הנ"ל להשוות דעת התוספות לדעת הרשב"א, ודלא כהבנת המל"מ והערה"ש הנ"ל. ולכן עדיין הקושיא במקומה עומדת לדעת מרן, שאיך אמרינן הכא שיש קנין בלא כוונה.

ולכן נראה לענ"ד שיש לדמות הקנין כאן להקנין לגבי מי שנפל על המציאה בס"רסח. א. וזה לפי מה שראיתי שכתב הנצי"ב במרומי שדה לגיטין שם, וז"ל "ועיין תוספות שכתבו דאע"פ שלא נתעכבו בידו ולא אחז בהן אלא להפילם. ולכאורה הוא כמ"ש התוספות בב"ב נד. דאם אינו מתכוין למיקני אינו קונה, אבל אינו דומה, שהרי כאן הוא מכוין למקני, אלא שלא באחיזה זו כי אם בהפלה בעלמא, ומגלן דלא קני באמת" ע"ש שאר דבריו. הרי שי"ל שהוא כיוון לקנות בהפלה בעלמא, אף שזו אינה בדרך קנינים שאמרו רבותינו, שאין הארץ תחת האילן רשותו או חצרו. ולכן כיוון שמצינו לגבי מציאה בס"רסח. שאם הוא כיוון לקנות ע"י נפילה שי"ל שיש קנין ע"י ד' אמות אף שהוא אינו מתכוין לכך, כיון שד' אמות הן בכלל דרכי הקנין שאמרו לנו רבותינו, כמו כן כאן הוא קונה באחיזה ידו אף שהוא אינו מתכוין לכך, וכדביארתי לעיל להסביר דעת מרן שפסק כהראב"ד בס"ר. ח. וגם כהרא"ה לגבי מציאה בס"רסח. א. ולכן אין קושיא מכאן על דעת מרן הנ"ל. ולכן עדיין י"ל לגבי מי שקונה חפץ בחנות שיש קנין רק אחר נתינת הדמים כדכתבתי לעיל.

ז. מ"מ עדיין יש לדון בנד"ד לגבי מי שהגביה חפץ שדמיו קצובים אם יש קנין קודם נתינת הדמים לדעת הראב"ד והרשב"א והנמ"י הנ"ל שבדעת אחרת מקנה, לא בעינן כוונה לקנות.

ועוד יש לדון בזה לפי הא דמצינו שכתב המהרי"ט ח"א ס"קנא. "מיהו י"ל דידו עדיף מעודד בנכסי הגר, דאשכחן

ואגב אורחיה י"ל שראיתי במחנה אפרים הנ"ל שהוא הביא סברה אחרת לבאר הטעם שהשמיטו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש האי שינויא "דכיון דנפל עליה גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני, בד' אמות לא ניחא ליה דליקני", והוא כתב לגבי סברת רב פפא ורב ששת, "דלא ס"ל דכיון דנפל גילה דעתו דבד' אמות לא ניחא ליה דליקניה, דמאי דנפל היינו כדי שלא יבא אחר ויחזיק בה ויטעון כנגדו". הרי אף בזה יש כוונה לקנות בד' אמות. ולענ"ד נראה שאף שזה פירוש יפה, מ"מ אין זה דעת מרן והרא"ה ודעימ', ולכן יש להקשות על הערוך השולחן בס"רסח. אות א. שהוא הביא פירוש זה מדעת עצמו, ולא הזכיר שאין זה דעת הרא"ה והב"י.

ו. ולפי מה שפירשתי בדעת מרן אתי שפיר מה שהוא הביא בס"קצח. דברי הרשב"א שכתב, "היתה עומדת ברה"ר ולא אמ"ל המוכר כלום והתחיל הלוקח למשוך, לא קנה עד שימשוך כדינו מרה"ר לסימתא, אע"פ שנקנית במסירה ברה"ר אפ"ה כיון שהתחיל למשוך גילה דעתו שאינו רוצה לקנות בחזקה זו אלא במשיכה". הרי לפי מה שביארתי לעיל אתי שפיר, שהוא יכול לבחור באיזה דרך קנין שהוא ירצה בלבד אם כל דרך קנין הוא על פי דברי רבותינו כגון משיכה או מסירה, ודלא כנפילה שאינה בכלל הקנינים שאמרו לנו רבותינו. וראיתי במחנה אפרים הנ"ל שכתב שיש לתמוה על מרן בדין זה, אבל לענ"ד אין כאן קושיא כלל כדביארתי.

ועוד יש לבאר בענין זה, והוא מ"ש מרן בס"רעג. טז. "עני המנקף בראש האילן ומשיר פירותיה ונפלו לארץ, אם בא לידי העני קודם שנפלו לארץ קנאם, ואם נטלן אחר אחר שנפלו לארץ מוציאין מידו, אבל אם לא בא לידו מתחלה אין בהם משום גזל להוציאם מיד הנוטל, אבל לכתחלה אסור לו ליטלם." וכתבו התוספות בגיטין סא. לפרש דין זה, "ליקט ונתן ביד ה"ז גזל גמור. נראה דאצטריך לאשמועינן בתלשן בידו ומפילן אע"פ שלא נתעכבו בידו ולא אחז בהן אלא להפילם." הרי נראה מזה שאף שהוא אינו מתכוין לקנות כשהפרי בידו עדיין יש קנין. וראיתי במשנה למלך בהל"ג גזלה פ"יז. הל"ח. שכתב שאין לפרש כן בדברי התוספות, אלא "דכוונתם היא דאצטריך לאשמועינן דהוי גזל דס"ד כיון דלא נתעכבו בידו לא כיון לזכות אלא להפילם וא"כ לא קנה, קמ"ל דאין זו אומדנא שלא כיון לזכות, אלא אמרינן דאף שלא נתעכבו בידו כיון לזכות בהם, וכשירד מהאילן יטלם." וכן הוא בערוך השולחן בס"רעג. אות כ. שכתב, "ואע"פ שלא אחז בידו רק להפילן ולא ידענו שכוון לקנות בתפיסתו, מ"מ האי

בעל כרחיה במסירה. ע"ש. הרי מבואר שאם לא נחא ליה לקנות לא אמרינן דעת אחרת קונה. וכן הוא בנ"ד.

וכל זה לדעת הקצות החושן, אבל מצינו שהנתיבות המשפט בס"ר. ס"ק יד. בתירוק שני פליג עליו וכתב, "ועוד יש לחלק בין מתנה למכר, דבשלמא במתנה שפיר אמרינן דדעת אחרת מקנה אותו שאני, דהא המקבל אילו היה ידע מזה ודאי היה רצונו לקנות, ואומדנא דמוכח הוי בכל דוכתי כאלו נתרצה, משא"כ במוכר ולוקח מה בכך דהמוכר נתכוין להקנות, מ"מ אומר הלוקח אין רצונו עדיין לקנות שיתחייב בדמיו ואפשר דעתו שלא יעשה קנין עדיין כדי שיהיה יכול לחזור בו עדיין, מש"ה בעינן כוונה לשם קנין. ולענ"ד נראה שסברה זו היא העיקר, שהלא לדעת הראב"ד ומרן בס"ר. ח. הנ"ל לגבי התבואה על החמורים, בעינן כוונה לקנות במקח וממכר, אף שיש דעת אחרת מקנה, ולכאורה זה סותר סברת הראב"ד דלא בעינן כוונה בדעת אחרת מקנה כמבואר בנמ"י בב"ב מא. הנ"ל, וכתב על זה הקצות החושן הנ"ל, "אלא דקשיא דברי הראב"ד שכתב שלא נתכוון אלא למדידה, הא הראב"ד ס"ל דמהני בדעת אחרת אפילו בלא כוונה, וכמ"ש הנמ"י בשמו, ואולי תרי ראב"ד נינהו וצ"ע. ולענ"ד זה דחוק, ויש לתרץ כמ"ש הנתיבות המשפט שאף להראב"ד לא אמרינן דעת אחרת מקנה במקח וממכר כיון שאין זה נוח להלוקח כיון ששמא הוא רוצה לחזור. וכן ראיתי בערוך השולחן בס"ר. אות כה. שכתב שהעיקר כתיורן השני של הנה"מ הנ"ל. הרי מצינו שגם בנ"ד הוא מקח וממכר, ולא שייך לומר דעת אחרת מקנה, ולכן עדיין הלוקח יכול לחזור בו עד שעת נתינת דמים.

ועיין ברמ"א בס"קצח. ג. שכתב, "והא דנקנה המקח שלא בפני הקונה, היינו במתנה וכיוצא בזה דודאי נחא ליה, אבל במקח שאפשר שאינו חפץ לקנות לא קנה" ע"ש. הרי כן הוא בנ"ד שאין לומר שיש קנין בשעת הגבהה אם אין כוונת הלוקח לקנות שאפשר שבסוף הוא אינו חפץ לקנות.

ועיין במשנה למלך בהל" גזלה פ"ז. הל"ח. שהוא הביא המהרי"ט הנ"ל והקשה עליו מתוספות ב"ב נד. בד"ה אדעתא, שכתבו "ואין להקשות דאע"ג דאין דעתיה אשטרא אמאי אין ידו קונה לו שלא מדעתו כמו חצרו, דחצר מתורת יד איתרביא, דהא דחצר קנה לו שלא מדעתו היינו שאינו יודע אם הוא בחצרו, ואם היה יודע היה רוצה לקנות, אבל אם יודע ואין מתכוין לקנות לא קני". ועיין בתורת השלמים בשו"ת ס"ו. בד"ה ואין לומר, שכתב "דהא דאמרינן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, היינו שלא בידיעתו, אבל אם

חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, וכיון דחצירו קונה לו שלא מדעתו כ"ש ידו, ועודר שאני דמדין חזקה הוא ולא מדין זכיה". ולכן אף בנ"ד שכיון שהוא הגביה החפץ הוא קונה אף שהוא אינו כיון לכך.

ח) אלא כל זה אינו, וכבר כתב הרמב"ם בהל" זכיה פ"ד הל"ב. לגבי המזכה לחבירו במתנה ע"י אחר, "אבל המקבל ידו על העליונה, אם רצה מקבל, אם לא רצה אינו מקבל, שזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו, וזכות הוא שתנתן לו מתנה אם ירצה, אבל אם לא ירצה אין נותנים מתנה לאדם בעל כרחו". וכתב הרב המגיד שם, "וכתב הרמב"ן ז"ל מהא שמעינן דכי אמרינן דזכין לו לאדם, דוקא בשנתרצה כששמע, אבל אם לא נתרצה כששמע לאו, ומכלל זה אתה למד שכל דבר שבחובה אין חבין לו לאדם שלא בפניו ואע"פ שנתרצה לו, שלעולם אין חבין לו לאדם אלא מדעתו ובשליחותו. ע"ש. וכן הוא במחנה אפרים בהל" זכיה ס"ו. שהאריך בזה. הרי לפי זה מבואר בנ"ד דהא דאמרינן בשם הראב"ד והרשב"א והנמ"י לעיל שמועילה דעת אחרת מקנה, זה דוקא אם דבר זה נוח להמקבל, וכן הא דאמרינן שד' אמות קונות לו אף שאינו מתכוין כדנראה מרב ששת הנ"ל, אף זה משום שנוח לו לזכות במציאה קודם הנפילה, כדי שלא יחזיקה אחר. וכן הא דמהרי"ט הנ"ל הוא באופן שנוח לו לקנות בידו. אמנם נד"ד שאני הוא, שאף שהלוקח נטל החפץ בחנות כדי לקנות אותו ע"י נתינת הדמים, מ"מ עדיין נוח לו לחזור בו כל זמן עד נתינת הדמים שמא יש לו שינוי הדעת והוא לא רוצה עוד בחפץ זה. ולכן בזה י"ל שאין חבין לאדם שלא מדעתו, ולכן מאחר שהוא לא כיון בשעת הגבהה לקנות החפץ, מטעם שזה נוח לו שמא הוא ירצה לחזור בו, שוב אין לומר בזה שהוא קנה אותו חפץ אף בלי כוונה.

וכן ראיתי בקצות החושן בס"ער"ה ס"ק ד. שהוא הביא דעת הראב"ד והרשב"א והנמ"י הנ"ל, ולדעתו הא דאמרינן דעת אחרת מקנה, היא אף לגבי מקח וממכר, אבל הוא כתב שם, "הרי מבואר מדברי הראב"ד והנמ"י והרשב"א דכל כה"ג דאיכא דעת אחרת מקנה, קונה המקבל אפילו לא נתכוין לשום קנין, ואין להקשות מדברי הרשב"א, הובא בב"י ס"קצח. בהא דמסירה קונה ברה"ר ומשיכה דוקא בסימטא, וז"ל ואע"ג דמסירה בכלל משיכה משום דכיון שמשך גלי אדעתיה במשיכה נחא ליה דליקני, במסירה לא נחא ליה דליקני ע"ש, והא בדעת אחרת מקנה לא בעי כוונה לקנין, משום דהיינו דוקא בלא כוונה, אבל אם כיון שלא לקנות ודאי אינו קונה בעל כרחיה, וכיון דגלי אדעתיה דבמסירה לא נחא ליה דליקני אלא במשיכה אינו קונה

יכול ליתן להם אפילו הם גדולים דקי"ל כרבי יוחנן לגבי שמואל דאמר פ"ק דב"מ גבי מציאת בנו ובתו הקטנים הרי אלו שלו וכו', לא קטן קטן ממש אלא אפילו גדול וסמוך על שולחן אביו זהו קטן. ופי' ר"ת דה"ה בעלמא בלא מציאה, וכן פסק ר"ת בעירובין פרק החלון גבי אינו מזכה ע"י בנו ובתו הקטנים שיש ליוזר שלא לזכות בעירוב ע"י בנו ובתו הגדולים הסמוכים על שולחן לפי שידיהם כידו, וכיון דידם כידו אסור ליתן להם מעשר עני כיון שאביהם עשיר הוא, ואע"פ שרבינו שמשון משפיר' חולק על ר"ת ומחלק בין מציאה דליכא דעת אחרת מקנה, להיכא דאיכא דעת אחרת מקנה, אנן עבדינן כר"ת לחומרא. ועוד יכול להיות בנדון זה כיון דלית להו לבעלים במעשר עני של כספים אלא טובת הנאה בעלמא לא קא חשיב כדעת אחרת מקנה אלא כמו מציאה... אפילו אם ראובן נתן מעשר לבניו של שמעון הסמוכים על שולחן של שמעון במתנה על מנת שאין לאביהם רשות בהן אלא לצורך עצמן מה שהן נושאים ונותנים לפיהם, לא מהני תנאה מידי כיון דטובת הנאה אינו ממון לא מצי מתני, ובטל תנאי, כיון דידם כיד אביהם דמי וכל זמן שסמוכין על שולחן אביהם הוי כאלו אביהם זוכה מיד מעשר עני ואביהם עשיר הוא, ושלוש מאיר כרבי ברוך". ע"ש. ויש לדקדק בסיפא שכל הטעם שאין מועיל התנאי שעל מנת אין לאביהם רשות בהן, הוא מפני שלא מועיל תנאי בטובת הנאה, אבל אם הוא באופן שאין טובת הנאה כגון מתנה או מכירה על תנאי, שפיר י"ל שיש להתנות תנאי זה, אף לר"ת.

וכן ראיתי במחנה אפרים כהל' זכיה ומתנה ס"ב. שהאריך לבאר שיטת ר"ת, וכתב בד"ה ודאתן, "ומש"כ אי נתנו לקטן על מנת שאין לאביו רשות בה הרי היא של בן, דהשתא ליכא איבה כיון דע"מ כן יהבה ליה, וכן כתב המרדכי בפ"ק דמציאה. ע"ש.

הרי לפי זה י"ל שכשהבן קונה לולב אם המוכר כיון שאין לאבי הבן רשות בו אז שפיר י"ל שזה בגדר של לכם והבן יכול לקיים המצוה בלולב זה. ועוד י"ל, שמסתמא שהמוכר רוצה למכור באופן שהקונה יוכל לצאת בו המצוה. ולכן אף אם המוכר אינו מתכוין בפירוש שאין לאבי הבן רשות בו, מ"מ אנו אמרינן שמסתמא המוכר מודה לתנאי זה כדי שהקונה שהוא הבן יוכל לצאת י"ח במצות לולב. וכן מצינו במרן בא"ח ס"תרנח. ה. שכתב, "נתנו לו סתם, הרי כאלו אמר לו ע"מ שתחזירוהו לי, דמסתמא על דעת כן נתנו לו כיון שצריך לצאת בו שאין לו אחר" ע"ש. ואם כן הוא לגבי כוונת הנותן כשהנותן רוצה לצאת בו אחר כך, כן י"ל לגבי כוונת המוכר כשהקונה רוצה לצאת בו אחר כך.

יודע ואינו חפץ לקנות, אין חצירו קונה לו בעל כרחו וכמבואר בכמה דוכתי. ע"ש. ועיין עוד בזה בערה"ש ס"רסח. אות ז. ולכן לפי התוספות הנ"ל י"ל שאף בנד"ד הוא אינו קונה בידו, כיון שהוא יודע שהחפץ בידו.

ולכן למסקנה נראה שהלוקח חפץ בחנות יכול לחזור בו עד שעת נתינת הדמים, אף שדמיו קצובים, כיון שאין נוח לו לקנות בשעת הגבהה ששמא הוא רוצה לשנות דעתו מאיזה טעם שיהיה.

סימן קלו.

שאלה: האם יש לבאר דעת רבינו תם לגבי בן גדול הסמוך על שולחן אביו שכל מה שהוא קונה הוא לאביו, איך הוא מקיים מצות לולב ביום ראשון דבעינן לכם.

תשובה: (א) כתוב במשנה בב"מ יב. מציאת בנו ובתו הקטנים... שלו. מציאת בנו ובתו הגדולים... שלהן. ומבואר בגמרא שם שלדעת שמואל פירוש קטן הוא קטן ממש, אבל אין דעת רבי יוחנן כן, "דאמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן לא גדול גדול ממש ולא קטן קטן ממש, אלא גדול וסמוך על שולחן אביו זהו קטן, קטן ואינו סמוך על שולחן אביו זהו גדול". וכתבו התוספות שם בד"ה רבי, "מפרש ר"ת כי היכי דפליגי הכא, פליגי נמי גבי עירוב דתנן בפ' חלון עט: ומזכה להם על ידי בנו ובתו, ולשמואל דאמר הכא קטן ממש, התם נמי גבי עירוב אינו זוכה דידו כיד אביו כיון דמציאתו לאביו ה"ה כל זכיותיו לאביו... ע"ש. ואנו קי"ל כרבי יוחנן לגבי שמואל. וכתב הנמ"י שם לגבי דעת ר"ת, דחלקו עליו הרשב"א והר"ן דלא אמר רבי יוחנן כי אם לגבי מציאה דוקא ומשום איבה, אבל מתנה שנתן לו אביו או שזיכה לאחרים על ידו דליכא איבה אין ידו כיד אביו ע"ש. ולפי זה נראה שאם יד הבן הגדול הסמוך על שולחן אביו היא כיד אביו, אז כל מתנה שהוא קיבל או כל מה שהוא קונה הוא לאביו, ולכן איך אפשר לבן לקיים מצות לולב כיון שאנו בעינן "לכם" ביום הראשון.

ונראה שיש לתרץ קושיא זו לפי מ"ש המרדכי בפ"ק דב"מ באות רמא. "השיב רבינו מאיר, אשר שאלת בראובן שיש לו חצי מעשר, אותו חצי שאין מנהג בעירו לתת לכיס של צדקה ויש לו רשות ליתנו לכל עניים שירצה, אם יכול לתתו לבניו ולבנותיו של שמעון קרובו הסמוכים על שולחן של שמעון, אע"פ ששמעון אביהם יש לו ואינו נוטל מן הצדקה. נראה לי דכל זמן שהן סמוכים על שולחן אינו

סימן קלז.

שאלה: האם האב לכול ליתן מתנה לבנו כשהמתנה היא דבר שלא בא לעולם.

תשובה: (א) פסק מרן בס"ט. ד. "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בין במכר בין במתנת בריא בין במתנת שכיב מרע". אלא שגם פסק מרן בס"ר. א. "אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, לפיכך המזכה לעובר של אחר לא קנה, ואפילו אמר לכשילד יזכה, ואם היה בנו קנה אפילו לא אמר לכשילד, והוא שתהיה אשתו כבר מעוברת בשעת המתנה, וי"א דהא דמזכה לעובר שלו קנה דוקא בשכיב מרע אבל בבריא לא קנה." הרי שלפי הסתם אף הבריא מזכה לבנו כשהוא עובר, אף שהוא לא בא לעולם. והמקור לדין זה הוא בב"ב קמב: שכתוב שם, "אמר ר' יצחק אמר רבי יוחנן המזכה לעובר לא קנה, ואם תאמר משנתינו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו." ופירש הרשב"ם שם, "קרובה אצל בנו. וגמר ומקנה בכל לבו, אבל לעובר אחר לא קנה."

ולפי זה כתב המבי"ט בח"ב. ס"קלז. דמקנה דבר שלא בא לעולם או לדבר שלא בא בעולם כי הדדי נינהו, וכי היכי דבמזכה לעובר אמרינן דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, הכי נמי במקנה דבר שלא בא לעולם ע"ש. ולפי זה האב מקנה מתנה לבנו אף שהיא דבר שלא בא בעולם, שמה לי אם הוא מקנה דבר שהוא בעולם לעובר שלא בא לעולם, ומה לי אם הוא מקנה דבר שלא בא לעולם לבנו שהוא בא לעולם, כי הדדי נינהו.

ומצאתי תנא דמסייע ליה, והוא בתשובות מהר"ם הקצרות ס"קלג. שכתב שיכול ראובן שהיה שכיב מרע והיתה אשתו מעוברת והוכר העובר, ליתן לאשתו כל נכסיו לבד חוב אחד שיש לו על השר ונתנו לעובר ע"ש. הרי מבואר דאפילו נתן לעובר שלו דבר שאינו ברשותו כגון הלואה דאיכא תרתי דבר שלא בא לעולם לדבר שלא בא לעולם, קנה. וכן כתב הערך השולחן בס"ר. אות ב. לבאר דעת המהר"ם ע"ש. ולפי זה ק"ו שהאב יכול להקנות לבנו שבא לעולם, דבר שלא בא לעולם, וכדעת המבי"ט.

(ב) **אלא** שראיתי בכנה"ג בס"ט. שהוא הקשה על המבי"ט ממ"ש הב"י שם בשם הבעל העיטור שכתב, "תשובה לרב פלטוי גאון, האי מאן דכתב בשטר יהבית לברי או לאנתתי כל דאית לי וכל דיהבי לי, לא קני אלא מאי דהוה ליה ההיא שעתה דוקא." הרי בהדיא אפילו בבנו

(ב) **אלא** שעדיין יש לדון בזה לפי מ"ש הנמ"י בב"מ שם, שאחר שהוא הביא המחלוקת בין ר"ת ובין הרשב"א והר"ן לגבי בן גדול שסומך על שולחן אביו, הוא כתב "ואיכא מ"ד דכי היכי דאמרינן במציאה שהיא של אביו כן הדין אם נתנו אחרים מתנה לבן שתהיה לאביו, וכן אם נתן לו אביו מתנה לא קנה שהרי אין לו יד לזכות לעצמו כלל. וכתב הרנב"ר ז"ל, מסתברא שהדין כך הוא בקטן הסמוך על שולחן אביו, אבל בגדול לא מחזור דלא גרע מאשתו, דקי"ל דבעל שנתן מתנה לאשתו קנתה כדאיתא פרק חזקת הבתים הא. אע"פ שידה כיד בעלה ממש הוא." ויש לדון בדעת האיכא מ"ד, שלפי מה שחילק הר"ן נראה שלאיכא מ"ד אין חילוק זה, ולכן אף בבן גדול הסמוך על שולחן אביו, אין לו קנין לעצמו אף אם אביו או אחר נותנים לו מתנה, וכדעת ר"ת. אמנם נראה מזה שהאיכא מ"ד חולק על פירוש המרדכי בדעת ר"ת, שלמרדכי מהני התנאי שאין לאב רשות בו, ולדעת המרדכי נראה שאם האב נותן מתנה לבנו מסתמא הוא כיון שאין לאב רשות בו, ושפיר י"ל שיש כאן מתנה, אבל נראה שהאיכא מ"ד חולק על זה ואין מועיל תנאי זה ובכל אופן שהאב נותן מתנה לבנו אין נתינה זו מתנה. ולכן לדעת האיכא מ"ד אין חילוק בסברת ר"ת ובכל אופן אין קנין לבן, אלא הכל לאביו. ולכן עדיין הקושיא במקומה עומדת, איך הבן הגדול יכול לקיים מצות לולב.

ולענ"ד יש לתרץ מסברה, שכיון שאין לבן שום קנין לעצמו וכל מה שהוא קונה הוא לאביו והוא בכלל אביו בכל דבר, אז הפירוש של "לכם" לגבי הבן הוא כולל כל מה שיש לאביו כיון שכל קנינו בכלל קנין אביו. הרי מצינו שכיון שאין שום צד שהבן יכול לקנות לעצמו הוא נחשב כחלק מגוף אביו בענין זה, ולכן ממילא כל שיש לו לאביו נחשב בגדר של "לכם" לגבי הבן. ואף שלבן אין רשות למכור נכסי האב, ואין זה ממון הבן לעשות בו רצונו, מ"מ עדיין ממון האב בכלל "לכם" לגבי הבן בדיני מצות כיון שקנינו בכלל קנין האב, והוא נחשב כחלק מגוף האב בענין זה. כן נראה לענ"ד לבאר דעת ר"ת בין לדעת המרדכי ובין לדעת האיכא מ"ד בנמ"י הנ"ל.

וכל הנ"ל לבאר דעת ר"ת, אבל לדינא נראה דלא קי"ל כוותיה שבא"ח ס"שסו. י. בדיני עירוב הביא מרן דעת שאר הראשונים בסתם ודעת ר"ת בשם יש אומרים, ואף שהוא כתב שם שלכתחלה יש לחוש להי"א, מ"מ כתב המאמ"ר שם בס"ק ה. שהעיקר כסברה ראשונה, דהיינו כיון שיש כלל גדול בידינו סתם וי"א הלכה כסתם.

רק לגבי שכיב מרע, וכדעת הרי"ף הנ"ל. ולפי זה כתב הב"ח שמ"ש הרמב"ם בפ"כ מהל' מכירה הל"י. בלשון סתם, "והמזכה לעובר לא קנה, ואם היה בנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו קנה", אין זה אלא לפי שלא כתב שם דין זה אלא אגב אחרוני דמקנה לדבר שלא בא לעולם נקט בקצרה, אבל בהל' זכיה הוא עיקר דין זה, ביאר דעתו דוקא בשכיב מרע ע"ש. הרי לפי זה אף הרמב"ם סבר כהרי"ף, ולכן הוא לא סבר כמ"ש המבי"ט הנ"ל, אבל לפי מה שאנו קי"ל שאף בבריא י"ל שאדם מקנה לעובר שלו, שפיר י"ל כדעת המבי"ט הנ"ל. אלא שזה אינו, שהלא לדעת הרב המגיד בהל' מכירה הנ"ל הרמב"ם סבר שאף בבריא אדם מקנה לעובר שלו, ונראה שמטעם זה פסק מרן בס"ר. א. בסתם שאין חילוק בין בריא ושכיב מרע. וכבר כתב הש"ך בס"רנג. ס"ק לה. לדחות פירוש הב"ח הנ"ל ולקיים דברי הרב המגיד. ולכן עדיין קושית השער המלך הנ"ל עומדת במקומה.

ולענ"ד נראה ש"ל ששאני דין של שידוכין, כמבואר בריש פרק הנושא, דף קב. ש"הן הן הדברים הנקנין באמירה, ואמר רב שם "בההיא הנאה דקמת חתני להדדי גמרי ומקנו להדדי". ומטעם זה סבר בעל העיטור דכל תנאי שהוא בשעת קידושין נקנה באמירה אע"פ שלא בא לעולם ואע"פ שאין בידו, כמבואר בב"י אבה"ע בריש ס"נא. אמנם הרמב"ם לא סבר כבעל העיטור אלא שלדעתו בעינן דבר שבא לעולם, וי"ל שלדעת המבי"ט טעמו של הרמב"ם הוא שאין להוסיף על מה שתקנו חכמים דסגי באמירה בעלמא ולא בעינן קנין, וכיון שכבר הקילו החכמים לגבי שידוכין אין להוסיף קולא אחרת על זה, דהיינו שאין לומר בזה גם כן הקולא שיכול אדם להקנות לבנו אף דבר שלא בא לעולם. אמנם בשאר מקומות שלא הקילו לסמוך באמירה בעלמא, שפיר י"ל שאדם מקנה לבנו דבר שלא בא לעולם.

(ד) **אלא** שעדיין יש לדון במ"ש השער המלך להביא ראיה כנגד המבי"ט מדברי תשובת הרשב"א המיוחסת להרמב"ן, ס"קו. לגבי ראובן שנתן מתנה לבתו כל נכסיו שקנה ושעתיד לקנות, וכתב הרשב"א "שאין יכול ליתן במתנה בשום צד נכסים שעתיד לקנות, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אבל נכסים ידועים שיש לו כגון קרקע ומטלטלין יכול ליתן" ע"ש. וכתב השער המלך דאל תאמר שהרשב"א סבר כהרי"ף שזה שאדם נותן מתנה לעובר של אשתו הוא רק בשכיב מרע, שזה אינו כמבואר ברב המגיד בהל' זכיה, פ"ח הל"ו שהרשב"א סבר שאף בבריא אדם יכול להקנות לעובר שלו ע"ש.

קאמר דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ושוב ראיתי בתשובת הרי"ף בס"יא. שכתב, "שאלה. מי שנתן נכסיו למי שראוי לירשו, היכול להקנותו מה שלא בא לעולם. תשובה, אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בין למי שאינו ראוי לירשו, בין למי שראוי לירשו." הרי אף שהבן בכלל מי שראוי לירשו, מ"מ אין האב יכול להקנותו דבר שלא בא לעולם, ודלא כדעת המבי"ט.

אלא י"ל שרב פלטוי גאון והעיטור והרי"ף סברו כי ש אומרים במרן הנ"ל דהא דמזכה לעובר שלו קנה הוא דוקא בשכיב מרע אבל בבריא לא קנה. וכן הוא כמ"ש הב"י בס"ר. אות ג. בד"ה ואם זיכה, שהרי"ף והרמב"ן והנמ"י סברו שדוקא בשכיב מרע האב יכול להקנות לעובר שלו. וכתב הרב המגיד בפ"כ. דהל' מכירה, שכן סברו בעל העיטור בשם רבינו האי. ולפי זה כיון דלא אמרינן בבריא שהוא יכול להקנות לעובר שלו, אז ממילא אין ללמוד מזה שאדם בריא יכול להקנות לבנו דבר שלא בא לעולם. אמנם כיון שאנו קי"ל כהרמב"ם שכתב מרן בסתם בס"ר. א. הנ"ל שאף בבריא האב יכול להקנות לעובר שלו, אז ממילא ה"ה שאדם יכול להקנות מתנה לבנו שהוא בא לעולם, דבר שלא בא לעולם. ולפי זה אתי שפיר מ"ש המבי"ט הנ"ל.

(ג) **שוב** ראיתי בשער המלך בהל' מכירה בפ"כ. הל"י. בד"ה וראיתי, שהוא הביא קושית הכנה"ג על המבי"ט, ותירץ בתירוץ השני כעין שכתבתי לעיל, אלא שהוא הקשה על המבי"ט מדברי הרמב"ם בפ"ו דהל' זכיה הל"י. שכתב, "כבר ביארנו בנישואין ששנים שהיה ביניהם שדוכין ופסק זה על ידי בנו וזה על ידי בתו, ואמרו כמה אתה נותן לבנך, כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך, כך וכך, ועמדו וקדשו, קנו באמירה. ואין קונין באמירה זו עד שעת נישואין, שכל הפוסק דעתו לכנוס, וצריכין שיהיו הדברים שהן פסוקין מצויין ברשותו, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כמו שביארנו." ע"ש. (וכן הוא במרן באה"ע ס"נא. א.) וכתב השער המלך על זה, "הרי בהדיא דאפילו גבי בנו ובתו ס"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ומבואר הוא שדעת רבינו דהזוכה לעובר שלו קנה אפילו בבריא כמ"ש בפרק זה וצ"ע."

ולכאורה יש לתרץ קושיא זו לפי מה שפירש הב"ח בדעת הרמב"ם בס"רנג. אות מב. שהרי הרמב"ם כתב בפ"ח דהל' זכיה הל"ה. "שכיב מרע שצוה לתת מתנה לעובר שבמעזי אמו, זכה העובר מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמו שביארנו." הרי נראה שהרמב"ם כתב דין זה

אם אין שם עובר כלל ממילא אין קירוב הדעת, ואף אין קירוב הדעת על עובר שעדיין אינו שם. אמנם כשהוא מקנה תבואה או פירות שעדיין אינו שם לבנו שהוא כבר יצא לעולם, שפיר י"ל שאף בזה יש קירוב הדעת כיון שבנו שם, אבל י"ל שכל זה כשמצוי אצלו השדה או האילן והוא יכול לגמור בלבו מה שהוא רוצה להקנות לבנו אוהבו, אבל כשלא מצוי אותו דבר כלל ברשותו כגון דבר שהוא יכול להקנות בעתיד אף בבנו הוא אינו גומר בלבו להקנות, ובזה איירי הרשב"א, ואף המבי"ט מודה לזה. כן נראה לענ"ד לתרץ בעד המבי"ט.

(ה) וראיתי בדבר משה ח"מ ס"ט. בד"ה אמנם, שהוא הקשה על המבי"ט ממ"ש המהרי"ק בס"ד. בשם הרשב"א, וז"ל הדבר משה, "מצאתי להרשב"א ז"ל בתשובה שהביא המהרי"ק ז"ל דנראה דחולק על דעת הרב המבי"ט ז"ל הללו, דכתב שם על צוואת שכיב מרע שכתוב בה תנו אלפים דינרים לבתי, דצריך שיהיו לו מעות טבועין, ובנדון שלפנינו אין לה כלום אא"כ יש לו מעות בעין, וא"ת והלא אין אדם משטה בשעת מיתתו וכ"ש בביתו שדעתו קרובה אצלה, י"ל דבכה"ג חיישינן למנה קבור כו'. וכתב עלה מהרי"ק ז"ל וז"ל ואפילו בביתו שדעתו קרובה אצלו פסק כן, כ"ש באיניש אחרינא עכ"ל. הרי מבואר דאפילו בביתו שדעתו קרובה אצלו כתב דחיישינן למנה קבור, ואם אין לו מעות בעין אין מתנתו כלום. א"כ ה"ה נמי דאם הקנה לבתו דבר שלא בא לעולם דלא קנה, דמאי איירא הא מהא דדא ודא חדא היא וכמו שנראה מלשון הר"ב המפה ז"ל בס"רנג. יט יע"ש ובספר בני חיי חא"ה ס"נא. ולענ"ד אין מזה הוכחה כנגד המבי"ט, שכל זה איירי בשכיב מרע שלא פירש את דבריו יפה, ורק אמר בלשון סתום "תנו אלפים דינרים לבתי", ולכן יש ספק לאיזה דינרים הוא מכוון. אמנם אם הוא אמר בפירוש בלשון ברור ליתן לבתו דבר ידוע שהוא עדיין לא בא לעולם, והכל יודעים למה הוא מכוון ואין בזה ספק, אז שפיר י"ל שיש לקיים המתנה.

ועוד הקשה הדבר משה שם בד"ה זאת ועוד, שכתב, "דכל עיקר ראייתו של הרב המבי"ט ז"ל דאדם מקנה לבניו דבר שלא בא לעולם היא מההיא דקי"ל דאדם מזכה לעובר שלו משום דקירוב אדם אצל בנו וה"ה דמקנה לו דבר שלא בא לעולם, דמקנה לדבר שלא בא לעולם ודבר שלא בא לעולם כי הדדי נינהו יע"ש. אמנם העיקרא דדינא בההיא דאדם מזכה לעובר שלא מצאנו לריא"ז הובאו דבריו בשלטי הגבורים אשר סביב הרי"ף דפ" מי שמת דכתב בשם מז"ה ז"ל שאף אם זכה לעובר שלו לא קנה, וכתב

ולענ"ד יש לתרץ בעד המבי"ט, וי"ל שמצינו לגבי הדין של אב מקנה לעובר שהוא בנו, שזה רק כשיש עובר, אבל אין אדם יכול להקנות לעובר שעכשיו אינו שם אלא שהוא עתיד להיות, ועוד מצינו שיש מהראשונים שסברו שאף אין להקנות לעובר שהוא פחות מארבעים יום כיון דמאי בעלמא הוא, כמבואר בב"י בס"רי. ולכן ק"ו שאין להקנות לעובר שעדיין אינו שם. ועיין ברמב"ן לבב"ב עט: בד"ה ודאמר, שכתב, "רב נחמן לא חשיב עובר כמי שלא בא לעולם, אלא דבר שבא לעולם הוא במקצת, אלא שמעכשיו אין לו יד לזכות, ואין זכין לו". ועוד שייך קידושין לעובר כמ"ש הרמב"ם בפ"ז דהל" אישות, "האומר לחבירו אם תלד אשתך נקבה תהא מקודשת לי אינה כלום, ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר העובר הבת מקודשת." הרי נראה מזה שיש לדון לעובר כדבר שהוא קצת בעולם, אף שהוא עדיין לא בא לעולם. ולפי זה מ"ש המבי"ט "דמקנה דבר שלא בא לעולם או לדבר שלא בא לעולם כי הדדי נינהו", זה הוא רק כדמצינו לגבי עובר, ולכן אף כשאב מקנה לבנו שהוא בעולם, דבר שאינו בעולם עדיין בעיני דבר כעובר, דהיינו דבר שהוא שם אלא שעדיין לא יצא לעולם, כגון פירות באילן, שהאילן שם אלא שעדיין לא באו הפירות, או שדה שהיא שם אלא שעדיין לא באה התבואה. וכן יש לדמות זה לעובר שהוא פחות מארבעים יום למ"ד שיש ליתן מתנה לעובר כזה, שאף שהוא אינו עובר אלא מיא בעלמא מ"מ העובר עדיין שם, משא"כ כשהאם אינה מעוברת כלל. אמנם דבר שאינו שם כלל, זה אינו דומה לדין של עובר כלל, ואף המבי"ט מודה שאין להקנות דבר כזה לבנו. ולכן בשלמא שאדם יכול להקנות לבנו הפירות שעתיד להיות באילן זה, אבל הוא אינו יכול להקנות לבנו נכסים שהוא עתיד לקנות, שעכשיו הם אינם מצויים אצלו כלל, ודלא כשדה או אילן שהם שם בשעת המתנה אף שהפירות או התבואה עדיין אינו שם. וכן י"ל לגבי נדון המבי"ט שהוא האלג'אריא שתצא מהחתול ע"ש. ונראה שזה השערות מהחתול שהם מוכרים כדי לארוג. ואף בזה החתול הוא כבר שם וזה דומה לאילן או שדה, משא"כ במה שהוא עתיד לקנות שאין שום היכר אצלו בשעת מתנה מאי היא. ולכן נראה שאף המבי"ט מודה למ"ש הרשב"א, ואין קושיא עליו ממ"ש הרשב"א.

ואף שאין הדין של עובר דומה ממש לתבואה השדה או הפירות באילן, ש"ל שכמו שאין להקנות לעובר שלו שאינו עדיין שם כלל אף שהאם שם, כמו כן אין להקנות תבואה לבנו אף שהשדה כבר היתה שם. מ"מ י"ל שהדין של שדה ואילן קיל טפי, שהלא כל הטעם שאדם יכול להקנות לעובר שלו הוא מפני שדעתו קרובה לבנו, ולכן

אחר לא קנה, ואפילו אמר לכשיוולד יזכה, ואם היה בנו קנה אפילו לא אמר לכשיוולד, והוא שתהיה אשתו כבר מעוברת בשעת המתנה, וי"א דהא דמזכה לעובר שלו קנה דוקא בשכיב מרע אבל בבריא לא קנה. וכתבתי לעיל שי"ל כאן סתם וי"א הלכה כסתם. אלא לכאורה יש להקשות על זה שלא אמרינן שיש לפסוק כהסתם כנגד הי"א אלא אם הי"א חולק על הסתם אבל אם הי"א בא לפרש עוד פרט בדין בלא מחלוקת כנגד הסתם, אז אנו אזלינן אחר הי"א. וכן הוא בבית דור בא"ח ס"ת. וד"ה לכן, ובס"תמא. ע"ש. וכן דעת כמה אחרונים, עיין במאמר בס"רעג. ס"ק א. והפר"מ בא"א בס"תרפט. ס"ק ד. ובמנחת יעקב בס"מו. ס"ק יג. והדגל מחנה אפרים דף י. ועוד. ועיין מ"ש הערך השולחן על כלל זה הובא דבריו בפתה"ד בס"שא. דף קסח. בד"ה מיהו. ולכן שפיר י"ל בנד"ד שאנו קי"ל כהי"א, שהסתם כתב שמותר להקנות לעובר, והי"א ביאר פרט בזה, דהיינו דוקא כשהוא שכיב מרע, ואין מחלוקת בפירוש שלא כתב מרן בסתם שמותר להקנות אף באדם בריא ובי"א שיש חולקין בזה. וא"כ י"ל שהעיקר הוא כדעת הרי"ף שהיא דעת הי"א הנ"ל, ולכן לדעה זו אין לומר לגבי אדם בריא סברת המבי"ט שהוא יכול להקנות לבנו דבר שלא בא לעולם. ולכן י"ל שלדעת מרן לא קי"ל כהמבי"ט.

אלא שזה אינו, וזה מפני שכאן הסתם הוא חולק על הי"א, שלדעת הסתם והיא דעת הרמב"ם אף בבריא אדם יכול להקנות לעובר שלו, כמבואר ברב המגיד בהל" מכירה פ"כב. הל"י. אמנם לדעת הרי"ף ודע' דין זה שייך רק בשכיב מרע, כמבואר בב"י בס"רי. בשם הרמב"ן. הרי שהסתם חולק על הי"א. וכן יש ללמוד מהמאמר הנ"ל לגבי דיני קידוש שכתב, "שפיר מצינן למימר שדעת מרן ז"ל כהני י"א, ומ"ש אלו החילוקים בשם י"א היינו משום דלא מצינו לשאר פוסקים שחילקו בכך, וכ"ה דרכו בהרבה מקומות לכתוב חילוק אחד בשם י"א אע"פ שסובר שכן עיקר לדינא, והכוונה דיש איזה פוסקים שכתבו חילוקים אלו ואפשר שפיר דאף אותם שלא חילקו מודו בהן" ע"ש. אמנם בנד"ד הרמב"ם חולק על הרי"ף ולכן אין לומר שהי"א שהוא הרי"ף מודה להרמב"ם שהוא הסתם. וכן הוא בדגל מחנה אפרים הנ"ל שכתב, "וזה דרכו של השולחן ערוך בכמה מקומות לכתוב איזה חילוק על סתם הדין בלשון י"א אף על פי שסתם הדין אזיל ומודה בהך חילוקה מפני שהך חילוקה יחיד אמרה" ע"ש. אמנם בנד"ד הרמב"ם אינו מודה להרי"ף ולכן אין לומר שהסתם מודה להי"א. ועיין עוד מה שכתבתי לגבי כלל זה בח"א ס"קכט. אות ה.

עלה דכן הוא שיטת התלמוד וכן עיקר יע"ש. א"כ היורשים דהן מוחזקין מן התורה מצו לומר קי"ל כריא"ז וזקנו דאף לבנו שלא בא עדיין לעולם לא קנה, וה"ה נמי דאין אדם מזכה לבנו דבר שלא בא לעולם. ולענ"ד יש להליץ בעד המבי"ט לפי מ"ש הגט פשוט בכלל ב. בדיני קים לי, שכתב הגט פשוט, דמ"ש האחרונים שיכול המוחזק לומר קים לי כשני פוסקים אפילו כנגד מאה פוסקים, היינו דוקא כשאותם הפוסקים שוים בחכמה והם מפוסקים המפורסמים, דהיינו שנתפשטו הוראותיהם בכמה מקומות, אז אמרינן אין חולקין בממון אחר הרוב ויכול לומר קים לי, אבל אם שני הפוסקים המזכים למוחזק אינם מהפוסקים המפורסמים, והפוסקים שכנגדם הם רבים וגדולים בחכמה, חשיבי שני פוסקים כמיעוטא דמיעוטא. ע"ש. ואף שמצינו בכנה"ג בס"כה. אות יג. שכתב, "דסוגיין דעלמא לומר המוחזק קים לי כשני פוסקים הראויים לסמוך בהוראותיהם אע"ג שכל גדולי ישראל יהיו כנגדם." מ"מ י"ל שהמבי"ט סבר כהגט פשוט בזה. ולכן הכי י"ל בנד"ד שאף שהריא"ז וזקנו גדולים בחכמה, וכתב בדגל מחנה אפרים ס"א. בדף יא. על הריא"ז "דכחו גדול לחלוק על גדולים", מ"מ הלא לדעת הגאונים הרי"ף והרמב"ם והרמב"ן הרא"ש והרשב"א שהם פוסקים המפורסמים ביותר, אין ההלכה כהריא"ז וזקנו, ולכן אין לומר בזה קים לי כדעת הריא"ז וזקנו.

(ו) ולפי כל הנ"ל יש לדון במ"ש ר" רפאל אנקאווא ז"ל בספרו פעמוני זהב ס"רי. א. בשם הספר אשר לשלמו, וז"ל "ובעיקר דינו של הרב המבי"ט עיין הרב מטה שמעון ס"רט. בהג" הטור אות כה. שכתב עליו ואין נראה כן מדברי הר"ב העיטור וכו', ועיין מטה אפרים שהקשה לו מתוספות וכו', גם הרי"ף ז"ל בתשובה ס"יא. כתב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בין למי שאינו ראוי לירשו בין למי שראוי לירשו וכו', נמצא דהר"ב העיטור והתוספות והרי"ף הויין תיובתא דהרב המבי"ט, ופשיטא דלא קי"ל כוותיה בהא." ולענ"ד נראה שאין להשיב על המבי"ט מדברי הרי"ף והבעל העיטור, ומ"ש שיש ראיה מהתוספות כנגד המבי"ט, אפשר לומר שיש לתרץ קושיא זו כמו שביארתי לעיל לגבי שאר הקושיות מהראשונים. וראיתי במשכונות הרועים במע" אות ד. סוף סע"ג. שכתב דדברי המבי"ט שרירין וקיימין. וכן נראה לענ"ד.

(ז) **אלא** שאף שיש ליישב שיטת המבי"ט, מ"מ עדיין יש לדון אם מרן סבר כוותיה. כתב מרן הנ"ל בס"רי. א. "אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, לפיכך המזכה לעובר של

שאינן לומר שרש"י בסתם מודה להגאונים ב"א. אלא צ"ל שהבית דוד אינו סובר כהמאמר והדגל מחנה אפרים לגבי כלל זה. ונראה שהמנחת יעקב סבר כהבית דוד, שהוא כתב לגבי מ"ש מרן בי"ד ס"פד. ד. "תולעים הגדלים בפירות בתלוש מותרים שלא אסרה תורה אלא שרץ השורץ על הארץ... אבל פירשו מן הפרי אפילו לא הגיע לארץ אלא שמת באויר... אסור, ויש אוסרים אפילו מת בתוך הפרי ופירש אח"כ. ע"ש. וכתב המנחת יעקב הנ"ל "לא כתב הב"י כלל דעת המתירין להדיא בפירוש מת, רק שכתב תחלה הדינים המוסכמים אליבא דכ"ע דהיינו לא הגיע לארץ ומת וכו' אסור, וזה מוסכם אף אליבא דהרמב"ם ואח"כ כתב שיש דעת האוסרין אף בפירוש מת, א"כ משמע שדעתו לסתום כדעת האוסרין." הרי אף שהסתם הוא סברת הרא"ש, והרא"ש חולק על הרמב"ם ואין לומר שאף המ"ד בסתם מודה לה"א, מ"מ עדיין סבר המנחת יעקב שהעיקר כה"א כיון שאין לאזיל אחר מי אומר הסתם ומי אומר ה"א ואם הם חולקים או לא, אלא צריך לאזיל אחר לשון הש"ע, וכיון שאין מחלוקת בפירוש בש"ע שפיר י"ל שלשון הסתם מודה ללשון ה"א. ועיין עוד בפר"מ הנ"ל.

ולפי זה עדיין י"ל בנד"ד שאין מחלוקת בפירוש בין הסתם וה"א שאף ה"א מודים שמותר לאדם להקנות לעובר שלו, אבל ה"א כתב שזה דוקא בשכיב מרע, ונראה שלהבית דוד והמנחת יעקב הנ"ל י"ל שהעיקר כה"א. אלא לענ"ד אין לומר כן, שהלא לדעת המאמר והדגל מחנה אפרים אין לומר כלל זה כאן כיון שמצינו שהרמב"ם חולק על הרי"ף, ועוד יש כלל גדול אחר כנגד סברת הבית דוד והמנחת יעקב כאן, והוא שסברת מרן כהרוב מהרי"ף והרמב"ם והרא"ש, וא"כ כיון שהרא"ש מודה להרמב"ם שאף בבריא יש להקנות לעובר שלו כמבואר בב"י בס"רי. ד"ה ואם זיכה, שפיר י"ל דהכי קי"ל. כן נראה לענ"ד.

ח וְעוֹד י"ל שאף לדעת התורות אמת י"ל שהלכה כהסתם, שכתב התורות אמת בס"קת. ד. לגבי הכלל שסתם וי"א הלכה כסתם, "ועוד דכלל זה ליתיה אלא באם הוא לשון השולחן ערוך מדנפשיה, אבל אם מעתיק מפוסק אחד הסברה הראשונה כלשונו או לשון הטור או לשון הרמב"ם, וכותב אחריה ויש אומרים, אדרבה אין דעתו אלא כיש אומרים בתרא אלא שקשה עליו לשנות הלשון" ע"ש. ואף לפי זה י"ל בנד"ד שהלשון בסתם הוא אינו לשון הרמב"ם או הטור אלא הוא לשון מרן עצמו, ולכן אף מזה י"ל שהלכה כהסתם, ובפרט שלא מצינו חילוק זה של התורות אמת בשאר האחרונים ובעלי הכללים.

אלא שאין זה ברור כל כך, שנראה מהבית דוד והמנ"י הנ"ל קצת שינוי בסברתם לגבי כלל זה, ויותר נראה לדעתם שאף שיש חולקים על ה"א מ"מ כיון שבש"ע מרן לא כתב מחלוקת בפירוש בין הסתם וה"א עדיין י"ל שהעיקר כה"א. עיין בבית דוד ס"תמא. לגבי מ"ש מרן בא"ח ס"תרכט. יט. וז"ל "פירש עליה סדין מפני החמה או תחתיה מפני הנשר כלומר שלא יהיו עליו וקסמין נושרים על שולחנו פסולה אבל אם לא פירס אלא לנאותה כשרה והוא שיהא בתוך ד' אמות לסכך, וי"א שסוכה שהיא מסוככת כהלכתה וירא שמא ייבש הסכך או ישרו העלין ותהיה חמתה מרובה מצלתה ופירש עליה סדין שלא תתייבש או תחתיה שלא ישרו העלין כיון שהסדין גורם שעל ידו צלתה מרובה מחמתה פסולה אבל אם לא כיון בפריסת הסדין אלא להגין מפני החמה והעלין או לנאותה כשרה..." ע"ש. וכתב על זה הבית דוד, "ולכאורה נראה שהרב ז"ל בש"ע כתב תחלה סברת האוסרים בסתם ואחר כך סברת המתירים בשם י"א, ונראה שאינו כן במ"ש תחלה פירש עליה סדין מפני החמה פסולה לשון המשנה נקט שהוא סתום וסובל שני פירושים פירוש ר"ת ופירוש החולקים, אם כן אין הכרח בזה לומר שכוונת הרב ז"ל לאסור, ומ"ש אחר כך וי"א הוא סברת ר"ת שמפרש להתיר ולא כתב ולא הזכיר פירוש החולקים כלל, מוכח בהדיא שכוונתו לפסוק כאותם י"א שמתירים." ויש לדון בדבריו, שבשלמא שתחלת לשון הסתם הוא לשון המשנה אבל מ"ש בסתם אחר כך כלומר שלא יהיו עליו וקסמין וכו' הוא אינו לשון המשנה אלא לשון רש"י שם, וכתב בב"י בדין זה, "וכתב המרדכי דלפי פירושו (של רש"י) צ"ל טעמא משום דצורך אדם הוא ולא דמי לנאותה דכשרה דשאני התם דהוי צורך סוכה ובטל לגבה אבל התוספות והרא"ש כתבו בשם תשובת הגאונים דהא דקתני פסולה דוקא היכא דבלא סדין חמתה מרובה מצילתה..." ע"ש. הרי מבואר שרש"י פליג על הגאונים והתוספות והרא"ש, וכיון שמרן הביא לשון של רש"י בסתם צ"ל שהסתם פליג על ה"א, אלא צ"ל שסברת הבית דוד היא שאין לחוש אם לשון הסתם הוא לשון הראשון שפליג על ה"א, אלא יש לאזיל אחר הלשון בש"ע בלבד ולא אחר מי שאומרו, וכיון שאין מחלוקת בפירוש בין ה"א והסתם בלשון של מרן אז יש לפסוק כה"א. מ"מ נראה מהמאמר הנ"ל שכתב "דלא מצינו לשאר פוסקים שחילקו בכך... ואפשר שפיר דאף אותם שלא חילקו (בסתם) מודו בהן (בי"א)" לא שייך כאן שאין לומר שרש"י מודה להגאונים כמבואר במרדכי. וכן לפי מ"ש הדגל מחנה אפרים הנ"ל "אף על פי שסתם הדין אזיל ומודה בהך חילוקה", אין שייך לומר כלל זה לגבי הסכך,

וגינת וורדים אה"ע כלל ד. ס"ל. וכן דעת האליה רבה שאף שהוא סבר בס"תריב. שבי"א וי"א הלכה כ"א בתרא, מ"מ בס"קנג. אות כב. הוא כתב שהעיקר כה"א קמא שהם הרבים כנגד היש מי שאומר, וכן הוא בלב חיים א"ח ס"סב. דף פ. בד"ה וראיתי, ואילך, ע"ש מה שהוא השיב על היד מלאכי בכללי הש"ע אות טז. וכן הוא בקרבן אשה א"ח ס"ט. ע"ש. ולכן אף בנד"ד י"ל כן, שהעיקר כסברה ראשונה שהביא מרן בלשון יש אומרים.

ולענ"ד כן נראה מהב"י ב"ד ס"רנח. שבתחלה הביא מרן שם דעת הרא"ש הנ"ל בתשובה כלל יג. ואחר כך דעת המרדכי שהוא ה"ש אומרים" קמא הנ"ל, ובסוף הוא הביא מ"ש המהרי"ק בשורש קסא. שכתב "שהרא"ש בתשובה הנזכר תופס כר"י, ושר"ת חולק וסובר שאין צריך להוציא בשפתיו וכן דעת הר"פ בהגהת סמ"ק, וגם הרא"ש עצמו בפ"ק דתעניות כתב דגבי צדקה מועיל גמר בלבו, ולפיכך הסכים המהרי"ק ז"ל לפסוק דגבי צדקה מועיל גמר בלבו". הרי משמע שמרן הסכים למה שהוא הביא בסוף דבריו מדברי המהרי"ק להכריע כדעת ר"ת והמרדכי. וכן נראה שאם יש מחלוקת בין מ"ש הרא"ש בתשובה ובין מ"ש הרא"ש בפסקיו הכלל הוא שאנו קי"ל כפסקיו. וכן הוא למרן בחו"מ ס"קטז. בשם הר"י בן הרא"ש, וכן הוא בכנה"ג בכללי הפוסקים, וכן הוא ביד מלאכי בכללי הרא"ש אות מו. ע"ש. ולכן מסתברא י"ל שמרן פסק כמ"ש הרא"ש בפסקיו בתענית כר"ת, ודלא כהתשובה, וכמ"ש המהרי"ק הנ"ל. ולכן מסתברא שהעיקר הוא כה"ש אומרים קמא.

ולפי זה יש לתרץ מה שהקשה הברכ"י בא"ח ס"תקסב. על מרן, שכתב מרן שם בסע"ו. לגבי קבלת תענית, "ואם לא הוציא בפיו אם הרחר בלבו שהוא מקבל תענית למחר הוי קבלה", דהיינו כדעת הרא"ש ור"ת בפ"ק דתענית. ועל זה כתב הברכ"י שם באות ב. "נראה דזהו כדעת ר"ת שהביא הרא"ש פ"ק דתעניות, וק"ק דמרן בח"מ ס"ריב. הביא בדין ח. מחלוקת בזה בלשון יש אומרים ויש אומרים ומסורת בידיו דכי האי גוונא דעתו לפסוק כי אומרים בתרא, ושם כתב בסוף סברת ר"י דחולין לא ילפינן מקדשים וצריך להוציא בפיו, והכא סתם כדעת ר"ת". ע"ש. ולפי מה שביארתי אין קושיא ששאני מ"ש מרן בחו"מ כיון שסברה האחרונה היא בשם יש מי שאומר וסברה הראשונה בשם יש אומרים, ולכן בזה העיקר כסברת היש אומרים קמא, דהיינו ר"ת והמרדכי, ולכן ממילא שאין סתירה בין מ"ש מרן בא"ח ובין מ"ש מרן בחו"מ, ואדרבא יש להוכיח מדברי מרן בא"ח שהוא סבר כה"ש אומרים קמא בחו"מ הנ"ל.

ולפי זה י"ל שאין הוכחה ממרן שהוא סבר כהרי"ף, ולכן ממילא אין הוכחה שהוא פליג על סברת המבי"ט הנ"ל. ולכן נראה לענ"ד שיש לסמוך על סברת המבי"ט כשהאב מקנה לבנו דבר שלא בא לעולם, אם כבר יש צד שהוא בעולם כגון שדה או אילן שהוא כבר שם, והאב מקנה התבואה או הפירות שעדיין לא באו לעולם. וכבר כתבתי שהמבי"ט כיון לדעת מהר"ם בתשובתו.

מ"מ אם יש מוחזק שאינו הבן של מי שנותן המתנה, אז נראה שהוא יכול לומר קים לי כדעת הרי"ף והיא הי"א במרן הנ"ל. וזה לפי הכלל המסור בידיו שאף שאנו קי"ל כסתם כנגד הי"א, או כשיש י"א קמא ובתרא כ"א בתרא, מ"מ לגבי קים לי המוחזק יכול לומר קים לי כ"א כנגד הסתם או כ"א קמא כנגד הי"א בתרא. וכן כתב הכנה"ג בשו"ת בעי חיי ח"ב חו"מ ס"קי. וכ"כ מהר"ם בן חביב בגנת ורדים חו"מ כלל א. ס"א. וכן דעת הראש"ל מהר"ר יעקב קוראל, כמבואר כל זה ברב פעלים ח"ב חו"מ ס"ג. וכן הוא ביביע אומר ח"ג. חו"מ ס"ד. אות ח. וכן בח"ו חו"מ ס"ב. ע"ש. ואף שיש חולקים בזה, מ"מ יכול המוחזק לומר שקי"ל כדעת הכנה"ג ומהר"ם בן חביב. ולפי זה המוחזק יכול לומר קים לי כדעת הרי"ף ולכן אין הבריא יכול להקנות מתנה לבנו בדבר שלא בא בעולם.

סימן קלח.

שאלה: האם מי שקנה קרקע אדעתא שיעשנו הקדש ולא הוציא מפיו כלום חייב ליתן הקרקע להקדש או לא, ודעת מרן בזה.

תשובה: (א) כתב מרן בס"ריב. ח. "קנה קרקע אדעתא שיעשנו הקדש ולא הוציא מפיו כלום יש אומרים דכיון שגמר בלבו לתת לצדקה חייב ליתן, ויש מי שאומר דאע"ג דכתיב כל נדיב לב עולות, חולין מקדשים לא ילפינן, והאידנא כל הקדש יש לו דין חולין שאין הקדש עתה לבדק הבית ואינו אלא לצדקה, הילכך כל שלא הוציא בשפתיו אינו כלום". ולכאורה נראה שי"ל בזה הכלל של י"א וי"א שהלכה כ"א בתרא, והלכה כדעת הרא"ש שהוא היש מי שאומר בדברי מרן.

אלא שכבר כתבו כמה אחרונים שאם בתחלה כתב מרן "יש אומרים", ואחר כך הוא כתב "יש מי שאומר", אז יש לאזיל אחר הי"א קמא, שהוא לשון של רבים, וכן מבואר בכנה"ג בחו"מ בכללי הקים לי, אות נב. ומהר"י פראגי

בסוף תשובתו שם). ולפי זה אף בנד"ד מצינו שכתב הרמ"א בחו"מ ריב. ת. הנ"ל "ויש להחמיר כסברה ראשונה". וכן ב"ד בסוף ס"רנח. הוא כתב, "שהעיקר כסברה ראשונה" ע"ש. (ועיין מ"ש השולחן גבוה על דבריו). ולכן לכ"ע בנד"ד העיקר כדעת היש אומרים קמא במרן.

שוב ראיתי ביחודה דעת ח"ו ס"נב. שאף הוא הביא לשון של מרן בס"ריב. הנ"ל וכתב, "ולכאורה משמע מדברי מרן שתופס כסברא אחרונה, שכל שלא הוציא בשפתיו אינו כלום, כדקי"ל בעלמא, י"א וי"א הלכה כ"א בתרא. אך יש לדחות דשאני הכא שכתב סברא ראשונה בשם יש אומרים, והשניה בלשון יחיד, ואחרי רבים להטות. וכמ"ש השדי חמד בכללי הפוסקים (ס"יג. אות כ. והלאה) ע"ש". וכן נראה לענ"ד עיקר.

סימן קלט.

שאלה: האם מי שכתב בשטר שהוא נותן מתנה לפלוני ואם הוא יחזור מנתינת המתנה אז הוא יהיה חייב לשלם קנס, יכול אחר כך לשלם הקנס כדי לפטור את עצמו מהמתנה.

תשובה: (א) כתב מרן בס"יב. ט. "שנים שקיבלו פשרנים בקנין וקנס חמשים, ואחר הפשרה אמר א' מבעלי דינים אשלם הקנס ולא אקיים הפשרה אין מדבריו כלום". ומקורו מתשובת הרשב"א ח"ג ס"רב ורג. ע"ש. הרי נראה מזה שהוא עדיין צריך לקיים הפשרה, ואין הקנס מועיל לפטור את עצמו מהפשרה. ולכן הכי י"ל בנד"ד שהוא אינו יכול לפטור את עצמו מנתינת המתנה ע"י הקנס. והטעם הוא כמ"ש הרשב"א שם, "שאיין הקנס אלא תוספת בטחון, שאם יחזרו בהן אע"פ דאין רשאים מן הדין אחר הקנין, שיפרע החזור בו כך וכך". ועוד כתב, "והקנס אינו מגרע כח הקנין אלא תוספת חיוב הוא כדי להיותם מוכרחים יותר להשלים הפשרה, וכשהזכירו הפשרנין בשעת הודעת הפשרה ואמרו מכח הקנס, לא אמרינן אלא כדי לזרזם שלא יפלו ברשת הקנס. ולא עוד אלא אפילו שיאמרו מכח הקנס ולא מכח הקנין, כל שאמרו הפשרה נתחייבו להשלים מיד מה שפשרו ביניהם הפשרנים, שאין ביד הפשרנים לבטל כח הקנין". ע"ש. ולכן נראה שה"ה לגבי מתנה שאין כח הקנס יכול לבטל המתנה.

אלא שראיתי בחלקת מחוקק באה"ע ס"נ. אות כב. שכתב, על מ"ש מרן הנ"ל, "ומשמע דוקא שכתב או אמר בלשון

(ב) **וכעת** יצא לאור תשובת שאלו לברוך אה"ע ס"קעג. ואף הוא הסכים לכלל הנ"ל, וכתב בנידונו "ואע"ג שסברה האחרונה המוזכרת בס"י שם, היא סברת הרמב"ם דגם אם לא אמר לה, לא יחזירה. וכלל הוא בידונו הלכה כיש בתרא. זה אינו, דדוקא אי הוה תני לה בלשון יש אומרים, אבל זו שנסנית בשם יש מי שאומר, יצאה מהכלל, וכמ"ש בסה"ק ויען אברהם ס"לא. משם הרבה פוסקים" ע"ש. ואף שראיתי בשאלו ברוך שם בס"קו. שהוא הכריע בנידונו שדעת מרן כסברה בתרא אף שהיא בלשון יחיד כנגד היש אומרים קמא בלשון רבים, מ"מ צ"ל שהוא עדיין לא ראה מ"ש הויען אברהם הנ"ל שהוא הביא בס"קעג.

הרי לפי זה אף בנד"ד יש לומר כן שהעיקר כהיש אומרים קמא. אלא שראיתי בשאלו לברוך הנ"ל בתוספת ברכה שם בס"קעג. הערה מרה"ג בנו באות ב. שהוא לא סבר ככלל זה של מר אביו והויען אברהם, והוא הביא ראיה כנגדם מלשון של מרן בנד"ד בחו"מ ס"ריב. ת. הנ"ל לגבי צדקה בהרהור, וכתב על דברי מרן, "הרי מבואר בעליל דמרן פסק כיש מי שאומר ולא כיש אומרים אע"פ שהביא בלשון רבים. ולכן נראה לע"ד דבנד"ד הלכה כיש מי שאומר..." ע"ש. ונראה שכוונתו שהוא סבר שמ"ש מרן בסוף לשונו "והאידינא כל הקדש יש לו דין חולין שאין הקדש עתה לבדק הבית ואינו אלא לצדקה, הלכך כל שלא הוציא בשפתיו אינו כלום", הוא סברת מרן עצמו וזה מוכח שמרן סבר כהיש מי שאומר בתרא, אבל זה אינו, אלא שכל לשון זה הוא של הרא"ש כמבואר בטור שם, ולכן מרן לא הביא סברת עצמו כלל בהלכה זו שם, ולכן אין להוכיח מזה כנגד סברת מר אביו והויען אברהם. ולכן חובה עלינו בנד"ד לילך אחר הכללים, או אחר מ"ש הבית יוסף ב"ד ס"רנח. או אחר מ"ש מרן בא"ח ס"תקסב. הנ"ל. ומכל אלו מוכח שמרן סבר כהיש אומרים קמא בנד"ד.

ויש להוסיף על זה, שכתוב בשאלו לברוך שם בס"נב. "ואם כן אע"ג דקי"ל יש ויש הלכה כיש בתרא, הנה קי"ל גם כן שאם הכריעו האחרונים כיש קמא הכי נקטינן, דלהכי כתבם מרן בלשון יש ויש ולא בלשון סתמא ויש, כדי לתת פתחון פה למכריע". וכתב על זה בתוספת ברכה שם, "וכן כתב הגאון ויאמר יצחק חו"מ ס"קצד. (ד"ה אלא דמ"מ) דאע"פ דבמקום שכותב מרן יש אומרים ויש אומרים הלכה כיש אומרים בתרא, מ"מ אחר שמור"ם הכריע שהסברא ראשונה עיקר, יש לנו לילך אחר הכרעתו כפי הכלל המקובל מהראשונים" ע"ש. (ונראה שלפי כלל זה השאלו לברוך הכריע כהיש מי שאומר בתרא בנידונו בס"קעג. כיון שהחיד"א הביא שהרשד"ם סבר כדעת הרמב"ם כמבואר

יהא גט". וכתב על זה המש"ל, "הרי מבואר דמאי דבעינן הן קודם ללאו אין אנו מקפידין על התנאי, אלא על קיום המעשה שהוא קרוי הן". ולפי זה אף לגבי מ"ש החלקת מחוקק הנ"ל צ"ל בשטר "אם לא אשלם הקנס יהא הפשרה, ואם אשלם לא יהא הפשרה", אבל החלקת מחוקק לא כתב כן אלא לשונו הוא "ובאם לא אקיים (הפשרה) אתן קנס". הרי הוא רק כתב ביטול המעשה דהיינו שאם הוא לא אקיים הפשרה, ותו לא. ומ"ש בתחלה "אני מקבל עלי בקנין", אין זה בלשון תנאי.

ואל תשיבני, שי"א דלא בעינן תנאי כפול בממון אלא בקידושין וגיטין כדעת קצת ראשונים, שמרן פסק כהרמב"ם דבעינן תנאי כפול בכל דבר, וכן כתב הערוך השולחן בס"ד. וזו אות ו. לדעת מרן. ועוד אף שמצינו דלא בעינן תנאי כפול אם הוא אמר מעכשיו כמ"ש מרן באה"ע ס"לח. ג. בסתם, מ"מ כאן בנד"ד הוא אמר "אם", ולכן ודאי דבעינן תנאי כפול.

ועוד יש להעיר על החלקת מחוקק, שלא מצינו בדברי הרשב"א חילוק זה בין אם אמר "קנין וקנס" ובין אם אמר "ובאם לא אקיים אתן קנס", ומשמע מדברי הרשב"א שבכל אופן הוא עדיין צריך לקיים הפשרה. ושוב ראיתי בתורות אמת בחו"מ ס"יב. ט. שכתב על דברי החלקת מחוקק וז"ל, "ולי דבריו צ"ע, דמאי שנא דזה שכתב הבית יוסף בלשון הרשב"א אינו מלשון הרשב"א, אלא שהבית יוסף קצר לשון הרשב"א. והלא על כל פנים גם פירוש דברי הרשב"א כן הם, בקנין. ואם לא קיים הקנין יתן קנס, ונ"ל שאין בחידוש זה ממש, והדין אמת כפשט דברי הרשב"א". הרי נראה מזה שאף במתנה י"ל הכי דהיינו שאף אם הוא כתב בשטר "אם לא אקיים המתנה אשלם הקנס" עדיין הוא צריך לקיים המתנה.

ג) אלא שעדיין יש לדון בזה לפי מה שראיתי בפעמוני זהב לר"ר רפאל אנקווא בחו"מ שם, שכתב בשם תשובת הרב המשבי"ר, "דאף שפסק הרב מוהריק"א בשולחנו הטהור ס"יב. ט. שנים שקבלו פשרנים בקנין וקנס חמשים, ואחר הפשרה אמר אחד אשלם הקנס ולא אקיים הפשרה אין בדבריו כלום עכ"ל. יראה דאין לדמות זה לדין מתנה, שהרי לעולם אומדין דעת הנותן ואם גילה דעתו במקצת כי אינו נותן ברצונו הפשוט אין במתנתו כלום, כדאיתא בס"רמב. וס"רמו. יע"ש. והכא בנד"ד שהנותן נתן מתנה ואמר אם אחזור בו אתן קנס כך וכך, מי הכריחו ומי אנסו ליתן שהוצרך לומר אם אחזור בי וכו', דהתייחס שנים שעשו פשרה דכל אחד תובע את חבירו ומחמת תביעה

הזה 'אני מקבל עלי זה בקנין וקנס', שהקנס לא כתב רק לחיזוק, אבל אם כתב דבר זה אני מקבל עלי בקנין ובאם לא אקיים אתן קנס, א"כ להדיא התנה שהקנס הוא השובר של הקנין, ואם יתן הקנס הוא פטור מן הקנין" ע"ש. וכן כתב הב"ש שם בס"ק כא. וכן כתב הכנה"ג ב"י אות י. בשם מהראנ"ח ח"א ס"סו. וכן כתב הנתיבות המשפט אות טו. ולכן לפי זה הכי יש לחלק בנד"ד שאם הוא כתב "ובאם לא אקיים המתנה אתן קנס", שהוא יכול לחזור מנתינת המתנה ע"י נתינת הקנס.

ב) אמנם יש להעיר על חילוק החלקת מחוקק הנ"ל, שנראה שמה שכתב בשטר, "ובאם לא אקיים אתן קנס" הוא תנאי, וכ"כ החלקת מחוקק שהוא "התנה שהקנס הוא השובר של הקנין". וא"כ יש לדון בזה שנראה שאין זה כתנאי של בני גד ובני ראובן, שהלא בעינן תנאי כפול וליכא, שהוא לא חוזר לכתוב שאם אני נותן הפשרה אז אין אני צריך לשלם הקנס. ועוד יש להעיר שבתנאי כאן הלאו קודם להן שהוא כתב "אם לא אקיים", והלא הוא צ"ל "אם אקיים" בתחלה. וכבר ראיתי במשנה למלך שדן בתנאי כזה בפ"ד הל" אישות הל"א. בד"ה נסתפקתי, שהוא כתב שם, "נסתפקתי במי שנותן מתנה לחבירו ורוצה ליתנה בתנאי אם לא יעלה לארץ ישראל ואם יעלה שתתבטל המתנה, ואנן קי"ל דאחד ממשפטי התנאים הוא הן קודם הלאו, ובנדון זה איך יאמר דאם יאמר אם אעלה אינה מתנה ואם לא אעלה הרי היא מתנה, מ"מ אינו דומה לתנאי בני גד ובני ראובן דהתם ההן שהוא קודם הוא קיום המעשה, דהיינו אם יעברו ונתתם, אבל הכא מה שהקדים אם אעלה הוא ביטול המעשה". וכן הוא בנד"ד שהוא נותן מתנה לחבירו ורוצה ליתנה בתנאי אם לא אשלם הקנס, ואם אשלם שתתבטל המתנה. ואם הוא אומר בתחלה אם אני אשלם הקנס אינה מתנה ואם לא אשלם הרי היא מתנה, מ"מ אינו דומה לתנאי בני גד ובני ראובן שכאן מה שהוא הקדים אם אני אשלם הוא ביטול המעשה, דהיינו ביטול המתנה.

וכתב שם המל"מ דהא "דבעינן הן קודם ללאו אין אנו מקפידים על תנאי אם הוא בלשון הן או בלשון לאו, אלא הכל תלוי בקיום המעשה ובביטולו, שקיום המעשה קרוי הן וביטול המעשה קרוי לאו, וגבי תנאי בני גד ונתתם קרוי הן שהוא קיום המעשה, ומה שלא ינחלו בארץ הגלעד קרוי לאו שהוא ביטול המעשה". ואף הוא הביא ראיה לזה מדברי מרן באה"ע בסוף הלכות גיטין שכתב "סדר מי שנותן גט על תנאי דאם לא באתי, שצריך שיאמר אם לא באתי מהיום ועד שתי שנים יהא גט, ואם אבא לא

הקנס. ועוד י"ל שאף שהרא"ש שהוא המקור לדין זה כמבואר בטור שם כתב שאין לומר שהתנאי הוא פטומי מילי כשהמוכר התנה כן בתחלת המכר, שודאי לא נתכוין הלוקח לקנות אלא כפי מה שפירש לו המוכר, מ"מ י"ל ששאני דין של מתנה שהמקבל מתנה קיבל חסד מהנותן וכל מה שהוא קיבל הוא קיבל בשמחה, בין אם יש תנאי לטובתו או לא, ולכן י"ל שאין כוונתו על תנאי זה שהוא לטובתו, שאף בלי תנאי זה הוא שמח לקבל מתנת חנם, ששמה נותן המתנה לא יחזור ממתנתו. ולכן י"ל שאף בתחלת המתנה אם יש תנאי עדיין המתנה קיימת ואין לחוש להתנאי. אלא זה אינו, שבשלמא שי"ל לגבי המקבל שהוא כיון לקבל המתנה אף בלי תנאי שהוא לטובתו, אבל הלא בעינן כוונת הנותן מתנה גם כן, ופשוט הוא שאם הוא אמר תנאי בתחלת המתנה הלא הוא כיון שהמתנה היא על תנאי זה, אף שהתנאי לטובת המקבל. ולכן נראה שאם יש תנאי כפול וכבני גד וראובן בתחלת המתנה, אז שפיר י"ל שיש לאזיל אחר התנאי וכמ"ש הרא"ש והרמ"א לגבי מקח וממכר.

(ד) ויש לדון במ"ש הרב המשבי"ר הנ"ל, "מסתמא הקנין היה על הקנס כי עדיין לא סמכא דעתיה ולא גמר בלבו שיתן ולכן על מנת שאם באולי ימלך לחזור ישלם קנס, והוי כקנין שעושים בשידוכין שהוא על הקנס, הכי מסתברא לענ"ד." ולענ"ד נראה שאף אם יש תנאי כפול וכבני גד ובני ראובן, מ"מ אין בנתינת מתנה זו חשש של אסמכתא, וזה מפני שיש מעשה של קנין בתחלה קודם שהוא כותב התנאי בשטר דהיינו שהוא ישלם קנס אם הוא יחזור מהמתנה, והמעשה של קנין הוא מה שהוא מוסר המתנה ליד המקבל, שאם לא תאמר כן אין קנין כלל מפני שזה אסמכתא כמ"ש מרן בס"ר. ב. בשם הרמב"ם, שאף אם התנאים כבני גד ובני ראובן, מ"מ "יש אומרים דה"מ בדרך מהדרכים שקונים בהם והרי יש עליו לקיים התנאי, אבל אם לא קנה עתה והתנה עמו שאם נתקיים התנאי הזה יקנה ואם לא נתקיים לא יקנה, אע"פ שנתקיים התנאי לא קנה שזו אסמכתא היא ולא קניה, אא"כ אמר לו קנה מעכשיו וקנו מידו על כך." (ואין לחלק בין מכירה ומתנה שבכולם שייך אסמכתא כמבואר ברמב"ם הל"מ מכירה פ"א. הל"ג.) ולכן אף בנדר"ד צ"ל שהמקבל המתנה קנה המתנה ולכן אין כאן אסמכתא. (ואף שמרן הביא דעת הרמב"ם בשם י"א, ובסע"א הביא מרן בלשון סתם הדין שאם נתקיים התנאי המקבל קונה, ולא כתב דבעינן קנין בתחלה כדעת הרמב"ם, מ"מ אין לומר כאן שהסתם חולק על הי"א ואנו קי"ל כהסתם, שזה אינו שהי"א בסע"ב אינו חולק על הסתם בסע"א, אלא הוא רק מפרש פירט בדין זה,

והכרח עשו פשרה וחזקו הדבר לומר אם אחזור בי וכו', אבל במתנה שרוצה אדם ליתן ואין אונס ואין תובע היכי קאמר אם אחזור בי וכו', מאחר שרצונו ליתן מהי תיתי שיחזור, א"כ מסתמא הקנין היה על הקנס כי עדיין לא סמכא דעתיה ולא גמר בלבו שיתן ולכן על מנת שאם באולי ימלך לחזור ישלם קנס, והוי כקנין שעושים בשידוכין שהוא על הקנס, הכי מסתברא לענ"ד." ע"ש. הרי הדין של מתנה שאני מהדין של פשרה, וא"כ בנדר"ד נתבטלה המתנה.

אלא שעדיין יש לחקור בזה, שיותר נראה שכל הטעם שהנותן מתנה אומר שאם אחזור אשלם קנס, הוא משום שהוא כיון רק לתוספת בטחון וכדי לזרז את עצמו ליתן המתנה, וכמ"ש הרשב"א הנ"ל לגבי פשרה, ובזה הנותן מגלה איך הוא אוהב חבירו כל כך עד שהוא אומר שאם מאיזה אונס נתבטלה המתנה אז הוא מוכן לשלם קנס. ולכן ודאי סמכא דעתיה וגמר בלבו ליתן המתנה. ולכן אין כאן אומדנא שהוא אינו רוצה ליתן המתנה, ואין דין זה דומה למ"ש מרן בס"רמו. דהתם יש אומדנא דמוכח משא"כ בנדר"ד.

ועוד י"ל שאילו רצה הנותן מתנה לעשות תנאי על הקנס, אז הוי ליה למימר התנאי כבני גד ובני ראובן, דהיינו תנאי כפול כדביארתי לעיל, ש"מ שכיון שאין כאן תנאי כפול שאין כוונתו לתנאי כלל אלא רק לתוספת בטחון כמ"ש הרשב"א הנ"ל לגבי פשרה.

ולכאורה יש להוסיף על זה, שיש סברה לומר שאף אם יש תנאי כפול וכבני גד ובני ראובן, אם הנותן מתנה חזר ממתנתו, מ"מ עדיין הוא אינו חייב לשלם הקנס בנדר"ד, וזה מפני שיש מקום לומר שיש לדמות זה למ"ש הרמ"א בס"ר. א. לגבי מקח וממכר, וז"ל "יש אומרים דאם התנה המוכר טובת הלוקח אין זה תנאי דלא הוי אלא פטומי מילי." ופירש הסמ"ע שם בס"ק ג. "דמדלא חזר הלוקח התנאי שהוא טובתו ש"מ דאף הלוקח לא החשיב דברי המוכר והבטחתו לעיקר, אלא שבא המוכר להניח עוצבו ורגזו של הלוקח, וחשב הלוקח בלבו אם אחזור התנאי יחזור המוכר מיד מדברי הבטחתו, וטוב לי השתיקה באולי יבוש לחזור מדברי הבטחתו לאחר זמן, אבל הסכים בדעתו לקנותו אף בלא אחריות" ע"ש. וכה"ג י"ל בנדר"ד לגבי הקנס, שהקנס הוא לטובת המקבל שאם הנותן מתנה חוזר מאיזה אונס שיש לו, אז יהיה הקנס להמקבל כתשלומין. ולכן מי שקיבל המתנה אינו חזר התנאי שהוא לטובתו, אלא הוא הסכים לקבל המתנה אף בלי תנאי

בכל שעה. וכן הוא בב"מ כט: ע"ש. אלא שיש לדון בזה אם דין זה שייך בזמנינו, שכתב הרא"ש בב"מ שם, "אמר שמואל המוצא תפילין שם דמיהן ומניחן לאלתר. ואין צריך לטפל בהן ולשומרן שלא ירקיבו כמו בספרים ובשאר אבדות, דתפילין שכיחי בכל עידן בבית האומן, אבל שאר אבדות אדם חפץ בשלו יותר." משמע מזה שכל טעם שמי שמצא אותן יכול להניחן, הוא מפני שלא שייך לומר לגבי תפילין "אדם חפץ בשלו יותר". וכן פירש הפלפולא חריפתא שם בס"ק ד. שכתב, "אבל שאר אבדות אדם חפץ בשלו יותר. ומשמע דאפילו בדברים השכיחים לקנות בבית האומן, דאל"כ למאי נ"מ אצטריך לפי טעמא דחפץ וכו', ולפי זה דעתו כדעת הרמב"ם דמסיים בטעמא דתפילין ואינן עשוין אלא למצותן בלבד ע"כ. והיינו הך דרבינו דכיון שאין עשוין להתנאות ולא לשום דבר אלא למצותן מה לו באלו מה לו באחרים, משא"כ בשאר אבדות שיש בהם צד ההנאות אדם חפץ שלו ביותר לפי שמה שהוא שלו כבר מצא חן בעיניו ומתנאה בו, וכ"ש דבר שיש בו צד שמוש. ולכן צריך לי עיון שהטור לא הזכיר מכל זה כלום." ולפענ"ד יש לדון בזה בזה"ז, שידוע הוא שכמה בני אדם קונים תפילין חשובות והם רוצים דוקא בתפילין שלהם ולא רוצים לקנות אחרים, וגם יש בני אדם שיש להם תפילין מלפני כמה שנים, והם לא רוצים לשנות לתפילין חדשות, או יש להם תפילין של אביהם, והם רוצים דוקא בהן. ולכן אין לומר בזה "מה לו באלו מה לו באחרים". ולכן נראה לענ"ד שיש סברה לומר שכזה"ז אין למי שמצא תפילין רשות לקנותם לעצמו, או למכור אותן לאחרים.

ואף שמצינו שפסק הרמב"ם בהל" גזילה פ"ג. הל"ד. "מצא תפילין שם דמיהן ומניחן עליו שדבר מצוי הוא ביד הכל, ואין עשוין אלא למצותן בלבד". וראיתי בש"ך בחו"מ ס"עב. ס"ק ח. שכתב לפרש טעמו וכתב, "דוקא תפילין שהרי עשוין למצותן ולמה יהיו מונחים בקופסא בחנם, וניחא ליה לאינש דליתעבד מצוה בממוניה, והלכך כיון דשכיחי לחזור ולקנות ואין לו הפסד יכול לשום דמיהן ולהניחן, וכן מדוקדק לשון הרמב"ם פ"ג. מהל" גזילה". ע"ש. הרי נראה מזה שהטעם שמותר להניחן עליו הוא משום נוחא ליה לאינש דליתעבד מצוה בממוניה, ודלא כפירש הרא"ש שהטעם הוא משום שבתפילין הוא אינו חפץ בשלו יותר, ולכן נראה שטעם זה של הרמב"ם אף אם הוא חפץ בשלו ביותר בזה"ז, מ"מ עדיין י"ל שניחא לאינש דליתעבד מצוה בממוניה, ולכן מותר למי שמצא אותן להניחן עליו. מ"מ אין פירוש הש"ך ברור בדעת הרמב"ם כמ"ש הפלפולא חריפתא הנ"ל, ש"ל

ובאופן כזה אנו קי"ל כהי"א גם כן. ולא אמרינן שיש לפסוק כהסתם כנגד הי"א אלא אם הי"א חולק על הסתם אבל אם הי"א בא לפרש עוד פרט בדין בלא מחלוקת כנגד הסתם, אז אנו אזלינן אחר הי"א. וכן הוא בבית דוד בא"ח ס"תט. וד"ה לכן, ובס"תמא. ע"ש. וכן דעת כמה אחרונים, עיין במאמר בס"רעג. ס"ק א. והפר"מ בא"א בס"תרפט. ס"ק ד. ובמנחת יעקב בס"מו. ס"ק יג. והדגל מחנה אפרים דף י. ועוד. ועיין מ"ש הערך השולחן על כלל זה הובא דבריו בפתה"ד בס"שא. דף קסח. בד"ה מיהו. ולכן שפיר י"ל שאנו קי"ל כהי"א. ולגבי דין הרשב"א לגבי פשרה הנ"ל, אף התם ליכא אסמכתא שיש קנין בתחלה, ועוד י"ל שאפשר דהתם היה בית דין חשוב דליכא בזה אסמכתא כמ"ש מרן בס"רו. טו.

ולפי זה בנד"ד אין אסמכתא כיון שהמקבל המתנה כבר קנה המתנה קודם התנאי, אבל לגבי שידוכין יש אסמכתא לגבי הקנס כיון שאין מעשה קנין בתחלה, אלא שאף שיש אסמכתא מ"מ מפני הבושת עדיין הוא חייב לשלם הקנס כמבואר במרן בס"רו. טז. ולפי זה אין לדמות הקנס במתנה להקנס בשידוכין, שבקנס במתנה המקבל כבר קנה המתנה והוא סומך דעתו על קנין זה ולכן אין אסמכתא, אבל לגבי השידוכין אין קנין בתחלה ואף אין סמיכות דעת על הקנס, אלא רק מפני בושת הוא חייב לשלם וזה לא שייך במתנה. ולכן לגבי מתנה הקנין הוא על נתינת המתנה ולא על הקנס, ודלא כמ"ש הרב המשבי"ר, כן נראה לענ"ד.

ולכן מכל זה נראה שאם אחד נותן מתנה וכותב בשטר שאם הוא יחזור ממתנתו הוא ישלם קנס, אז הוא אינו יכול לשלם הקנס כדי לחזור ממתנתו, ויש לדמות דין זה להדין של פשרה הנ"ל. אמנם אם הוא כותב כן בתנאי כפול כבני גד ובני ראובן והמקבל קנה המתנה קודם התנאי ואין כאן אסמכתא, אז שפיר י"ל שהנותן מתנה יכול לחזור ויש לו לשלם הקנס.

סימן קמ.

שאלה: האם מי שמצא תפילין בזה"ז מותר לשום דמיהן ולהניחן עליו, או שמא הוא צריך לטפל בהם עד שהוא יחזיר אותן למי שאבד אותן.

תשובה: (א) כתב מרן בס"רסז. כא. "מצא תפילין שם דמיהן ומניחן עליו מיד אם ירצה, שדבר מצוי הוא לקנות

שהרמב"ם סבר כהרא"ש. ולכן נראה שבזה"ז הוא יותר נכון לטפל בתפילין עד שהוא יוכל להחזיר אותן לבעליהן. כן נראה לענ"ד. (ועיין מ"ש במקום אחר בדעת הש"ך).

סימן קמא.

שאלה: האם שליח צריך לכוון לקנות בשעת קנין בעד המשלח או אם די במה שהמשלח כיוון לקנות.

תשובה: (א) כתב הטור בס"ערה. "הבונה פלטרין בנכסי הגר ובא אחר והעמיד להן דלתות, הראשון לא קנה שהרי לא עשה כלום בגוף הקרקע, והוי כמי שעושה גל של אבנים על גבי הארץ שאינו קונה, והשני המעמיד דלתות קנה, שהרי מועיל להיות נשמר מה שבתוכה וכגון שעשה הדלת ונעלה... והרמ"ה כתב... אם היו הלבנים משלו (הראשון) או משל גר וכיון לקנותם, לא קנה זה ולא זה... יכול לומר הראשון עצי ואבני אני נוטל נמצא שלא הועילו דלתות השני כלום אם נוטל הראשון עצי ואבניו... וא"א הרא"ש ז"ל כתב דלא משכחת ליה דקנה השני אלא כשבנה הראשון בלבני הגר ע"י פועלים שהם לא כיונו לקנות ונמצא שנשארו הפקר עד שהעמיד השני דלתות וקנה הכל בהעמדתן, אבל אם בנה הראשון בעצמו... אם בנה משל גר הרי קנאם בהגבהת העצים ואבנים, ולא נשאר אלא הקרקע ואותו הקרקע לא קנה השני בהעמדת דלתות, לפיכך לא משכחת לה אלא כשבנה ע"י פועלים כדפירשנא. ע"ש כל דבריו. הרי נראה מדברי הרא"ש שאם בנה הראשון ע"י עצמו יש כוונה לקנות הלבנים, משא"כ ע"י פועלים שהם לא כיונו לקנות. הרי מבואר שאף שהראשון כיון לקנות הלבנים, מ"מ כיון שהפועלים אינם מכונים לקנות עדיין אין כאן קנין, מצינו דבעינן כוונה מצד השליח בשעת קנין. (ואם יש כוונה מצד הפועל או איש אחר ואין כוונה מצד הבעלים שפיר י"ל שיש קנין מטעם של זכין לאדם שלא בפניו.)

אלא שיש להקשות על זה ממה שמצינו בפ"מ מרובה בב"ק עט. "היה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים פטור, הגביהו או הוציאו מרשות בעלים ומת חייב, נתנו לבכורות בנו, או לבעל חוב, לשומר חנם, לשואל, לנושא שכר, ולשוכר, והיה מושכו ומת ברשות הבעלים פטור, הגביהו או שהוציאו מרשות הבעלים ומת חייב. ופירש"י שם, היה מושכו. הכהן... האי חייב אגב קאי דמחייב גב בקנין שלוחיו... ע"ש. וכן הוא בתוספות שם שכתבו, נתנו הגב לבכורות בנו... דמתחייב הגב במשיכת הני,

וא"ת ואמאי מחייב במשיכה והא אין שליח לדבר עבירה, וי"ל דהנהו לא ידעי דאתי לידיה באיסורא אלא סבורין שהיה שלו" ע"ש. הרי מצינו מכל זה, שלרש"י והתוספות הגב חייב ע"י מעשה קנין של שלוחיו שהוא הכהן, אף שהשליח אינו יודע שהשה או השור גנובים הם והוא אינו מתכוין לקנות בעד הגב כלל אלא רק לעצמו. הרי מבואר דלא בעינן כוונת השליח לעשות קנין אלא די בכוונת המשלח, ודלא כהרא"ש הנ"ל.

וכן ראיתי בקול אליהו ח"א חו"מ ס"יא. שהוא הביא משנה זו וכתב, "אלמא שמעינן דבמשיכת חבירו אע"פ שהוא סבור שהוא כבר של הגב ולא נתכוין לזכות בשבילו אלא לעצמו, אפ"ה מתחייב הגב, דהו"ל כאלו הוא בעצמו משך. וכיוצא בזה כתב המרדכי בפ"ק דמציעא, הביא דבריו מרן ז"ל בס"שמת. וז"ל אם אמר אדם לחבירו קח לי שור מבית פלוני שהוא שלי, ונמצא שלא היה שלו אלא לגבוב נתכוין נתחייב שולחו באחריות השור במשיכת השליח יעו"ש. הרי אף זה נראה כנגד דעת הרא"ש הנ"ל. ועוד הביא הקול אליהו ראיה לשיטת רש"י והתוספות, והוא מ"ש הרב המגיד, שכתב הרמב"ם בפ"ה. בהל" אישות הל"ז. "המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס, אם נתיאשו הבעלים ונודע שקנה אותו דבר בייאוש הרי זו מקודשת." וכתב הרב המגיד, "אע"ג דקי"ל יאוש בלבד אינו קונה, הכא שהוא ביד אשה הרי יש כאן יאוש ושינוי רשות כשהיא בידה, וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה." הרי אף מזה נראה שאף שהיא סוברה שהחפץ כבר הוא של הגב ולא נתכוונה לזכות בשבילו אלא לעצמה, מ"מ עדיין זה נחשב כשיש קנין לגבוב. משמע מזה דלא בעינן כוונת השליח לקנות וסגי בכוונת המשלח.

(ב) אלא לענ"ד נראה, שאין כאן סתירה בין סברת הרא"ש וסברת רש"י והתוספות, וי"ל ששאני דין גניבה, שאף דבעינן קנין כדי להגיע לחיוב כמ"ש מרן בס"שמת. ד. "משעה שמשך הגניבה נעשה גב", מ"מ נראה דלא בעינן בזה מעשה קנין לקנות לעצמו, אלא רק מעשה קנין להפריש החפץ הגבוב מבעליו ותו לא. וכן הוא, שנראה שאף אם אחד גונב והשליח החפץ לים ואין כוונתו לקנות הדבר לעצמו שעדיין הוא חייב. וכן הוא בב"מ "למה לי לא תגנב, על מנת למיקט." פירש"י, "למיקט. לצער" הרי נראה שאף אם הוא גונב לא להנאתו כדי לקנות החפץ לעצמו אלא רק לצער הבעלים, אף שהגבוב השליח החפץ לים עדיין יש איסור של גניבה. וכן נראה מהרמב"ם בספר המצות אות רמה. שכתב, "שאף אם שרף את הגזלה או

שסגי בכוונת המשלח ולא בעינן כוונת השליח כנראה מפירש"י ותוספות בב"ק שם. מ"מ אין תירוצ זה מספיק כיון שהוא כנגד דעת הרא"ש בס"ע ר"ה הנ"ל, ולכן העיקר כתירוצ הראשון שכתבתי ששאני קנין בגניבה משאר קנינים.

אלא שעדיין יש להקשות על זה, לפי מה שכתב הקול אליהו שם, "ועיין להרמב"ן ז"ל בתשובה ס" שכתב לענין קנין סודר דכשהסודר הוא של אחרים ה"ט דקני משום דאלו אחרים מזכים הסודר לקונה ע"י המקנה ע"כ. משמע דס"ל כדעת רש"י והתוספות ודוק." הרי נראה מזה שאף שאין כאן גניבה מ"מ לא בעינן כוונת השליח אלא סגי בכוונת אחרים. ולענ"ד אין זה דומה לנ"ד כלל. ובתחלה י"ל שבדפוס שלנו של הקול אליהו יש השמטת הסימן בתשובת הרמב"ן, ונראה שהקול אליהו כיון לס"קא. שכתב הרמב"ן שם "ומה שאנו קונין בסודר של אחרים שבעל הסודר מקנה סודרו לקונה." ותשובה זו היא בתשובת הרשב"א ס"אלף יט. וכתב שם, "שאין קנין אלא בכליו של קונה, והיינו דקרי' חליפין שזה כמחליף נכסיו בסודר של אחרים, היינו שאנו רואים לבעל הסודר כמקנה סודרו לכך לקונה." הרי מצינו שכאן בעל הסודר מקנה סודרו ללוקח ולא למקנה ודלא כמ"ש הקול אליהו. ועוד מצינו במרן בס"קצה. ג. שכתב, "הקנה אחד כלי למוכר כדי שיקנה הלוקח אותו ממכר, וזה הלוקח אפילו הקנהו שלא בפני הקונה". והטעם הוא מפני שמזכין לאדם שלא בפניו כמ"ש הסמ"ע שם. וק"י הוא אם הלוקח שם שזה מועיל. והלא כאן אם הלוקח שם הוא יודע מזה וכיון לקנות הסודר כדי להחליף אותו בעד הממכר, ואף אם הוא אינו שם אנו אמרינן זכין לאדם שלא בפניו, ובוזה לא בעינן כוונת הלוקח לקנות הסודר. ואין זה דומה לדין של גנב בפ"י מרובה הנ"ל ששאני התם שמי שיש בידו השה או הבהמה דהיינו הכהן הוא לא נתכוין כלל לקנות בעד הגנב, אבל כאן מי שיש בידו הסודר דהיינו הבעל הסודר הוא כיון ליתן אותו בדרך מתנה להלוקח, ולכן אף אם הלוקח אינו שם עדיין זה מועיל משום מזכין לאדם שלא בפניו, הרי שאין זה דומה לזה. ולכן עדיין י"ל שלא מועיל כוונת המשלח לחוד אלא בעינן כוונת השליח לקנות בעד המשלח.

(ד) **שוב** ראיתי בקצות החושן בס"ע ר"ה. אות ג. שהוא הביא מ"ש התוספות בב"מ י. לגבי המשנה בב"ק הנ"ל, וכתב "וכיון דגנב וגזלן להתחייב באונסין צריך קנין כמו במכירה ונתינה, וזה השליח לא נתכוין לקנותו לגזילה כיון דלא ידע שהוא גנב, היכי יתחייב המשלח, אלא ודאי

השליכה לים יתן מה שהיתה שוה". הרי אף שהוא אינו קונה לעצמו עדיין יש איסור, כל שהוא מתכוין להפריש החפץ מבעליו. ועוד מצינו שאף אם אחד גונב כדי להשיב עדיין יש איסור כמ"ש הרמב"ם בספר המצות שם אות רמד. "לא תגנוב על מנת למקט, פירוש לצער הבעלים ולהכאיבן ואחר כך תשיבהו לו". (נראה מכאן שיש איסור תורה בזה, אלא נראה מהמשנה תורה בפ"א דהל" גניבה, שהוא כתב, "כדי שלא ירגיל עצמו בכך" שהאיסור הוא רק מדרבנן, ועיין בלחם משנה שם, ועיין בחינוך מצוה רכד. שהוא סבר האיסור של ע"מ ליקט הוא מן התורה, ועיין במנ"ח שם.) הרי אף כאן הוא אינו מתכוין לקנות לעצמו אלא רק להשיב אחר זמן קצת, ועדיין יש איסור משעה שהוא עושה מעשה קנין להפריש החפץ מהבעלים. הרי נראה שאין הקנין לגבי האיסור של גניבה הקנין כדי לקנות לעצמו, אלא רק מעשה קנין להפריש החפץ מהבעלים ותו לא.

ולפי זה שפיר י"ל לגבי המשנה בב"ק עט. הנ"ל דלא בעינן שהגנב צריך לקנות לעצמו כדי לחייבו משום גניבה, ולכן לא בעינן שהשליח צריך לכוון לכך לקנות השור או השה בעד הגנב, אלא רק בעינן מעשה של קנין להפריש השור או השה מהבעלים, ולכן כיון שהכהן הפריש השה מהבעלים ע"י צווי מהגנב די בזה כדי לחייב הגנב. אמנם לגבי דין הרא"ש בס"ע ר"ה הנ"ל בעינן כוונה לקנות בעד המשלח וכיון שלא כיונו הפועלים לכך שוב אין קנין במעשיהם.

(ג) **ועוד** ראיתי בקול אליהו שם שהוא הקשה על מרן ממשנה הנ"ל בפ"י מרובה, וכתב "והנה זאת מצינו למרן ז"ל בב"ה הביא דבריו הרב המאסף ז"ל בס"קצה. דמדברי הטור ס"ע ר"ה. וס"ר. יג. נראה דאם משך או הגביה מטלטלין ולא נתכוון לקנות לא קנה ע"כ. ועם היות כי מרן ז"ל סגר עלינו המדבר ופסיק ותני דבעי כוונה, לענ"ד דדבר זה במחלוקת שנוי דהרי מצינו בפ"י מרובה נתנו לבכורות בנו... (הנ"ל). דלפ"ז יש לתמוה על מרן ז"ל איך לא זכר שם דעות הללו במשנה שלימה הנז' דנראה דס"ל דלא בעי כוונה. גם בס"ר. פסק מרן בספר הקצר כדעת הראב"ד ז"ל דאף אם מדד לא קנה דלא נתכוון לזכיה." ולענ"ד אין כאן קושיא על מרן משני טעמים, אחד הוא ששאני גניבה משאר קנינים כדביארתי לעיל. וטעם השני הוא, שאף את"ל שיש להשוות גניבה לשאר קנינים, מ"מ אין לדמות כוונה בשעה שהוא קונה לעצמו, לכוונה כשהוא קונה ע"י שליח, שמ"ש מרן שקנין צריך כוונה זה כשהוא קונה לעצמו, אבל כשהוא קונה ע"י שליח י"ל

המשלח כמ"ש מרן בס"ע"ה. כד. וכה. וז"ל "המחזיק בנכסי הגר ובהפקר ואין דעתו לקנות אע"פ, שגדר ובנה לא קנה. העודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו לא קנה." הרי דבעינן כוונה לקנות. ושוב ראיתי בערוך השולחן בס"קצב. אות יב. שאף הוא מחלק בין קנין ע"י חזקה ובין שאר קנינים, וכתב "בחזקת קרקע לא בעינן שהלוקח בעצמו יעשה החזקה, אלא אפילו אם צוה למי שאינו ראוי לשליחות כמו קטן וכו' שיעשו ועשו הרי זה כעשיית עצמו, ואף שאין להם שליחות, דדוקא שארי קנינים כמשיכה והגבהה וקנין סודר דהוי זכיה וקנין צריך בן שליחות לזה, אבל חזקת קרקע דהקנין הוא מפני תקנה מה לי שתקנה בן שליחות או אינו בן שליחות סוף סוף נתקנה על ידו." ע"ש.

ולפי זה יש לדייק בדברי הטור בשם הרא"ש הנ"ל בס"ע"ה. לגבי הבונה פלטרין בנכסי הגר שנראה שאם הבנין וגם הדלתות נעשו ע"י פועלים ויש כוונת הבעלים לקנות, שפיר יש לומר שיש בזה חזקה ויש קנין אף שאין כוונת הפועלים, אבל בנדון הרא"ש שהבנין הוא ע"י הראשון והדלתות הם ע"י השני, והוא כתב "דלא משכחת ליה דקנה השני אלא כשכנה הראשון בלבני הגר ע"י פועלים שהם לא כיונו לקנות ונמצא שנשארו הפקר עד שהעמיד השני דלתות וקנה הכל בהעמדתו, אבל אם בנה הראשון בעצמו... אם בנה משל גר הרי קנאם בהגבהה העצים ואבנים, ולא נשאר אלא הקרקע ואותו הקרקע לא קנה השני בהעמדת דלתות, לפיכך לא משכחת לה אלא כשכנה ע"י פועלים כדפירשנא." בזה יש לדייק שאין קנין העצים והאבנים ע"י חזקה, אלא ע"י הגבהה, דהיינו "קנאם בהגבהה העצים ואבנים", ולפי זה שפיר י"ל דבעינן כוונת הפועלים ולא סגי בכוונת הבעלים. ולכן שפיר יש לחלק בין חזקה ושאר קנינים כמו שביארתי לעיל.

ושוב ראיתי בנתיבות המשפט בס"קפח. (וכן הוא בפ"ת ס"קצב. ס"ק ב.) שכתב שלגבי הקנינים ע"י פועלים מהני אם נתכוין הבעלים בעצמו לקנות ע"י הקנין שעושים הפועלים אף שלא נתכוונו הפועלים, וז"ל שם, "ואף שבקנין בעי כוונה לשם קנין, מ"מ כוונת פועל ככוונת בעל הבית, דהפועל כבעל הבית דמי לגמרי, רק דיד הפועל לא מהני מטעם דהוי כחצר מהלכת, ונראה דבחזקה מהני ע"י פועלים אף שהפועלים לא נתכוונו לזכות כיון שהבעל הבית נתכוין לזכות, כיון דבגרמתו נתקן השדה הוי כאילו החזיק בעצמו, דמה לי אם חפר ע"י שורו או ע"י פועל דמה שחפר פועלו ע"י קולו וציווי הוי כאילו חרש שורו על פי קולו, וכיון שהוא נתכוין לזכות ע"י הפועלים

כיון דשליח של אדם כמותו והמשלח מתכוין לקנין סגי בכוונת המשלח." ע"ש. ולענ"ד אין לדמות קנין במכירה לקנין בגנב כמו שביארתי לעיל, ולכן אין להביא ראיה ממשנה זו, אלא העיקר כמ"ש הרא"ש הנ"ל דבעינן כוונת השליח לקנות בעד המשלח.

וגם ראיתי שם בקצות החושן שהוא הביא ראיה אחרת לדבריו וכתב, "וכן משמע משיטה מקובצת פ"ק דמציאה דף י. א"ר יוחנן המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, וא"ת משנתינו דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי וכ' עלה הקשו בתוספות דהא אמרינן פ"ק דגיטין כל האומר תנו כאומר זכה וכו', והרא"ש תירץ דהכא לא הוי תן כזכי שהרי הרכוב אינו רוצה שידע המהלך שהוא מציאה שלא יזכה בו לעצמו, אלא רוצה שיהיה סבור שממנו נפל ואומר תן לי דבר זה ולא היה בדעתו לזכות, הלכך אם אחר שהגביה הרגיש ואמר אע"פ שהגביהתי לצורךך אני רוצה לזכות בה, זכה בה עכ"ל. ומבואר דאע"ג דלא ידע המהלך שהוא מציאה אפ"ה הוי קנה חבירו כמו המגביה מציאה לחבירו, אי לאו משום דאמר תנה לי, דלא עשאה שליח אלא ליתנו לו, אבל אם אמר לו הגביה לי דבר זה והשליח לא ידע שהיא מציאה קונה המשלח בהגבהה של זה." ע"ש ולענ"ד אין מזה ראיה, ואין זה כוונת הרא"ש אלא הרכוב אמר תנה לי רק כדי שלא ידע המהלך שהיא מציאה, אבל אה"נ שאם הרכוב אינו מקפיד על זה ורוצה שיזכה המהלך בעדו אז הוא צ"ל זכה, וממילא המהלך מכוון לזכות בעד הרכוב. ומוכרח לומר כן כדי שלא יהיה סתירה בין זה למ"ש הטור בשם הרא"ש בס"ע"ה. הנ"ל. ופלא שהקצות החושן לא הרגיש שלפי פירושו בס"ע"ה הנ"ל יש סתירה מדברי הרא"ש מאותו סימן עצמו בטור לגבי שאין הבעל קונה הלבנים ע"י הפועלים.

ה) מ"מ מה שביארתי שצריך כוונת השליח, נראה שזה דוקא בשאר קנינים אבל לא בקנין ע"י חזקה, ששאני חזקה שמעשה של חזקה בעינן ולכן כל מה שיש כוונת המשלח שוב לא בעינן כוונת השליח. וכן ראיתי במחנה אפרים בהל" קנין משיכה ס"טו. שכתב, "במידי דלא בעינן שליחות כגון מי שאמר לעכו"ם לעשות לו מעקה ועשהו, הרי מה שעשה עשוי, וכיוצא בזה כתב הרשב"א בתשובה, ועיין במהרשד"ם בח"מ ס"שעו. שכתב וז"ל ועל הספק הג' אי מיקרי חזקה מה שפרע לחופרים גם זה פשיטא לי דהוי חזקה גמורה, כי מה לי חפר הוא ומה לי חפרו הם בשבילו, ואפילו שהעכו"ם לאו בר שליחות כלל לא מתורת שליחות אני אומר וכו' ע"ש." הרי דלא בעינן כוונת הפועל או שליח לגבי חזקה. מ"מ עדיין בעינן כוונת

סימן קמב.

שאלה: האם אמרינן כל דפריש מרובה פריש כששנים הפקידו ממנום אצל אחד ונאבד או נגנב קצת הממון.

תשובה: (א) כתב הרמ"א בס"ר צב. י. "אם נתן לו להוליך טבעות של זהב וכיוצא בו, וערבן עם שלו ונאבד אחד מהן, יכול המוחזק לומר לשאינו מוחזק דילמא שלך נאבד. ואם שנים הפקידו אצל אחד ונאבד או נגנב אחד מהן אזלינן בתר רובא, וכל דפריש מרובה קא פריש, ואם הוא קבוע כמחצה על מחצה דמי." ומ"ש כל דפריש מרובה פריש הוא מהתה"ד בס"ש יד. ע"ש. ומ"ש קבוע כמחצה דמי הוא מתשובת הרשב"א בח"א ס"ת תקסג. ע"ש. הרי מבואר ש"ל כל דפריש מרובה פריש, ולכן כל ההפסד הוא למי שהפקיד רוב הממון ואין שום הפסד למי שהפקיד המיעוט.

אלא שיש להקשות על דין זה מהירושלמי בב"ק פ"ד הל"א. שכתוב שם, "תני ג' שהטילו לכיס ונגנבו כך הן חולקין (דהיינו הנשאר, הכל לפי חלקם), והתני באילו אבנים (שנפלו מהבית ועליה של שני בעלים) ונגנבו, מחצה לזה ומחצה לזה (אף שיש לאחד חלק יותר גדול באבנים מחבירו). א"ר שמי סלעים גסות הן ולית ידע אי מן הדין נסב אי מן הדין נסב, מספק מחצה לזה ומחצה לזה, אבל אבנים דקות הן ואיפשר לבלול לצאת ידי כולן כל אחד ואחד נוטל לפי כיסו." ע"ש. ופירש הפני משה "שבאבנים שהן גסות וא"א שיבללו זו עם זו ומספק שאין אנו יודעין מאיזה מהן לקח הגנב מחלק זה או מחלק זה, הילכך חולקין ההפסד בשווה... אבל במעות שהן כמו אבנים דקות שאיפשר להן שיבללו כולן ביחד, ולצאת ידי כולן... כל אחד ואחד נוטל לפי כיסו." ע"ש. הרי שזה סותר מ"ש הרמ"א והתה"ד הנ"ל שכאן יש הפסד לכל אחד כפי מה שהוא הפקיד. ולכן אם ראובן הפקיד יב' זהובים ושמעון הפקיד ו' זהובים ונגנבו ג' זהובים, לא אמרינן דכל דפריש מרובה פריש וכל ההפסד הוא לראובן כמ"ש התה"ד והרמ"א, אלא לראובן יש הפסד של ב' זהובים ולשמעון יש הפסד של זהוב א', הכל לפי חלקם.

וכדעת הירושלמי סברו הרמב"ן בריש פ"ה הבית והעליה, והחידושי הר"ן שם, והנמ"י שם. ולכן נראה שיש מחלוקת בין הראשונים בזה, שלדעת התה"ד והרמ"א י"ל כל דפריש מרובה פריש, ולדעת הרמב"ן והר"ן והנמ"י יש לחלק ההפסד כפי חלקם. והרמב"ן ודע' הביאו מ"ש במשנה במעשר שני פ"ב "מעות חולין ומעות מעשר שני

מהני, והא דבס"ע"ר"ה. כא. בסמ"ע ס"ק כו. כתב דבשאינן דעת הפועלים לקנות לא קנה, שם מיירי דגם הוא לא נתכוין לזכות בעצים ע"י הגבהת הפועלים, רק שאמר להם סתם לבנות בעצים של גר סתם, רק דכשבונה בעצמו צ"ל דמיירי שאמר בפירוש שאינו רוצה לזכות רק בבנין דבסתם כיון שבנה בידי ידו קונה לו אפילו שלא מדעת קנין, משא"כ ע"י פועלים אפילו בסתם לא קנה עד שיתכוין לקנות בציוויו ע"י הגבהת פועלים." ע"ש כל דבריו.

ולענ"ד יש לדון בדבריו, ונראה שהוא השוה קנין ע"י חזקה לשאר קנינים ובכולם לא בעינן כוונת השליח אלא המשלח בלבד, שהרי הוא השוה הגבהת העצים לקנין ע"י חזקה. וכן הבין הפ"ת הנ"ל שכתב לפרש דברי הנתיבות, "דקנין הגבהה או משיכה או חזקה ושאר קנינים שנעשו ע"י פועלים עכו"ם מהני כמו שעשה בעצמו... וע"י פועלים מהני אם נתכוין בעצמו לקנות ע"י הקנין שעושים הפועלים אף שלא נתכוונו הפועלים." הרי בכל קנינים לא בעינן כוונת הפועלים. ולענ"ד זה אינו כן, כמו שביארתי לעיל בשם הרא"ש. ונראה שהוא דחוק מה שפירש הנתיבות בדברי הרא"ש שהבעלים כשהוא הגביה העצים בעצמו יש כוונה לקנות משא"כ אם הוא עושה כן ע"י פועלים, שמה לי ע"י עצמו ומה לי ע"י פועל, הלא בשניהם הוא רוצה לקנות האבנים והעצים לעצמו כדי לבנות בנינו, אלא צ"ל שבקנין ע"י הגבהה לא סגי בכוונת הבעלים אלא בעינן אף כוונת הפועלים, וכן הוא בשאר קנינים מלבד קנין ע"י חזקה כמו שפירשתי לעיל.

(ז) **ועוד** י"ל שאף שמצינו שגרמא בקנין מותרת, וכדמצינו במרן בס"ק צז. ג. לגבי משיכת בהמה שאפילו קרא לה ובאה יש קנין. וכן מצינו בתוספות בב"ק צח. בד"ה והנ"מ דאדייה אדויי, שכתב לגבי שילוח הקן, "דכי טריף אקן ומתגבה יונים דחשיבא הגבהה לקנות אע"פ שאין תופסם ביד" ע"ש. וכן הוא בנתיבות הנ"ל. מ"מ אין לומר שהשליח נחשב כגרמא ע"י המשלח וסגי בכוונת המשלח בלבד, שזה אינו שבשלמא בקרא לבהמה או טריף בקן שאין שם איש אחר י"ל שסגי בכוונתו, אבל כשיש שליח שהוא בר דעת ודאי בעינן כוונת השליח מלבד כוונת המשלח כדביארתי לעיל.

ולכן למסקנה נראה דבעינן כוונת השליח לקנות בעד המשלח וכנראה מדברי הטור בשם הרא"ש בס"ע"ר"ה.

למי, ולכן אין זה בכלל קבוע, ואין לומר כאן מחצה על מחצה מטעם זה

ואף שמצינו בדיני איסור והיתר שיש קבוע דרבנן כשאין האיסור ניכר במקומו כמבואר בראשונים ובטור ובבב"ב בס"ק, ובפר"ח שם ס"ק יג. ובפר"ת שם ס"ק ו. מ"מ י"ל שדוקא לגבי איסור י"ל כן כמו בשר טרפה שהבשר עצמו הוא אסור, וגם זה שייך רק לגבי איסור שאינו נתבטל באלף כגון בעלי חיים דחשיבי וכדומה, ויש לגזור שמא יקח מן הקבוע כמבואר בזבחים עג. אבל לא שייך לומר זה לגבי אבנים שאין איסור באבנים עצמם אלא שקצת אבנים לבעל העליה וקצת אבנים לבעל הבית ויש רק ספק איזו אבן למי, אבל אין איסור בגוף האבן, וגם לא שייך לגזור כאן שמא יקח מן הקבוע, ולכן אין לומר שיש כאן דין קבוע אפילו בדרבנן, ולכן לא משום זה אמרו מחצה לזה ומחצה לזה. ואף שיש איסור גניבה, מ"מ לא משום זה אנו אמרינן אם האבן של בעל הבית או בעל העליה, שעכ"פ יש איסור גניבה בין אם האבן של זה או של זה, אלא כל טעם שאנו דנין בזה הוא כדי לידע אם ההפסד לזה או לזה, ואין בזה צד איסור כלל אלא הכוונה כאן היא לידע מי הבעלים של אבנים אלו. וראיתי בלשון הרמב"ן והר"ן והנמ"י והחידושי אנשי שם על הנמ"י וכן בפני משה על הירושלמי, ולא ראיתי באחד מהם שכתבו ששייך באבנים הדין של קבוע, אף שיש להן דין של מחצה על מחצה. אלא צ"ל טעם אחר לדבר.

ואף שמצינו בתשובת הרשב"א הנ"ל הדין של קבוע, שאני התם כיון דהתם יש כיס של מעות והוא ניכר שכיס זה לאיש זה וכיס זה לאיש אחר. וכן הוא בנדון הריצב"א בתה"ד הנ"ל "שהיו כיסים חלוקים וידועים לכל אחד את שלו" כמבואר בתה"ד שם, אבל לגבי המעות בכיס בירושלמי אין היכר, וכן לגבי האבנים אין היכר, ולכן אין לומר בזה דין של קבוע. כן נראה לענ"ד.

שוב ראיתי בקצות החשן בס"רצב. אות ב. שהוא כתב לפרש הירושלמי שהאבנים הן קבוע. ע"ש. וגם ראיתי בנתיבות המשפט שם בס"ק טז. שהוא כתב "דהרמ"א מפרש הא דאמר בירושלמי סלעים גסות הן, הכוונה שמקפידין עליהן והן ניכרין, משא"כ מעות דקין הן ונבללין וא"א להכיר זה מזה ואין מקפידין זה על זה" ע"ש. ואף זה לא הבנתי, שאין האבנים ניכרים שזו של זה וזו של אחר, וכיון שאין היכר אין כאן דין קבוע כלל כדבארתי. ומה לי אם אבן אחת קצת משונה מחברתה הלא

שנתפזרו, מה שלקט לקט למעשר שני עד שישלים והשאר חולין. אם בלל וחפן, לפי חשבון, זה הכלל המתלקטים למעשר שני, והנבללים לפי חשבון. והפירוש של לפי חשבון, הוא לפי כמה מעות של חולין ומעשר שני יש שם, כגון שאם לזה מנה ולזה מאתים, נותן לזה של מנה שלישי, ולזה של מאתים שני שלשים, כמבואר ברע"ב שם. הרי אף מזה נראה שבנבלל אין אזלינן אחר הרוב ודלא כהתה"ד הנ"ל.

ב) וראיתי בנחפה בכסף בח"מ ס"כב. בד"ה אכן ראיתי, בדף קכא. שהוא הביא דברי העדות ביעקב ס"עד. שהקשה להתה"ד דאישתמיטתיה דברי הירושלמי הללו והביא הרמב"ן ז"ל והנמ"י ז"ל בב"מ הנ"ל, ומחמת זה דחה דברי הרב תה"ד, ופסק שההפסד הוא לפי החשבון ע"ש. ובד"ה אכן מי, השיב הנחפה בכסף וז"ל, "גם מה שהקשה עוד למאי דס"ד התה"ד למימר דאזלינן בתר רובא שהרי מהירושלמי מוכח דלא אזלינן בתר רובא, הא נמי ל"ק דהרי הוא עצמו כתב בס"קלח. דהירושלמי מיירי בקבוע, ומזה הוכיח דהיכא שאינו ניכר הקבוע לא אמרינן בו מחצה על מחצה וכו' יע"ש באורך, והשתא לפי זה ל"ק להרשב"א ותה"ד דהא אין להוכיח מדברי הירושלמי דלא אזלינן בתר רובא משום דסוף סוף הרי הוא קבוע שם אלא שאין הקבוע ניכר, ולכך דיינינן ליה בתר הסברא ותלינן רובא ברוב ומיעוטא במיעוט דמידי דנבלל, ובמידי דניטל אחד אחד יחלוקו בשוה, אבל לעולם דהיכא דליכא קבוע כלל אזלינן בתר רובא ואין שום הוכחה להפך מהירושלמי" ע"ש.

ולא ירדתי לסוף דעתו בזה, שלענ"ד אין כאן קבוע כלל, שהלא הירושלמי השוה הדין של כיס של מעות להדין של אבנים, אלא שאחד הוא כלול ואחד אינו כלול, וכיון שבמעות בכיס אין קבוע כלל ה"ה שאין קבוע לגבי האבנים, שאל"ת כן איך הקשה הירושלמי מזה לזה. ועוד י"ל שאף שכל אבן היא במקומה, מ"מ אין היכר איזו לבעל העליה ואיזו לבעל הבית, וזה מ"ש הנחפה בכסף שקבוע זה אינו ניכר, אבל מצינו שכתב הפר"ח ב"ד ס"ק. ס"ק יג. "וכתב רבינו שמשון בסוף ספרו ס" כריתות דבהכי ניחא מה שמקשים העולם יאסר כל העולם בחרישה וזריעה מטעם נחל איתן שהוא קבוע, ולמאי דפרישית ניחא כיון דלא ידעינן היכן נחל איתן לא שייך למימר כל קבוע, אבל אי ידעינן מקומו אמינא כי הנזרע בתוכו אסור ואי נסבינן זרע ולא ידעינן אי מיניה אי משאר עלמא אסור עכ"ל." הרי אם אין ידוע מקומו אז אין איסור אכילה אפילו מדרבנן, ולכן ה"ה לגבי האבנים הנ"ל שאין ידוע איזו אבן

עדיין אינו ניכר איזו אבן לבעל הבית ואיזו אבן לבעל העליה. ולכן נראה לענ"ד שאין כאן דין קבוע כלל.

ג) ולפי זה הקושיא על התה"ד מהירושלמי עומדת במקומה. ולענ"ד נראה שהטעם דלא אמרינן כל דפריש מרובא פריש הוא משום ששמא אין כאן רוב כלל, שלגבי האבנים אף שיש לאחד חלקו יותר מחבירו, מ"מ אין זה ברור שכך יש לחלק האבנים השבורות כמ"ש הרמב"ן שם וז"ל "כיון דפנינהו ולא ידעינן היכי נפל ואי בחבסא כולהו שבורות דמר, ואי בחבטא כולהו דמר, א"כ הוה ליה ממון המוטל בספק ודין הוא שיחלוקו אע"פ שזה גדול מזה." הרי אף שיש לאחד חלק גדול כגון שהבית גדול מהעליה, מ"מ אין זה הוכחה שרוב האבנים שבורות שלו, ולכן כיון שאין כאן רוב ברור אין לומר כל דפריש מרובא פריש. וכן נראה מהחידושי הר"ן שם שכתב, "אפילו אחד מהן גדול למה נוטל מן השבורות יותר שהרי ספק זה שקול הוא במועט ובמרובה דאי בחבטה כולהו שבורות דמר, א"כ הו"ל ממון המוטל בספק וכיון שהספק שוה בשניהם אע"פ שהאחד מרובה משל חבירו חולקין כמו שיתבאר." ע"ש. וכן נראה ממרן בס"קסד. ג. שכתב, "ואם נשתברו מקצת האבנים רואים איזה ראויה להשתבר אם אבני הבית או אבני העליה, ודבר זה ידוע מדרך הנפילה אם נפל העליון על התחתון והרסו, או נשמש התחתון ונפל העליון ונהרס, ואם אינם יודעים כיצד נפל חולקין האבנים השלימות והשבורות." הרי שאם אין ידוע דרך הנפילה אף שהבית יותר גדול מהעליה, מ"מ עדיין אפשר להיות שרוב השבורות הם לבעל העליה, שהכל תלוי בדרך הנפילה. ולכן כיון שזה דבר ספק ואין כאן רוב ברור חולקים מחצה לזה ומחצה לזה.

ואף לגבי הממון בכיס בירושלמי שם י"ל שאין לאזיל אחר הרוב, שדין זה הוא לגבי שותפים שנתנו ממנם בכיס כמבואר בפני משה שם, וכן הוא בטור בס"קעו. בדיני שותפים בשם הרמ"ה שכתב "מסתברא היכא שהטילו לכיס ונגנבו או אבדו כיון דלא אשתני גופא דממונא חולקין לפי המעות, וכל זה לא איירי אלא בנשתתפו סתם, אבל אם התנו הכל כפי התנאי בין בריוח בין בהפסד." וכן פסק מרן בס"קעו. ז. ועיין מה שהקשה הש"ך שם בס"ק טו. ומה שתירץ הנתיבות המשפט בס"ק יב. ולענ"ד נראה שהטעם דלא אמרינן כל דפריש מרובא פריש הוא משום שכתב מרן בסע"ה. "אם המעות קיימים ועדיין לא הוציאו אותם, ופחתו או התירו מחמת המטבע ששינה המלך או אנשי המדינה, חולקין השכר או ההפסד לפי המעות, ואם התנו ביניהם הכל לפי תנאם בין בריוח בין בהפסד."

דהיינו דלא כדין של אם יתעסקו בממון זה שהשכר או הפחת בשוה, כמ"ש מרן שם. ולפי זה מצינו שהדין של אבידה וגניבה הוא כדין כשהמעות קיימים שחולקין לפי המעות, וזה מ"ש הרמ"ה "כיון דלא אשתני גופא דממונא חולקין לפי המעות." וי"ל בשותפים שהכל תלוי בקבלת דעתם בתחלת השיתוף, וי"ל שמסתמא כך קבלו שכל הפסד כשהמעות קיימים הוא לפי המעות, ונראה שמסתמא אבידה וגניבה בכלל זה, ולכן אין לומר בזה כל דפריש מרובא פריש שכאן העיקר הוא מה הוא הקבלה בדעתם בשעת השיתוף, שהלא מצינו שאם הם אמרו תנאי אחר בשעת השיתוף אז הכל לפי התנאי כמ"ש מרן הנ"ל, ולכן נראה שהכל לפי הקבלה כאן ואין לחוש לכל דפריש מרובא פריש, שאין זה קבלתם אלא מסתמא הם קבלו שגניבה ואבידה הן בכלל הפסד כשהמעות קיימים כגון שינוי במטבע ששינה המלך. הרי מצינו שאף בזה אין לחוש לרוב.

ואף לגבי המשנה במעשר שני הנ"ל נראה שאין לחוש לרוב, וזה לפי אלו שאומרים שבדבר שיש לו מתירין אין לסמוך על הרוב. ובזה מעשר שני הוא דבר שיש לו מתירין כמבואר בנדרים נח. וברמב"ם הל" מאכלות אסורות פ"טו. הל"י. ולכן אף אם רוב המעות חולין עדיין יש להחמיר משום דבר שיש לו מתירין, ולכן אין לחוש לרוב כאן. ועיין בים של שלמה בפ"ק דביצה ס"ו. שכתב, "ונהי דלא שרינן משום רובא כה"ג מאחר דמחמירין בספיקא, שהרי אפילו נתערב באלף כולן אסורות, וכ"ש היכא דאיכא ספיקא במילי דאורייתא, והטעם דלא אזלינן בתר רובא בדבר שיש לו מתירין." ועיין עוד בזה במשנה למלך בפ"ז דהל" מעילה הל"ו. ובשער המלך בהל" יום טוב פ"ד הל"כד. ובערך השולחן י"ד ס"קב. אות ב. ואף לדעת החולקים על סברה זו, וכן נראה דעת מרן בי"ד טז. יב. מ"מ עדיין לא אמרינן לגבי המעות של חולין ומעשר שני שנתפזרו שיש לאזיל אחר הרוב, וזה מפני שיש תיקון בידו כדי להציל מן הספק, והוא התנאי כמ"ש הרמב"ם בהל" מעשר שני הל"א. בשם הירושלמי, וז"ל "זה הכלל המתקטין למעשר שני והנבללין לפי חשבון, מתנה ואומר אם אלו שבידי הן המעשר השאר חולין, ואם הן חולין הרי מעות המעשר בכל מקום שהן מחוללין עליהם." הרי נראה שאין מקום לומר זיל בתר רובא, שכל זה כשא"א לברר אם מה דפריש אם הוא מהאיסור או היתר, אבל כאן כיון שאפשר לתקן הכל ע"י התנאי הנ"ל, אז ממילא אין לאזיל אחר רובא ויש לחלק הממון שהוא נבלל כפי השיעור וע"י תנאי. וכן מצינו לגבי כלי שנאסר בבליעת איסור שנתערב באחרים ואינו ניכר בטל ברוב, ואין דנין אותו

להשאל שיש לו מתירין לפי שצריך להוציא עליו הוצאות להגעילו כמ"ש בש"ע י"ד ס"קב. ג. משמע כשאין הוצאות שפיר י"ל שהוא אינו נתבטל כיון שיש תיקון קל לתקן האיסור. וכן נראה מהש"ך שם שכתב שיש להשהות הכלי מעת לעת שאין הוצאות בזה. ולכן אף לגבי כל דפריש מרובא פריש י"ל הכי, שאם יש תקון קל לסלק האיסור לא אמרינן שיש לאזיל אחר רובא דהתירא. הרי מבואר שלא שייך לומר לגבי מעות של חולין ומעשר שני זיל בתר רובא.

ואף את"ל שיש לדחות סברה הנ"ל לפי מה שמצינו לגבי יח' טרפות שאינו צריך לבדוקם ויש לסמוך על הרוב אף שיש תיקון להסיר האיסור ע"י בדיקה, וכן מצינו לגבי ציצית שמעיקר דין א"צ לבדוקם קודם לבישת הטלית ויש לסמוך על החזקה ולכן ק"ו ברוב שהוא עדיף מחזקה, ועיין מה שביארתי בזה בח"א ס"קלד. אות יג. מ"מ אף שיש לחלק חילוקים מ"מ עדיין י"ל שהחמירו חכמים לגבי מעשר שני ואין לחוש לרוב כיון שיש תקון קל של התנאי, וכן ראיתי בחידושי הר"ן הנ"ל שכתב סברה זו לגבי דבר אחר, וז"ל "התם משום חומרא דמעשר שני היא".

ולפי זה נראה שהטעם דלא אמרינן בכל הנ"ל כל דפריש מרובא פריש הוא משום שאין כאן רובא או משום שאין לחוש לרובא, ולכן י"ל בזה ממוץ המוטל בספק חולקין כמבואר ברמב"ן ודע'. ואין לדמות כל זה למ"ש התה"ד הנ"ל דהתם יש רוב ברור.

סימן קמג.

שאלה: האם מותר לבית דין לכופף יחיד שיש לו ספר, להשאל אותו לתלמיד חכם עני שאין לו מעות לקנות ספר זה, אף שספר זה מצוי בחנות של מוכרי ספרים.

תשובה: (א) כתב מרן בס"רצב. כ. "המפקיד ס"ת אצל חבירו גוללו פעם אחת ליב' חודש, ואם כשהוא גוללו פתחו וקרא בו מותר, אבל לא יפתח בגלל עצמו ויקרא, וה"ה שאר ספרים, ואם פתח וקרא וגלל בגלל עצמו הרי שלח יד בפקדון ונתחייב באונסים." וכתב על זה הרמ"א, "וכמו שאסור לקרות ממנו כן אסור להעתיק ממנו אות אחת, והני מילי בעם הארץ אבל תלמיד חכם שאין לו ספר כיוצא בזה מותר לקרות ולהעתיק ממנו, כי ודאי אדעתא דהכי הפקידו אצלו (מרדכי ס"פ המפקיד), ובמקום בטול תורה שאין ספרים נמצאים יכולים בית דין לכופף לו

ויש לדון בדברי הרמ"א שיש בדבריו שני דינים, אחד של המרדכי, ואחד של הרא"ש. ויש לבאר הטעם של שני דינים אלו. טעם המרדכי הוא מפני שכתוב "לא יבזו לגנב כי יגנוב" שאין לבזות למי שגונב דברי תורה ומעתיקו, וכן הוא במדרש משלי, ובתוספתא ב"ק פ"ז. אמנם בתשובת הרא"ש לא מצינו טעם זה, אלא כתב "וששאלת על דין שדן על מי שיש לו ספר ואינו רוצה להשאילו, ונתן עליו קנס עשרה זהובים בכל יום מפני שהיה ביטול תורה בעיר מחמת חסרון ספרים בעיר, והיו אנשים שהיה להם ספרים ולא רצו להשאילם, יפה דן ואני מסכים עמו, ובלבד שישומו שלשה שמאים הספר ואם יפחת ויתקלקל שישלם השואל הפחת על פי אותם שמאין ויתן המשכון בכדי שומת הספר." הרי הרא"ש לא כתב טעם לדבריו אלא רק שיש בטול התורה בעיר מחמת חסרון ספרים.

וראיתי בסמ"ע שם בס"ק מה. שהוא הביא דברי הלבוש וכתב, "ובעיר שושן ערבב הדברים דמתחלה כתב בל' מור"ם ז"ל דודאי אדעתא דהכי הפקידו אצלו ואחר זה כתב דין כפייה אשאי' ספרים וכמ"ש מור"ם ז"ל, ואחר זה מסיק וכתב ז"ל כדאיתא במדרש משלי לא יבזו לגנב, שאין לבזות למי שגונב דברי תורה ומעתיקו, ובלבד שישלמו לו מה שיתקלקלו עכ"ל." הרי נראה מדברי הלבוש שכתב הטעם של לא יבזו לגנב, אחר הדין של המרדכי וגם אחר הדין של הרא"ש, שטעם זה מספיק לבאר שני דינים אלו, ובשניהם הטעם הוא מפני שלא יבזו לגנב. וכן דעת הש"ך שם בס"ק לה. שכתב על דברי הלבוש "וכן נראה לי עיקר" ע"ש.

(ב) ועלנ"ד שיש טעם אחר לדברי הרא"ש, והוא על פי מ"ש מרן בס"קסג. א "כופין בני העיר זה את זה לעשות חומה דלתים ובריח לעיר, ולבנות להם בית הכנסת ולקנות ספר תורה נביאים וכתובים כדי שיקרא בהם כל מי שירצה מן הצבור." ועיין בערוך השולחן שם אות א. שכתב "וכופין לקנות ספרי דפוס המוכרחים כמו תנ"ך עם פרש"י ומשניות וש"ס וטורים ורמב"ם וארבע ש"ע כדי שמי שירצה ללמוד יהיה לו במה שילמוד". ונראה מזה שלא דוקא שכופין ליתן ממון כדי לבנות חומה וכו', אלא אף אם אחד בעיר יש לו אבנים גדולות יכולים שאר בני העיר לכופף אותו למכור אבנים אלו להם כדי לבנות החומה. ונראה שהטעם שהצבור יכולים לעשות כן להוציא ממון מכל אחד ואחד, הוא מפני שאנו אמרינן הפקר בית דין

ופירושו, שנראה שפסוק הראשון שהוא "עושה צדקה בכל עת", הוא איירי במצוות צדקה ממש, שהוא נותן ממנו כמ"ש בדברים טו. י. "נתון תתן לו ולא ירע לבבך בתתך לו", ולכן מי שנתן מממונו לבניו או ליתום מקיים מצוה זו, אבל בפסוק שני של "וצדקתו עומדת לעד" אין המצוה שם צדקה כלל, אלא מעשיו בכלל גמילות חסדים, והיא בכלל ואהבת לרעך כמוך כמ"ש הרמב"ם בהל"א אבל פ"יד. הל"א ע"ש. ולכן הפירוש של "צדקתו עומדת לעד" הוא שהמעשים טובים של אותו צדיק עומדים לעד, אבל אין כאן כלל מצוות צדקה שהיא ליתן ממנו לעניים. וכן נראה מרש"י שם שפירש "וצדקתו עומדת לעד, על שטרח ללמד לתלמידים. זה הכותב כו', הספרים קיימים לו שאינם כלים, וצדקתו עומדת לעד." הרי אין כאן מצוות צדקה ליתן ממנו לעניים אלא רק מעשים טובים שראויים לכל צדיק.

ולפי זה כיון שאין בהשאלת ספרו לאחרים בכלל מצוות צדקה אלא רק גמילות חסדים שהיא בכלל ואהבת לרעך כמוך, יש להבין איך כתב הגר"א "ואמרין שם דכופין על הצדקה", שבשלמא שיש לכופ על מצוות עשה שהיא חיוב, אבל אין כופין על מצוה קיומית בלבד. ולכן אם יש חולה בעיר אין כופין לחבירו לבקר אותו כדי לקיים מצוות ביקור חולים שהיא בכלל ואהבת לרעך כמוך כמ"ש הרמב"ם בהל"א אבל הנ"ל. וכן אין כופין על נחום אבלים, שכל אלו אף שהם מצוות גדולות ואין להם שיעור, מ"מ הם אינם חיוב כמו תפילין בכל יום, או לקיחת לולב וישיבת סוכה כמבואר בכתובות פו., או פדיון הבן כמ"ש הפ"ת ב"ד ס"ה. ס"ק א. וכדומה. ולכן איך כתב הגר"א שכופין להשאיל ספר לאחרים. וכן לא מצינו שכופין לרב ללמד לתלמיד אף שזה בכלל "צדקתו עומדת לעד" כמ"ש בכתובות נ. הנ"ל. ואף שכתב הרמב"ם בהל"א ת"ת פ"א הל"ב. "מצוה על כל חכם וחכם מישראל ללמד את כל התלמידים" ע"ש. ולכן עדיין צריך לברר דעת הגר"א בזה.

ואף שכתוב במשנה בריש פאה שגמילות חסדים אין לה שיעור, ופירש הרמב"ם שם, "הוא שם נופל על שני ענינים מן המצוות, האחד שיעזור האדם לישראל בממונו כגון צדקה ופדיון שבויים, והשני שיעזור אותם בגופו כגון ניחום אבלים וללות את המתים ולבוא לחופת חתנים ודומה לזה, ומה שאמר בכאן גמ"ח אין לה שיעור ר"ל לעזור האדם בגופו, אך שיעזור אותו בממונו יש לו שיעור והוא חמישית ממנו ולא יתחייב לתת יותר מחמישית ממנו, לבד אם עשה כן ממדת חסידות." (נראה שמ"ש בסוף אם לא עשה כן ממדת חסידות הוא שייך ל"חמישית ממנו", ולא על מ"ש אחר כך "יותר מחמישית"). הרי

הפקר. וכן נראה מתשובת הרא"ש כלל נה. אות י. בד"ה כל המנהגים, שכתב שם "בענין ממון יש כח ביד בית דין לתקן תקנות בענין ממון לפי הזמן והצורך אפילו להעביר מדין תורה וליטול מזה וליתן לזה, כדנציא בפ"ק דבתרא ח: ורשאין בני העיר להתנות על השערים והמדות ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן. פי' להסיעו להעביר אדין מדברי תורה על קיצתן. ואמרין ביבמות פט: אמר ר' יצחק מנין הפקר בית דין הפקר... לומר לך מה האבות מנחילין את בניהם כל מה שירצו אף ראשים מנחילין את העם כל מה שירצו, וכל זה בתקנה שבית דין מתקנים ומפקירים ממון זה ונותנים אותו לזה." וכן הוא בריב"ש ס"שצט. ע"ש. וכן הוא במהר"ם אלשקר ס"מח. ע"ש. וכתב שם "שמע מינה דבכל בית דין מיירי וכ"ש בצבור שיכולין להפקיע ממון ולגזור ולתקן תקנותיהם." הרי שלא דוקא בית דין אלא אף אנשי הצבור יכולים לעשות כן.

ולפי זה יש להבין דברי הרא"ש, ולכאורה נראה דהוי ליה לומר שיש חוב על הצבור לכופ ולקנות הספרים מבעלי ספרים באותה עיר כדי שכולם יוכלו ללמוד מהם, אלא נראה שהרא"ש סבר שאין צורך לזה, ואין לבזבז ממון הצבור לחנם, ואין לכופ בעלי הספרים למכור ספריהם, והוא יותר טוב לכופ בעלי הספרים רק להשאיל ספריהם, ובזה מעטין הכפיה כיון שעדיין הספרים הם לבעלם, וגם בזה אין מוציאין ממנו משאר בני העיר.

הרי מבואר שאין טעם הרא"ש משום לא יבוזו לגנב, אלא מפני שבני העיר יכולים לכופ זה את זה, ואף להוציא ממנו מטעם הפקר בית דין הפקר, וכל שכן שהם יכולים לכופ איש אחד להשאיל ספרו. כן נראה לענ"ד לבאר דעת הרא"ש.

ג) ולענ"ד נראה שיש מקום לומר שכן דעת הגר"א, שהוא כתב על דברי הרא"ש ברמ"א הנ"ל בס"ק מז. "כמ"ש בפ"ד דכתובות עשה צדקה כו', זה הכותב ספרים כו', ואמרין שם דכופין על הצדקה." ויש להבין דעתו בזה, שהרי כתוב בכתובות נ. "אשרי שומרי משפט עושה צדקה בכל עת, וכי אפשר לעשות צדקה בכל עת, דרשו רבותינו שביבנה ואמרי לה רבי אליעזר, זה הזן בניו ובנותיו כשהן קטנים, רבי שמואל בר נחמני אמר זה המגדל יתום ויתומה בתוך ביתו ומשיאן. הון ועושר בביתו וצדקתו עומדת לעד, רב הונא ורב חסדא, חד אמר זה הלומד תורה ומלמדה, וחד אמר זה הכותב תורה נביאים וכתובים ומשאילן לאחרים." ויש לדון בשני פסוקים אלו

ובנתיבות המשפט. ולכן אף בהשאלת ספר י"ל שאין להוציא ספר מיד המוחזק כיון שזה ספרו, ואין זה דומה לדין של עבוט דהתם אין העבוט של המוחזק.

(ה) ולפי כל הנ"ל יש לדון בנד"ד, וי"ל שאם לדעת הרא"ש מותר לכוף להשאיל ספר מפני שזה בכלל תקוני העיר, אז י"ל שזה דוקא כשיש תועלת לכל בני העיר כגון שהספר הוא יהיה בבית המדרש שכל הבאים שם יכולים ללמוד ממנו, אבל לכוף בעל הספר להשאיל ספרו רק לאדם פרטי, אין זה בכלל תקוני העיר, שרק בחומה שיש שמירה לכל העיר או לס"ת שהצבור קוראים בו, או מקוה שהכל טובלים בה וכדומה י"ל בהם שהם תקוני העיר, אבל לא במה שיש הנאה רק לאיש פרטי. ואת"ל שת"ח זה שהוא עני אינו יכול ללמוד כראוי מפני שאין לו ממון לקנות ספר, אז יש לקהל ליתנו ממון מצדקה כדי שהוא יוכל לקנות איזה ספר שהוא ירצה, אבל אין לכוף אחר להשאיל ספרו.

ועוד י"ל שאף לדעת הלבוש שכתב שהטעם שמותר לכוף להשאיל ספר הוא מפני לא יבוזו לגנב, י"ל שאף זה כשא"א באופן אחר כגון שאין ספר אחר בעיר כמבואר בתשובת הרא"ש הנ"ל, אבל אם יש ספרים אחרים בעיר אז יש לקהל לקנות אותם בעד הת"ח העני ואין לכוף על זה.

וראיתי בערוך השולחן בס"רצב. אות לד. שהוא כתב "עני ת"ח שאין לו במה ללמוד ובעל הספר אינו רוצה להשאיל לו ספרו, גדול עונו מנשוא, ויכולין בית דין לכופו להשאילו, וגם בזמן הזה יש דין ת"ח בזה." ולענ"ד נראה שאף שכן הוא שי"ל בזה שגדול עונו מנשוא והוא מדת סדום, מ"מ אין לבית דין לכוף בזה כדיארת לעיל.

סימן קמד.

שאלה: האם מותר בנזקי ממון לשלם כדמיו בשעת הפרעון, או צריך לשלם כדמיו בשעת הנזק, באופן שהחפץ הוזל בשעת פרעון.

תשובה: (א) כתוב בפסחים לב. "כל הגזלין משלמים כשעת הגזלה." ופירש"י "כשעת הגזלה כדכתיב אשר גזל, כמה שגזל." הרי לגבי גזל יש לשלם כשעת הגזלה. וכן הוא במרן בס"שסב. יא. "היתה שוה בשעת הגזילה ארבעה ובשעת הוצאה מן העולם דינר משלם ארבעה

נראה מזה שבממונו הוא חייב ליתן עד חמישית אבל בגופו אין שיעור והוא חייב לעשות גמ"ח בכל פעם ופעם שבאה לפניו איזו מצוות גמ"ח. אלא עדיין י"ל כמו שביארתי לעיל שמה שאין שיעור לגמ"ח בגופו הוא בגדר של מצוה קיומית, ולכן אין כופין איש לבוא לחופת חתנים או לנחום אבלים. וכן יש לדייק ברמב"ם בהל"א אבל פ"ד. שכתב שם בהל"ג. "כופין ללויה כדרך שכופין לצדקה", אבל בשאר הלכות שם כגון של נחום אבלים, וכן לשמח הכלה והחתן וכדומה לא מצינו שכתב הרמב"ם שכופין עליהם. הרי מבואר שמלבד צדקה ולויה אין כופין על גמילות חסדים. וכן יש לדקדק, שמ"ש הרמב"ם שיש שיעור למעלה של חמישית ממנו, הוא רק מדת חסידות, ולכן י"ל שאם אין שיעור למעלה בגמ"ח בגופו אף זה במדת חסידות. ולכן ממילא מכל זה שאין כופין להשאיל ספר. ולכן דעת הגר"א הנ"ל צריך ביאור.

(ד) ולענ"ד נראה שיש לבאר דברי הגר"א לפי התירוק השני בתוספות כתובות מט: בד"ה אכפייה, שכתוב שם "וא"ת היאך כפה אותו בשביל צדקה והכתיב מתן שכרה בצדה דכתיב יברכך, ואמרינן בפ" כל הבשר כל מצות עשה שמתן שכרה בצדה אין בית דין של מטה מוזהרין עליה, וי"ל דאכפייה בדברים, א"נ קצבו ביניהן בני העיר לתת כך וכך לחדש הלכך אכפייה כדאמרינן בפ"ק דב"ב ח: דרשאינן בני העיר להסיע על קיצתן... ע"ש. הרי לתירוק שני הטעם שיש לכוף על צדקה הוא מפני שזה בכלל תקנת העיר וכדיארת לעיל. והטעם שיכולים הקהל לתקן כן הוא מפני הפקר בית דין הפקר כנראה מתשובת הרא"ש כלל נה. אות י. הנ"ל. ולכן סבר הגר"א ששפיר הוא לכוף מי שיש לו ספר להשאיל הספר לאחרים בעיר, כיון שזה בכלל צדקה וכפיה זו בכלל תקוני העיר והפקר בית דין הפקר. הרי זה סיעתא למה שביארתי לעיל.

ועוד י"ל שאף שמצינו תירוצים אחרים לקושי התוספות הנ"ל כמבואר בתוספות שם, מ"מ נראה שי"ל בזה שיכול המוחזק לומר קי"ל כתירוק שני, ואין להוציא ממון ממנו אם לא קצבו ביניהם בני העיר. וכן מצינו בסמ"ע בס"ק. בס"ק ב. שכיון שיש מחלוקת אין להוציא מיד המוחזק ע"י כפיה, וז"ל "וכיון דיש בדבר פלוגתא מש"ה בכיבוד אב ואם לא רצה מור"ם לכתוב להכריח הבן ולכפותו דהו"ל כאילו באנו להוציא מידו שיטריח נפשו במקום שיש פלוגתא בדבר, משא"כ בהשבת העבוט דמשכון עומד ברשות הלוי ולא מיקרי הוצאה מידו במה שכופין אותו להשיב העבוט" ע"ש. ועיין בש"ך שם ובקצות החושן

כשעת הגזלה, בין ששברה או שתאה בין שנשברה או אבדה מאיליה, וכן כל כיוצא בזה.

והמקור לזה מהפסוק בסוף פרשת ויקרא כמ"ש רש"י הנ"ל, שכתוב שם "והשיב את הגזלה אשר גזל", הרי נראה שסגי לומר "והשיב את הגזלה", ולכן למה לי "אשר גזל", ולכן צ"ל שזה בא לומר שיש להשיב דמיו כשעת הגזלה. ונראה מזה שרק לגבי גזלה י"ל הכי כיון שכן מצינו בגזרת הכתוב, משא"כ בשאר מקומות כמו לגבי נזיקין, שאין לשלם כשעת הנזק. וכן ראיתי במחנה אפרים בהל"נ נזקי ממוץ. ס"א. שכתב כן לדעת רש"י וז"ל, "ואיכא למימר דדוקא גבי גזלן הוא דהוי הכי, משום דגלי קרא כעין שגזל, אבל בשאר מזיק אפשר דסגי כשיחזור כלי אחר כמו שהזיק, ואע"ג דהשתא אינו שוה כ"כ כדמעיקרא. ואשכחן דנשתנה דינו של מזיק מגזלן כדרשא דהאי קרא גופא, כדאיתא בירושלמי שהביאו התוספות בפ"ק דקמא דף יא. דדריש מהאי קרא דכעין שגזל, לומר דאין שמין לגזלן משום דכתיב אשר גזל, כאשר גזל, אבל לנזקין שמין."

(ב) וכתב המחנה אפרים שם שיש להביא ראיה לזה ממ"ש הרמב"ם בפ"ג. מהל" שכירות הל"ג. "הסבל ששבר חבית של יין לחנוני ונתחייב לשלם, והרי היא שוה ביום השוק ארבעה ובשאר הימים שלשה, אם החזירו ביום השוק חייבין להחזיר חבית של יין או ישלמו לו ארבעה, והוא שלא היה לו יין למכור ביום השוק, אבל אם היה לו יין מחזירין לו שלושה. החזירו לו בשאר הימים מחזירין לו שלושה ומנכין לו בכל זמן טורח שהיה טורח במכירתה ופגם הנקב שהיה נוקב החבית וכן כל כיוצא בזה." ופירש הרב המגיד שם, "יש להם לשלם לו חבית יין, לפיכך כל שמשלמים דמים רואין כמה הוא שוה בשעת החזרה, אם ביום השוק נותנין דמי שוויה ביום ההוא לפי אם ישלמו חבית יין כיון שאין לו יין למכור הוא מוכרה ומקבל דמים, כשהם מחזירין אותה בשאר ימים אם היו מחזירין יין היו נפטרינן כל היום ביין, כשהן מחזירין דמים מחזירין בשווי שאר הימים, זו היא סברתו ז"ל." וכן פסק מרן בס"דש. ה. ודלא כהחולקים על הרמב"ם. וכתב על זה המחנה אפרים שם, "נראה מדבריו אלו כמ"ש דאפילו שהיה שוה בשעת שהזיקה ארבעה והשתא אינה שוה אלא ג' יכול לפטור עצמו בחבית של יין או בדמי שלשה כמו שהיא שוה עכשיו, והטעם כמו שכתבתי משום דאין חיובו של זה אלא להחזיר חבית יין או דמי החבית."

אלא שיש להשיב על ראית המחנה אפרים מדברי הש"ך בס"דש. ס"ק ג. שכתב בדין הסבל, "ולפי ע"ד הרי"ף

והרמב"ם וה"ה והמחבר מיירי ששברה דוקא בשאר יומי, וא"כ לענין הדין לא פליגי המפרשים... כי כבר אפשר לפרש דברי הרי"ף והרמב"ם והמחבר בשבר בשאר ימים כי היכא דלא לפלוג לדינא, ואין זה דוחק שהרי הרא"ש ושאר פוסקים מפרשים הש"ס בשבר ביום השוק דוקא, א"כ ע"כ דלאו בכל גוונא מיירי בש"ס, א"כ י"ל שהרמב"ם מפרש להפך ודו"ק. הרי מצינו שלדעת הש"ך, הרמב"ם מיירי ששבר בשאר ימים, דהיינו כדמיו רק ג' זוז, ולכן לא מצינו שבשעת פרעון שהוזל היין, ולכן אין מכאן ראיה שיש לשלם כשעת הפרעון אף אם הוא הוזל, ודלא כהמחנה אפרים הנ"ל.

ולענ"ד קשה לפרש כן בדעת הרמב"ם דהוי ליה להרמב"ם לפרש שכל זה דוקא אם שבר ביום בשאר ימים, ואף שכתב הש"ך שהרא"ש מפרש הש"ס בשבר ביום השוק דוקא וא"כ ע"כ דלאו בכל גוונא מיירי הש"ס, מ"מ אף את"ל שהש"ס לא מיירי בכל גוונה, מ"מ הלא הרא"ש מפרש דברי הש"ס לדעתו, ולכן אף הוי ליה להרמב"ם לפרש דברי הש"ס לדעתו, והוי ליה לכתוב שיש חילוק אם שבר ביום השוק או לא, ולכן כיון שהוא לא עשה כן מסתימת דבריו נראה שהוא מיירי בכל יום, דהיינו בין ביום השוק או לא. וראיתי בדרישה שלא פירש כדעת הש"ך בדברי הרמב"ם, אלא כפשוטו וכהבנת המחנה אפרים וז"ל, "שאם החזירו בשאר ימים אע"פ ששברוהו ביום השוק דשוה ד', אינם מחזירים לו אלא ג' כיון שביום החזרה אינו שוה אלא ג'." ושוב ראיתי בערוך השולחן באות ח. שכתב, "מ"ש הש"ך בדעת הרמב"ם, כל מפרשי הרמב"ם לא תפסו כן." ולפי זה שפיר הוא מ"ש המחנה אפרים בזה.

(ג) אלא שראיתי בקצות החושן שם בסוף אות א. שהוא הקשה על זה וכתב, "ולדברי הרמב"ם לא ירדנו דהא כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ולא כשעת התביעה, ובסמ"ע וז"ל וכתב המ"מ בטעמ' דהרמב"ם שהסבלים יש להם לשלם לו חביות יין לפיכך כל המשלמים דמיהם רואין כמה הוא שוה בשעת החזרה כו' ואע"ג הגזלנים משלמים כשעת הגזילה מ"מ לא מקרי גזלן ואין עליו לשלם אלא מה שקלקל בפשיעה ואין לו לחזור אלא חביות יין, והרי מחזיר הן או דמיהם עכ"ל. ותמוה לי מלתא דהא ס"פ המפקיד תנן במתני' דילקה בחסר וביתר ובית הלל אומרים כשעת הוצאה, ר" עקיבא אומר כשעת התביעה. וקי"ל כב"ה ולא כר"ע, ואע"ג דהתם שומר הוא דהוי ולא אמרינן כשעת התביעה וצ"ע." ועוד ראיתי בקצות החושן בס"קעו. באות ז. שהוא כתב, "קי"ל דכל הגזלנים משלמין

פרעון, אף שבשעת פשיעה דמיו היו יותר, אלא אמרו רבותינו שדין זה קיל טפי משום התקנה, ואין לו לשלם באונס כשאר נזקי ממון, אלא בפשיעה בלבד. כן נראה לענ"ד.

(ד) וראיתי בערוך השולחן בס"דש. אות ז. שהוא כתב בביאורו בדעת הרמב"ם, "ואע"ג דבשומרין הולכין אחר שעת הפשיעה כמה היתה שוה אז, כמ"ש בס"רצא. אות יח. ולפי זה היה להיות הדין דאם שבר ביום השוק ישלם ארבע ואם שבר בשאר ימים ישלם ג', ולמה אנו הולכין בזה אחר שעת החזרה, דודאי כן הוא דבעיקר יוקרא וזולא של הסחורה הולכים אחר שעת הפשיעה, אבל במה שלוקחים ביום השוק בזו יותר משארי ימים אין זה בגדר יוקרא וזולא, אלא דטבע המסחר כן הוא... ע"ש כל דבריו. ולענ"ד אין צורך לתירוץ זה, וי"ל כדביארתי לעיל שתקנו חז"ל לגבי הסבל ששבר החבית שאין לו דין של שומר משום שאם תאמר כן אין מי שיעביר חבית לחבירו, ולכן יש בזה הדין של נזקי ממון ובוזה יש לשלם כשעת חזרה כיון שלא מצינו רבוי בנזקי ממון ודלא כדמצינו לגבי גזלה ופקדון בפרשת ויקרא. אמנם אף שיש כאן דין של נזקי ממון, מ"מ עדיין הוא פטור מאונס משום תקנה הנ"ל.

ולפי כל זה נראה, ששפיר הוא מ"ש המחנה אפרים הנ"ל להביא ראיה מדין של סבל ששבר החבית שלדעת הרמב"ם יש לשלם בנזקי ממון כשעת הפרעון.

(ה) שוב ראיתי בנתיבות המשפט שם בס"דש. שכתב על דברי הרמב"ם הנ"ל, "ומ"ש הרמב"ם כשמחזיר לו בשאר ימים דאינו משלם לו רק ג', היינו כשמחזיר לו קודם יום השוק הראשון אז נפטר בג' כיון דבזמן זה יכולין לקנות חביות יין כיו"ב בג' ואין הפסד לחנוני, שהסבל יאמר לו אם תצטרך לייך תוכל לקנות בסך זה, אבל כשמחזיר לו אחר יום השוק אין סברא כלל שיפטר בג' כיון שכבר נתחייב ביום השוק להחזיר לו ד', וכי משום שהוסיף פשע ועיכב המעות שנתחייב לו אצלו עד אח"כ יפטור עצמו בפחות כנלענ"ד. ולענ"ד נראה שאם כן הוי להרמב"ם לפרש כל זה, וכן אף מרן הוי ליה לחלק בין קודם יום השוק הראשון או לא. אלא נראה שלדעתם אין חילוק כזה, וכיון שיש לו לשלם חבית של יין אז אם הוא נותן דמיו יש לו לשלם דמיו של החבית באותו יום, שהלא הבעלים יכול לקנות חבית של יין באותו יום באותו דמים שהוא קיבל. ואף שראוי לשלם מיד אחר השבירה, מ"מ אם הוא לא עשה כן אלא ביום אחר אין לנו לחוש לאיזה יום הוא

כשעת הגזילה, וכן כל השומרין משלמין כשעת הפשיעה, ולא גרע מהזיק בידים דמשלם כשעת הזיקו. ע"ש. הרי שפשוט ליה שאין חילוק בין גזל ונזקי ממון, ובכולם יש לשלם כשעת הגזל או הנזק, ולא כשעת הפרעון.

אלא לענ"ד נראה שיש להשיב על דבריו, דהא דפ" מרובה הדין שם הוא לגבי השולח יד בפקדון כמבואר במשנה שם. וכבר כתב מרן בס"רצב. ה. שיש להשוות שולח יד בפקדון ממש לדין של גזלן. ולכן בשניהם נתחייב באונסים. אמנם בדין הרמב"ם לגבי הסבל ששבר החבית של יין, הוא שאני שדין זה שייך רק בפשיעה ולא באונס, וכן הוא ברמב"ם שם בהל" שכירות הל"ב. שתקנו רבנן שאין לשלם אלא בפשיעה. וכן הוא במרן שם בסע"א. וכן כתב הסמ"ע בס"ק י. ולכן אין להביא ראיה כנגד הרמב"ם מפ" מרובה הנ"ל, ששאני שולח יד בפקדון שזה דומה לגזל משא"כ לגבי הסבל חבית של יין ששפיר הוא לשלם כשעת פרעון.

אלא לפי זה י"ל שכיון שמצינו שבנזקי ממון שאדם חייב אף על האונסים כמבואר במרן בס"שעת. א. לכאורה י"ל שיש לדמות נזקי ממון לדין גזילה, ולא לדין הסבל. אלא לענ"ד נראה שאין זה נכון, אלא עיקר הטעם שהשולח יד בפקדון הוא דומה לגזלן הוא מפני הפסוק בסוף פר" ויקרא הנ"ל, שכמו שכתוב שם "והשיב את הגזלה אשר גזל", כמו כן כתוב באותו פסוק "או את הפקדון אשר הפקד". הרי אף בזה י"ל שסגי לומר "או את הפקדון", ולכן למה לי "אשר הפקד", אלא אף זה בא לומר שיש לשלם כשעה שהוא שולח יד בפקדון. וכן י"ל בכל שומרים שיש להם לשלם כשעת הפשיעה או אונס כמבואר בקצות החושן בס"רצא. ס"ק א. בשם הרב המגיד והש"ך. ועיין מ"ש שם בשם הריטב"א הטעם שבגזלה יש לשלם כשעת הגזלה, ובשומר יש לשלם כשעת הפשיעה. ועיין בנתיבות שם. מ"מ כיון שלא מצינו לגבי נזיקין רבוי כזה, י"ל שאין לומר לגבי נזיקין שהוא צריך לשלם הדמים כשעת הנזק, אלא הוא רק חייב להשיב אותו חפץ, ולכן אם הוא השיב דמיו בשעת הפרעון סגי בזה שעדיין הבעלים יכול לקנות אותו חפץ באותו יום בדמים אלו.

ולגבי הדין של סבל ששבר את החבית, י"ל שאף שהוא כשומר, עדיין אין לומר שיש לו לשלם כשעת הפשיעה, וזה מפני התקנה שתקנו חז"ל שאם אמרינן שהוא כשומר שכר, מצינו שאין לך אדם שיעביר חבית לחבירו, כמבואר ברמב"ם שם. ולכן כיון שנתבטל ממנו דין של שומר, נשאר עליו רק הדין של נזקי ממון שיש לו לשלם כשעת

דאין חילוק, וכ"כ הרב המגיד דלהרמב"ם אין חילוק. נראה לפי זה שבנד"ד שהוא בגדר של אונס גמור, י"ל שלדעת מרן הוא צריך לשלם, ולדעת הרמ"א אין לו לשלם כיון שבאונס גמור הוא פטור.

אלא לענ"ד נראה שאף מרן הסכים לדעת הרמ"א שבאונס גמור הוא פטור, ויש לבאר הדבר. כתב הרמב"ם בפ"ו. דהל" חובל, המזיק ממון חבירו חייב לשלם נזק שלם בין שהיה שוגג בין שהיה אונס, הרי הוא כמזיד. וכתב הרב המגיד על זה, "וכבר כתבתי פ" ראשון דאונס גמור שכתבו ז"ל שהוא פטור, והרב לא חילק". וכתב הכסף משנה שם על דברי הרב המגיד אלו, "ויש לתמוה על הרב המגיד מדין היה עולה בסולם ונשמטה שליכה תחתיו שכתב רבינו בסמוך, משמע בהדיא שהוא פטור באונסים גמורים וכ"כ הרב המגיד עצמו לדעת רבינו. והכ"מ כיון למ"ש הרמב"ם שם בהל"ד. וז"ל "היה עולה בסולם ונשמטה שליכה מתחתיו ונפלה והזיקה, אם לא היתה מהודקת וחזקה חייב. היתה חזקה ומהודקת ונשמטה או שהתליעה, הרי זה פטור שזו מכה בידי שמים היא וכן כל כיוצא בזה." וכתב על זה הרב המגיד, "והטעם שהיה פטור לדעת הרב מפני שהן אונסין גמורין ואין רוח שאינה מצויה אונס כל כך". הרי מבואר שאף הרב המגיד סבר שהרמב"ם חילק בין אונס גמור שהוא פטור ובין אונס קצת שהוא חייב. ולכן שפיר כתב הכ"מ הנ"ל "יש לתמוה על הרב המגיד."

ומ"ש הרב המגיד לגבי רוח שאינה מצויה, הוא כיון לפ"א שם הל"יב. שכתב הרמב"ם "מי שנפל מן הגג ברוח מצויה והזיק חייב בארבעה דברים ופטור מן הבושת. נפל ברוח שאינה מצויה חייב בנזק בלבד ופטור מארבעה דברים." וכתב על זה הרב המגיד שם, "דע ששלשה חלקים הם, כל זמן שיש בדבר פשיעה גמורה וזהו רוח מצויה אבל הוא שלא בכוונה חייב בד' דברים ופטור מן הבושת. לא היה שם פשיעה וגם כן לא נעשה באונס גמור חייב על הנזק ופטור מן השאר וזה רוח שאינה מצויה. באונס גמור כתבו המפרשים ז"ל שהוא פטור, וכן יתבאר לפנינו בבא דהמזיק את חבירו." והוא כיון למ"ש הרמב"ם שם בהל"טז. וז"ל "המזיק את חבירו בכוונה בכל מקום חייב בחמשה דברים. ואפילו נכנס לרשות חבירו שלא ברשות והזיקו בעל הבית חייב שיש לו רשות להוציאו ואין לו רשות להזיקו, אבל אם הוזק זה שנכנס בבעל הבית הרי בעל הבית פטור. ואם הוזק בו בעל הבית חייב מפני שנכנס שלא ברשות. היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והוזקו זה בזה שניהם פטורים." וכתב על זה הרב

דהיינו אם הוא יום השוק או לא, שהלא מצינו שהבעלים קיבל דמים שהוא ראוי לקנות בו חבית של יין באותו יום.

ועוד ראיתי שם במחנה אפרים שהוא הביא דעת הפוסקים בדין זה, ושיש מחלוקת בדבר ובסוף מסיק שנראה "מדברי התוספות ז"ל בסוגיין דמרוכה סה., וכן מדברי רש"י ז"ל שהבאתי מפרק כל שעה, נראה דאי לאו קרא דכאשר גזל כעין שגזל, הוה אמינא דכל שמחזיר לו זה השתא כלי אחר כמותו הוה סגי, ואע"פ דהשתא הוול ושויה שלשה, ולפי זה נראה דבנזיקין נותן לו כלי כמותו או דמיו וסגי."

ולפי זה נראה שכיון שמרן בס"דש. פסק כשיטת הרמב"ם לגבי הסבל ששבר החבית, שפיר י"ל בזה שהמזיק שהוא המוחזק, יכול לומר קי"ל כדעת הרמב"ם ומרן ודלא כשאר הפוסקים, ואין צורך לשלם אלא דמי הכלי בשעת פרעון אף שהוא הוול משעת הנזק.

סימן קמה.

שאלה: האם נהג במכונת צריך לשלם הנזק כשילד רץ פתאום בתוך הרחוב והנהג נטה לצד אחר להציל הילד, אלא משום זה הוא הזיק מכונת אחרת, ובעל אותה מכונת טוען שהנהג צריך לשלם בעד הנזק כיון שאדם מועד לעולם, אף שהנהג לא כיון להזיק כלל והוא אנוס, וכל כוונתו להציל הילד. ועוד מה הוא הדין אם הנהג ידע שיש מכונת אחרת בצדו, ועדיין כיון להזיק אותה כיון שא"א להציל הילד באופן אחר.

תשובה: א) בתחלה י"ל שהנהג שהזיק ע"י המכונת שהוא בתוכה, נחשב כמזיק בגופו כמ"ש בתשובת הרא"ש בכלל קא. ס"ה. לגבי נזק ע"י סוס ורוכבו, "ומזיק בגופו הוא כיון שהוא רוכב על בהמה והזיק בגוף הבהמה או באוכף שעליה כמזיק בגופו הוא". וכן פסק מרן בס"שעצ. ט. ע"ש. וכן י"ל בנד"ד. ולפי זה יש לדון אם הנהג בנד"ד פטור מטעם אנוס גמור.

כתב מרן בס"שעצ. א. "אסור להזיק ממון חבירו, ואם הזיקו אע"פ שאינו נהנה חייב לשלם נזק שלם, בין שהיה שוגג בין שהיה אנוס". והוסיף על זה הרמ"א, "ודוקא שאינו אנוס גמור כמו שיתבאר." וכתב על זה הש"ך בס"ק א. "ודוקא שאינו אנוס כו'. הלשון מגומגם וכך הל"ל וי"א דוקא שאינו אנוס גמור, דמלשון הרמב"ם והמחבר משמע

ולפי זה דברי הש"ך הנ"ל קשים להבין במ"ש, "דמלשון הרמב"ם והמחבר משמע דאין חילוק, וכ"כ הרב המגיד דלהרמב"ם אין חילוק". ויותר נראה שאף לדעת הרמב"ם והרב המגיד ומרן יש חילוק בין אונס סתם ובין אונס גמור. וכן יש לדייק בלשון הגר"א שם שכתב בס"ק ג. שהמקורות למ"ש הרמ"א שדוקא שאינו אונס גמור הוא, "עיינן תוס' שם כז: ד"ה ושמאל כו', וכ"כ הרא"ש שם, ותוס' דב"מ פב: ד"ה וסבר וכו', ובסנהדרין עו: ד"ה רוצח, וכ"כ הרשב"א וכתב וז"ל שם (בב"ק) מח. הזיקו בע"ה פטור כו', וכן כתב המגיד משנה (בפ"א בהל"ל חובל לה"טז). וז"ל שם כמו שיתבאר ר"ל בפ"ו וכן (בפ"ו) בהל"ג בדברי הרמב"ם וכ"כ המגיד משנה וכסף משנה. "הרי מבואר ממ"ש הגר"א שיש להשוות מ"ש המגיד משנה עם מ"ש הכסף משנה, ולדעת שניהם יש לחלק בין אונס סתם שהוא חייב, ובין אונס גמור שהוא פטור. ולכן צ"ל שמ"ש הרב המגיד "לא חילק", אין פירושו שזה דעת הרמב"ם אלא שהרמב"ם לא חילק כן באותה הלכה אף שהוא הסכים שיש חילוק זה. הרי אף דעת הגר"א שלא כהש"ך.

ג) שוב ראיתי בפרי האדמה ח"ב. בהל"ל חובל פ"ו. בד"ה ולענ"ד, שאף הוא הקשה על הש"ך וכתב, "ולענ"ד אחר המחילה פליאה דעת ממני איך הרב ש"ך ז"ל לא הביט דין ג' היה עולה בסולם ונשמטה שליכה מתחתיו ונפלה והזיקה אם לא היתה מהודקת והזיקה חייב, ואם היתה חזקה ומהודקת ונשמטה או שהתליעה הרי זה פטור שזו מכה בידי שמים, הרי לך בהדיא שכל שהוא אונס גמור ס"ל למרן דפטור, וא"כ איך יכתוב מור"ם וי"א כו'. גם נראה דאישתמיטתיה לש"ך ז"ל לשון מרן שם בהל"ל חובל פ"ו ולשון הב"י ג"כ שכתב ז"ל עמ"ש ה"ה ז"ל על רבינו בדין א' והרב לא חילק כו' כתב מרן ז"ל ויש לתמוה על הרב המגיד שהרי מדין היה עולה בסולם ונשמטה שליכה מתחתיו שכתב רבינו בסמוך משמע בהדיא שהוא פטור מאונסים גמורים, וכ"כ ה"ה עצמו לדעת רבינו ע"כ. א"כ הרי ס"ל למרן ז"ל דרבינו ס"ל כמותם דכשהוא אונס גמור פטור... ע"ש.

וגם ראיתי בפרי האדמה שם שהוא תירץ קושית הכ"מ על הרב המגיד כדביארתי לעיל וז"ל, "אמנם לענ"ד לתרץ קושית מרן ז"ל מעל הרב המגיד כי ודאי הוא תימא מאחר שהוא עצמו ה"ה ז"ל כתב בדין סולם דפטור משום אונס גמור, לכן נל"ל דמ"ש הרב המגיד והרב לא חילק היינו בדין זה שכתב בסתם המזיק חבירו כו' שוגג בין מזיד סתם ולא חילק בכאן והי"ל לחלק כמו שחילקו הגאונים ז"ל כאן בדין זה, אבל ודאי ס"ל להרב המגיד בעד רבינו

המגיד, "וממה שאמרו הוזק זה וזה פטורין דקדקו שאונסין גמורין פטור בהם אף בנזיקין כמו שכתבתי למעלה." הרי מבואר מזה שאף הרב המגיד סבר שהרמב"ם חילק בין אונס סתם ובין אונס גמור. וכן היא דעת הרב המגיד לגבי השליכה כמ"ש הכ"מ, ולכן שפיר הוא מ"ש הכ"מ הנ"ל לתמוה על הרב המגיד שכתב שהרמב"ם לא חילק.

ב) ועוד נראה ממ"ש הרמב"ם בפ"ג. הל"ה. דנזקי ממון, שאונס גמור פטור, וז"ל "המניח את הכד ברשות הרבים והלך המהלך ונתקל בה ושברה פטור, לפי שאין דרך בני אדם להתבונן בדרך כשהן מהלכין." הרי נראה מזה שהמהלך אנוס ועדיין הוא פטור, ולכן מ"ש הרמב"ם בפ"ו. הל"א. בהל"ל חובל, וז"ל "שנתקל כשהוא מהלך ונפל על הכלי ושברו חייב נזק שלם", נראה שזה אינו ברשות הרבים ולכן הוא אינו אונס גמור והוא חייב.

וכן נראה מהרמב"ם בפ"ג. מנזקי ממון הל"ז. שכתב, "נשברה כדו ברשות הרבים והוחלק אחד במים או שלקה בחרסיה פטור מדיני אדם לפי שאנוס הוא. וחייב בדיני שמים מפני שלא סילק החרסים. והרי החרסים והמים בהפקר ולא הפקיר אלא אחר שנאנס ולפיכך פטור." הרי אף מזה נראה שאונס גמור פטור.

ולענ"ד נראה שכל כוונת הרב המגיד הנ"ל היא שהרמב"ם לא חילק בלשונו באותה הלכה כשהוא כתב בפ"ו. דהל"ל חובל, "המזיק ממון חבירו חייב לשלם נזק שלם בין שהיה שוגג בין שהיה אונס, הרי הוא כמזיד." אמנם אה"נ שאף הרמב"ם סבר שיש חילוק בין אונס סתם שהוא חייב, ובין אונס גמור שהוא פטור כמו שביאר הרב המגיד שם לגבי השליכה, וכן שם בפ"א. וגם ראיתי שהדרישה בס"שעת. אות ב. כתב לתרץ, "ול"נ שלא גרס בהמ"מ הנ"ל והרב לא חילק ביו"ד, אלא והרב לא חולק בזה, ור"ל בודאי הרב אינו חולק בדבר פשוט כזה שבאונס גמור פטור לגמרי, ושצ"ל מה שחייב המזיק אפילו באונס לאו אונס גמור איירי, וכן נדפס לפנינו לשון המגיד משנה בדפוס ב"י שמביא בסימן זה, ומשום הכי לא תמה בב"י עליו כמו שתמה שם בכסף משנה." ע"ש. ולענ"ד שאף שאפשר לומר כן, מ"מ יותר נכון שלא לשנות הגירסא בספרנו, וי"ל שאף שהקשה מרן בכ"מ על הרב המגיד, מ"מ כשהוא כתב אותו דין בב"י הוא לא כתב כלום על דברי הרב המגיד כיון שאף הוא חוזר מתמיהתו מטעם שביארתי לעיל. ועיינן בשם גדולים ח"ב מע" כסף משנה, שהוא כתב "כי עמדתי בכמה ענינים ונראין דברי הבית יוסף אחרונים ויותר מתוקנים" ע"ש. וכן י"ל בנד"ד.

ומה לי אם הוא הפקיר כדו או לא עדיין הוא חייב כיון שזה כחו כמו איש שנוטל אבן מרה"ר וזורק אותה באחר, ולכן רק אחר שעת מעשה ששוב אין עוד כחו, שייך לומר שהוא פטור משום דמפקיר נכסיו. ולכן מה שהוא שלא בשעת מעשה גורם הפטור של מפקיר נכסיו, אבל אין שעת מעשה עיקר הטעם של הפטור.

וכל זה להליץ בעד הש"ך שכתב שהרמב"ם לא חילק בין אונס גמור ואונס סתם ובכולם הוא חייב. אמנם נראה שהרב המגיד ומרן סברו שיש לחלק בזה כדעת שאר הראשונים, כמו שביארתי לעיל בדעת הרב המגיד בפ"א ובפ"ו. דהל"ה חובל ובדעת הכסף משנה. ונראה דהכי קי"ל שאף שיי"ל שקבלנו הלשון של מרן בש"ע אבל לא קבלנו פירושו, כמ"ש היד מלאכי בכללי הש"ע באות יא. "דרך מרן לעולם להעתיק בש"ע לשון הפוסק אות באות, ואף שיש קושיא או פירוש בדברי הפוסק ההוא דנ"מ לענין דינא, הוא ז"ל מעתיק דבריו לבד, ואחר כך כל אחד יפרש כפי עיונו. הר"ב הלכה למשה". וכן ראיתי ברב ברכות בסוף מערכת ז. שכתב "והנה לדעת הפוסקים דס"ל שלא קבלו כי אם הוראת מרן ז"ל בש"ע, השתא לפי זה כיון דבתר קבלתם אזלינן אפשר שהם לא קבלו הוראת דברי הרמב"ם ז"ל שפסקה בש"ע, כי אם בפירוש המהרש"ח ז"ל ודעימיה, ולא כפירוש מרן ז"ל שפירש בתשובה, מאחר שלא נזכר שום רמז בזה בש"ע". ולכן לכאורה נראה שיי"ל בנד"ד שקבלנו פירוש הש"ך בדברי הרמב"ם והם דברי הש"ע, ולא פירוש הרב המגיד והכ"מ, מ"מ אין זה מועיל כלל, שיכול המזיק שהוא המוחזק לומר שקי"ל כפירוש הרב המגיד והכ"מ שאדם פטור באונס גמור. ולכן אין להוציא ממנו ממנו באונס גמור. וכן הוא בנד"ד שאין הנהג צריך לשלם.

ה) ועוד נראה, והוא שבנד"ד אף לפירוש הש"ך בדברי הרמב"ם ומרן י"ל שהנהג פטור מנזק, וזה לפי מ"ש הרמב"ם הנ"ל בפ"ג. הל"ה. "המניח את הכד ברשות הרבים והלך המהלך ונתקל בה ושברה פטור, לפי שאין דרך בני אדם להתבונן בדרך כשהן מהלכין". הרי בנד"ד אף הנהג הוא ברשות הרבים, ובשלמא שיש חיוב עליו לראות מה שיש לפניו ברחוב, מ"מ לא אמרינן שיש חיוב עליו לראות דבר שהוא אונס גמור כזה שהילד רץ פתאום ברחוב, ולכן אף הש"ך מודה בנד"ד, שהוא פטור לדעת הרמב"ם ומרן.

וכן יש לדמות נד"ד למ"ש הרמב"ם בפ"א. הל"א. דהל"ה חובל, וז"ל "אבל אם היה אחד ישן ובא אחר ושכב בצדו, זה שבא באחרונה הוא המועד ואם הזיקו הישן פטור, וכן

כסברת הגאונים דאל"כ לא הי"ל לומר והרב לא חילק אלא לא ס"ל מדכתב סתם אונס חייב, אלא ודאי צ"ל בכונת ה"ה כמו שכתבתי, ודברי הש"ך תמוהים". הרי זה כדביארתי.

ד) ולענ"ד נראה שיש להליץ בעד הש"ך במה שהוא פירש בדברי הרמב"ם, וי"ל שאף הש"ך מודה שהרמב"ם ומרן סברו בדין של שליבה שהוא פטור, אבל זה רק מפני שזה ניכר שהוא מן השמים, אבל בדבר שאינו ניכר שהוא מן השמים אף באונס גמור הוא חייב.

וכן מ"ש הרמב"ם בפ"ג. הל"ה. דנזקי ממון, שאונס גמור פטור, וז"ל "המניח את הכד ברשות הרבים והלך המהלך ונתקל בה ושברה פטור, לפי שאין דרך בני אדם להתבונן בדרך כשהן מהלכין". י"ל שהוא פטור רק מפני שבעל הכד פושע במה שהוא הניח הכד ברשות הרבים, וכדמצינו במ"ש הרמב"ם בפ"א. הל"א. דהל"ה חובל, וז"ל "אבל אם היה אחד ישן ובא אחר ושכב בצדו, זה שבא באחרונה הוא המועד ואם הזיקו הישן פטור, וכן אם הניח כלי בצד הישן ושברו פטור שזה שהניחו הוא המועד שפשע". הרי אף כאן הישן פטור רק מפני שאיש אחר פושע. אמנם נראה שאם אין איש אחר, וגם הוא אינו דבר שניכר שהוא מן השמים אז אף באונס גמור הוא חייב. וגם מה שכתב הרמב"ם הנ"ל בפ"ג. דהל"ה נזקי ממון ז. "נשברה כדו ברשות הרבים והוחלק אחד במים או שלקה בחרסיה פטור מדיני אדם", י"ל שזה דוקא מפני שהוא הפקיר ממנו, כמ"ש הרמב"ם שם, "והרי החרסים והמים בהפקר ולא הפקיר אלא אחר שנאנס ולפיכך פטור", וכן כתב הרב המגיד שם, "דקי"ל דמפקיר נכסיו מתוך האונס פטור". הרי נראה שאם אין היתר זה של מפקיר נכסיו, שהוא חייב אף באונס גמור, כגון אם הוא הזיק בגופו באונס גמור.

ושוב ראיתי בערוך השולחן בס"שעח. אות ג. שהוא כתב כן לבאר דברי הרמב"ם והש"ך, דהיינו שיש חילוק בין אם הוא ניכר אם הוא מן השמים או לא, או אם איש אחר פושע או לא. אמנם באות ד. הוא הביא מ"ש הרמב"ם לגבי שבירת הכד ברה"ר והוחלק אחר במים, ופירש הערה"ש, "דאם בשעה שנתקל נפל על האדם ועל הכלים והזיקו חייב, אבל זה שנשברה כדו לא הזיק בשעת מעשה אלא שאח"כ נתנזק בו אדם פטור מפני שהיה אונס". הרי שיש חילוק בין שעת מעשה או לא. ולענ"ד אין זה עיקר הטעם, אלא הוא משום שקי"ל דמפקיר נכסיו מתוך האונס פטור. ועוד מוכרח הוא שההזיק יהיה אחר שעת המעשה, שהלא אם הוא בשעת מעשה הוא הזיק בכדו כגון שנתקל בכדו בידו והזיק אחר בשעת נפילה, זה נחשב כחו והוא חייב

"ומהתימא שהשמיטו המחבר ומור"ם. וכתב הש"ך שם על זה, "כבר כתב מור"ם בי"ד ס"רנג. ס"ס יב. ע"ש. וע"ש בב"י ס"כב. בשם מהרי"ו. מ"מ בשלמא לדעת הרמ"א, אבל הלא עדיין י"ל שמרן השמיט דין זה מש"ע. אלא לענ"ד נראה שאף מרן מודה לזה, וזה מפני שהמקור לדברי הטור הוא ברא"ש בסנהדרין עג. שכתב, "והניצול חייב לפרוע למציל מה שהוציא, דאין אדם מחויב להציל נפש חברו בממונו היכא דאית ליה ממוןא לניצול. כדאמר לקמן נרדף ששיבר את הכלים של רודף פטור, של כל אדם חייב. ואם היה מחויב להציל את הנרדף בממונו א"כ יפטר משבירת הכלים שהרי ממון חברו מחויב להציל וברשות שברם כדי להנצל." הרי שהרא"ש למד דין זה מדין הנרדף שצריך לשלם בעד כלים של אחרים. ולכן נראה שכיון שמרן כבר הביא דין זה בס"שפ. ג. ממילא הוא סבר כמ"ש הרא"ש ואין לו לכפול דבריו בס"תכו. ולכן לפי זה נראה שהאב צריך לשלם בעד בנו.

ז) ויש להבין דברי הרא"ש הנ"ל, שלכאורה יש להקשות עליו, שבשלמא לגבי הנרדף ששבר כלי של אחר שהוא צריך לשלם כיון שהוא עצמו עשה מעשה של שבירה, אבל לגבי מי שטובע בנהר הלא מה שהמציל הוציא ממנו כדי להצילו הוי רק בגדר של גרמא בלבד, שהטובע אינו עושה שום מעשה להפסיד ממנו של המציל, וכן הוא אינו ברי כלל שיש מציל וגם אינו ברי שהמציל צריך להפסיד ממנו ששמא המציל יכול להציל אותו ע"י עצמו או ע"י אחרים בחנם. ולכן כל ההפסד הוא בגדר של גרמא בלבד ואף גרמי ליכא כמבואר ברא"ש בב"ק פ"ט. אות יג. ועיין עוד בזה בחקקי לב חו"מ ס"לג. ולכן איך השוה הרא"ש הדין של נרדף ששבר כלים שאינו גרמא אלא כחו, לדין של טובע בנהר שהוא גרמא בעלמא. אלא אין זה קושיא, שיי"ל שמה שהנרדף שבר כלים אין זה בגדר של נזק כלל, כיון שיש חיוב עליו להציל חברו מטעם על תעמוד על דם רעך, וזה מ"ש הרא"ש "שהרי ממון חברו מחויב להציל וברשות שברם כדי להנצל". ולכן כיון שראינו שיש לנרדף לשלם אף דבר שאינו בגדר של נזק, לכן הכי י"ל שיש הטובע בנהר לשלם בעד הפסד המציל.

ויש להסביר את זה, שכתוב בסנהדרין עג. "תניא מנין לרואה את חברו שהוא טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטים באים עליו שהוא חייב להצילו, ת"ל לא תעמוד על דם רעך, והא מהכא נפקא מהתם נפקא אבידת גופו מנין ת"ל והשבותו לו, דאי מהתם הו"א הני מילי בנפשיה אבל מיטרח ומיגר אגורי אימא לא קמ"ל". הרי מצינו שיש לדמות דין הצלת חברו לדין השבת אבידה ככתוב

אם הניח כלי בצד הישן ושברו פטור שזה שהניחו הוא המועד שפשע. הרי מצינו שמי שישן הוא אינו עושה שום פשיעה במה שהוא רוצה לישן, אבל כל הפשיעה הוא במי שהניח דבר שראוי לנזק לפניו. ולכן י"ל שהורי הילד הם פושעים כיון שהם לא שמרו היטב, וזה כאילו הם הניחו הילד ברחוב, ולכן הנהג פטור אם הוא הזיק הילד והוא דומה למי שישן הנ"ל שהוא אינו עושה שום פשיעה במה שהוא נוהג במכונית, ונראה שהוא פטור גם כן אם הוא ראה הילד ופתאום הוא נטה לצד אחר והזיק מכונית אחרת בלא כוונה.

ו) ועכשיו יש לדון לגבי נהג שכבר ידע שיש מכונית אחרת בצדו, אבל הוא נטה כדי להציל הילד אף שהוא ידע שע"י כך הוא מוכרח להזיק המכונית בצדו, שיותר טוב להזיק מכונית מלהזיק הילד, וק"ו לגרום מיתתו. ונראה שיש לדמות זה למ"ש מרן שפ. ג. "ואם הנרדף שבר כלים... של אדם אחר חייב, שהמציל עצמו בממון חברו חייב". וכתב הש"ך על זה בס"שעח. בס"ק ב. לדעת המ"ד דאונס גמור פטור, "דנראה דוקא כשהזיק בלא מתכוין, אבל מי שמזיק במתכוין אפילו אונס גמור חייב כמו נרדף ששבר את הכלים." הרי מבואר שהדין של נרדף ששבר כלים הוא בכוונה, ואף שהוא להציל נפשו מ"מ כיון שהוא יודע בשבירת הכלים הוא חייב לשלם. ולכן אף בנד"ד י"ל הכי שאף שהוא כיון להציל הילד, מ"מ הוא חייב לשלם בעד המכונית בצדו, כיון שהוא ידע שהיא בצדו. אלא נראה שכל זה במי שרצה להציל את עצמו, אבל אם הוא רצה להציל אחר, אז הוא פטור מלשלם, כמ"ש מרן שם, "ואחד שרדף אחר הרודף להציל את הנרדף ושבר כלים בין של רודף בין של כל אדם פטור כדי שלא יבואו מלימנע מלהציל את הנרדף." הרי כשהוא כיון להציל אחר הוא פטור, וזה משום תקנת חכמים, וכן י"ל בנד"ד שהוא פטור מלשלם בעד המכונית בצדו. ואין לומר ששאני נד"ד שהנהג הוא כרודף עצמו כיון שהילד הוא לפני המכונית של הנהג, שזה אינו שאדרכה כל כוונת הנהג היא להציל הילד ואין לו דין רודף כלל, אלא יותר נראה לדמות אותו למי שרדף אחר הרודף, שבזה אף כוונת הנהג היא להציל הילד מהמכונית שלו שדומה לרודף.

מ"מ נראה לענ"ד שאבי הילד צריך לשלם בעד הנזק, וזה כמ"ש הטור בס"תכו. "הרואה את חברו טובע בנהר או שלסטין באין עליו חייב להצילו בין בגופו בין בממונו, ומיהו אם יש לו ממון להציל עצמו חייב לשלם לזה." הרי לפי זה נראה שאף בנד"ד אבי הילד יש לו לשלם בעד בנו. וראיתי בסמ"ע שם בס"ק א. שכתב על דברי הטור,

אמנם ראיתי בשיטה מקובצת בב"ק קיז: בשם הראב"ד שכתב, "מה שאדם חייב להציל חברו בממונו ה"מ בפניו כדכתיב והשבותו לו אפילו אבדת גופו, אבל שלא בפניו לא נתחייב ממנו בכך, ואפילו בפניו נמי לא יפסיד זה ממנו אלא שישלם פסידתו". הרי לפי זה י"ל שמ"ש רש"י בב"ק ס: במעשה של דוד המלך שאין להציל את עצמו בממון חבירו, הוא רק משום שאין בעלי הכלים שם כמבואר בראב"ד הנ"ל שהוא הביא סוגיא זו. ושוב ראיתי בבנין ציון ח"ב ס"קעג. שאף הוא כתב שהראב"ד סבר כרש"י, והוא הביא מ"ש השיטה מקובצת בב"ק קיד. בשם המאירי, דרך בפני בעלים דחייב הבעל ממון משום והשבותו לו אבידת גופו להצילו, מותר להציל גופו בממון חבירו, אבל שלא בפני הבעלים לא ולכך אמרו לדוד שאסור לשרוף הגדיש מפני שלא היו הבעלים שם. ע"ש. הרי לפי זה י"ל בנד"ד כיון שנהג המכונת בצדו הוא שם, יש חיוב עליו להציל הילד אף שזה גורם נזק לממונו.

מ"מ לפי זה נראה שאין לפרש כמו שכתבתי לעיל שאף רש"י מודה לתוספות והרא"ש שאם כוונתו לשלם אז מותר להציל את עצמו בממון חבירו כמו שנראה מסוגיא דרודף אחר רודף ששבר כלים, אלא שאני הדין של דוד המלך כיון שאין בעל הכלי שם. אלא עדיין אין זה מספיק שהלא מי אמר שבעל הכלי שם כששיבר הרודף אחר רודף הכלים, הלא נראה מסתימת לשון הגמרא שם שמותר לשבר הכלים אף אם אין בעל הכלים שם. ולכן עדיין צריך לברר שיטת רש"י והראב"ד.

אלא נראה שאין להקשות על סברת הראב"ד מסוגיא דנרדף ששבר כלי, שכתוב בב"ק פ: "עשרה תנאין התנה יהושע... התועה בין הכרמים מפסיג ועולה מפסיג ויורד". וכתב השיטה מקובצת הנ"ל בשם הראב"ד, "אמרו נרדף ששיבר את הכלים לכל אדם חייב חוץ משל רודף, מאי טעמא שאין לו להציל עצמו בממון חבירו ואע"פ שהוא מסוכן, לפי שאין האונס שהוא בא לו מחמת בעל הכלים. וכן התועה בין הכרמים הוא הטעה עצמו ולא בא האונס מבעל הכרם, ואם תאמר מאחר שמשלם תנאי יהושע למה, א"ל שלא היה רשאי לעשות שלא בפני הבעלים והתנה הוא שיהא מותר לפסג ולשלם, ומה שאמרו לו אסור לשרוף כדי להציל שלא בפני הבעלים היה, מיהו הא קשיא לי וכי לא היה דוד אחרי יהושע ולא שמע התנאי שהתנה על התועה בין הכרמים, ולא היה לו לדוד לשרוף הגדישים, ואם תאמר כי לא שמע דוד התנאים, אבל הם למה שלחו לו אסור, אלא שהוא מלך והלא מותר

"והשבותו לו", אלא הפסוק של אל תעמוד הוסיף שאף בממונו יש להציל. (ועיין בחכמת שלמה בס"תרו. מה שהוא חידש בזה לגבי זקן שאינו לפי כבודו). ולפי זה הלא מצינו לגבי השבת אבידה שיש לבעל האבידה לשלם הפסד המחזיר כמבואר בס"רסה. ולכן לפי זה כ"ש הוא שיש לטובע בנהר לשלם הפסד המציל, שאין אבידה גדולה מאבידת נפשו. ועוד נראה שאף שהטובע אינו שם לפני המציל כדי להתנות עמו, וגם אין בית דין שם, מ"מ עדיין הטובע צריך לשלם למציל, דלא בעינן התנה בבית דין בזה כיון שפשוט הוא שכל אדם יתן אף כל ממנו להציל את נפשו, ומסתמא הוא מודה לשלם. (עיין בסמ"ע שם בס"ק ח.) ולכן שפיר כתב הרא"ש שהטובע צריך לשלם. וכן הוא בנד"ד שהאב צריך לשלם.

(ח) **ואגב** אורחיה יש לעיין לשיטת רש"י בזה, שהוא כתב בב"ק ס: "ואסור להציל את עצמו בממון חבירו". וכתב בפרשת דרכים אות יט. "משמע דס"ל דמה שנסתפק דוד הוא אם מותר להציל עצמו בממון חבירו, והדבר תימה בעיני דאיך יתכן דבמקום פקוח נפש אסור להציל עצמו בממון חבירו". וראיתי בבנין ציון ח"א ס"קסז. ואילך, שהאריך בזה לבאר דעת רש"י, שהוא סבר שאף אם כוונתו לשלם עדיין אסור להציל את עצמו בממון חבירו, ודלא כשיטת התוספות והרא"ש שם. ולפי שיטת רש"י נראה שאין לנהג בנד"ד לגרום היזק במכונת של אחר כדי להציל הילד. אלא לענ"ד נראה שקשה לומר כן בדעת רש"י, שהרי לקמן בב"ק קיז: כתוב, "דאסור להציל עצמו בממון חבירו, ורודף שהיה רודף אחר רודף להציל ושבר כלים בין של נרדף בין של כל אדם פטור, ולא מן הדין אלא שאם אי אתה אומר כן אין לך אדם שמציל את חבירו מן הרודף". ופירש"י, "ולא מן הדין. שהרי המציל עצמו בממון חבירו חייב, כ"ש מציל אחרים בממון חבירו". הרי מפורש שמותר להציל ע"י ממון של אחר, אלא יש חשש שמא הרודף אחר הרודף לא ירצה לשלם בעד הכלים, אף שהוא מותר לשבר אותם, ולכן הוא ימנע מלהציל את הנרדף. ולכן תקנו חכמים שאין הרודף אחר הרודף צריך לשלם. הרי משמע שמצוה קעביד אף אם הוא שובר כלים של אחרים. ולכן ק"ו הוא שאדם יכול להציל את עצמו ע"י ממון של אחרים ואף בזה מצוה קעביד, אלא שרודף אחר רודף א"צ לשלם משום התקנה, אבל הנרדף צריך לשלם שכך הוא הדין. ולכן צ"ל שאף רש"י מודה לזה, ולכן מ"ש רש"י בב"ק ס: שאסור להציל את עצמו בממון חבירו, צ"ל שכוונתו כשיטת התוספות דהיינו רק אם הוא אינו מתכוין לשלם. וצ"ע בבנין ציון שם, שלא הביא סוגיא זו לבאר שיטת רש"י.

ולכן אין לומר בזה שבפקוח נפש יש לדחות המצות, שאין כאן דחיה כיון שיש תנאי שהוא מותר לגמרי, שי"ל שהטעם שמועיל תנאי זה הוא משום הפקר בית דין הפקר, ולכן ממילא הוא דבר מותר ואין לומר בזה שיש לדחות המצות משום פקוח נפש. ולענ"ד יש לתרץ בשני אופנים, או י"ל שמ"ש הראב"ד הוא בדרך שקליא וטריא, אבל אה"נ שהמסקנה היא שכיון שהתנה יהושע לא בעינן הטעם של פקוח נפש, או י"ל שכל מה שאמרו שאין להציל את עצמו בממון חבירו הוא מצד הלכות נזיקין שאין לו רשות לעשות כן כיון שהוא עובר על מצוה, אבל מצד פקוח נפש ודאי הוא מותר לדחות כל המצות ובכללם שלא להזיק ממון של חבירו, ויש לדמות זה לאי אמרינן דחויא או הותרה לגבי פק"נ, שאם הוא מותר להציל את עצמו בממון חבירו משום התנאי של יהושע אז כיון שזה דבר מותר הוא בגדר הותרה, אבל אם הוא אסור אז הוא בגדר דחויא. ואין להאריך בפלפולים.

הרי נראה מכל זה שאף לדעת רש"י והראב"ד מותר להציל את עצמו בממון חבירו אם הוא כיון לשלם וכמ"ש התוספות והרא"ש. ויש להעיר על הבנין ציון הנ"ל שלא הרגיש בזה.

ט) מ"מ עדיין יש לדון אם האב צריך לשלם בעד בנו, שהלא כתוב במשנה בב"ק פז. "חש"ו פגיעתן רעה, החובל בהם חייב, והם שחבלו באחרים פטורין." וכתב מרן בס"תכד. ח. "החובל בחרש שוטה וקטן חייב, והם שחבלו באחרים פטורים אע"פ שנתפקח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן אינם חייבים לשלם שבשעה שחבלו בהם לא היו בני דעת." הרי שקטן שהוא המזיק אינו צריך לשלם הנזק. ואין לדמות זה למ"ש מרן בס"תיתח. וז"ל "השולח את הבעירה ביד חש"ו פטור מדיני אדם... שדרך גחלת להכבות מאיליה קודם שתעבור ותדליק, אבל אם מסר להם שלהבת חייב שהרי מעשיו גרמו." הרי נראה מזה שהאיש צריך לשלם בעד נזק הקטן כשיש בידו שלהבת. מ"מ החילוק מבואר שלגבי השלהבת מעשה האיש גורם הנזק, משא"כ כשקטן עושה נזק רק מעצמו אין האב צריך לשלם בעד בנו. ולכן אף בנד"ד י"ל שכיון שהילד רץ ברחוב מעצמו אין האב צריך לשלם הנזק בעד בנו, ואף הבן פטור כשהגדיל.

מ"מ יש לדון בזה מטעם אחר, דהיינו מדין צדקה, שאף שהאב פטור ממזונות בנו מגיל שש כמבואר במרן ב"ד ס"רנא. ג. מ"מ כל מה שהאב נותן לבנו למזונות וכיוצא הוא בתורת צדקה, והבן קרובו וצריך להקדימו. וכן מצינו

ובתשלומין, וי"ל כך שלחו לו בלא תשלומין אסור אבל אתה מלך ומותר לך אפילו בלא תשלומין. הנה מן הכללות הללו אדם יכול להציל עצמו בממון חבירו בין בפניו בין שלא בפניו והוא שישלם פסידתו."

הרי משמע שמצד הדין אין להציל את עצמו בממון חבירו, אבל כיון שהתנה יהושע, מצינו שהוא מותר אם הוא כיון לשלם. וזה מה שכתב הראב"ד בסוף שאף שלא בפניו מותר והוא שישלם פסידתו. ולפי זה אף לגבי מי שרודף אחר רודף י"ל הכי שהוא מותר לשבור הכלים כדי להציל חבירו לפי מה שהתנה יהושע, אלא תקנו חכמים שבזה אין צריך לשלם כמו שמבואר שם. ולפי זה צ"ל שרש"י סבר כהראב"ד שהטעם שאסור לדור המלך להציל את עצמו בממון חבירו, הוא מפני שבעלי הכלים אינם שם כמ"ש הראב"ד, אבל מ"מ עדיין צ"ל כמ"ש התוספות שזה דוקא אם הוא אינו רוצה לשלם, אבל אם הוא רוצה לשלם הוא מותר, וזה מפני התנאי של יהושע. שוב ראיתי בתשובת זכר שמחה ס"רלה. שכתב, "לכן נראה דגם כוונת רש"י דבעיית הש"ס אי מותר להציל עצמו בממון חבירו שלא על מנת לשלם דוקא, דכך יש לפרש לשון הש"ס דמהו להציל עצמו בממון חבירו ממילא משמע שלא על מנת לשלם, דאי בתשלומין לאו ממון חבירו מקרי כי אם מכירה או הלואה, ואין כלל לפרש ע"מ לשלם כיון דאמר ממון חבירו, לכן לא הוצרך הש"ס לפרש שלא ע"מ לשלם דממילא משתמע" ע"ש. וזה כדביארתי בדעת רש"י. ולכן אף בנד"ד י"ל שלדעת רש"י והראב"ד מותר לנהג להציל הילד בממון חבירו, אף "שאינן האונס ההוא בא לו מחמת בעל הכלים", דהיינו אף שאין המכוננית בצדו גורם שום סכנה לילד.

אלא שעדיין יש להקשות על מ"ש הראב"ד ממה שהוא עצמו כתב לעיל מזה. וז"ל "אבל אנסוהו אונס גופו או פחד מיתה או פחד ייסורין שאפשר שיבא בהם לידי סכנה, ואמרו לו שיביא להם ממון חבירו והביא פטור שאין לך דבר העומד בפני פקוח נפש חוץ מע"ז ג"ע וש"ד." ויש להבין הדבר, שי"ל אף באנסוהו אין האונס בא מצד ממון חבירו אלא מצד הגוים או הליסטים. וזה דומה לנרדף ששבר כלים שאין האונס בא מחמת הכלים. אלא עדיין אמרינן בזה שהוא מותר להציל עצמו, וכתב הראב"ד שיש להשוות דחיית המצוות בפ"נ שמותר, למי שהציל את עצמו בממון חבירו שאף זה מותר לכתחלה מטעם פקוח נפש שדוחה האיסור של היזק בממונו של חבירו. וזה קשה הלא מצד הדין אין להציל את עצמו בממון חבירו, וכל הטעם שהוא מותר עכשיו הוא רק מפני התנאי של יהושע,

לזווג עם אותה שבידו, ולרבנן דסברי יש הונאה לא אמרינן אדם רוצה לזווג, וא"כ ממילא שמעינן דחייב לשלם הפחת מערכה. "ע"ש כל דבריו, וכיון שאנו קי"ל כרבנן וכן דעת מרן בס"רכז. טו. יש לו לשלם כמו שביארתי לעיל.

אלא שראיתי שם שהוא כתב בשם המאסף דיכול המוחזק לומר קי"ל כר" יהודה, והוא כתב על זה "דלדידן דלא אזלינן בתר קי"ל צריך לשלם גם הפחת שנפחתה הנשואת. ובמקומות דתפסי בטענת קי"ל יכול לומר קי"ל כפוסקים כר" יהודה, וכיון דרוצה אדם לזווג לא הפסדינן בנשואת כלום. הרי כיון שאנו קי"ל דלא אמרינן קי"ל כנגד דעת מרן אין לחוש לדעת ר" יהודה. אלא לענ"ד נראה שבנ"ד י"ל שאף ר"י מודה שיש לו לשלם מ' ולא כ', וזה מפני שבשלמא לגבי מרגלית הוא יכול לקנות אחרת כמותה, והוא דבר שכיח למצוא מרגלית שדומה לזו, אבל בנזמים כל זוג אינו דומה לזוג אחר, וקשה מאד למצוא נזם הדומה לחברו בפרט אם יש בו כמה דברים שונים בנזם כגון אבן יקרה כצבעים שונים וזהב או כסף וצורה משונה. ולכן נראה שלכ"ע י"ל שהבעל אינו יכול לזווג ושיש לו לשלם מ' כדביארתי לעיל.

(ב) **ועוד** ראיתי שם בקול אליהו שהוא כתב בתחלת דבריו לגבי הנזם הנאבד בלבד (שעדיין הוא לא דן לגבי הנזם הנשאר), "דאין ספק בדבר דצריך לשלם על האבודה כמו ששמוה בהיותה בעולם. אם שמו אותם בחמישים יתשלם כה' על הנאבדת שהרי אומר לו בעה"ב הפסדתי כה' שהייתי לוקח עליה. ובאותה שאמרו בפ"ה השואל צט: האי מאן דגזיל חביצא דתמרי ואית בה חמשים תמרי, אגב הדדי מזדבנן נ' נכי חדא, חדא חדא מזדבנן בנ', להדיוט משלם חמשים נכי חדא, מתקיף לה רב ביבי בר אביי להדיוט אמאי משלם נ' נכי חדא לימא ליה אנא חדא חדא הוה מזבנינא להו, ומהדרינן שמין בית סאה באותה שדה, כלומר גזרת הכתוב היא שאין מדקדקין כ"כ בנזיקין יעו"ש. אלמא אי לא קרא הוה אמינא דלשלם ליה כמו שהיה מוכרו אם היה בעין, וה"נ דכוותה אלא דהתם שאני דהוי גזרת הכתוב, הא בעלמא אינו כן." הרי שלמד מזה הקול אליהו שיש לשלם כמו שראוי להיות אם יש שני נזמים ביחד, וזה מ"ש "כמו שהיה מוכרו אם היה בעין", ואין לו לשלם דמיו של נזם אחד בלבד כשאין זווגו בעולם.

ולענ"ד אף שכן הוא לדינא, מ"מ לענ"ד אין ראיתו ראייה, ובתחלה י"ל שמ"ש "דהתם שאני דהוי גזרת הכתוב, הא בעלמא אינו כן", אינו נראה לי, שהלא התם בגמרא למדינן

לגבי פדיון שבויים שכתב מרן בס"רנב. יב. "האב חייב לפדות את הבן אי אית ליה לאב ולית ליה לבן." ולפי זה י"ל בנ"ד שכל מה שהאב משלם בעד הנזק הוא בתורת הצלת בנו, ולכן ק"ו הוא שאם האב צריך לשלם בעד פדיון בנו כמ"ש מרן, ק"ו שהוא צריך לשלם בפדיון והצלת נפש בנו כנ"ד. וכן מצינו בב"ק קיז: שכתוב שם, "ההוא גברא דהוה מפקיד גביה ארנקא דפדיון שבויים, סליקו גנבי עילויה שקלה יהבה ניהלייהו, אתא לקמיה דרבא פטריה, א"ל אביי והא מציל עצמו בממון חבירו הוא, א"ל אין לך פדיון שבויים גדול מזה." הרי שלהציל חבירו דומה לפדיון שבויים. ולכן אין לדמות נד"ד לקטן שמזיק שאין בזה הצלת בנו, אבל כיון שבנ"ד יש הצלת בנו, י"ל שהאב צריך לשלם בעד ההצלה, וכדמצינו לגבי הטובע בנהר כמ"ש הרא"ש והטור, ולכן יש לו לשלם בעד המכונת.

ולכן למסקנה נראה שאין הנהג צריך לשלם שקי"ל שבאונס גמור הוא פטור. ואף אם הוא מתכוין להזיק המכונת בצדו כדי להציל הילד, מ"מ עדיין אין לו לשלם. אמנם בזה י"ל שאבי הילד צריך לשלם.

סימן קמו.

שאלה: האם מי שאיבד נזם אחד מזוג של נזמים צריך לשלם כדמי נזם אחד לבדו, או שמא יש לו לשלם יותר מזה כיון שדמי הזוג הוא יותר מדמי כל נזם לבדו.

תשובה: (א) **נראה** מסברה שהוא צריך לאמוד הדמים של השני נזמים ביחד, ויש לו לסלק מן החשבון הדמים של נזם הנשאר לבדו. ולכן אם כל נזם לבדו הוא כ' אבל כשהנזמים ביחד בזוג הם ס', אז יש לו לשלם מ', ואין לומר שכיון שהוא איבד רק נזם אחד די לו לשלם רק כ'. וכן ראיתי בקול אליהו ח"א חו"מ ס"ד. שכתב כן, וז"ל "נלענ"ד שהוא נלמד יפה מאותה שאמרו בפ"ה הזהב נח: על מה ששנינו במתני' רבי יהודה אומר אף המוכר ס"ת בהמה ומרגליות אין להם אונאה דטעמא משום דאדם רוצה לזווג, כלומר שאם יש לו מרגלית טובה מבקש אחרת כמותה ולא חייש במע"ה ונותן יותר משוויה כדי לזווג עם זו בידו, לפיכך לא הוי אונאה. ורבנן פליגי וסברי דאי משום הזווג כל דבר נמי נימא רוצה בזווג ואין כאן אונאה, למדנו מזה דלרבי יהודה כיון דרוצה לזווג ואין בזה הונאה אם קנה ביוקר ה"ה נמי דאין צריך לשלם לבעה"ב מה שנפחתה מערכה דאכתי מעולה הוא בדבמים שימצא אדם שיש לו מרגלית כזו וקונה לזו ביוקר כדי

הדין של גזל לגבי החביצא מדין של נזיקין לגבי השדה, ולא אמרינן ששאני הדין של נזיקין בשדה כיון שהוא גזרת הכתוב, הרי משמע שאדרבה יש ללמוד מהדין של שדה למקומות אחרים.

ג) ועוד י"ל, שמי שאיבד הנזם הוא בגדר של שומר, שהנזם ברשותו ויש לו לשומרו. ומצינו בב"ק סב. שכתוב "אמר רבא הנותן דינר זהב לאשה ואמר לה הזהרי בו של כסף הוא, הזיקתו משלמת דינר זהב משום דאמר לה מאי הוה ליך גביה דאזקתיה, פשעה בו משלמת של כסף, דאמרה ליה נטירותא דכספא קבילי עלי, נטירותא דדהבא לא קבילי עלי". וכן הוא במרן בס"רצא. ד. שכתב, "אפילו כשקיבל עליו אינו חייב אלא כפי שווי החפץ שקבל עליו לשמור, שאם נתן לו לשמור דינר זהב ואמר לו הזהר בו של כסף הוא ופשע בו ונאבד אינו חייב אלא בשל כסף שיאמר לו לא קבלתי עלי אלא שמירת דינר של כסף, וכן כל כיוצא בזה, אבל אם הפסידו בידים משלם של זהב." הרי נראה מזה שהכל תלוי במה שהוא קיבל לשמור. ולכן אף לגבי החביצא י"ל הכי, דהיינו שהוא קיבל לשמור החביצא כמו שהיא שכל התמרים דבוקים ביחד והיא שוה מט', ולא קיבל לשמור מה שהיא ראויה להיות רק אחר הפרדת התמרים דהיינו נ'. ונראה שדין שמירה הוא יותר קיל מדין של נזיקין, שהרי כתוב בגמרא ובמרן שאם הפסידו בידים משלם של זהב, משא"כ בשמירה שסגי לשלם של כסף. ולכן ק"ו הוא שאם לגבי החביצא יש לשלם רק מט' לגבי נזיקין כ"ש שיש לו לשלם מט' לגבי שמירה.

ואף שיש להשיב על מה שכתבתי, וי"ל דשאני הדין של דינר של זהב, שהשומר אינו יודע כלל שהוא של זהב ולכן הוא לא קיבל עליו לשומרו, אבל בנד"ד השומר יודע שהחביצא ראויה לנ', ולכן י"ל דהכי הוא קיבל. אמנם לענ"ד זה אינו וי"ל שהעיקר לגבי השומר אינו תלוי במה שהוא יודע או לא, אלא במה שהוא קיבל, וכן ראיתי בקצות החושן בס"רצא. ס"ק ד. שכתב, "דכל השומרים לא נתחייבו בע"כ אלא משום שהתורה ירדה לסוף דעתן, דברצונם מקבלין עליהם ש"ח בדין פשיעה, וש"ש בגניבה ואבידה, וכן שואל, וכמבואר בתוספות פ"א אע"פ נו: ע"ש. ומש"ה כל שלא קיבל עליו השומר דין שמירה אינו מתחייב שלא מדעת". ולכן אף לגבי החביצא י"ל שכיון שהבעל נותן לשומר חביצא שהיא שוה מט' מסתמא כך קיבל השומר, ולא קיבל מה שהחביצא ראויה להיות ע"י הפרדת כל אחד לבדו, שאין מחשבת השומר אלא על מה שהוא קיבל בשעת נתינה. הרי מצינו שי"ל הדין של חביצא אף לגבי שומר ודלא כהקול אליהו.

ד) ולכאורה י"ל שיש להביא ראיה להקול אליהו מדין של חביצא מטעם אחר, וזה אף לפי מה שכתבתי שאין לחלק בין גזילה ושמירה לגבי החביצא, דהיינו שלגבי שומר אנו אזלינן אחר כמה שוה החפץ בשעת פשיעה, כמבואר בקצות החושן בס"רצא. ס"ק א. בשם הרב המגיד והש"ך. ועיין מ"ש שם ב"שם הריטב"א הטעם שבגזילה יש לשלם כשעת הגזילה, ובשומר יש לשלם כשעת הפשיעה. ועיין בנתיבות שם. ולכן י"ל שבשעת הפשיעה שנאבדה החביצא כשהיא שלמה היא שוה מט', ואין לומר שאחר כך היא ראויה לנ' ע"י הפרדת התמרים כל אחד ואחד לבדו, שאין זו בשעת הפשיעה, ובשעת פשיעה עדיין יש חסרון המעשה של הפרדת התמרים. ולפי זה יש לדון, שבשלמא לגבי חביצא יש לומר שהיא שוה מט' כיון שבשעת גזילה או פשיעה השומר היא שוה מט', אבל לגבי הנזמים אף בשעת פשיעה הם שווים יותר משום שהם בכלל זווג באותה שעה, ולכן ודאי שבזה יש לשלם יותר.

אלא לענ"ד נראה שאין זה ראיה נכונה, שהלא יש להקשות על גמרא בב"מ צט: הנ"ל, מאי טעמא שיש להביא ראיה לדין של חביצא מגזרת הכתוב לגבי נזיקין, הלא יותר פשוט לומר שיש כלל גדול בידינו, והוא מ"ש בפסחים לב. "כל הגזלין משלמים כשעת הגזלה". ופירש"י "כשעת הגזלה כדכתיב אשר גזל, כמה שגזל". ולכן אף לגבי החביצא י"ל שיש לו לשלם מט' כיון שהיא שלמה באותה שעה, ולא נ' כיון שעדיין אין כאן הפרדת התמרים. אלא נראה שאין לומר כן, וזה מפני שאף באותה שעה של גזילה החביצא ראויה להפרדת התמרים, ואף באותה שעה היא ראויה לנ', משא"כ בחפץ שיוקרא אחר שעת גזילה, שהלא בשעת גזילה הוא עדיין אינו ראוי ליותר ממה שהוא שוה באותה שעה, ולכן בזה אזלינן רק אחר שעת הגזילה. ולכן שפיר הוא מה שהביאה הגמרא ראיה מגזרת הכתוב לגבי נזיקין. וראיתי בלבוש בס"שסב. שכתב שהטעם שיש לשלם רק מט' לגבי החביצא הוא מפני שאין לשלם אלא כשעת הגזילה, ולענ"ד זה אינו שהגמרא לא כתבה כן, וכל הפוסקים לא הביאו טעם זה, וצ"ל כמו שביארתי לעיל, שאף מה שהחביצא ראויה לנ' ע"י הפרדת התמרים נחשב כשעת הגזילה. ולכן רק משום גזרת הכתוב למדינן מנזיקין לגזילה שיש לאזיל לקולא, ויש לשלם רק מט'.

ולכן נראה שכן י"ל לגבי שמירה שיש לשלם רק מט' בעד החביצא, או מטעם שכיון שלמדינן מגזרת הכתוב מנזיקין לגזילה, כמו כן יש ללמוד לגבי שמירה, או מטעם ששאני

הנזמים דומים לחביצא כלל, שבשלמא לגבי חביצא הוא דבר מצוי למכור חביצא בבת אחת מ"ט בלי טירחה, או למכור כל תמר ותמר אחד באחד בטירחה נ', ולכן שפיר י"ל שהוא קיבל רק לשמור כשהוא שוה מט' כיון שזה הוא מה שהוא קיבל בידו כל התמרים דבוקים ביחד, אבל לגבי הזוג של נזמים אינו מצוי כלל למכור כל נזם אחד לבדו ולכן מוכרח לומר שהוא קיבל לשמור הנזמים כשהם שווים ס' לזוג. ולכן בשלמא שלגבי חביצא יש לשומר לשלם רק מט', אבל לגבי הזוג של נזמים יש לו לשלם כדמי הזוג מלבד הנזם הנשאר.

ולכן למסקנה נראה שצריך לאמוד הדמים של שני הנזמים ביחד, ויש לו לסלק מן החשבון הדמים של נזם הנשאר לבדו. ולכן אם כל נזם לבדו הוא כ' אבל כשנזמים ביחד בזוג הם ס', אז יש לו לשלם מ', וכמו שכתב הקול אליהו, מ"מ ראייתו מדין חביצא אינו נראה לענ"ד. ועוד י"ל ששפיר הוא לדמות הדין של גזילת חביצא לדין של שמירת חביצא, ובשניהם יש לשלם רק מט' כדביארתי.

סימן קמז.

שאלה: האם המונע חבירו מעשיית מצוה צריך לשלם מטעם קנס או משום דינא, ודעת מרן בזה.

תשובה: (א) יש נ"מ בזה כגון אם היורש צריך לשלם או לא, כמבואר בגיטין מד: "וקנסא דרבנן היא לדידיה קנסוהו רבנן, לבריה לא קנסו רבנן", או יש נ"מ אם הוא מונע עשיית המצוה בשוגג או באונס, שאם הוא מדינא עדיין צריך לשלם, משא"כ אם הוא קנס. ואף שבזמן הזה אין מגבין אותו, מ"מ אם תפס לא מפקינן מיניה, ולכן מה הוא הדין אם הוא תפס מיורש או ממנו שמונע בשוגג או באונס. וראיתי בש"ך בס"שפב. בס"ק א. שדעתו שדין זה מטעם קנס, וכן הוא בש"ך בס"שפה. בס"ק א. אבל לענ"ד נראה שיש לדון בזה, ובפרט בדעת מרן.

כתב הרי"ף בסוף פ" החובל, "תנא רבה בר בר חנה קמיה דרב, שורי הרגת נטיעותי קצצת, אתה אמרת לי להרגו אתה אמרת לי לקצץ פטור, אמר ליה לא שבקת חיי לשום בריה כל כמיניה, אמר ליה איסמיה, א"ל תתרגם מתניתך בשור העומד להריגה ובאילן העומד לקציצה, א"ל אי הכי מאי קא טעין, א"ל אנא בעינא למעבדה להא מצוה כדתניא

שמירה שיכול השומר לומר קיבלתי רק לשמור אם הוא שוה מט' ותו לא.

(ה) וכן יש להביא ראיה למה שכתבתי מקושית הקצות החושן בס"דש. אות ב. שיש להשוות הדין של שמירה לגבי החביצא להדין של גזילה, ובשניהם יש לשלם רק מט'. כתב מרן בס"דש. ה. "הסבל ששבר חבית של יין לחנוני ונתחייב לשלם, והרי הוא שוה ביום השוק ד' ובשאר ימים ג', אם החזירו ביום השוק חייבים להחזיר חבית של יין, או ישלמו ד'..." ע"ש. ובגמרא בגירסת רש"י וגירסתנו כתוב שביום השוק הוא שוה חמשה ובשאר ימים ד', ואין נ"מ בזה. ופירש"י בב"מ צט: בדין זה, "ומנכה לו אגר טירחא, היינו אגר טירחא כפועל בטל כמה הוא רוצה לישב ולא למכור יין חבית אחת פרוטה פרוטה ויושב בטל". וכתב על זה הקצות החושן שם, "ומשמע דגם ביום השוק לא שוי חמשה אלא כשמוכרין פרוטה פרוטה, אבל כשרוצה למכור בבת אחת אינו עולה חמשה, וקשה לי דהא שם דף צט: אמר שמואל האי מאן דגזיל חביצה דתמרה מחבריה ואית בה נ' תמרי אגב הדדי מזבן בנ' נכי חדא, חדא חדא מזדבן בנ' להדיוט משלם נ' נכי חדא ע"ש. וכן פסק הרמב"ם פ"ב מגזילה והרי"ף והרא"ש שם ובטור ושו"ע ס"שסב. יג. וכיון דחבית בבת אחת אינו שוה חמשה למה משלם כדמי שוויה שנמכר א' א', ואפשר דשומר שאני דחייבו על אשר לא שמרו ומשום הכי מחייב על כל חדא וחדא, אבל גזלן אינו שומר וצ"ע". הרי מבואר שהקצות החושן אינו סובר כדעת הקול אליהו שכתב שרק י"ל הדין של חביצא לגבי נזיקין וגזילה ולא לגבי שומר, אלא הוא כדביארתי לעיל שכיון שלמדנין מגזרת הכתוב לגבי נזיקין ה"ה שיש ללמוד מזה לשאר מקומות ובכלל זה לשומר, ולכן לפי זה הקשה הקצות החושן קושיתו. ולענ"ד יש לתרץ כדביארתי לעיל שהכל תלוי בקבלת השומר, וי"ל שכיון שהוא חנוני והחבית עשויה למכירה שפיר י"ל שקיבל השומר לשומרה בה', אבל לגבי חביצא של תמרים מי אמר שהיא עשויה למכירה דוקא, וכתוב בגמרא "מאן דגזיל חביצא דתמרי מחבירו", הרי כאן כתוב רק "חבירו" ולא חנוני, ולגבי הסבל והחבית של יין כתוב שם בגמרא, "הני שקולאי דתברו חבית דחמרא לחנוואה", הרי כאן כתוב חנוני דוקא. ולכן שפיר י"ל שיש קבלה משונה בין החביצא ובין החבית כדביארתי.

(ו) ולכן מכל זה נראה שאף לגבי שמירה י"ל הדין של חביצא ויש לשלם רק מט', ודלא כהקול אליהו. אלא לפי זה יש לדון לגבי הנזמים בנד"ד, ונראה לענ"ד שאין

הלא הם אמרו "דקנסיה לא ילפינן", אבל הי' זהובים הם קנס ולכן אין ילפינן מזה, ומה שאמר רב לדמות מה שאמר ר"ג להמעשה של שורי הרגת, זה רק לגבי שיש לו לשלם מה שיראו הדיינים, אבל לא לגבי הי' זהובים, ועוד אנו קי"ל כשמואל שאין ילפינן מקנס.

הרי לדעת האיכא מ"ד ההלכה כשמואל שאין ילפינן מקנס, ומה דאמרין שהכל תלוי בעיני הדיינים זה משום שהוא מדינא ושפיר הוא לומר שזה שייך בשאר מצות כמו לגבי כסוי הדם. ולדעת הרי"ף שהיא דעה האחרונה ברמב"ם כמ"ש הרב המגיד, צ"ל שיש ללמוד אף הי' זהובים מכסוי הדם, וצ"ל שההלכה כשמואל שאין ילפינן מקנס, ולכן מוכרח לומר שאף הי' זהובים מדינא. הרי מצינו שבין לאיכא מ"ד ובין לדעת הרי"ף ההלכה כשמואל דאין ילפינן מקנסא, אלא דלאיכא מ"ד הי' זהובים מטעם קנס ואין ללמוד זה לשאר מצות, ולדעת הרי"ף אף הי' זהובים מטעם דינא ויש ללמוד אף זה לשאר מצות. ולכן אף שכתב הרמב"ם בדעת הרי"ף, "ויש מי שהורה שהוא נותן קנס קצוב", אין ללמוד מהלשון של "קנס קצוב" שהוא ממש קנס, אלא שהוא מדינא אבל יש ממון קצוב שהוא צריך לשלם.

וראיתי בש"ך בס"שפב. בס"ק א. שכתב לבאר דעת האיכא מ"ד וז"ל, "ומה שהקשה הרי"ף ס"פ החובל על האיכא מ"ד דקנסא הוא א"כ היכי יליף רב מיניה השור ואילן, חתני הנבון ה"ר מאנש השיב ע"ז דהא שפיר י"ל רב לטעמיה דס"ל בפ" הנזיקין גבי מטמא ומדמע ומנסך דמקנסא ילפינן" ע"ש. ולענ"ד זה אינו, שהלא הרי"ף כתב לבאר טעם האיכא מ"ד שהוא משום "קנסא הוא דקנסיה ולא גמרינן מינה לדינא אחרינא". הרי לדעת האיכא מ"ד אין ההלכה כרב אלא כשמואל, ואף שיש לפרש דברי האיכא מ"ד כמו שכתב הש"ך, מ"מ הלא כבר העיד לנו הרי"ף שהם סברו כשמואל, ולכן אין לזוז ממה שפירש לנו הרי"ף לבאר דעת האיכא מ"ד, שודאי שכיון שהוא הביא דעתם הוא ידע יותר ממנו הטעם של דינא, וכיון שהוא כתב שטעמם משום שמקנסא לא ילפינן ודאי שכך דעתם. ולפי זה צריך לפרש כמו שכתבתי לעיל, שהם סברו שמדינא בשאר מצות הכל תלוי בעיני הדיינים, אבל הקנס הוא ממון הקצוב של י' זהובים, ובזה אין ילפינן לשאר מצות כיון שההלכה כשמואל. ולפי זה צ"ל שאף שהרמב"ם הביא רק הדין של שור ואילן וכיסוי הדם לדעת האיכא מ"ד, מ"מ אה"נ שאף בשאר מצות הכל תלוי בעיני הדיינים, שכיון שאנו ילפינן מכסוי הדם לשור ואילן מטעם שהוא דינא, כן יש ללמוד לשאר מצות. וכן ראיתי

ושפך וכסה, מי ששפך הוא יכסה, ומעשה באחד ששפך וקדם חבירו וכסה וחייבו רבן גמליאל ליתן לו י' זהובים, איכא מאן דאמר האי דחייביה ר"ג להאי גברא י' זהובים קנסא הוא דקנסיה ולא גמרינן מינה לדינא אחרינא, וכד מעיינת בגמרא לא אשכחת להאי סברא, דאי סלקא דעתך קנסא הוא דקניס ר"ג ולא גמרינן מינה לדינא אחרינא, אמאי קא גמר מינה רב להא דתנן נטיעותי קצצת אתה אמרת לי לקצץ פטור, דשמעינן מינה טעמא דאמר הכי, הא לא אמר הכי חייב, אלא לאו דינא הוא וגמרינן מינה. וכן הוא ברא"ש שם. ונראה מזה שלגבי המחלוקת בין רב ושמואל בגיטין נב:, הרי"ף פסק כשמואל בדיני ממונות שמקנסא לקנסא לא ילפינן, וכן כתב הש"ך הנ"ל.

ונראה שלהבין דעת הרי"ף והאיכא מ"ד צריך לדון בתחלה במ"ש הרמב"ם בדין זה בהל" חובל פ"ז. הל"ג. יד. שהוא הביא שתי דעות אלו, וז"ל "שור שהיה עומד להריגה מפני שהוא מזיק את הבריות, ואילן העומד לקציצה מפני שהוא מזיק את הרבים, וקדם אחד ושחט שור זה וקצץ אילן זה שלא מדעת הבעלים חייב לשלם לבעלים כמו שיראו הדיינים, שהרי הפקיען מלעשות מצוה... וכן מי ששחט חיה ועוף ובא אחר וכסה הדם שלא מדעת השוחט, חייב ליתן כמו שיראו הדיינים, ויש מי שהורה שהוא נותן קנס קצוב והוא עשרה זהובים, וכן הורו שכל המונע הבעלים מעשות מצות עשה שהן ראויין לעשותה, וקדם אחר ועשה משלם עשרה זהובים." וכתב על זה הרב המגיד שם, "ודעות אלו שכתב הרב ז"ל אם הוא דבר קצוב או למראית העין, סברות הם כתובות בהלכות, והרי"ף ז"ל הכריע דעת אחרון שהוא דבר קצוב." הרי מבואר ששתי דעות אלו שהם בדברי הרמב"ם הן שתי הדעות ברי"ף. ודעה הראשונה ברמב"ם היא האיכא מאן דאמר, ודעה האחרונה היא הרי"ף.

לפי זה לדעת האיכא מ"ד צ"ל ששפיר הוא דילפינן מכסוי הדם לשאר מצות, שהלא אמר ר"ג דבריו רק לגבי כסוי הדם, ולכן אין ילפינן מזה לשור ואילן, אלא צ"ל ששפיר הוא ללמוד מכסוי הדם לשאר מצות, אבל אין ללמוד מזה סך קצוב של י' זהובים אלא הוא תלוי במראית העין, וזה מ"ש י' זהובים קנסא הוא דקנסיה ולא גמרינן מינה לדינא אחרינא. ונראה מהרמב"ם שאף לגבי כסוי הדם אין ללמוד ממעשה דר"ג, שהי' זהובים הוי רק לגבי אותו מעשה, אבל במעשה אחר של מניעת מצות כסוי הדם זה רק תלוי במה שיראו הדיינים, ואין סך קצוב. ולפי זה נראה שיש לחלק לאיכא מ"ד, שבשלמא דילפינן לשאר מצות וצ"ל שזה דינא ולא מטעם קנס שאם לא תאמר כן

האחרונים. הרי נראה מזה שסבר הריב"ש שלדעת הרמב"ם שתשלומי מצוה בגדר של קנס, ולא מדינא. ולענ"ד שאה"נ שיש לפרש כן בדעת הרמב"ם כיון שהוא פסק כרב דילפינן מקנסא, אבל אין לפרש כן לדעת האיכא מ"ד ברי"ף כדביארתי לעיל.

וגם ראיתי בשלטי גבורים בפ"ה החובל שם שכתב בתחלה בדעת הרמב"ם שהטעם הוא מפני קנס, וזה כמו הריב"ש הנ"ל, אלא בסוף הוא כתב, "ואף גם זאת נראה מסוף דברי מי" דגם איהו ס"ל דהוא דינא מאחר שכתב שהורו כן בכל המצות, אלמא גמרינן מינה. ועל זה יש להשיב שאם אמרינן שדעה הראשונה היא מטעם קנס לדעת הרמב"ם אף בדעה אחרונה י"ל כן כיון שהרמב"ם פסק כרב, ואם תאמר שדעה האחרונה היא משום דינא, אז אף בדעה הראשונה שסוברת שהכל תלוי במה שיראו הדיינים י"ל שהוא משום דינא.

(ד) הרי מבואר מהנ"ל שלדעת הרי"ף הי' זהובים הם דינא ולא קנסא. אלא שראיתי שהקשה המשנה למלך על הרי"ף בפ"ז דהל" חובל הל"ד. בסוף דבריו, וכתב, "והוי יודע שדברי הרי"ף הם נעלמו ממני, שרצה להוכיח דההיא דר"ג דינא הוא ולא קנסא מדגמר מינה רב לההיא דנטיעות קצצת, והדברים הם תמוהים דהא רב אית ליה בפ"ה הנזיקין דקנסא מקנסא גמרינן, והרבה יותר מדאי נדחקתי ליישב דברי הרי"ף ולא עלה בידי וצ"ע". וכבר כתב כן הש"ך בס"שפה. וז"ל "ומה שהקשה הרי"ף שם, דא"כ היכא יליף רב התם מיניה שור ואילן הא מקנסא לא ילפינן, לפענ"ד ל"ק מידי דרב לטעמיה דס"ל בפ"ה הנזיקין (נב:) מקנסא ילפינן, וא"כ האיכא מ"ד התם ס"ל דקנסא הוא וס"ל דלענין הלכה קי"ל כשמואל בדיני דמקנסא לא ילפינן, כך נ"ל לישב דעת האיכא מ"ד שהביא הרי"ף, ולכאורה תימה על הרי"ף בזה. וכן תירץ הגר"א בס"שפב. אות ג. בעד האיכא מ"ד ע"ש.

וראיתי בפרי האדמה בח"ב בהל" חובל פ"ו. בסוף דף כא. שכתב לתרץ הקושיא הנ"ל, וז"ל "לענ"ד ההיא דנטיעות קצצת וכו', הוי ממונא וא"כ לעולם אימא לך דהלכה כרב דקנסא מקנסא ילפינן, מ"מ ממונא מקנסא לא ילפינן, ואם כן שפיר מייתי ראית הרי"ף ז"ל, דמוכרח דההיא דר"ג דינא דממונא הוי ולא קנסא דאם הוא קנסא היכי יליף מיניה לההיא דנטיעות כו' דהוי ממונא, וא"כ אישתמיטיה לתנא ז"ל (המל"מ) לע"ד מאי דאימא בש"ס מסכת כתובות מו: דאמר רב מנין שמעשה הבת לאביה שנאמר וכי ימכור איש את בתו לאמה, מה אמה מעשה ידיה לרבה אף בת מעשה ידיה לאביה כו', תיפוק ליה מבנעוריה בית אביה

בכנה"ג ב"ד ס"כח. בהג" ב"י אות יט. שמ"ש הרמב"ם כי אם מה שיראו הדיינים, ה"ה בכל המצות. וכן כתב הנשמת כל חי בח"ב ס"מז. בד"ה חיים. ע"ש.

ועוד ראיתי בנשמת כל חי שם שדן בכל זה, וכתב בתחלת דבריו, "והרב המגיד שם בפ"ז מהל" חו"מ הבין דמ"ש הרמב"ם בתחילה דחייב לשלם כמו שיראו הדיינים, היינו משום דהוי קנסא ולא גמרינן מינה, ומ"ש דחייב ליתן קנס קצוב עשרה זהובים ממונא כדעת הרי"ף". ואפשר לפרש כוונתו בדעה ראשונה בשני אופנים, שאפשר שהוא סבר שמה שיראו הדיינים הוא משום קנס, ולענ"ד זה אינו שזה מדינא כדביארתי לעיל, או יש לפרש דבריו שאה"נ מה שיראו הדיינים הוא מדינא, אבל הי' זהובים הם מטעם קנס, ואם תאמר כן שפיר הוא.

(ג) ולפי מה שביארתי יש לבאר דעת הרמב"ם אי הוא סבר כדעה ראשונה או כדעה אחרונה בדבריו. ונראה שכיון שאנו ראינו שהרמב"ם פסק כרב לגבי היזק שאינו ניכר, שאף שהוא קנס מ"מ יש ללמוד מתרומה ומדומע בגיטין נב: לשאר דברים כמבואר בדבריו בפ"ז הל"א. בפ"ה החובל, ולכן הוא קשה להבין את דבריו, שבין לאיכא מ"ד ובין לדעת הרי"ף ההלכה כשמואל. אלא י"ל שמ"ש דעה הראשונה גם אתי שפיר לדעת הרמב"ם או מטעם שזה מדינא או מטעם שהוא קנס ויש ללמוד ממנו לשאר מצות כיון שההלכה כרב. ומ"ש דעה האחרונה גם כן אתי שפיר שאף בזה אם ההלכה כרב והי' זהובים הם קנס, אז שפיר הוא ללמוד הי' זהובים לשאר מצות, ואם תאמר שאף הי' זהובים הם משום דינא אף זה אתי כהוגן לדעת הרמב"ם. ולפי זה אפשר לומר שהרמב"ם דייק לכתוב בדעה אחרונה הלשון של "קנס קצוב", דהיינו שזה קנס לדעתו אלא כיון שההלכה כרב יש ללמוד ממנו לשאר מצות. אלא לפי זה נראה שמ"ש הרב המגיד, "ודעות אלו שכתב הרב ז"ל אם הוא דבר קצוב או למראית העין, סברות הם כתובות בהלכות", פירושו שדינים אלו ברי"ף אבל מ"מ הרמב"ם יש לו שיטה אחרת לבארם.

וראיתי בריב"ש ס"תקו. שכתב, "ומ"ש הרמב"ם ז"ל חייב לשלם לבעלים כמו שיראו הדיינים, הוא תשלומי המצוה כמו שנראה מלשונו, ואין בנדון זה (שדן בו הריב"ש לגבי נפילת תקרה בבית ע"ש) תשלומי מצוה, שהרי זה (מ"ש הרמב"ם שחייב לשלם תשלומי מצוה) אינו כי אם כעין קנס ואין לקנוס השוגג, דלא מצינו קנסו השוגג אטו מזיד בענין זה. ועוד כבר כתב הרשב"א ז"ל שם דלא מגבינן ליה בבבל אף לדעת האומר דדינא הוא, וכן הסכימו

ה' ולענ"ד נראה שיש לתרץ הקושיא הנ"ל באופן אחר, דהיינו שאף שרב סבר דילפינן מקנסא לקנסא, מ"מ לגבי י' זהובים הוא מודה שאין ילפינן. וזה מפני שמצינו בגיטין נב: לגבי היזק שאינו ניכר, שכתוב במשנה "המטמא והמדמע והמנסך בשוגג פטור". ובזה כתוב בגמרא, "ולמאן דיליף קנסא מקנסא כל הני למה לי, צריכה דאי תנא מטמא אי תרומה הוה אמינא משום דקא מפסיד לה לגמרי, ואי מטמא חולין משום דאסור לגרום טומאה לחולין שבארץ ישראל, אבל מדמע אימא לא, ואי אשמעינן מדמע משום דשכיח אבל מטמא דלא שכיח אימא לא..." ע"ש. הרי מבואר שאין לומר דילפינן קנסא מקנסא כשיש טעם לחלק ביניהם. ולכן אף לגבי מצות י"ל כן שאין ללמוד ממעשה דר"ג לגבי כסוי הדם להדין של שור העומד למיתה והאילן העומד לקציצה, ש"ל שר"ג עשה קנס רק לגבי מצוה שיש עליה ברכה, משא"כ בהריגת שור וקציצת אילן שאין ברכה על מצוה זו, ובפרט שמצינו בפ' כסוי הדם שה' זהובים הם על הברכה ואינם על המצוה ע"ש. ועוד י"ל שמא אמר ר"ג רק לגבי מצות עשה בלבד, אבל לגבי מצות הריגת שור או קציצת אילן הנוטה לרה"ר ומתיירא שמא יפול על אדם וימות, י"ל שזה בכלל לא תעשה, כדמצינו בב"ק טו. מו. "תניא ר"נ אומר מניין שלא יגדל אדם כלב רע בתוך ביתו, ואל יעמיד סולם רעוע בתוך ביתו, ת"ל ולא תשים דמים בביתך". ומצינו ברמב"ם בפ"א. הל"ד. דהל" רוצח, שהוא כתב "וכן כל מכשול שיש בו סכנת נפשות מצות עשה להסירו... אם לא הסיר... בטל עשה ועבר בלא תעשה". הרי שמצוה זו יש בה עשה ולא תעשה. ולכן אפשר שהמעשה של ר"ג הוי רק לגבי מצות עשה בלבד כיון ששמא הוא יותר שכיח למנוע את חבירו ממצות עשה, והוא אינו מצוי למנוע את חבירו ממצות עשה ולא תעשה. ועוד טעם לחלק, שלגבי כסוי הדם כתוב בפ' כסוי הדם שם, "ושפך וכסה, מי ששפך הוא יכסנו". הרי י"ל שרק כשיש שתי מצות שיש ביניהן שייכות זו לזו, יש לשלם י' זהובים, דהיינו שיש שייכות בין שחיטה לכסוי הדם, אבל בשאר מצות שעומדות בפני עצמן אין לו לשלם י' זהובים. ולכן כיון שמצינו טעמים לחלק בין מעשה של ר"ג לגבי כסוי הדם ובין הריגת שור וקציצת אילן, שפיר י"ל שאף לרב אין ילפינן קנס מקנס בנד"ד, כדמצינו בגיטין הנ"ל. ונסתלקה הקושיא מהרי"ף.

שוב ראיתי בנודע ביהודה מה"ת חו"מ ס"סא. שאף הוא תירץ הקושיא על הרי"ף כעין שכתבתי, ובד"ה ולפי, הוא כתב "ולפי זה אליבא דמסקנא גם לרב לא ילפינן קנסא מקנסא אלא היכא שדומין ממש זה לזה, ואין לאחד צד

אלא ההיא בהפרת נדרים הוא דכתיב, וכ"ת נילף מינה, ממונא מאיסורא לא ילפינן, וכ"ת נילף מקנסא, ממונא מקנסא לא ילפינן כו', הרי לך בהדיא דאמרינן בש"ס דרב ממונא מקנסא לא ילפינן, אם כן מוכרח דההיא סוגיא דהנזיקין דאמר רב דקנסא מקנסא ילפינן, היינו דוקא קנסא מקנסא אבל ממונא מקנסא לא ילפינן כנלענ"ד."

ולענ"ד יש להשיב על דבריו, שאה"נ שממונא מקנסא לא ילפינן, מ"מ הלא איירי כאן לגבי שור העומד להריגה שהוא שור שהמית. וכן האילן העומד לקציצה הוא אשרה וכדומה כמבואר ברש"י שם. וכל אלו הם איסורי הנאה ואינם שווים כלום, ומשנה מפורשת היא בקידושין נו: דהמקדש בשור הנסקל אינה מקודשת, דהיינו כיון דאף שוה פרוטה ליכא. וכן א"א למכור השור, ששור שהמית את האדם מכרו אינו מכור כמ"ש הרמב"ם בהל" נזקי ממון פ"א. הל"ט. (ועיין בב"ק כט. דאמרינן דשני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן חכמים כאילו הם ברשותו, ואלו הן חמץ בפסח ובור ברה"ר, ועיין בשטמ"ק מה שהקשה למה לא מנה גם שור הנסקל, ועיין בחכמת שלמה לחו"מ ס"תי. בזה). ולכן כיון שהם אינם שווים פרוטה אין לומר בהם שיש להם דינא דממונא. ונשאר רק המצוה לאבדם, ואין מצוה בגדר דממונא, ושפיר י"ל לרב קנסא מקנסא ילפינן.

שוב ראיתי בנחפה בכסף בח"א חו"מ ס"א. שכתב כמה תירוצים לבאר דעת הרי"ף, ובכללם הוא כתב, "עוד אפשר לומר, דכוונת ראיית הרי"ף והרא"ש היא כך, דאם איתא דקנסא הוא היכי יליף מינה רב לשורי הרגת וכו' דחייב ליתן י' זהובים כהתם, דאף דס"ל דמקנסא גמרינן מ"מ סך קצוב כהתם לא גמרינן, אלא דקנסינן ליה, ואלו מדברי רב משמע דלענין הסך נמי גמרינן מהתם, מזה הוכיחו דדינא הוי דאי קנסא מנ"ל למיגמר לענין קצב הדבר כיון דלאו מידי חסריה, ולפי זה אתי שפיר נמי דהרי"ף והר"מ לא פליגי דלעולם ס"ל דמקנסא גמרינן, אלא דהוכיחו הרי"ף והרא"ש דדינא הוי מקצב דבר" ע"ש. הרי לדעתו הרי"ף סבר כרב בגיטין נב: דמקנסא ילפינן ודלא כשמואל. ולדעת הרי"ף הי' זהובים מדינא, ולדעת האיכא מ"ד לפי פירוש הרי"ף בדעתם, הי' זהובים מטעם קנס ואין ילפינן מזה כיון שההלכה כשמואל. ולזה השיב הרי"ף שההלכה כרב, וילפינן מקנסא, אבל אין ילפינן הי' זהובים אם הם קנס. אמנם זה קשה לי, שאין סברה לחלק בין קנס לקנס, דהיינו דילפינן שיש לקנוס בשאר מצות, אבל לא ילפינן שיש לקנוס הי' זהובים, שאם עשו חכמים קנס של י' זהובים, ואנו אזלינן כדעת רב, אז לא פלגינן דבורם, ויש ללמוד אף הי' זהובים לשאר מצות.

חמור מחבירו, אבל אי איכא חומרא כל דהוא לא ילפינן קנסא מקנסא גם לרב. "ע"ש כל דבריו בענין זה.

וראיתי בש"ך בש"שפה. בס"ק א. שכתב "וא"כ מוכח דקי"ל דמקנסא ילפינן דהא בפ" כסוי הדם גרסינן בש"ס אהא דחייבו ר"ג ליתן י' זהובים אבעיא להו שכר מצוה או שכר ברכה, למאי נ"מ לברכת המזון כו', ומאי קמבעיא ליה הא אפילו הוי שכר ברכה מקנסא לא ילפינן, אלא ודאי ס"ל לסתמא דש"ס דמקנסא ילפינן. ולא ירדתי לסוף דעתו בזה, שהלא י"ל שסברת הש"ס היא שזה מדינא ולא מטעם קנס, אלא השאלה היא מה הוא הגדר של דין זה, אם הוא לגבי הברכה או לגבי המצוה. ולכן אין להוכיח מכאן שההלכה כרב, ושפיר י"ל שאף רב מודה שאין ילפינן קנסא מקנסא לגבי כסוי הדם והריגת שור וקציצת אילן. ולכן מוכרח לומר שמ"ש בפ" החובל דילפינן זה מזה הוא מטעם דינא ולא מטעם קנסא.

ו) ולפי זה יש לחזור למה שכתבתי לעיל, דהיינו שי"ל שאף שהרמב"ם בהל" החובל הביא הדעות ברי"ף כמ"ש הרב המגיד הנ"ל, מ"מ יש לפרש דבריו שאף הם אליבא דרב דילפינן קנסא מקנסא, או י"ל שאף הרמב"ם מודה שדינים אלו הם מדינא. אמנם לפי מה שביארתי לתרץ הקושיא על הרי"ף, י"ל שאף שהרמב"ם סבר כדעת רב לגבי היזק שאינו ניכר, כיון שהוא כתב "וכן כל כיוצא בזה", מ"מ י"ל שאין ללמוד משם לדין של מניעת מצוה, שאף רב מודה שאין ילפינן קנסא מקנסא לגבי מניעת מצות, דהיינו מכסוי הדם להריגת שור או קציצת אילן, כיון שיש טעמים רבים לחלק ביניהן. ולכן מצינו שאף הרמב"ם מודה שמה שהגמרא מדמה המעשה של ר"ג להריגת שור וקציצת אילן, הוא משום דינא, ולא מטעם קנס, וכדברי הרי"ף. וכן י"ל לדעה הראשונה ברמב"ם שהיא האיכא מ"ד, שאף הם מודים דילפינן ממעשה ר"ג לשאר מצות, אלא שאין ילפינן הי' זהובים כדביארתי לעיל. הרי מוכח מכל זה שבין לאיכא מ"ד ובין לדעת הרי"ף ובין לדעת הרמב"ם כל דינים אלו של מניעת מצות, הם מדינא, ודלא כהריב"ש והש"ך הנ"ל בדעת הרמב"ם.

שוב ראיתי שאף הש"ך בס"שפב. בס"ק א. כתב, "י"ל דכוונת הרמב"ם דלכ"ע דינא הוא... ומ"ש הרמב"ם ויש מי שהורה שהוא נותן קנס קצוב כו', ר"ל אע"ג דדינא הוא מ"מ קנס הוא כמו שאר קנסות הכתובים בתורה שקצובים הן והם דין תורה ולא קנסא דרבנן שאינן קצובים, וכן נראה מהרב המגיד שזה היא דעת הרמב"ם". ע"ש. וזה כדביארתי, ואף שהש"ך לא בחר בפירוש זה

אלא כפירושו הראשון שם שהוא קנס דרבנן, מ"מ לענ"ד כתבתי.

ועיין עוד בכל הנ"ל במכתם לדוד ביי"ד ס"מב. ובשו"ת שער יוסף ס"ז. ועיין בנשמת כל חי הנ"ל בד"ה וכזאת, מה שהוא כתב לבאר דעת הטור בזה, והוא תירץ קושיית הש"ך על שיטת הטור ע"ש.

ז) ועכשיו יש לבאר מה היא דעת מרן בזה. בס"שפב. מרן פסק כלשון הרמב"ם, ולכן יש לדון אם יש לפסוק בזה כדעה הראשונה או כדעה האחרונה. ונראה שי"ל בזה סתם וי"א ההלכה כסתם, שדעה הראשונה שסוברת שהכל תלוי בעיני הדיינים היא בלשון סתם, ואחר כך כתב מרן כלשון הרמב"ם, "ויש מי שהורה", הרי הוא כתב הדין של י' זהובים בלשון י"א. אלא שראיתי בכנה"ג ביי"ד ס"כח. בהג"ה הטור אות סו. שכתב, "דמדהביא באחרונה ש"מ דהכי ס"ל ועוד דהרי"ף רביה אמרה". וזה קשה להבין שהלא כלל גדול בידינו שיש לפסוק לדינא כהסתם ולא כהי"א. וראיתי בנשמת כל חי הנ"ל בד"ה חיים, שתירץ שיש לפסוק כהי"א לפי הכלל המפורסם של הבית דוד, וז"ל, "והנראה לענ"ד לישב ע"פ מ"ש רב בית דוד בהל" ראש השנה ס"טט. דף קו. ע"ג דלא אמרינן סתם ואח"כ מחלוקת הלכה כסתם אלא כשפירש בדעת הראשון מה שפירש בדעת השני, אבל כשלא פירש בדעת הראשון מה שפירש בדעת השני דעתו לפסוק כדעת השני יע"ש. וא"כ מאחר דלדעת הראשון לא כתב כי אם מה שיראו הדיינים, ולנ"ד דה"ה בכל המצות כמ"ש הרב כנה"ג ביי"ד ס"כח. הגב"י אות יט. ולדעת הב' יש מי שהורה כתב דהורה כן בכל המצות, כפירוש הא' לא ס"ל, ובפירוש השני דהה"נ בכל המצות כתבו לבסוף, וספר בית דוד אין עמדי לראות הדברים בשורשן". הרי מבואר שבסוף הוא דחה תירוץ זה. שאין נד"ד דומה לכלל הבית דוד.

ועוד תירץ הנשמת כל חי שם, "ומ"מ נראה ליישב עוד לזה, דכיון דתירץ לישני הם ב' סברות שהביאם הרי"ף ואיכא מ"ד דהביא הרי"ף בתחילה הוא קדם לו לסברתו, ושוב הביא באחרונה מסקנת הרי"ף וסברתו, וכבר כתב הרב כנה"ג י"ד ס"קכג. הגב"י אות סז. דאין זה הכרח, אלא היכא שאותו פוסק שמביא דבריו באחרונה קדם בזמן לפוסק המביא דבריו הראשונה, אבל לא היכא דכתב סברתם כפי קדימתן". הרי מבואר מדברי הכנה"ג דהא דאמרינן סתם וי"א ההלכה כסתם, זה רק אם סברת הי"א היא קודם בזמן מהפוסק בסתם, וכן הוא ביד מלאכי בכללי הריב"ה אות ז. ולכן שפיר הוא בנד"ד לפסוק כהי"א,

"היש מי שהורה", אלא הוא הוראה בפני עצמה למסקנה לדינא, הכי נקטינן.

ועוד נראה שאף שיש לפרש דין היש מי שהורה, או כהרי"ף שזה מדינא ואינו קנס, או שיש לפרש שלדעת הרמב"ם שפיר לומר שהוא קנס כיון שההלכה כרב לדעתו ודלא כדפסק הרי"ף, מ"מ כיון שאף י"ל שדעת הרמב"ם היא שדין זה מדינא ואין זה תלוי במחלוקת בין רב ושמואל, נראה שיש לתפוס שהי' זהובים הם מדינא, כיון שאין לעזוב מה שפשוט להרי"ף והרא"ש מפני מה שיש לנו ספק בפירוש דברי הרמב"ם. ועוד ביארתי לעיל שיותר נראה לומר שאף להרמב"ם רב מודה שאין ילפינן קנסא לקנסא מכסוי הדם להריגת שור וקציצת אילן. ולכן נראה שהעיקר בזה הוא שהי' זהובים הם מדינא. ובפרט שכן נראה דעת הר"ן בפרק כסוי הדם, וכן דעת הרשב"א שם, וכן דעת הריטב"א שם, וכן דעת רבינו ירוחם בנ"ט ח"ד, וכן דעת התשב"ץ ח"ג ס"קנו. ובתשובת יכין ובוועז ח"ב ס"טז. וכן דעת התוספות בפ"י כסוי הדם, והמרדכי שם, ור"ח בפ"י החובל, והטור בי"ד ס"כח. וכן דעת הסמ"ג בעשין סד. והסמ"ק, וכן דעת הרמב"ן הביאו הרב דינא דחיי בעשין סד. וכן הריב"ש בס"תקו. הביא דעת הרשב"א וכתב שכן הסכימו האחרונים, כמבואר כל זה בנשמת כל חי הנ"ל בד"ה ולענין פסק, ע"ש.

ולפי זה יש לדון שכיון שהעיקר בזה שהי' זהובים הם מדינא ואינם קנס, שפיר י"ל שאף בשוגג יש לשלם, וכן אם מת אף היורש צריך לשלם. ואף שבזה"ז כתב מרן שאין מגבין אותו, מ"מ מצינו שאם תפס לא מפקינן מיניה. ולכן כיון שאחר התפיסה הממון בידו, יכול המוחזק לומר קי"ל כדברי מרן אלא דלא כפירוש הש"ך, אלא שאף לדעת הרמב"ם ומרן הוא מטעם דינא. ולכן אין להוציא הממון מידו אף אם הוא תפס הממון מיורש או מי שמונע המצוה בשוגג.

סימן קמח.

שאלה: האם דאין דינא דגרמי לגבי דבר הגורם לממון כשיטת הרמב"ן או לא.

תשובה: (א) כתבו התוספות בב"ק עא: בד"ה וסבר, שלכאורה נראה שלדעת ר"מ מאיר דדאין דינא דגרמי כל שכן דמחייב בדבר הגורם לממון, אבל תירצו התוספות שלשה תירוצים לחלק בין דאין דינא דגרמי ובין דבר

ומובן מ"ש הכנה"ג הנ"ל שההלכה כהי"א, דהיינו הרי"ף. וכן נראה, שכיון שכתב מרן בהקדמתו להב"י שיש לפסוק כהרוב בדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש, ובנד"ד דעת הרא"ש כהרי"ף וכמבואר בפ"י החובל, הרי ודאי דהכי נקטינן.

(ח) ועוד י"ל בזה, והוא שנראה שאף דעת הרמב"ם (וכן דעת מרן שהביא לשונו בש"ע) לפסוק כהיש מי שהורה, אף שזה כנגד הסתם. וזה מפני שיש לדייק בלשונו, שבתחלה הוא כתב בלשון יחיד "יש מי שהורה שהוא נותן קנס קצוב והוא עשרה זהובים", ואחר כך הוא כתב בלשון רבים, "וכן הורו שכל המונע הבעלים מעשות מצות עשה...". ויש לדייק מה הוא הטעם בשינוי הלשון בין לשון יחיד של "הורה" ללשון רבים של "הורו". ולענ"ד מה שכתב הרמב"ם בסוף בלשון רבים, "וכן הורו", אין זה היש מי שהורה, אלא חכמים אחרים שהסכימו שדעת היש מי שהורה היא העיקר, וביארו שדין של י' זהובים שייך אף בשאר מצות. ולכן נראה שמ"ש הרמב"ם ומרן בסוף הוא כמו מסקנה לדינא, דהיינו שאף הרמב"ם ומרן סברו ככמה חכמים שהעיקר כהרי"ף, וכיון שבמסקנה לדינא הוא כנגד הסתם, שפיר הוא לעזוב סברת הסתם ולתפוס מה שביארו הרמב"ם ומרן שהעיקר כהיש מי שהורה שהוא הרי"ף.

וכעין זה מצינו בא"ח ס"מו. ט. שכתב מרן "לא יקרא פסוקים קודם ברכת התורה אע"פ שהוא אומרם דרך תחנונים, ויש אומרים שאין לחוש כיון שאינו אומרם אלא דרך תחנונים, ונכון לחוש לסברא ראשונה". הרי מבואר שמסקנת מרן היא שהעיקר לדינא הוא כהי"א, אלא מצד חומרא יש לחוש להסתם. וכן הוא בחקרי לב א"ח ס"ט. בד"ה אך, שכתב "ובס"מו. הביא הב"י מה שנחלקו הפוסקים בפסוקים שיש בתפלה, אי בעי ברכת התורה, ושם בש"ע פסק שא"צ לברך". הרי שהעיקר כהי"א כנגד הסתם שכן מסקנת מרן בסוף לשונו. וכן הוא בערוך השולחן שם באות יד. שכתב שמבואר מדברי מרן שדעתו להקל. הרי שמעיקר דינא א"צ לברך כהי"א. ואף שהיוסף אומץ בס"סו. הביא החקרי לב והקשה עליו שלדעת מרן העיקר כהסתם, מ"מ כבר כתב היביע אומר בח"ד א"ח ס"ז. אות ג. "ובאמת שלא נעלם מהחקרי לב הכלל דהלכה כסתם, אלא דס"ל דממה שסיים 'ונכון לחוש לסברא ראשונה', מוכח שאין זה מעיקר הדין אלא לחומרא בעלמא, מדלא כתב 'והעיקר כסברא ראשונה'." ע"ש דברים מתוקים. ולכן אף בנד"ד שכיון שלמסקנה הרמב"ם ומרן הביאו מה שהורו חכמים, ונראה שאין זה בכלל

מטעם דבר הגורם לממון כגון ד' וה' כיון שאנו קי"ל כרבנן ודלא כר"ש, מ"מ עדיין הוא צריך לשלם הקרן מטעם גרמי. וכן דעת הרמב"ן בסוף חידושיו בב"ב כתירוץ זה. וכן כתב הרשב"א בשבועות לב. בד"ה הכא, שכתב, לגבי דבר הגורם לממון, "דהא קי"ל בנזיקין כמאן דאית ליה גרמא, היינו דינא דגרמי, וכל דאית ליה דינא דגרמי אית ליה דבר הגורם לממון כממון דמי." ע"ש.

מ"מ מצינו שהרא"ש לא סבר כתירוץ שני וכדעת הרמב"ן, שבב"ק פ"ט. אות יג. הוא הביא רק התירוץ הראשון, וכן בטור בס"שפו. בדיני גרמי לא כתב ששייך גרמי אף בדבר הגורם לממון. וכן בס"שסג. כתב הטור, "גזל חמץ ועבר עליו הפסח, אומר לו הרי שלך לפניך, במה דברים אמורים שהוא בעין, אבל אם נאבד אחר שנאסר בהנאה חייב להחזיר לו דמיהם כשעת הגזילה." הרי אילו סבר הטור שיש דינא דגרמי לגבי דבר הגורם לממון, אז הוי ליה להוסיף מ"ש בב"ק צח: "גזל חמץ לפני הפסח ובא אחר ושרפו... לאחר פסח מחלוקת ר"ש ורבנן". הרי שלתירוץ שני הנ"ל חייב לשלם מטעם גרמי. אלא כיון שהטור השמיט דין זה, נראה שהוא סבר כדעת אביו הרא"ש שאין שייך גרמי כלל בדבר הגורם לממון, וכתירוץ ראשון שהזכיר הרא"ש הנ"ל. וגם הרמב"ם בפ"ג. בהל' גזילה הל"ד. שהביא הדין של גזל חמץ הנ"ל השמיט דין זה של בא אחר ושרפו. הרי נראה שאף הוא לא סבר שיש לשלם מטעם גרמי. וכן בהל' חובל פ"ז. בדיני גרמי הרמב"ם לא הזכיר ששייך גרמי אף בדבר הגורם לממון. וכן י"ל בדעת מרן בס"שסג. וס"שפו. שאף הוא השמיט דין זה.

ואף שמצינו בב"ק עו. שבגונב הקדש מבית בעלים שלרבנן אף שפטור מד' וה' משום דבר הגורם לממון לאו כממון דמי, מ"מ עדיין יש לו לשלם קרן, ונראה שזה מטעם גרמי כמבואר בתירוץ שני הנ"ל. וכן פסק הרמב"ם בהל' גניבה פ"ב הל"א. "וכן הגונב קדשים מבית בעליהן בין קדשי קדשים בין קדשים קלים... הרי זה פטור מן הכפל ומתשלומי ד' וה' שנאמר וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש." הרי שעדיין יש לו לשלם הקרן. מ"מ נראה שלתירוץ ראשון ושלישי אין השלמת הקרן מטעם גרמי כלל במה שהוא גרם הפסד לבעלים, שאין השלמת הקרן משום הבעלים, אלא משום ההקדש עצמו שהוא צריך לשלם.

ג) אלא שראיתי בקצות החושן בס"דש. אות א. שדן במ"ש בב"מ צט: "אמר רבא הני שקולאי דתברו חביתא דחמרא לחנוואה כיומא דשוקא מזדבנא בחמשא בשאר יומי מזדבנא בארבע, אהדרו ליה... בשאר יומי מהדרו ליה

הגורם לממון. בתירוץ ראשון כתבו, "דע"כ לא מחייב רבי מאיר אלא בדינא דגרמי כגון שורף שטרות של חבירו וכיוצא בו שראוי השטר לכל העולם למכור ולגבות בו, וכן במסכת גפנו על גבי תבואתו של חבירו ראוייה התבואה לכל העולם, אבל דבר הגורם לממון כמו שור הנסקל וקדשים שחייב באחריותן אינו ראוי אלא לזה שיפטר בו עצמו לא יחייב רבי מאיר".

ובתירוץ שני כתבו, "וי"מ דלהכי קאמר דסבר לה כרבי שמעון משום דרבי שמעון קאמר בהדיא דחייב ארבעה וחמשה בדבר הגורם לממון אבל ממאי דמחייב רבי מאיר בדינא דגרמי אין להוכיח שיחייב ארבעה וחמשה בדבר הגורם לממון". וכן הוא בתוספות בכתובות לר. בד"ה סבר, שהוסיפו לבאר התירוץ השני, וכתבו "ואילו ר" מאיר לא חזינא דמיחייב בדינא דגרמי אלא קרן, אבל לחייב לשלם על ידו תשלומי ד' וה' לא חזינא".

ובתירוץ שלישי כתבו, "ורייב"א מפרש דבדינא דגרמי לא מחייב רבי מאיר אלא מדרבנן. ופירש הים של שלמה בב"ק פ"ט אות כו. "ולכך כל ההיזק המצוי ורגיל לבא קנסו חכמים, וטעם דקנסו שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו בעין." ע"ש.

ב) ולפי זה יש לדון, שהלא אנו קי"ל כרבנן שסברו שדבר הגורם לממון לאו כממון דמי, וכן הוא ברמב"ם בהל' גניבה פ"ב הל"א. וכן הוא ברא"ש בב"ק פ"ט. אות יג. וכן הוא בסמ"ע בחור"מ ס"שפו. בס"ק א. וכן הוא בש"ך שם ס"ק י. ודלא כבעל העיטור שפסק כר"ש ע"ש. (ועיין בש"ך בס"כב. בסוף ס"ק כ. שהוא הביא דברי בעל העיטור שכתב "דלא אסחיד בממון אלא בהפוך, ודבר הגורם לממון לאו כממון דמי." הרי כאן הוא פסק כרבנן.) וכן הוא בנו"ב מה"ק א"ח ס"כ. בד"ה ובזה, שכתב "בגוף הפלוגתא דר"ש ורבנן לעיל בדף עו. בגונב קדשים שחייב באחריותן קי"ל כרבנן, דהא ודאי דאין הלכה כיחיד במקום רבים" ע"ש. וכן הוא בקצות השולחן בחור"מ ס"דש. אות א. שכתב "דאנן קי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון דמי, ולית לן דר"ש." ועיין עוד בזה בדברי אמת בסוף קונטרס ה. ומה שכתבתי בזה במקום אחר. ולכן נראה שלתירוץ ראשון הנ"ל אין צריך לשלם כלל בדבר הגורם לממון, כיון שאנו קי"ל כרבנן, וגם גרמי לא שייך כאן כיון שהוא דבר שאינו ראוי לכל העולם. וכן לתירוץ שלישי י"ל הכי שכיון שלא מצינו שקנסו חכמים בדבר שגורם לממון מטעם גרמי, ממילא אין חיוב לשלם.

אמנם לתירוץ שני הנ"ל, אף שהוא אינו צריך לשלם

קודם השוק, הלא כל כוונתו היא למכור אותה דוקא ביום השוק, וא"כ אף ביום השבירה היא שוה חמשא. וכן יש לדייק מלשון רש"י שם שכתוב שם בגמרא, "ולא אמרן אלא דלא ה"ל חמרא לזבוני, אבל ה"ל חמרא לזבוני הא איבעי ליה לזבוני". ופירש"י, "ולא אמרן. דמהדרו ליה ה' אלא דלית לחנוואה חמרא לזבוני דהשתא ודאי אי אהדרו ניהליה הוי זבין ליה". הרי מבואר שודאי שחבית זו מיוחדת ליום השוק, ולכן שפיר י"ל שהיא שוה חמשא.

אלא שראיתי בנתיבות שם, שהקשה על סברה זו, וכתב, "גוזל חבירו במדבר שא"א למוכרו כלל במדבר רק שמוליכו לשוק ודאי דחייב לשלם כשער שבשוק, משא"כ הכא שהרבה מוכרים יין קודם יום השוק כשצריכין מעות" ע"ש כל דבריו. ולענ"ד שכן הוא שהרבה מוכרים יין קודם יום השוק, אבל כאן אין זו סתם חבית של יין שיש למוכרה ביום השוק או קודם לכן, אלא כאן היא חבית שהיא מיוחדת לשוק דוקא, כנראה מרש"י הנ"ל שכתב "ודאי אי אהדרו ניהליה הוי זבין ליה". ולכן אף בשעת שבירה י"ל שהיא שוה לחמשא. וכן מ"ש הנתיבות שם להקשות שלפי סברה זו, "בהך דיומי ניסן יקרו ארעא וביומי תשרי זל ארעא, כמבואר בב"ק ח. ה"נ אם יקלקל ויחפור בורות בהקרקע בתשרי יצטרך לשלם כיוקרא דלקמיה...". הרי ודאי שזה אינו ויש לשלם רק כשעת הנזק. אף בזה יש להשיב ששאני מכירת קרקע שבכל חודש בשנה דרך האדם למכור הקרקע, משא"כ לגבי החבית של יין בנ"ד שהיא מיוחדת דוקא ליום השוק כדביארתי. ולכן לפי זה מובן שיטת רש"י.

ולכן נראה לענ"ד שאנו לא קי"ל כתירוצי שני של התוספות והרמב"ן והרשב"א, אלא כנראה משאר הראשונים שלא שייך לומר גרמי בדבר הגורם לממון, ובפרט שכן נראה דעת מרן שהוא לא הביא סברה זו כלל בב"י או בש"ע. וכ"ש שהמוחזק יכול לומר שקיים לי כתירוצי הראשון או שלישי, ואין להוציא ממון מידו.

סימן קמט.

שאלה: האם קי"ל דגרמי מדרבנן או מדאורייתא, ודעת מרן בזה. ואם חייב בגרמי באונס, ואם היורש חייב לשלם.

תשובה: (א) **ידוע** הוא שיש מחלוקת גדולה בפוסקים בזה, ובב"ק קיז. נסתפקה הגמרא לגבי מסור שיש דין של גרמי, "אי דינא אי קנסא". וכבר הביא הש"ך בס"שפו. בס"ק א.

חמשא...". ושיטת רש"י אהדרי ליה ביומא דשוקא קודם שיגיע יום השוק שיוכל למכרה ביום השוק שיגיע ראשון מהדרי ליה חמשא, דאמר ליה אי הוי גבאי ביום השוק חמשא הוי שוי. וכתב על זה הקצות החושן, "אמנם קשה טובא כיון דקי"ל דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, וכל השומרים כשעת הפשיעה, עיין ס"רצא. בס"ק א. וא"כ אמאי משלמי כיוקרא שלקמיה, ונראה... היכא דידוע היוקר דלקמיה כי הכא דביום השוק שוה חמשה, אזלינן בתר יוקרא דלקמיה דהוי ליה גורם לממון. ואע"ג דאנן דקי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון ולית לן דר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון, היינו משום דינא דגרמי מחייב אפילו לרבנן דפליגי אדר"ש, דלא פליגי רבנן אדר"ש אלא בגונב קדשים שחייב באחריותן שיפטר בכפל וכמ"ש הרמב"ן בדיני דגרמי, אבל קרן מודו רבנן דחייב משום דינא דגרמי, וא"כ ה"נ מחייב משום דינא דגרמי כיון דברי היזקא שהרי שוה לקמיה ביום השוק חמשא, ולא מיפטר בארבע". ע"ש כל דבריו, והוא הביא דגם התוספות סברו כשיטת רש"י.

נראה מדבריו שפשוט לו שאנו קי"ל כהרמב"ן שאף בדבר הגורם לממון י"ל דינא דגרמי. ולענ"ד יש להשיב על דבריו, שהלא לדעת התירוצי הראשון ותירוצי השלישי בתוספות הנ"ל לא שייך לומר דינא גרמי, וכן נראה דעת הרמב"ם והרא"ש וטור ומרן שלא הזכירו דבר זה כלל. ואף את"ל שהקצות החושן לא בא להכריע כן להלכה אלא רק לבאר שיטת רש"י, אף שלא משמע כן מלשונו שהוא הביא דברי הרמב"ן כדברים פשוטים, מ"מ הלא התוספות בב"מ צט: סברו כשיטת רש"י, וקשה לומר שתוספות זה הוא רק אליבא התירוצי השני, שהלא ה"ל להזכיר שדין זה לא הוי לתירוצי ראשון ושלישי. ועוד ראיתי הערוך השולחן בס"שפו. אות ח. שכתב שנראה מרש"י בב"ב כב: (כן צ"ל) לגבי גרמא מאן דלא דאין דינא דגרמי, שהוא סבר שדינא דגרמי קנס בעלמא. ולפי זה נראה שרש"י סבר כתירוצי שלישי, ודלא כהרמב"ן, ואף שלענ"ד אין דעת רש"י בב"ב שם ברור בזה, ועוד שלא מצינו בראשונים שהזכירו שרש"י סבר כתירוצי השלישי, מ"מ אף אין ראיה שרש"י סבר כתירוצי השני והרמב"ן. ולכן מכל הנ"ל נראה שאין להוכיח שאנו קי"ל כהרמב"ן, ודלא כנראה מהקצות החושן.

ולענ"ד נראה שיש לפרש סברת רש"י בב"מ צט: באופן אחר, דהיינו שכיון שחבית זו מיוחדת למכירה ביום השוק, אז שפיר אמרינן שהיא שוה חמשא אף קודם יום השוק, שמה לי מה שהיא שוה אם החנוני מוכר אותה

הוא בס"אלף תעז. (קד.) שהוא כתב, "שאינ בכל הראשונים מי שהוא בקי בלשון הרב יותר מבעל מגיד משנה, לפי שנתן אל לבו לפרש דבריו, ועבר על כלו והיה סדור לפניו כשלחן ערוך, וכ"ש אנן יתמי דיתמי שנחלוק עליו בכוונת הרב ז"ל." ע"ש. וכן הוא בפעולת צדיק ח"ב. ס"רצו. ולכן נראה שאף שלא ראיתי ראיות המראה הפנים בדעת הרמב"ם, מ"מ אין לזוז ממ"ש הרב המגיד שלדעת הרמב"ם מסור וגרמי הוא אינו מטעם קנסא דרבנן, אלא מדינא ומן התורה.

וכן יש לדייק בלשון הרמב"ם שם שכתב, "כשאר כל המזיקין", דהיינו שהוא השוה מסור לכל מזיקין, והוא מן התורה. וכן בפ"ז. הל"א. לגבי היזק שאינו ניכר הוא כתב, "הרי זה פטור מן התשלומין דין תורה, אבל מדברי סופרים אמרו הואיל והפחית דמיהן הרי זה חייב ומשלם", אבל לגבי גרמי הוא לא כתב כלשון זה בהל"ז. אלא, "כל הגורם להזיק ממון חבירו חייב לשלם נזק שלם מן היפה מנכסיו כשאר מזיקין". הרי הוא לא כתב שהוא פטור מדין תורה וכו', ולכן משמע שגרמי הוא מן התורה כשאר מזיקין. ואין לומר שהוא סמך על מ"ש בתחלת הפרק לגבי היזק שאינו ניכר, ואף גרמי בכלל קנס, שזה אינו שכיון שהוא כתב בהל"ז. שגרמי "כשאר מזיקין", משמע שזה אינו כהיזק שאינו ניכר דלעיל. ושוב ראיתי בערוך השולחן בס"שפו. אות יד. שאף הוא כתב שלדעת הרמב"ם "גרמי הוי דין גמור, ולא משום קנסא", ע"ש.

ב) וכן נראה דעת מרן, שאף הוא פסק לגבי מסור שיורשיו צריכים לשלם וכדעת הרמב"ם, וכן הוא בס"שפח. ב. שכתב, "המוסר ממון בידי אנס, בין אנס עכו"ם בין אנס ישראל חייב לשלם... ואם מת גובים מיורשיו כשאר כל המזיקים". וכן פירש מרן ככ"י בדעת הטור שם שכתב לגבי מוסר, "ודינו כשאר מזיק", וכתב הב"י "ועי"ל שכתב כן לומר שאם מת גובה מיורשיו וכ"כ הרמב"ם". וכן פירש הש"ך שם בס"ק יד. בדעת מרן וכתב, "היינו משום דס"ל דמוסר דינא הוא ולא קנסא דרבנן, וכ"כ הרב המגיד".

וכן נראה שזה דעת הטור ומרן בס"סו. לב. שכתבו לגבי מכירת שטר, "כשמוחל המוכר או יורשיו צריכים לשלם כל מה שכתוב בשטר החוב מהיפה שבנכסים, שהרי גרם לו לאבד השטר... ואם מת ישלמו יורשיו". ופירש הש"ך שם בס"ק קד. דברי מרן (אף שהוא עצמו לא סבר כן לדינא) "דדינא דגרמי חייב מדינא ולא משום קנסא כ"כ הטור, והוא מדברי בעל העיטור שער נא. וכתב דכ"ד הראב"י והראב"ד" ע"ש.

כל הדעות. ואלו הם הסוברים דגרמי משום קנס ומדרבנן: הירושלמי בשבועות בפ"ו הל"ו. וכן משמע בירושלמי בפ"ז הל"ג דכלאים, והריצב"א בתוספות בכתובות לד. בד"ה סבר, ובב"ק עא. בד"ה וסבר, ובב"ב כב: בד"ה זאת. וכתב הש"ך שכן דעת הר"י והמרדכי והסמ"ג (אלא שדעת הסמ"ג צ"ע שהוא כתב במסור שישלמו יורשיו), והאגודה, ותשובות מ"י לפ"נזיקין, וכן הוא דעת ר"י יקר בן ר" שמואל הלוי, וכן דעת הרי"א, וכן הוא בפסקי התוספות בפ"א אלו נעורות, וכן דעת ר"אביגדור, וכן מוכח מהנמ"י, וכן דעת המהרי"ל, ועוד.

אולם כנגדם מצינו שלתירוץ ראשון ושני בתוספות בכתובות לד. ובב"ק עא: גרמי מדאורייתא, וכן הוא דעת הרמב"ן, בסוף חידושו ל"ב"ב, וכן דעת הרא"ש בב"ק פ"ט. אות יג. שהוא הביא התירוץ הראשון של התוספות, וכן דעת הרשב"א בב"ק קיז. בד"ה אמר, וכן כתב הרב המגיד בהל" חובל פ"א. הל"א. "משמע דדינא הוא מסור ולא קנסא, וכ"כ רבינו האי, והרמב"ן והרשב"א ז"ל". וכן דעת הטור, וכן דעת המהרש"ל בים של שלמה פ"ט. הל"כו. ע"ש.

ובדעת הרמב"ם יש לדון, שראיתי במראה פנים בכלאים פ"ז. הל"ג. שכתב, "והעיקר הוא ליישב לדעת הרמב"ם דהוא ז"ל היה מפרש דסוגיא דהגוזל אתיא כהני דס"ל דדינא דגרמי מדינא הוא ולא מתורת קנסא, אבל הוא ז"ל הכריע כשיטת הסוברים דמתורת קנסא בלחוד הוא כדמוכח מכמה מקומות בש"ס". וכן ראיתי במראה הפנים בשבועות פ"ו. הל"ו. בד"ה המקרע, שהוא כתב שהוא ביאר דעת הרמב"ם בזה, בקונטרס אחרון בס"ד. וחפשי ובעת לא מצאתי דבריו. אמנם לענ"ד נראה שהרמב"ם סבר שגרמי מדינא הוא ולא קנסא, שהוא כתב בפ"ח. בחובל הל"א. "המוסר ממון חבירו ביד אנס חייב לשלם מן היפה שבנכסיו, ואם מת גובין מיורשיו כשאר כל המזיקין". ופירש הרב המגיד שם, "ואם מת גובין מיורשיו. פירוש שאין זה היזק שאינו ניכר שפטרו חכמים את היורש כדאיתא לעיל ובגמרא פ"ה הגוזל בתרא (קט. קיז). משמע דדינא הוא מסור ולא קנסא וכ"כ רבינו האי והרמב"ן והרשב"א ז"ל". הרי לפי פירוש הרב המגיד לדעת הרמב"ם גרמי הוא מדינא ואינו קנסא. וידוע שהרב המגיד הוא נאמן ביתו של הרמב"ם, וכבר כתב הרדב"ז בלשונות הרמב"ם בס"אלף תד. (ס"לא.), "וכלל גדול יש לי, כל מקום שאני רואה מחלוקת בדברי הרב ז"ל, אני סומך על דברי בעל מגיד משנה שהיה אדם גדול ובקי... ועוד שכיון שהוא בא לפרש דבריו דקדק בהם כל הצורך". ע"ש. וכן

האדם בשעת הנזק. ולפי זה יש להבין הגמרא בסוף פ' הכונס שם, "עשו תקנת נגזל באש", דהיינו אף שאין אש בכלל מעשה ידיים בשעת הנזק כמ"ש בב"ק כב. "האי לאו מכחו קאזיל" ופירש"י "דאש מאליה הולכת ודולקת למרחוק", מ"מ כיון שאנו קי"ל כר" יוחנן שאשו משום חציו, ונחשב כמו כחו (עיי' בערה"ש ס"תיח. אות ב. ג.) ולכן שפיר י"ל שיש תקנת הנגזל אף לגבי אש. ולכן שפיר כתוב בפ' הכונס אחר כך להקשות, "בעי אמימר עשו תקנת נגזל במסור או לא". דהיינו שבשלמא שיי"ל לגבי אש, אשו משום חציו, אבל לגבי מסור הלא אין כאן מעשה ידיו בשעת הנזק, ורק גרמי בעלמא, ולכן שמא יש לדמות זה לבור ושור שלא מצינו תקנת הנגזל, אף שהם מן התורה, כיון שאין בהם כח של אדם בשעת הנזק. הרי מצינו ששפיר י"ל שגרמי מן התורה, ושפיר יש לחלק בין מזיק גוף הממון ממש ובין גרמי, וכמ"ש המהרש"ל בים של שלמה, וכדעת הרמב"ן.

(ד) עוד כתב הש"ך, "ומ"ש הרמב"ן שם בדיני דגרמי שלו דאנן קי"ל דמקנסא לא ילפינן, הלכך ע"כ דינא הוא וכו', אינו מוכרח לפע"ד ובפרט העיקרי שלו שכתב שם דקי"ל כשמואל בדיני, ושמואל ס"ל בפ' נזיקין דמקנסא לא ילפינן גבי מנסך היינו מערב כו' ע"ש. ולפע"ד לא מוכח מהתם מידי דהא משמע מדברי הרמב"ם רפ"ז מה' חובל דפסק כרב וכמ"ש הרב המגיד שם להדיא בפשיטות כרב, וכבר כתבתי לעיל ס"שפה. טעמים נכונים לזה ע"ש." ולענ"ד נראה שהמעייין שם בס"שפה. בס"ק א. יראה שמלבד הרמב"ן שפסק כשמואל, כן פסקו רב האי גאון, וכן הוא דעת הרי"ף וכן דעת הרא"ש. ולכן אין לדחות סברת הרמב"ן הנ"ל שרבים סברו כמוהו.

ועוד יש לדון בזה, שאף שהרמב"ם פסק כרב, וכמבואר בלשונו שם בהל"ב. שהוא כתב לגבי היזק שאינו ניכר, "וכן כל כיוצא בזה". וכן דייק הש"ך בס"שפה. ס"ק א. וכן הוא במל"מ שם. מ"מ אין מוכרח לומר שהרמב"ם סבר כן אף בשאר קנסות מלבד מהיזק שאינו ניכר. ובתחלה יש לעיין בדעת הרא"ש והטור בזה, ומדעתם יש לפרש דעת הרמב"ם באופן אחר מסברת הש"ך. כבר כתב הש"ך הנ"ל, "וכן ראיתי במשפטי שבועות לרב האי גאון דף יט: שסובר דמקנסא לא גמרינן, וכן הוא דעת הרי"ף ס"פ החובל גבי מעשה באחד שקדם וכיסה וחייבו ר' גמליאל ליתן י' זהובים, וכן דעת הרא"ש שם."

אלא שראיתי בטור בס"שפה. שהוא כתב, "המזיק לחבירו היזק שאינו ניכר כגון המטמא טהרותיו או שעירב לו יין

הרי מבואר מכל זה שדעת מרן היא דגרמי מדינא ולא מטעם קנסא, וכדעת הרמב"ם והטור ושאר ראשונים דלעיל. וכן הוא, שכן דעת הרא"ש כמ"ש לעיל, וכיון ששני עמודי הוראה סברו כן, ודרך מרן לסמוך עליהם כמבואר בהקדמתו לב"י, נראה ששפיר הוא מה שפסק מרן כמותם, ובפרט שכן דעת רבינו האי גאון והרמב"ן והרשב"א והרב המגיד. ולפי זה כיון שאנו קי"ל שאין לומר קים לי כנגד דעת מרן, כמבואר בכמה פוסקים, אז אף בשוגג ואונס יש לשלם, וכן אף היורשים צריכים לשלם.

(ג) **אלא** כיון שהאריך הש"ך בס"שפו. ס"ק א. לסתור ראיות הרמב"ן שגרמי הוא מדינא, אמרתי בלבי שיש לדון בקצת דבריו כדי לקיים דעת הרמב"ן ודע', ובכללם דעת מרן.

כתב הש"ך שם, "ועוד נ"ל ראייה דדינא דגרמי אינו אלא מדרבנן, מדגרסינן בס"פ הכונס, עשו תקנת נגזל באשו, בעי אמימר עשו תקנת נגזל במסור או לא, אליבא דמ"ד דלא דיינינן דינא דגרמי לא תיבעי לך דמסורת נמי לא דיינינן, כי תיבעי לך אליבא דמ"ד דיינינן דינא דגרמי וכו', ואם איתא דגרמי מדאורייתא מאי מבעי' ליה טפי מאשו. ונ"ל שלזה כיוונו התוספות פ" לא יחפור סוף דף כב, שכתבו במסקנת' וריצב"א אומר דדינא דגרמי מדרבנן כדמוכח בפ' הכונס... וראיתי במהרש"ל פרק הגזול קמא ס"פו. (צ"ל ס"כו.) שכתב לדחות את זה, דאפילו את"ל דאורייתא מבעי' ליה דדילמא לא עבדי רבנן תקנתא רק במזיק גוף הממון (ממש כצ"ל) ולא בדינא דגרמי עכ"ל. ופשיטא דגם התוספות הרגישו בזה, אבל אין נראה כן דאי דאורייתא מה לי גוף הדבר מה לי גרמי."

ולענ"ד יש להשיב בעד הרמב"ן וטעם המהרש"ל, שמצינו שתקנו חכמים תקנת הנגזל כמבואר בשבועות מד:; וכן מצינו שתקנו לגבי חובל כמבואר שם. הרי מצינו שבין לגזילה ובין לחובל הצד השווה ביניהם הוא שיש מעשה בידים. וכן מצינו לגבי מזיקים, כמ"ש הרמב"ם בהל" חובל פ"ז. הל"ז. יח. "כל המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק, הרי הניזק נשבע בתקנת חכמים ונוטל כמו שיטעון הנגזל... כיצד לקח כיס חבירו והשליכו לים או לאש...". וכן הוא במרן בס"צ. ט. הרי אף כאן יש מעשה ממש. אמנם לא מצינו תקנה זו אם אין מעשה מגוף האדם בשעת הנזק, כגון ששורו שבר איזה דבר וכדומה, ונראה שאין הניזק יכול לישבע כתקנת הנגזל. ולכן לפי זה, מצינו שאף שנזק של שור מן התורה, מ"מ לא עשו חכמים תקנה בזה כמו לגבי הנגזל. וכן י"ל לגבי בור, שאף זה אין מכח

נסך ביינו, מן התורה הוא פטור אבל חכמים קנסוהו לשלם ע"ש. הרי הוא כתב "כגון", דהיינו לאו דוקא אלו, אלא אף בשאר דברים יש קנס. הרי שהטור פסק כרב, ודלא כשמואל.

ולפי זה נראה שמסתמא שכן הוא דעת הרא"ש, שקשה לומר שהטור חולק על דעת אביו, ואף לא הזכיר דעתו. ולפי זה יש לדון איפה מצא הטור בדברי הרא"ש סברתו. והמעייין בדברי הרא"ש בגיטין נב. יראה שהרא"ש לא כתב דעתו בזה. וכן בב"ק פ"א אות א. אף שהרא"ש הביא סוגיא זו, מ"מ הוא לא כתב דעתו אם ההלכה כרב או שמואל. אלא נראה שהטור למד את זה, מ"מ ש הרא"ש בב"ק פ"ט. אות יג. וז"ל, "והא דפריך בהנזיקין למ"ד היזק שאין ניכר שמיה היזק, מהעושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת דפטור מדיני אדם ומשני היינו טעמא דפטור משום דליכא אלא מחשבה בעלמא, והוי גרמא בעלמא ופטור, היינו כרבנן דרבי מאיר דלית להו דינא דגרמי, אבל לר"מ מחייב דיני אדם". ואפשר לפרש לשונו, וי"ל שלפי זה אנו שקי"ל שהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק, אף שקי"ל כר"מ עדיין הוא פטור כיון שאין זה היזק ניכר. וכל זה בשוגג, אבל במזיד הוא חייב מטעם קנס אף בהיזק שאינו ניכר. ולפי זה מובן מ"ש הרא"ש לעיל מזה, "גרמא בנזיקין פטור לכ"ע... ועושה מלאכה בפרת חטאת... קרי ליה גרמא". הרי אף שקי"ל כר"מ שגרמי חייב, זה דוקא בדבר שנחשב היזק, אבל כיון שקי"ל שדבר שאינו ניכר לא שמיה היזק, ממילא הוא פטור לר"מ, וזה נחשב כגרמא בעלמא שהוא פטור. ולפי זה מ"ש הרא"ש בב"ב פ"ב. סוף אות יז. "וההיא דהעושה מלאכה במי חטאת חייב לרבי מאיר", דהיינו למ"ד ששמיה היזק, אבל אנו קי"ל שלא שמיה היזק ואף לר"מ הוא פטור שאין זה בכלל גורם היזק. וצ"ל הכי שאם תאמר שלדעת הרא"ש שרבי מאיר איירי אף למ"ד שלא שמיה היזק, אז מצינו שבכל היזק שאינו ניכר הוא חייב, וזה לא מצינו כמבואר בטור הנ"ל. וכן ראיתי בים של שלמה בפ"ט דב"ק אות כו. שכתב על דברי הרא"ש, "אבל לפי האמת דק"ל היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק, פטור התם". הרי נראה שהוא פטור בשוגג, אבל במזיד הוא חייב ככל דין של היזק שאינו ניכר, ואף למ"ד שלא שמיה היזק. הרי מבואר שפשוט ליה להרא"ש שלא דוקא המטמא והמדמע והמנסך, אלא אף במי חטאת ופרת חטאת י"ל הכי, דהיינו כסברת רב, ודלא כשמואל. ולכן שפיר כתב הטור "כגון" וכדעת רב. (ועיין עוד בדעת הרא"ש בפלפולא חריפתא בב"ק שם, ובפר"ח במים חיים בגיטין נב: בסוף לשונו, מה שהוא הניח לשון הרא"ש בצ"ע,

ועיין בשער המלך בהל" חובל פ"ז. שהוא מיישב דברי הרא"ש מ"מ שם שלמה הנ"ל. וכן הוא בפרי האדמה ח"ב שם בדף כא. ע"ש).

וכן ראיתי ברבינו ירוחם שהוא תלמיד הרא"ש, שהוא כתב בספר מישרים נתיב לא. ח"ב. "היזק שאינו ניכר, כגון מטמא ומדמע ומנסך". הרי הוא כתב "כגון", דהיינו לאו דוקא אלו אלא אף דברים כיוצא בהם. הרי הוא פסק כרב וכדעת רבו הרא"ש.

ה) ולפי זה יש להקשות, שלכאורה נראה שיש סתירה בדברי הרא"ש, שבפ" החובל גבי המונע חבירו מעשיית מצוה הוא סבר כשמואל שמקנסא לא ילפינן כמ"ש הש"ך הנ"ל, ולגבי היזק שאינו ניכר הוא סבר כרב שמקנסא ילפינן, ויש ליישב הדבר. ולענ"ד י"ל דהא דאמרין הכלל של רב ושמואל הלכה כשמואל בדיני ממונות, זה דוקא כשאין הוכחה מהגמרא שבאותו דין אנו אזלינן אחר רב, אבל אם יש הוכחה אז שוב אין לחוש להכלל, ויש לפסוק כרב באותו דין. וכן מצינו בסנהדרין כז: שכתוב שם, "רבי מאיר ורבי יוסי הלכה כרבי יוסי... אמר ליה רב פפי הני מילי היכא דלא סתם לן תנא כרבי מאיר" ע"ש. הרי שכשיש הוכחה שבאותו דין אנו לא אזלינן אחר הכלל, אז שפיר הוא לפסוק שלא כהכלל. וכן הוא ברשב"ם בב"ב קלג: שכתב, "כל כללות בגמרא כגון הלכה כסתם משנה, הלכה כר"ע מחבירו, כר" יוסי מחבירו, כרשב"ג במשנתנו, ר"א ור" יהושע הלכה כר" יהושע, ר" יהודה ור"ש הלכה כר" יהודה, וכן רבי מאיר ור" יהודה הלכה כר"י, כולוהו קי"ל הכי בר מהיכא דמפרש גמרא דלית הלכתא הכי". וכן הוא בחות יאיר ס"צד. וכן הוא בעין זוכר מע"ה. אות ו. בד"ה וחזיתיה, ע"ש. ולפי זה אף בנד"ד י"ל הכי, שאף שבדרך כלל אנו אמרין שהלכה כשמואל בדיני ממונות מ"מ מצינו בחולין מא. לגבי המטמא והמדמע והמנסך, שהגמרא היא כמ"ד מנסך ממש כמ"ש התוספות שם, דהיינו כרב שסבר כן בגיטין נב: ומשום שמקנסא ילפינן, וכן כתב הש"ך בס"שפה. וכן כתב המל"מ הנ"ל שמשום סוגיא זו, פסק הרמב"ם כרב לגבי היזק שאינו ניכר. ולכן בשלמא לגבי היזק שאינו ניכר שיש לפסוק כרב, אבל בשאר מקומות שיש קנס, ואין הוכחה מגמרא שההלכה כרב, אז יש לקיים הכלל שהלכה כשמואל בדיני ממונות ודלא כרב. וצ"ל שרבותינו החמירו כרב לגבי היזק שאינו ניכר שכן נראה לדעתם שהוא ראוי לעשות, משא"כ בשאר מקומות שהקילו כשמואל. ולפי זה כן י"ל לגבי מ"ש הרא"ש בפ" החובל לגבי המונע חבירו מעשיית מצוה, שמקנסא לא ילפינן,

שאינן שם הוכחה שההלכה כרב ויש לפסוק כשמואל כהכלל שיש בידינו.

ואגב אורחיה יש להעיר על מ"ש הגר"א בס"שפב. ס"ק ג. וז"ל, "וכן מ"ש הרא"ש מסוגיא דחולין פז. למנ"מ לכוס וכו' י"ל דאתי גם כן כרב". שלכאורה נראה מזה שסבר הגר"א שהרא"ש פסק כרב, וזה אינו שהוא הביא דברי הר"ף בפ" החובל שפסק כשמואל, והטעם שיש ללמוד ממצוה למצוה הוא מפני שזה דינא ולא קנסא. אלא נראה כוונת הגר"א היא שיש לדחות מה שהרא"ש הביא סוגיא זו לראיה שהוא מדינא, ש"ל שהוא קנסא ואנו קי"ל כרב שמקנסא ילפינן.

ולפי זה נראה שאף בדברי הרמב"ם יש לפרש כן, דהיינו שאף שהוא סבר כרב שמקנסא ילפינן לגבי היזק שאינו ניכר, מ"מ בשאר מקומות שאין הוכחה שפיר הוא לומר שיש לפסוק כשמואל כיון שקנס הוא בכלל דיני ממונות. ולכן כיון שמצינו שבגרמי יש לדמות נדון זה לזה, צ"ל שאין גרמי קנס שמקנסא לא ילפינן כשמואל, ולכן צ"ל שגרמי הוא מצד הדין ולא מטעם קנס, וסבר הרמב"ם כדעת הרמב"ן, ואין ראיה מדברי הש"ך כנגד הרמב"ן מזה.

ולפי פירוש זה בדעת הרמב"ם יש לתרץ מה שהקשה המשנה למלך בפ"ז דחובל, על הרמב"ם שפסק כרב לגבי היזק שאינו ניכר, שהוא כתב, "אך מה שאני תמיה הוא דהרי"ף ז"ל בפרק החובל אהיה דחייביה ר"ג עשרה זהובים, כתב בהדיא דמקנסא לא ילפינן, אלמא דס"ל דהלכתא כשמואל, ולעולם דרכו של רבינו ז"ל הוא דאזיל כשיטת הר"ף וצ"ע". וכן מצינו כלל זה בב"י א"ח ס"תקיה. בד"ה ולענין, שכתב "וטעמא דמסתבר הוא דהרמב"ם כשיטת הר"ף רבו אמרה". וכן הוא בגינת ורדים א"ח כלל ג. ס"ז. בד"ה ומה שפירש, שכתב, "וכלל גדול בידינו לפרש דברי הר"ף שיהיו מוסכמין לדברי הרמב"ם, דעל הרוב בחדא סוגיא אזלי". אמנם לפי מה שביארתי אין קושיא, ששפיר י"ל שאף שהרמב"ם סבר כרב לגבי היזק שאינו ניכר, מ"מ לגבי שאר מקומות שאין הוכחה מהגמרא שהלכה כרב שפיר הוא לומר שיש לפסוק כשמואל שמקנסא לא ילפינן.

(ו) **אלא** ראיתי בנחפה בכסף בח"א חו"מ ס"א. שכתב שאף הר"ף סבר כרב לגבי מניעת מצוה והי' זהובים, וכדעת הרמב"ם לגבי היזק שאינו ניכר, וממילא שכן דעת הרא"ש בפ" החובל שהביא מ"ש הר"ף. וזה מפני שיש להקשות על הר"ף שם בפ" החובל שמוכח מלשונו שהוא סבר

שלדעת רב אין ילפינן קנסא מקנסא וזה תמוה כיון שבגיטין נב: רב סבר ילפינן קנסא מקנסא, וכן הקשה הש"ך על הר"ף בס"שפה. וכן הקשה המל"מ הנ"ל בהל" חובל. והנחפה בכסף כתב כמה תירוצים לבאר דעת הר"ף, ובכללם הוא כתב, "עוד אפשר לומר, דכוונת ראיית הר"ף והרא"ש היא כך, דאם איתא דקנסא הוא היכי יליף מינה רב לשורי הרגת וכו' דחייב ליתן י' זהובים כהתם, דאף דס"ל דמקנסא גמרינן מ"מ סך קצוב כהתם לא גמרינן, אלא דקנסינן ליה, ואלו מדברי רב משמע דלענין הסך נמי גמרינן מהתם, מזה הוכיחו דדינא הוי דאי קנסא מנ"ל למיגמר לענין קצב הדבר כיון דלאו מידי חסריה, ולפי זה אתי שפיר נמי דהרי"ף והר"מ לא פליגי דלעולם ס"ל דמקנסא גמרינן, אלא דהוכיחו הר"ף והרא"ש דדינא הוי מקצב דבר" ע"ש. הרי לדעתו הר"ף סבר כרב בגיטין נב: דמקנסא ילפינן ודלא כשמואל. ולדעת הר"ף הי' זהובים מדינא, ולדעת האיכא מ"ד לפי פירוש הר"ף בדעתם, הי' זהובים מטעם קנס ואין ילפינן מזה כיון שההלכה כשמואל. ולזה השיב הר"ף שההלכה כרב, וילפינן מקנסא, אבל אין ילפינן הי' זהובים אם הם קנס. אמנם זה קשה לי, שאין סברה לחלק בין קנס לקנס, דהיינו דילפינן שיש לקנוס בשאר מצות, אבל לא ילפינן שיש לקנוס הי' זהובים, שאם עשו חכמים קנס של י' זהובים, ואנו אזלינן כדעת רב, אז לא פליגין דבורם, ויש ללמוד אף הי' זהובים לשאר מצות.

ולענ"ד נראה שיש לתרץ הקושיא הנ"ל על הר"ף באופן אחר, דהיינו שאף שרב סבר דילפינן מקנסא לקנסא, מ"מ לגבי י' זהובים הוא מודה שאין ילפינן. וזה מפני שמצינו בגיטין נב: לגבי היזק שאינו ניכר, שכתוב במשנה "המטמא והמדמע והמנסך בשוגג פטור". ובזה כתוב בגמרא, "ולמאן דיליף קנסא מקנסא כל הני למה לי, צריכה דאי תנא מטמא אי תרומה הוה אמינא משום דקא מפסיד לה לגמרי, ואי מטמא חולין משום דאסור לגרום טומאה לחולין שבארץ ישראל, אבל מדמע אימא לא, ואי אשמעינן מדמע משום דשכיח אבל מטמא דלא שכיח אימא לא..." ע"ש. הרי מבואר שאין לומר דילפינן קנסא מקנסא כשיש טעם לחלק ביניהם. ולכן אף לגבי מצות י"ל כן שאין ללמוד ממעשה דר"ג לגבי כסוי הדם להדין של שור העומד למיתה והאילן העומד לקציצה, ש"ל שר"ג עשה קנס רק לגבי מצוה שיש עליה ברכה, משא"כ בהריגת שור וקציצת אילן שאין ברכה על מצוה זו, ובפרט שמצינו בפ" כסוי הדם שהי' זהובים על הברכה ולא על המצוה ע"ש. ועוד י"ל שמא אמר ר"ג רק לגבי מצות עשה בלבד, אבל לגבי מצות הריגת שור או קציצת אילן הנוטה

כרצון, והבאתי דבריו לקמן ס"ק ו. מ"מ דוחק הוא דלמה עקרו רבנן דין תורה, אלא ודאי דינא דגרמי אינו אלא מדרבנן, ולכך במסור שהראה דאינו אלא גרמי מדרבנן פטור באונס, וכשנשא ונתן ביד דעשה מעשה וחייב מדאורייתא חייב אף באונס, כן נ"ל עיקר דברים". וכדעת הש"ך ראיתי בשיטה מקובצת בב"ק קיז: בד"ה עוד כתוב, בשם ר"י הונתן וז"ל "האי גרמא וגרמא על ידי אונס ואע"ג דדיינינן ד"ד כה"ג לא דיינינן, דכולי האי לא מחמירינן בקנסות" ע"ש. וכן כתב הש"ך בס"ק ו. וז"ל, "כתב מהרש"ל פ"ה הגוזל בתרא ס"ס מז. דכל דיני דגרמי פטרינן באונס, ומשמע התם דה"ה שורף שטרות באונס פטור, אבל הרמב"ן בדיני דגרמי שלו לא כתב כן, אלא כתב דמוסר ומוחל שטר וכה"ג דדבורא דעלמא הוא ואקילו רבנן בדבורא ולא עשו בו אונס כרצון, ומיהו ליתא להאי דינא אלא בהאי גרמא, אבל השורף שטרות באונס חייב דהא לאו מחילה היא עכ"ל בריש דף קיג. מיהו לפי מה שהעליתי לעיל ס"ק א. דכל דיני דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן, פשיטא דפטור באונס". ע"ש.

ולענ"ד יש להשיב על דבריו. כתוב בב"ק כו: "אמר חזקיה וכן תנא דבי חזקיה, אמר קרא 'פצע תחת פצע' לחייבו על השוגג כמזיד ועל האונס כרצון, האי מבעי ליה ליתן צער במקום נזק, א"כ לכתוב קרא פצע בפצע, מאי תחת פצע ש"מ תרתי". ופירש"י שם, "פצע תחת פצע. קרא יתירא הוא להך דרשה דהא כתיב כי יתן מום בעמיתו כאשר עשה וגו' וכויה וחבורה דרשינן בהחובל (לקמן פד:). הרי משמע שכיון שכבר יש פסוק של "ואיש כי יתן מום בעמיתו כאשר עשה כן יעשה לו" (ויקרא פ"כד). הקרא של פצע תחת פצע הוא יתרה, ולכן דרשינן מיניה שאף האונס כרצון. ויש לדון בזה, שהלא כתוב בפסוק של ואיש כי יתן, "כאשר עשה", הרי דוקא בעשיה אמרינן הכי, ולא בגרמא, (כדמצינו בשבת קכ: "עשייה הוא דאסור גרמא שרי"). ולכן יש מקום לומר שאין פצע תחת פצע קרא יתרה, שי"ל פצע תחת פצע אתי לאשמועינן, שאף בגרמא יש חיוב כיון שלא מצינו הלשון של עשיה כאן. אלא זה אינו, וצ"ל שאף הפסוק של פצע תחת פצע הוא באופן שיש עשיה, ולכן פסוק יתירה הוא, ולכן בזה למדינן שאנוס חייב, אבל מ"מ זה דוקא כשאין גרמא. הרי מבואר שמן התורה אנוס בגרמא פטור.

ולפי זה י"ל שדבור נחשב כאין בו מעשה והוי כגרמא בעלמא, כמו שמצינו שאין מלקות להאיסור של לשון הרע שאין בדיבור מעשה, כמו שפסק הרמב"ם בפ"ז דהל" דעות, הל"א. ועיין במגדל עוז שם. וכן הוא ברמב"ם בהל"

לרה"ר ומתיירא שמא יפול על אדם וימות, י"ל שזה בכלל לא תעשה, כדמצינו בב"ק טו. מו. "תניא ר"נ אומר מנין שלא יגדל אדם כלב רע בתוך ביתו, ואל יעמיד סולם רעוע בתוך ביתו, ת"ל ולא תשים דמים בביתך". ומצינו ברמב"ם בפ"א. הל"ד. דהל" רוצח, שהוא כתב "וכן כל מכשול שיש בו סכנת נפשות מצות עשה להסירו... אם לא הסירו... ביטל עשה ועבר בלא תעשה". הרי שמצוה זו שיש עשה ולא תעשה. ולכן אפשר שהמעשה של ר"ג הוי רק לגבי מצות עשה בלבד כיון ששמא הוא יותר שכיח למנוע את חבירו ממצות עשה, והוא אינו מצוי למנוע את חבירו ממצות עשה ולא תעשה. ועוד טעם לחלק, שלגבי כסוי הדם כתוב בפ"י כסוי הדם שם, "ושפך וכסה, מי ששפך הוא יכסנו". הרי י"ל שרק כשיש שתי מצות שיש ביניהן שייכות זו לזו, יש לשלם י' זהובים, דהיינו שיש שייכות בין שחיטה לכסוי הדם, אבל בשאר מצות שעומדות בפני עצמן אין לו לשלם י' זהובים. ולכן כיון שמצינו טעמים לחלק בין מעשה של ר"ג לגבי כסוי הדם ובין הריגת שור וקציצת אילן, שפיר י"ל שאף לרב אין ילפינן קנסא מקנסא בנד"ד, כדמצינו בגיטין הנ"ל. ונסתלקה הקושיא מהרי"ף.

שוב ראיתי בנודע ביהודה מה"ת חו"מ ס"סא. שאף הוא תירץ הקושיא על הרי"ף כעין שכתבתי ובר"ה ולפי, הוא כתב "ולפי זה אליבא דמסקנא גם לרב לא ילפינן קנסא מקנסא אלא היכא שדומין ממש זה לזה, ואין לאחד צד חמור מחבירו, אבל אי איכא חומרא כל דהוא לא ילפינן קנסא מקנסא גם לרב." ע"ש כל דבריו בענין זה.

הרי לפי זה י"ל שאף לדעת הרמב"ם שפיר הוא לומר שאף לרב אין ילפינן קנסא מקנסא אם יש טעם לחלק ביניהם. ולכן בשלמא לגבי היזק שאינו ניכר כיון שהמשנה מונה מטמא ומדמע ומנסך, ויש לדמות כמה דברים לאלו, שפיר י"ל שלרב ילפינן מאלו לשאר היזק שאינו ניכר, וכן י"ל לדעת הרא"ש והטור שכתב "כגון". אמנם בשאר מקומות שיש חילוקים אין ילפינן מקנסא. ולכן אף לגבי גרמי י"ל הכי, שבכל דין י"ל כמה חילוקים כגון זה שכיח וזה לא שכיח, או זה חמור וזה דבר קל וכיוצא, ואין ילפינן מזה לזה. ולכן כיון שמצינו שבגרמי ילפינן מזה לזה שפיר י"ל שהוא מטעם דינא, ולא מטעם קנסא וכמ"ש הרמב"ן.

זו עוד כתב הש"ך, "נ"ל ראיה ממאי דפטרינן למוסר כשהוא אנוס, ואי דיני דגרמי דאורייתא הא בכל מילי דאורייתא מיחייב באונס כרצון, ואף שנראה שהרמב"ן הרגיש קצת בזה וכתב דאקילו רבנן בדבורא ולא עשו

באונס פטור, ואף רבנן לא עשו בו אונס כרצון. ולכן לפי מה שביארתי נסתלקה קושית הש"ך מהרמב"ן.

ח) ועוד כתב הש"ך שם, "ומ"ש הרמב"ן ובע"ה דינא דגרמי מיקרי ולא קנסא דגרמי, אין זה דקדוק ואדרבה מדאמרינן בכל דוכתי ר"מ דאין דינא דגרמי או מאן דדאין דינא דגרמי, ולא אמרינן ר"מ סבר גורם להיזק חייב או כהאי לישראל דכותיה, אלמא דלא מיחייב ממש אלא דדאין דינא דגרמי לחייבו מדרבנן." ולענ"ד י"ל שאף הלשון של דאין דינא דגרמי הוא בכלל לשון של גורם להיזק חייב, שראיתי שפירש רש"י בכתובות פו. "מאן דדאין דינא דגרמי. המחייב את הגורם הפסד לחבירו." הרי כשביארתי.

עוד כתב הש"ך, "גם מה שכתב הרמב"ן שם דאי ס"ד קנסא הוא מסר ומת או שרף שטרות ומת לא נקנסו בנו אחריו כדאמרינן במטמא ומדמע ומנסך וכו'. לא ירדתי לסוף דעתו אה"נ אי קנסא הוא לא קנסו בנו אחריו וכמו שהבאתי לעיל בשם הרבה פוסקים." ולענ"ד נראה שכן הוא שלא מצינו פסק הלכה בגמרא שהיורש צריך לשלם, אלא מ"מ מצינו שכן דעת רב האי גאון, כמ"ש הרב המגיד בהל" חובל פ"ח. הל"א. וכתב החיד"א בעין זוכר מע"ה. אות ז. לגבי קבלת הגאונים, "דידוע דמה שאמרו כך הגאונים הוא שכן קבלו מרבנן סבוראי והאמוראים ולא שאמרו כן מדעתם. וכבר רגילי רבנותא קמאין למימר שהלכה כגאונים שדבריהם דברי קבלה, וגם על רבינו חננאל שהיה דור ראשון של רבנות אחר הגאונים יען שהיה תלמיד מגאון כתבו עליו הראשונים דבריו דברי קבלה, ואף בעניני התנאים היה לו לרבינו חננאל קבלה כמ"ש התוספות בעירובין מא. ע"ש וכ"כ הרא"ש סוף פרק שבעת הדיינים דהלכה כדברי רבינו חננאל כי כל דבריו דברי קבלה. ובסוף פ"ק דנדה כתב הרא"ש שלא מלאו לבו לחלוק על דברי רבינו חננאל שדבריו דברי קבלה ע"ש. ואם על רבינו חננאל תלמיד הגאונים כתבו הראשונים כן, כ"ש על הגאונים עצמם שדבריהם דברי קבלה." ע"ש. ולפי זה י"ל בנד"ד שכיון שקיבל רב האי גאון דבריו מרבנן סבוראי והאמוראים, שפיר י"ל שהיורש צריך לשלם וזה כאילו כתוב בגמרא, ושפיר הוא מ"ש הרמב"ן להביא ראיה מזה שגרמי הוא מדינא ואינו קנס.

ט) ועוד ראיתי בש"ך שהוא הקשה על התירוצי הראשון בתוספות עא: שמחלק בדינא דגרמי בין דבר שראוי לכל העולם או רק להניזק, וכתב, "ועוד קשה לי על תירוצי הראשון דמה בכך שאינו ראוי אלא לזה סוף סוף גרם לו

סנהדרין פ"ח. הל"א. וב. ואף שמצינו שהוא פסק בהל" שכירות פ"ג. הל"ב. "אפילו חסמה בקול לוקה", כבר כתב ה"ה שם שזה משום דזה מביא לידי מעשה אבל דיבור שלא בא לידי מעשה אינו לוקה ע"ש, ובלחם משנה. ועיין עוד בזה בלימודי ה' בס"כ. מה שהוא פלפל בזה עם הברכ"י. ולכן אף בנד"ד י"ל שאין כאן מעשה בדבור, אף שדיבורו מביא לידי מעשה ע"י מה שהוא גורם שהאנס גונב ממון חבירו, מ"מ אין זה דומה לחסימה בקול דהתם בדרך הטבע השור נמנע מאכילה ע"י קולו, אבל לגבי מסור מה שעשה האנס הוי רק מרצון האנס והבחירה בידו לעשות טוב או רע אף שהוא מוחלט ברצונו לבחור הרע, ואין זה תלוי במסור. וכן ראיתי בב"ק ה. לגבי מוסר שכתוב בגמרא שיש בזה דיבור ואין בו מעשה. וכן הוא בר"ח שכתב, "ודיבור שאין בו מעשה, מסור." ולכן בנד"ד אין כאן מעשה בדבור.

וכן י"ל לפי מ"ש הרמב"ם בפ"ו הל"א. בהל" חובל, "המזיק ממון חבירו חייב לשלם בין שהיה שוגג בין שהיה אונס הרי הוא כמזיד... שנאמר ומכה בהמה ישלמנה, לא חילק הכתוב בין שוגג למזיד." ודרשה זו בכתובות לה. ע"ש. ואף בזה הלשון של "מכה" הוכיח שיש מעשה, אבל אם אין מעשה י"ל שהוא פטור באונס.

ולפי זה בגרמי שאין בו מעשה כגון דיבור בעלמא, אין חייב באונס, אבל כשאר גרמי שיש בו מעשה אף באונס הוא חייב, כגון שריפת השטר, כמ"ש הרמב"ן הנ"ל. מ"מ עדיין הוא חייב מן התורה אם הוא ברצון בגרמי שאין בו מעשה, אף שאין ללמוד כן מפסוקים הנ"ל כיון שרק נזק שיש בו מעשה בכלל פסוקים אלו כביארתי, אלא למדו הראשונים, שאף בנזק שאין בו מעשה עדיין יש חיוב, כמו שפירשו הראשונים לגבי החילוק בין גרמא וגרמי, עיין ברא"ש בב"ק פ"ט. אות יג. ובב"ב פ"ב. אות יז. שכתב, "דכל היכא דהוא בעצמו עושה ההיזק לממון חבירו וברי היזיקא מיקרי דינא דגרמי וחייב. שורף שטר ומוחל הוא בעצמו מזיק לממון חבירו." הרי אף שאין מעשה במחילה מ"מ כיון שהוא עצמו מוחל והוא ברי הוא חייב, וכן י"ל לגבי מסור שהוא ברי שהאנס רוצה ליטול ממנו של חבירו כמ"ש הרא"ש שם. אלא כיון שאין רבוי בזה ללמוד שיש חיוב באונס שפסוקים הנ"ל לא דברו כשאין בו מעשה, אז ממילא שברצון חייב ובאונס פטור. הרי שאין לדמות נזק שאין בו מעשה לשני פסוקים הנ"ל, ולכן ממילא אין חיוב באונס. ולפי זה שפיר כתב הרמב"ן הנ"ל, "ואקילו רבנן בדבורא ולא עשו בו אונס כרצון", דהיינו שבשלמא שגרמי ברצון חייב מן התורה אף בדבור, אבל

של חבירו פטור ע"ש. והיכי מוכח דמזיק שעבודו פטור כיון דאפילו למאן דדאין ד"ג אינו אלא בדבר הראוי לכל העולם, ושטר דראוי לכל העולם כתבו התוספות משום דראוי למכור ולגבות בו, וכיון דקי"ל המוכר קנסיו לא עשה ולא כלום א"כ שחטו תם דאינו ראוי אלא לניזק ה"ל כמו שור הנסקל דאין בו משום ד"ג לפי מ"ש התוספות כיון דאינו ראוי אלא לו, וא"כ היכי מוכח מהך דשחטו תם, מזיק שעבוד ופטור, הא שעבוד ראוי לכל העולם למכור ולגבות דבמלוה בשטר ע"י כתיבה ומסירה נמכר וכן אפילו במלוה ע"פ... וביותר קשה במ"ש התוספות (ב"ק ק. בד"ה מחיצת) בהא דאמרי מאן תנא דדאין ד"ג ר" מאיר ולא אשכחן בהדיא תנא דפליג על ר" מאיר בהא, וכתבו דהאי תנא דשחטו תם מה שעשוי עשוי, הוא דפליג על רבי מאיר ואינו דן ד"ג ע"ש. והיכי מוכח מהך דשחטו תם, הא מחיצת הכרם ראוי לכל העולם, אבל תם ליתיה כלל במכירה לרבי ישמאל כדאיתא שם בגמרא הקדישו ניזק א"ב, וכעת צ"ע."

ולענ"ד נראה שיש לתרץ שהתנא דפליג על רבי מאיר לא סבר חילוק זה בין ראוי לכל העולם או לא, וכמו שהסביר הש"ך בס"שפו. בקרוב לסוף ס"ק א. וז"ל "דמה בכך שאינו ראוי אלא לזה סוף סוף גרם לו היזק, ומה לו לזה שלא היה ראוי לשאר העולם." ולכן שפיר סבר התנא שיש ללמוד משור תם לשטר וכמו שאין דינא דגרמי בתם כמו כן אין דינא דגרמי בשטר. אמנם דעת ר" מאיר אינו כן, אלא שיש לחלק בין דבר הראוי לכל העולם או לא, ולכן אה"נ שלגבי תם אין לומר דינא דגרמי כיון שאין זה ראוי לכל העולם, אבל לגבי שטר שפיר הוא לומר דינא דגרמי. וכן יש לדייק בלשון התוספות בב"ק ק. שכתבו, "וי"ל דההוא תנא דפרק המניח (לג): דקתני שחטו ונתנו במתנה מה שעשה עשוי פליג אר"מ דמשמע דיש לפטור יותר בשורף שטרותיו מבשחטו, ולמאן דדאין דינא דגרמי אמר לעיל דמגבי ביה דמי שטרא מעליא". הרי שרק התנא סבר ששחיטת תם הוא יותר חמור משריפת שטר, ולכן אם אין דנין ד"ג בתם ק"ו שאין דנין ד"ג בשטר, אבל ר"מ לא סבר כן, ולדעתו אדרבה אין דנין דינא דגרמי בשחיטת תם, ולכן הוא לא הביא דין זה אלא רק הדין של שריפת שטר, וזה מ"ש התוספות בסוף "ולמאן דדאין דינא דגרמי אמר לעיל דמגבי ביה דמי שטרא מעליא", הרי רק לגבי שטר אמר ר" מאיר כן, ולא גבי תם.

ונראה שלפי זה מובנים דברי הרמב"ם בדין זה בהל' נזקי ממון פ"ח. הל"ז. שכתב, "שחטו גובה מבשרו". והקשה הלחם משנה שם, "קשה למה לא כתב רבינו ז"ל דמשלם

היזק, ומה לו לזה שלא היה ראוי לשאר העולם." ולכן נראה שלתירוצו הראשון, אם אחד שחט שור הנסקל כשהוא בבית השומר, אין זה בכלל גרמי לר"מ אף ששור זה ראוי לדמים ע"י השומר שיכול להחזיר השור לבעליו ובזה הוא פטור מלשלם בעד השור. ואין זה דומה לשריפת שטר שהוא חייב בדין גרמי כיון ששטר זה ראוי לכל העולם כיון שהוא יכול למכור השטר לאחרים כמבואר בתירוצו הראשון. ולענ"ד יש לדמות הדין של שור הנסקל למזיק שקלקל המנעול לחדר שיש בו מאכלים יקרים, ומשום זה הבעלים אינו יכול להסיר המנעול מן הדלת כדי ליכנס בחדר ליטול המאכלים, ונמאסו המאכלים אחר זמן מה. הרי המזיק יכול לטעון מדעתו, קלקלתי רק המנעול ואני צריך לשלם רק בעדו, ומה לי שזה גורם איבוד אוכלים בתוך החדר. אמנם זה אינו, ונראה שהמזיק צריך לשלם בעד האוכלים כיון שהוא גורם איבודם וזה דבר ברי וקלוקל המנעול הוא דרך נזק, ואף אם אינו נעשה מיד מ"מ זה דומה ל"בעידנא דאחוי כמאן דקלייה דמי" (עיין ברא"ש בב"ק פ"ט. אות יג.), אבל זה רק מפני שהמאכלים ראויים לכל העולם כדי למכור ולקנות, וחייב זה לשלם בא מצד האוכלים, אבל אין החיוב לשלם בא מצד המנעול, שהלא המנעול אינו שוה יותר מצד עצמו לאחרים שרוצים לקנות המנעול, שאף אם הם קונים המנעול, מ"מ החדר והמאכלים עדיין תחת רשות הבעל, ואין להם רשות כלל ליטול המאכלים. (ומשל זה דומה לשטר מצד אחד, דהיינו שאין השטר הממון עצמו אלא ע"י השטר הוא יכול להשיג ממנו, וכן הוא במנעול, אבל מצד אחר הוא יכול למכור השטר לאחר ובזה האחר יכול לגבות השטר, אבל במכירת המנעול הקונה אינו יכול ליטול המאכלים בחדר, ולכן מצד זה הוא דומה לשור הנסקל שהוא אינו שוה כלום לאחר). ולפי זה כן י"ל לגבי שור הנסקל, מה לי אם השומר יכול לפטור את עצמו מדמים ע"י חזרת השור, הלא השור מעצמו אינו שוה כלום אם הוא רוצה למכור השור לאחר. ולכן נראה לענ"ד שחילוק התירוצו הראשון הוא נכון.

(י) **ובשאר** קושיות הש"ך על הרמב"ן, כבר דן הקצות החושן שם בס"ק א. והוא מיישב דברי הרמב"ן לנכון, ולכן אין לכפול הדברים. אלא שבסוף דבריו ראיתי שהקצות החושן הקשה על התירוצו הראשון בתוספות בכתובות לד. ובב"ק עא: והרא"ש בב"ק פ"ט. אות יג. וכתב, "אמנם קשיא לי בדברי התוספות במה שמחלקין בין דבר הראוי לכל כו', בהא דאמרינן פ" המניח לג: גבי שחטו תם מה שעשוי עשוי, ש"מ המזיק שעבודו של חבירו פטור וכו', הא נמי רבה אמרה דאמר השורף שטר

קודם שעמד בדין... הרי שסע"ב. הוא קודם שעמד בדין, והשור ראוי למכירה. וכן מצינו לגבי שור הנסקל, כמ"ש הרמב"ם בפ"א. הל"ט. דנזקי ממון, "שור שהמית את האדם והקדישו בעליו, אינו קדוש, מכרו אינו מכור... בד"א אחר שנגמר דינו לסקילה, אבל עד שלא נגמר דינו לסקילה אם הקדישו מוקדש... מכרו הרי זה מכור". הרי אף לגבי שור הנסקל הדין כן, דהיינו שיש מכירה קודם גמר דין. ולכן מ"ש התוספות בב"ק עא: דבעינן ראוי למכירה לכל העולם ודלא כשור הנסקל, זה דוקא אחר גמר דין אבל קודם לכן הוא ראוי למכירה. ולכן אין קושיא מדין של שור תם כיון דהתם איירי קודם עמידה בדין והוא ראוי למכירה.

ולכן לפי כל הנ"ל שפיר י"ל שאנו קי"ל כדעת רב האי גאון והרמב"ן והרשב"א והרב המגיד והרא"ש והטור ומרן שגרמי הוא מן התורה ויש חיוב לשלם אף באונס (מלבד בדין מסור שהוא דיבור בעלמא), וכן יש חיוב על היורשים לשלם. אלא שראיתי בפרי האדמה ח"ב הל" חובל פ"ו. בדף יט. שהוא הביא סברת הכרם שלמה בחז"מ ס"פ. שהביא החילוקי דעות לגבי גרמי וגרמא ודעת הריצב"א, וכתב "כי לענין דינא נכנס בענין קים לי כו", וכתב על זה הפרי האדמה, "כבר כתבתי דכיון דחלוקים בפירוש דברי הריצב"א הש"ך עם מורם בהג"ה א"כ איך יאמר קים לי כריצב"א". ולענ"ד העיקר בזה הוא מה שאנו אמרין שאין לומר קים לי כנגד דעת מרן כמבואר בכמה פוסקים, ולכן אין המוחזק יכול לומר קים לי כדעת הריצב"א כדי לפטור עצמו מלשלם אם הוא באונס או אם הוא יורש. ואף שראיתי בגינת ורדים ח"מ כלל ג. ס"מב. שהוא כתב "הרא"ש והטור תפסו דברי ר"י להלכה, גם הרבה פוסקים פסקו כן, אמנם יש שפוסקים כריצב"א והדברים ארוכים וצריכים ישוב רחב להעמיד השמועות אליבא דמר ואלבא דמר. ונד"ד לית דין צריך ביש, ואין לחייב את שמעון בין לדברי ר"י בין לדברי ריצב"א. הרי נראה מזה שאין להכריע מחלוקת זו בין ר"י ובין הריצב"א, אבל לענ"ד נראה שכיון שאנו קי"ל כדעת מרן י"ל שההלכה כהרא"ש ור"י, ולפי זה אין המוחזק יכול לומר קי"ל כדעת הריצב"א, ולכן אף באונס או אם הוא יורש יש לשלם, כן נראה לענ"ד.

סימן קנ.

שאלה: האם יש ליישב מ"ש הפרח מטה אהרן מהשגת הזרע אברהם לגבי אי רבא סבר דינא דגרמי או לא.

הפסד שחיטה, דהא בגמרא אמרו דאית ליה המזיק שעבודו של חבירו פטור, ורבינו ז"ל דאית ליה דחייב אפילו בההיא דרבא דשורף שטרותיו של חבירו פסק בפ"ז מהל" חובל דחייב, כ"ש בהא דמשמע מסוגיא דהמניח דטפי יש לחייבו בהא, והטור בס"ת. כתב דין זה בהדיא. ונראה שיי"ל ששפיר הוא מה שהשמיט הרמב"ם דין זה כיון שמה שהמזיק צריך לשלם ההפסד של שחיטה הוא מפני דינא דגרמי שקי"ל כר"מ מאיר, אבל כיון שלא שייך לגבי תם דינא דגרמי כיון שהוא אינו ראוי לכל העולם, שוב אין לו חיוב לשלם. וכן י"ל לדעת הרא"ש שבפ"ט דב"ק אות יג. הביא הטעם ששייך גרמי רק בדבר שהוא ראוי לכל העולם, ובב"ק לג: אף הוא השמיט הדין שיש למזיק לשלם הפסד השחיטה.

אמנם אין זה ברור שהלא הטור בס"ת. פסק שיש למזיק לשלם ההפסד של שחיטה כמ"ש הלחם משנה הנ"ל. ולכן עדיין יש להקשות שהלא אין השור תם ראוי לכל העולם, ולכן איך אמרין הדין של גרמי כאן. אלא יש להשיב שמ"ש הגמרא שיש לרמות דין תם לדין המזיק שעבודו של חבירו, זה רק לר"י ישמאל שסבר יושם השור בב"ד שהשור בגדר של שעבוד, אבל לדעת ר"י עקיבא שאמר הוחלט השור, גוף השור הוא לניזק וזה ממנו ממש, ואנו קי"ל כר"ע כמ"ש הרא"ש שם וכן הוא בב"י בס"ת. ולכן נראה שאין זה בכלל גרמי כלל אלא נזק ממש, וכן כתב הקצות החושן בס"ת. בס"ק ב. "אבל לדידן דקי"ל כר"ע דיוחלט השור א"כ הוי ליה מזיק ממש". ולכן כיון שאין זה בכלל גרמי כלל אלא מזיק ממש שפיר כתב הטור שיש לו לשלם ההפסד, ועדיין י"ל שלגבי גרמי בעינן דבר הראוי לכל העולם.

מ"מ ראיתי בב"י שם שפירש דברי הטור שצריך לשלם הפחת משום המזיק שעבודו של חבירו, הרי שלדעת הב"י לסברת הטור אין כאן נזק ממש אלא שעבוד, ולכן עדיין קושית הקצות החושן קיימת, לפי פירוש הב"י. ולכן נראה לענ"ד שיי"ל שהשור תם הוא קודם שעמד בדין ונחשב בכלל ראוי למכור, וכמ"ש מרן בס"ת. א. "שור תם שהזיק אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין אע"פ שמכור...". ופירש הסמ"ע בס"ק א. "לענין זה דיכול הלוקח לחרוש ולעבוד בו וגם אין שום אחד מהם יכול לחזור בו כל זמן שלא גבה ממנו הניזק, וכן לענין זה קאמר בסמוך סע"ב. דמתנתו מתנה". ובסע"ב. כתב הרמ"א דין הטור דהיינו וי"א דצריך לשלם פחת השחיטה". הרי דין של של שחיטה הוא מקודם גמר דין. וכן נראה ממרן שכתב בסע"ג. "בד"א כשמכר או נתן

ועוד ראיתי בתוספות בב"ק ה. בד"ה למעוטי, שכתב, "ומוסר ומפגל, אפילו למאן דלא דאין דינא דגרמי מחייב משום קנס בהגוזל בתרא (לקמן קיז.)" הרי נראה מזה שכוונת התוספות היא לרבה התם שאף שהוא לא דאין דינא דגרמי כמבואר לגבי שריפת השטרות, מ"מ סבר לגבי מסור שהוא חייב משום קנס. ושוב ראיתי בקצות החושן בס"שפו. אות א. שכתב שלהרא"ש הגירסא היא רבה, ועל תוספות הנ"ל הוא כתב, "והיינו נמי גירסת התוספות, ומש"ה כתבו דאפילו מאן דלא דאין דינא דגרמי מחייב במסור." ע"ש. הרי שלפי התוספות והרא"ש מ"ש הפמ"א אתי שפיר.

ועוד כתב הפרח מ"א שם, "ואולי לפי דהאי דינא דגרמי לאו הלכה פסיקתא היא, דבכמה דוכתי בגמרא ומהם בפ" הכותב אמרינן גבי מוחל שט"ח אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי, ובפ" הגוזל עצים גבי שורף שט"ח אמר הכי, משמע דלאו הלכתא פסיקתא לדון דינא דגרמי, ולא קאמר חייב המוחל משום דינא דגרמי, ולזה לא אמר אלא דינא דשמתא". ועל זה כתב הזר"א, "ולא נהירא, דהא רבא הפסיק ותני אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי, אלמא דדאין דינא דגרמי, ואמאי לא קתני הכא גבי האי בר ישראל וכו', דחייב לשלם דהוי כנשא ונתן ביד דהרי שלא ע"י אונס העיד וכמ"ש הרב שלטי הגבורים ז"ל." ואף בזה יש להשיב כמו דלעיל, דהיינו שלפי שיטת התוספות והרא"ש הנ"ל הגירסא לגבי המסור בב"ק קיז. היא "רבה", ולכן לפי זה לא מצינו שרבא הפסיק ותני לגבי מסור, ולכן אין מקום לומר שאף בדף קיג: לגבי עדות בערכאות הוי ליה להפסיק גם כן.

ג) ולענ"ד נראה שאפשר לומר שסברת רבא בגרמי תלויה במחלוקת ראשונים לגבי מי חטאת ופרת חטאת בב"ק צח. שכתוב שם, "ואמר רבה הצורם אוזן פרתו של חבירו פטור, מאי טעמא פרה כדקיימא קיימא דלא עבד ולא מידי, וכולהו שוורים לאו לגבי מזבח קיימי, מתיב רבא העושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, מלאכה הוא דלא דמינכר היזיקה הכי נמי דמחייב בדיני אדם, אמרי הוא הדין דאפילו צורם פטור והא קמ"ל דאפילו מלאכה דלא מינכר היזיקה חייב בדיני שמים." ולסברת הרי"ף שם הטעם שסבר רבה הצורם אוזן פרתו של חבירו פטור, הוא משום שזה בכלל גרמי, וכן דעת הרמב"ם שפסק בהל" חובל פ"ז. הל"א. "הצורם אוזן הפרה חייב לשלם שהרי גרם לפחות דמיה". הרי הוא פסק כר"מ שסבר דאין דינא דגרמי, ודלא כרבה. וכל זה דלא כשיטת הראב"ד שסבר שאין הטעם משום גרמי בדין זה

תשובה: א) כתב הרמב"ם בפ"ו דתלמוד תורה הל"ד. אות ט. "המעיד על ישראל בערכאות של עכו"ם והוציא ממנו בעדותו ממון שלא כדין ישראל מנדין אותו עד שישלם." וכתב הכסף משנה שם שזה מימרא דרבא בב"ק קיג: ויש להקשות על הרמב"ם דמהיכן למד דין זה שהרי לא אמר רבא אלא משמתין אותו ותו לא מידי, אבל שהיה מחייב לשלם מה שהפסידו מהיכן למדו רבינו. עיין בזה בלחם משנה שם ובתשובת מהר"ש לוי חו"מ ס"מד. וכתב על זה הפרח מטה אהרן בח"א ס"כו. "ועוד דהאי מימרא רבא אמרה ושמא רבא לא דאין דינא דגרמי, וקצת ראיה לזה דגבי שריפת שטרותיו של חבירו קאמר רבה דפטור (בב"ק צח.) ואתקיף עלה רמי בר חמא ה"ד וכו', ומשני רבא תהא במאמינו, מדקא תריץ רבא אליביה משמע דהכי ס"ל דפטור, ומאן דדאין דינא דגרמיה מיחייב ליה וכמ"ש שם בגמרא, וכיון דרבא לא דאין דינא דגרמי משום הכי לא קאמר אלא אשמתא, אבל אנן דקי"ל דחייב משום דינא דגרמי משום הכי חייב."

וראיתי בזרע אברהם חו"מ ס"יב. בד"ה וראיתי להרב פרח מטה אהרן, (דף קיג ע"ג.) שכתב על דבריו, "ולענ"ד אחר המחילה רבה מתורתו הקדושה, נראה דאשתמיטתיה הא דגרסינן בפ" הגוזל ומאכיל קיז. רב הונא בר יהודה איקלע לבי אביוני אתא לקמיה דרבא א"ל כלום מעשה בא לידך, א"ל ישראל שאנסוהו גויים וכו', עד אמר רבא אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי, הרי לך בהדיא דרבא גופיה דאין דינא דגרמי, ומשום הכי אם הראם מעצמו כנשא ונתן ביד דמי, דאלו לרבה דלא דאין דינא דגרמי פשיטא דס"ל דפטור, ואע"ג דבנוסחאות דידן כתוב רבה בה', טעות סופר הוא וצ"ל בא', והכי איתא בנוסחאות הרי"ף ז"ל, ומוכרח הוא דלרבה דלא דאין דינא דגרמי אמאי חייב."

ב) ולענ"ד נראה שיש להליץ בעד הפרח מטה אהרן, מדברי הרא"ש בב"ק קיז. באות כז. שכתב, "אמר רבה ואם הראה מעצמו כמו שנשא ונתן ביד דמי, ואע"ג דגרמא היא כיון דבלאו אונס עשאו חייב." הרי מבואר שגירסת הרא"ש היא "רבה", ומשום שקשה לו הלא יש כאן דין גרמי ואין אמר רבה שהוא חייב, כיון שדעת רבה בב"ק צח. היא שאין דאין דינא דגרמי, לכך כתב הרא"ש "ואע"ג דגרמא היא כיון דבלאו אונס עשאו חייב." וכן ראיתי בפלפולא חריפתא באות ס. שכתב, "דלרבה שמעי' דפוטר אף בגרמי בפרק דלעיל גבי השורף שטרותיו של חבירו כו'. והא דנקט גרמא, ה"נ משכחת לה התם, והיינו גרמי, ומשום דלרבה אין חילוק בין גרמי לגרמא." הרי גירסת הרא"ש היא רבה, ולכן אין להקשות על פרח מ"א מזה.

כמבואר בחידושי הרשב"א שם בד"ה כתב הראב"ד. ונראה שהטעם שיש כאן גרמי להרי"ף והרמב"ם הוא מפני שעדיין אין הפרה קדושה לקרבן והיא אינה עומדת לכך ויש לדמות זה להשף מטבע של חבירו, ועיין ברשב"א בד"ה אמר רבה הצורם, שכתב שאף לגבי מי חטאת המלאכה היא קודם שנתקדשה. וכן י"ל לגבי פרת חטאת "דקאמר לאו שהקדשוהו כבר לחטאת קאמר, אלא פרה הראויה לחטאת קאמר." ועיין עוד בזה בתוספות שם.

ולפי זה יש לדון במה שמתיר רבא, ונראה שרבא סבר כרבה שאין דאין דינא דגרמי, אבל מ"מ אין הדין של צורם אוזן בכלל גרמי כיון שהוא היזק הניכר ואין לומר בזה "דלא עבד ולא מידי", ודלא כדמצינו לגבי מי חטאת ופרת חטאת שאין המלאכה בהם ניכרת כלל לעין בגוף המים או בגוף הפרה.

וכתב הרמב"ם בפ"ז. דהל" חובל הל"ד. בכלל דיני של היזק שאינו ניכר, "וכן העושה מלאכה בפרת חטאת ובמי חטאת במזיד חייב לשלם, בשוגג פטור." ויש לדייק שהוא לא הביא דין זה בכלל דיני דגרמי, אלא בכלל דיני דהיזק שאינו ניכר. ונראה שלדעתו שכן כשהיא כבר פרת חטאת ובין קודם לכן והיא רק ראויה לפרת חטאת הוא חייב במזיד מטעם קנס של היזק שאינו ניכר, ואף בגרמי הוא חייב כיון שאנו קי"ל כר"מ, ודלא כרבה ורבא. ואף שאחר כך בהל"ה. כתב הרמב"ם, "הכניס פרה למרבק כדי שתינק ותדוש, והסיח דעתו ממי חטאת פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים." והוא מגיטין נג. ואף שהגמרא הביאה את זה רק למ"ד היזק שאינו ניכר שמיא היזק, מ"מ פירש הרב המגיד בדעת הרמב"ם שחילוק זה שייך אף למ"ד לא שמיא היזק ע"ש. ונראה דלא אמרין שעדיין הוא חייב משום גרמי בזה, כיון ששאני כאן שהכל תלוי במחשבתו בלבד כמבואר ברש"י שם, ולכן אף גרמי אין כאן, וזה דומה לגרמא ותו לא.

הרי מצינו שלדעת הרמב"ם רבא סבר כרבה שאין דאין דינא דגרמי. אמנם לדעת הראב"ד הנ"ל אין מכאן הוכחה אי רבא סבר כר"מ או לא, כיון שאין בדין הצורם אוזן בכלל דיני דגרמי. ועוד הראב"ד בהל" חובל פ"ז. בהל"ד. פליג על הרמב"ם וסבר שאף אם הוא עושה מלאכה ממש בפרת חטאת ובמי חטאת במזיד עדיין הוא פטור כיון שהוא לא מתכוין להיזק אלא להנאתו ע"ש. לפי זה י"ל שלדעת הראב"ד אפשר לומר שרבא סבר בדרך כלל דדאין דינא דגרמי וכו"מ, מ"מ עדיין הוא פטור כיון שהוא אינו מתכוין להיזק אלא להנאתו.

(ד) **וראיתי** ברא"ש בפ"ט בסוף אות יג. שכתב "והא דפריך בהנזיקין (דף נג.) למ"ד היזק שאין ניכר שמיא היזק, מהעושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת דפטור מדיני אדם ומשני היינו טעמא דפטור משום דליכא אלא מחשבה בעלמא והוי גרמא בעלמא ופטור, היינו כרבנן דרבי מאיר דלית להו דינא דגרמי, אבל לר"מ מחייב בדיני אדם." הרי נראה מזה דהא דסבר רבא דהעושה מלאכה במי חטאת פטור אף הוא באופן המבואר בפ" הנזיקין, דהיינו דליכא אלא מחשבה בעלמא, והוא לא כר"מ, ורבא סבר כרבנן דאין דאין דינא דגרמי. אלא שכל זה למ"ד שהיזק שאינו ניכר שמיא היזק, אבל אנו קי"ל שהיזק שאינו ניכר לא שמיא היזק, אף דקי"ל כר"מ עדיין הוא פטור כיון שאין זה היזק ניכר. וכל זה בשוגג, אבל במזיד הוא חייב מטעם קנס אף בהיזק שאינו ניכר. ולפי זה מובן מ"ש הרא"ש לעיל מזה, "גרמא בנזיקין פטור לכ"ע... ועושה מלאכה בפרת חטאת... קרי ליה גרמא". הרי אף שקי"ל כר"מ שגרמי חייב, זה דוקא בדבר שנחשב היזק, אבל כיון דקי"ל שדבר שאינו ניכר לא שמיא היזק, ממילא הוא פטור לר"מ, וזה נחשב כגרמא בעלמא שהוא פטור. ולפי זה מ"ש הרא"ש בב"ב בפ"ב. סוף אות יז. "וההיא דהעושה מלאכה במי חטאת חייב לרבי מאיר", דהיינו למ"ד ששמיא היזק, אבל אנו קי"ל שלא שמיא היזק ואף לר"מ הוא פטור שאין זה בכלל גורם היזק. וצ"ל הכי שאם תאמר שלדעת הרא"ש שרבי מאיר איירי אף למ"ד שלא שמיא היזק, אז מצינו שבכלל היזק שאינו ניכר הוא חייב, וזה לא שמענו. וכן ראיתי בים של שלמה בפ"ט דב"ק אות כו. שכתב על דברי הרא"ש, "אבל לפי האמת דק"ל היזק שאינו ניכר לאו שמיא היזק, פטור התם." הרי נראה שהוא פטור בשוגג, אבל במזיד הוא חייב מטעם קנס ככל דין של היזק שאינו ניכר. מ"מ נראה שלפי הבנת הרא"ש רבא סבר דאין דאין דינא דגרמי ודלא כר"מ. (עיין עוד בדעת הרא"ש בתשובה הקודמת.)

וראיתי בפרי האדמה ח"ב בפ"ז בחובל בדף כא. בד"ה אמנם ראיתי, ואילך, שדן בסוגיא זו ודעת הרמב"ם והראב"ד והרא"ש, וכתב "סברת הראב"ד ז"ל דחולק על הרי"ף ורבינו (הרמב"ם), וס"ל דרבא לא פליג אר"מ מאיר דדאין דינא דגרמי, וטעמא דפטור לאו משום דינא דגרמי וכו', ולהראב"ד כבר חלק על רבינו וכתב דלמאן דאמר לא שמיא היזק אפילו בגופן אי עביד מעשה במזיד פטור." ע"ש. וזה כדביארתי לעיל. אלא מה שהוא כתב שם לבאר מ"ש הרא"ש באמצע דבריו בפ"ט אות יג. הנ"ל שכתב, "גרמא בנזיקין פטור לכ"ע... ועושה מלאכה בפרת חטאת... קרי ליה גרמא", שזה אליבא דעת הראב"ד, אינו

זה לפי מ"ש הרא"ש בב"ק פ"ט. אות יג. הנ"ל. "וכן דאחוי אחוי שהראה לעכו"ם ממון חבירו וברי הזיקא כאילו נתנו לתוא המכמר דאקשיה רחמנא לתוא מכמר דודאי אין מרחמין עליו, ואין לך מעשה גדול מזה". הרי זה נחשב כמעשה. ועוד כתב שם, "אחוי אחוי דמסור דכמאן דקלייה דמי, ועשה מעשה בגוף הממון." הרי כל זה דומה למעשה. ואין לדמות זה "לההיא דשסה בו הכלב והנחש, לא ברי הזיקא כמו מסור דשמא לא יסוך הכלב". ע"ש ברא"ש. ולכן בשלמא באנוס שאף שמסור דומה למעשה מ"מ עדיין הוא דיבור בעלמא והוא פטור, כמ"ש הש"ך בס"שפו. בס"ק ו. בשם הרמב"ן, אבל אם הוא עושה כן מרצונו תקנו חכמים שזה כמעשה והוא חייב לשלם, וזה דין מיוחד לרבא ואין לדמות דין זה לשאר דיני של גרמי, דאמרינן בהם שהמזיק פטור. אמנם כל זה לרבא שסבר שאין דאין דינא דגרמי, אבל אנו שקי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי, ולכן יש איסור תורה בזה, והוא מדינא לדעת רב האי גאון והרמב"ן והרמב"ם כמבואר ברב המגיד בפ"ח. דהל" חובל הל"א.

מ"מ לגבי המעיד על ישראל בערכאות של עכו"ם והוציא ממנו בעדותו ממון שלא כדין ישראל, אף שהוא עושה כן מרצונו, מ"מ הוא אינו ברי כלל, ששמא יש עדים אחרים שהעידו שהישראל כבר שילם חובותיו, או שמא השופט בערכאות יש לו סברה אחרת ופוסק שאין חיוב על הישראל לשלם לפי דיניהם. ולכן כיון שאין זה ברי, אין לדמות זה למסור שהראה מעצמו דהתם הוא ברי כמ"ש הרא"ש הנ"ל, ולכן י"ל שלגבי עדות בערכאות הוא עדיין בכלל גרמי כיון שהוא אינו ברי, ולכן בזה סבר רבא שאין לו לשלם. אמנם לדעת הרמב"ם שסבר שדאין דינא דגרמי ודאי שיש לו לשלם. ואף שמצינו שבשאר מקומות שאם הוא אינו ברי שזה בכלל גרמא ולא גרמי כמבואר ברא"ש הנ"ל, מ"מ כיון שהוא העיד מרצונו וגם הוא קרוב לודאי שהם יצו לישראל לשלם, זה חמור טפי וי"ל שזה בכלל גרמי. הרי לפי זה שפיר י"ל שלדעת רבא אין דאין דינא דגרמי כנראה מב"ק צח. והדין של מסור שאני כיון שהוא בגדר של ודאי. מ"מ הדין של עדות בפני הערכאות דומה לדין של גרמי שהוא פטור לדעת רבא. ולכן שפיר הוא מ"ש הרמב"ם שיש לשלם כיון שהוא פסק כר"מ דדאין דינא דגרמי.

ו) ועוד יש לדון בזה, והוא בסוגיא בב"ק ס. שכתוב שם, "ת"ר ליבה ולבתה הרוח, אם יש בלביו כדי ללבוה חייב, ואם לאו פטור, אמאי ליהוי כזורה ורוח מסייעתו, אמר אביי הכא במאי עסקינן כגון שליבה מצד אחד ולבתו

נ"ל שאף שהרא"ש הביא סברת הראב"ד קודם לזה, מ"מ איך סבר הרא"ש כהראב"ד באמצע דבריו והיפך סברת הראב"ד בסוף דבריו, אלא נראה שאף דקי"ל כר"מ שגרמי חייב, זה דוקא בדבר שנחשב היזק, אבל כיון דקי"ל שדבר שאינו ניכר לא שמיה היזק, ממילא הוא פטור לר"מ, וזה נחשב כגרמא בעלמא שהוא פטור כמ"ש לעיל.

ואף שידעתי שיש לפרש דברי הרא"ש והרמב"ם באופנים שונים, עיין בפרי האדמה שם, מ"מ עדיין ילפינן מכל זה שיש מחלוקת בדעת רבא אי הוא סבר כר"מ או לא, וסברת הרמב"ם היא דרבא לא סבר כר"מ, כמבואר בפרי האדמה הנ"ל. ולפי זה אתי שפיר מ"ש הפרח מטה אהרן הנ"ל לפרש דעת הרמב"ם, בהל" ת"ת הנ"ל, דהיינו דהא מימרא דרבא בב"ק קיג: הוי לפי שיטתיה, דהוא לא סבר כר"מ, ולכן הוא לא אמר שיש לשלם, אבל לפי מה שאנו קי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי שפיר כתב הרמב"ם שיש לשלם.

ה) מ"מ לכאורה עדיין יש לדחות מה שכתבתי, שהלא גירסת הרי"ף בב"ק קיז. לגבי אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי, היא רבא ולא רבה, ומסתמא דכן היא גירסת הרמב"ם ודלא כהרא"ש שם, ולכן נראה מזה שרבא סבר כר"מ דדאין דינא דגרמי, ולכן איך אמרינן לדעת הרי"ף והרמב"ם בב"ק צח. שרבא סבר כרבה דאין דאין דינא דגרמי. וי"ל הא דהקשה רבא לרבה בב"ק צח. הוא רק לשיטת רבה, אבל רבא עצמו לא סבר כן, אלא כר"מ, ואף שרבא הביא הבריייתא שהעושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, מ"מ רבא עצמו לא סבר כן לדינא, אלא הוא חייב לפי דעת ר"מ וכמו שפסק הרמב"ם הנ"ל שם בהל"ד. אמנם יש להשיב על זה, וי"ל שכן הוא שלהרי"ף והרמב"ם הגירסא הנכונה בדף קיז. היא רבא, אבל עדיין רבא סבר דאין דאין דינא דגרמי כדמצינו בב"ק צח. כדביארתי לעיל, אבל שאני כאן בדף קיז. משום הטעם שכתב הרא"ש שם "ואע"ג דגרמא היא כיון דבלאו אונס עשאו חייב".

ועוד י"ל בזה לפרש דעת הרי"ף והרמב"ם, שאף שהדין של מסור בכלל דינא דגרמי כמבואר בסוף פ"ה הכונס סב. מ"מ אם נטל ונתן ביד, זה אינו בכלל גרמי אלא תקנו חכמים שזה כאילו מעשה ממש. ועל זה אמר רבא (לפי גירסת הרי"ף והרמב"ם), "אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי", דהיינו שזה כמעשה ואינו גרמי, ולכן אף שרבא סבר בדף צח. דאין דאין דינא דגרמי, מ"מ כאן לגבי מסור שהוא הראה מעצמו, תקנו חכמים שזה נחשב כמעשה ממש, ואין זה גרמי, ולכן הוא חייב לשלם. ונראה לפרש

וכן נראה שהבין הים של שלמה שם, שהוא כתב לפרש דעת הרמב"ם, "ואבוי ורבא ור' זירא כולהו משני בשינויי דחיקא, וכי לא ידעי דגרמא פטור, אלא שזה אינו גרמא אלא גורם בנזיקין הוא, וקי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי... וא"כ הא דפסק (הרמב"ם) חייב איירי כפשוטו, ולא כדרכים שתירצו האמוראים את הברייתא". הרי כדפירשתי. ועיין עוד בזה בש"ך בס"ת. ס"ק ד. ואף לפירושו שהרמב"ם קיבל הפירוש של רב אשי בברייתא שם, אלא שעדיין לא פסק כמוהו כיון שאנו קי"ל כר"מ, מ"מ עדיין י"ל כדביארתי לעיל שרבא סבר כר"מ דדאין דינא דגרמי ודלא כרב אשי. ועיין עוד בתורת השלמים בתשובה יג. מה שהוא כתב על דברי הש"ך.

מ"מ נראה לענ"ד שאין כאן כדי להשיב על מ"ש הפרח מטה אהרן, ואין מוכרח לומר שרבא סבר כר"מ דדאין דינא דגרמי, אלא שי"ל שרבא פירש הברייתא באופן שהוא מקובל לכל הדעות, דהיינו בין לרבי מאיר שסבר דדאין דינא דגרמי, ובין לרבנן שפליגי על ר"מ מאיר, אבל אה"נ שרבא עצמו סבר דאין דינא דגרמי, כנראה מב"ק צח. הנ"ל וכמ"ש הפרי האדמה לדעת הרמב"ם. וכן ראיתי שאף הפרח מ"א כתב סברה זו בענין אחר, וז"ל "ואולי לפי דהאי דינא דגרמי לאו הלכה פסיקתא היא דבכמה דוכתי בגמרא ומהם בפ" הכותב אמרינן גבי מוחל שטר חוב אמר אמימר דמאן דדאין דינא דגרמי, ובפ" הגוזל עצים גבי שורף שטר חוב אמר הכי, דמשמע דלאו הלכתא פסיקתא לדון דינא דגרמי, ולא קאמר חייב המוחלו משום דינא דגרמי". ולכן אף לגבי סוגיא זו י"ל הכי שכיון שלאו הלכתא פסיקתא היא רבא ביאר הברייתא באופן שהוא מקובל לכל הדעות כדביארתי. וראיתי בזרע אברהם הנ"ל שכתב על דברי הפרח מ"א האלו, "ולא נהירא דהא הפסיק ותני אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי, אלמא דדאין דינא דגרמי". ולענ"ד אין זה מוכרח שכבר ביארתי שאין ראיה מזה כיון שזה דין מיוחד, שאף רבא שסבר דאין דינא דגרמי סבר הכי שמדרבנן יש לדמות זה לדינא דגרמי כיון שהוא ברי כמ"ש הרא"ש הנ"ל.

ז) **שוב** ראיתי בב"ק מח: שכתוב "נפל לבור והבאיש מימיו חייב. אמר רבא לא שנו אלא שהבאיש בשעת נפילה אבל לאחר נפילה פטור... אמר רבא לא שנו אלא שהבאיש מגופו אבל הבאיש מריחו פטור, מאי טעמא גרמא בעלמא הוא, וגרמא בעלמא לא מיחייב." ע"ש כל הסוגיא. והרי"ף השמיט מ"ש רבא בסיפא לחלק בין גופו וריחו, וכתב על זה הנמ"י שם, "הריא"ף לא הביאה בהלכות, ונראה דטעמא משום דסבר דרבא לטעמיה דאמר לעיל בשלהי פ'

הרוח מצד אחר, רבא אמר כגון שליבה ברוח מצויה ולבתו הרוח ברוח שאינה מצויה, ר' זירא אמר כגון דצמרה צמורי, רב אשי אמר כי אמרינן זורה ורוח מסייעתו ה"מ לענין שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה, אבל הכא גרמא בעלמא הוא וגרמא בנזיקין פטור. והרמב"ם הביא דין זה בפ"ד. דהל" נזקי ממון הל"ז. וכתב "ליבה וליבתו הרוח חייב, שהרי הוא גרם, וכל הגורם להזיק משלם נזק שלם מן היפה שבנכסים כשאר כל המזיקין." והקשה עליו הראב"ד, "ואיך לא הפליג כמו שהפליג בברייתא אם יש בלבוי כדי ללבותה חייב ואם לאו פטור." וכתב לתרץ הרב המגיד שם, "והייתי סבור לתרץ שדעת רבינו ז"ל היה לפסוק כאחת מן האוקימתות שנאמרו על זאת הברייתא דאבוי ורבא ודר' זירא דלכולהו דברי רבינו ז"ל קיימין, דאבוי אמר התם כי בעינן בלבוי כדי ללבות ה"מ כגון שליבה מצד זה וליבתו הרוח מצד אחר, פי' והלכו שני האשים ונתערבו ומפני זה בדוקא ואם לא היה בלבוי כדי ללבות פטור, ורבא אמר התם דלהכי פטור כגון שליבה הרוח מצויה וליבתו הרוח שאינה מצויה, פירוש שבשעה שהתחיל ללבות לא היה נושב אלא מצויה, ולא היה בשניהם כדי ללבות, ואח"כ ליבתו הרוח שאינה מצויה ומש"ה פטור... ולפי אוקימתות אלו דברי רבינו כפשוטן קיימין ויפסוק רבינו דלא כרב אשי דאמר התם דגרמא בנזיקין וגרמא בנזיקין פטור בכל גוונא". ועיין בכ"מ שאף הוא סבר כהרב המגיד. וכן נראה דעת הים של שלמה בפ" הכונס אות כד.

ולפי זה נראה דלרבא הברייתא איירי ברוח שאינה מצויה, ובזה יש לחלק בין אם יש בלבוי כדי ללבותה או לא, אבל ברוח מצויה אין חילוק זה ובכל אופן הוא חייב, וזה מ"ש הרמב"ם "ליבה וליבתו הרוח חייב", והוא לא חילק הברייתא. ולדעת רב אשי הברייתא איירי ברוח מצויה אלא עדיין יש לחלק כאן בין כדי ללבותה או לא, כיון שאם אין כדי ללבותה הוא פטור משום גרמא. אמנם סבר הרמב"ם שזה מפני שרב אשי סבר דגרמי פטור, וכן נראה דעת רב אשי בב"ק צח: שכתוב שם "עובדא וכפייה פרם לרב אשי ואגבי ביה כי כשורא לצלמא", אבל אנו קי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי, ולכן אין חילוק ברוח מצויה בין אם כדי ללבותה או לא, ובכל אופן הוא חייב כיון שאף אם אין כדי ללבותה והוא גרמי מכל מקום הוא עדיין חייב לשלם, וזה מ"ש הרמב"ם בסוף דבריו, "שהרי הוא גרם, וכל הגורם להזיק משלם נזק שלם". הרי מצינו שדעת רבא היא דדאין דינא דגרמי כר"מ, שהלא לדעת רבא אין חילוק ברוח מצויה בין כדי ללבותה או לא, ודלא כדעת רב אשי, וזה סייעתא לסברת הזרע אברהם הנ"ל.

בשופינא חסורי חסריה". ופרש"י שף, שפחת את הצורה ע"ש. הרי אם שף ופחת את הצורה ואין חסר מגופו זה רק גרמא בלבד ופטור. וכן הוא בנד"ד שיש רק שקע בגוף המכונית ואינו חסר כלום, ולכן אף בזה הוא גרמא והוא פטור. ויש לדמות זה גם להא דמצינו שם, "הזורק מטבע של חברו לים הגדול פטור, מאי טעמא אמר הא מנח קמך אי בעית שקליה", וכתב רש"י שם, "ואי משום דבעי למיתב זוזא לבר אמוראה למישט ולמישקליה גרמא הוא שגורם להפסידו אותו שטר, וגרמא בנזקין פטור". ולפי זה אף בנד"ד מה שבעל המכונית צריך לשלם לאומן לתקן השקע הוי גרמא בלבד והמזיק פטור.

ולענ"ד אין סברה זו ברורה, ויש לבאר הדבר. ובתחלה יש לומר שלדעת הרי"ף והרמב"ם לא קי"ל כרבה ואף מי ששף מטבע חייב מטעם גרמי, וכן פסק מרן בס"שפ. א. ע"ש. ולכן אף בנד"ד המזיק צריך לשלם.

(ב) וגם לדעת התוספות והרא"ש נראה שהוא חייב לשלם, וזה מפני מה שכתבו התוספות בב"ק שם בד"ה השף, וז"ל "נראה דרבה סבר פסלתו מלכות לא הוי כנסדק, דאי הוי כנסדק אם כן כ"ש דשף הוי כנסדק והרי חסריה טובא ואמאי פטור". וזה כשיטת רב הונא בדף צו. וכמבואר בשיטה מקובצת, ולדעת התוספות הכי קי"ל, ודלא כהרמב"ם שפסק כרב יהודה עיין בש"ע ס"שסג. א. הרי שלדעת התוספות יש לדמות הדין של שף מטבע לדין במשנה בדף צו: שכתוב שם, "גזל מטבע ונסדק... משלם כשעת הגזלה, מטבע ונפסל... אומר הרי שלך לפניך". והחילוק הוא שנסדק הוא היזק ניכר, אבל בנפסל ע"י המלכות הוא היזק שאינו ניכר בגוף המטבע שכל זה תלוי בצווי המלך, כמבואר שם. ולכן פירשו התוספות ששף מטבע דומה לנפסל מטבע שהוא היזק שאינו ניכר ודומה לגרמא. וכן מצינו ברא"ש בב"ק פ"ט סוף אות יג. שנראה מדבריו שהיזק שאינו ניכר כגרמא. וכן כתב הערוך השולחן בס"שפה. אות א. וז"ל "כיון שאין שום השתנות על גוף הדבר הוי כגרמא בנזקין ופטור בדיני אדם". ואף שמצינו שבהיזק שאינו ניכר עדיין הוא חייב לשלם מדרבנן אם הוא היזק במזיד, וכאן סבר רבה שהוא פטור לגמרי, י"ל שאף הכא הוא בשוגג או י"ל שלדעת התוספות היזק שאינו ניכר פטור אף במזיד, עיין בפני יהושע בב"ק צח. בד"ה הא קמ"ל, שביאר כל זה.

אמנם אין זה מובן, שהלא אם שף צורת המטבע מה שהוא עשה הוא דבר שניכר לעין, ולכן יותר נכון לדמותו לדין של מטבע הנסדק והיזק הניכר, ולכן הוא אינו בכלל גרמא,

כיצד (כו:): דדינא דגרמי פטור, ואנן קי"ל כמאן דדאין דינא דגרמי. וכתב הרא"ה ז"ל בשם רבו ז"ל שזה אינו דודאי לא נאמר כן אלא על האדם, אבל בבהמה דברי הכל פטור שלא חייבה תורה על הכשר נזקי בהמה כדכתיב איש בור ולא שור בור וה"ה לשאר נזקין. הרי שפשוט ליה להנמ"י שרבא לא סבר דינא דגרמי, וכדעת רבה בב"ק כו:, ואף שהרא"ה בשם רבו חולק לפרש הטעם שהשמיט הרי"ף מה שאמר רבא, מ"מ הוא לא חולק לגבי מ"ש הנמ"י שרבא סבר כרבה, אלא כתב הרא"ה דלא בעינן את זה, אלא דודאי לא נאמר כן אלא על האדם. הרי מבואר שדעת הנמ"י היא שרבא סבר כרבה דאין דאין דינא דגרמי. וזה סייעתא גדולה למה שכתב הפרח מטה אהרן.

אלא שראיתי בגר"א בס"שפ. בס"ק ב. שכתב לגבי סוגיא זו, "והשמיטו הרי"ף וכתב הרמב"ן בדינא דגרמי שלו משום דגריס רבה, ורבה אזיל לשיטתו דפוטור גרמי, ואנן לא קי"ל כן כמ"ש הרי"ף בספ"ב וכמ"ש בפ"ט. צח: אבל בנוסחי דוקאני גריסין רבא וכן הוא בכל הנוסחאות, ורבא אית ליה דינא דגרמי חייב שם קיז. אמר רבא אם הראה כו', אלא דינא דגרמי דוקא באדם וכן כתב הנמ"י. ע"ש. הרי לפי זה גירסת הרי"ף בב"ק מח: הוא רבה, ולכן אין ראיה מזה לדעת רבא. אלא אין זה מוכרח ששמא גירסת הרי"ף היא רבא כנראה מהנמ"י הנ"ל ולכן שפיר י"ל שיש ראיה מזה. ומ"ש הגר"א להביא ראיה שרבא סבר דדאין דינא דגרמי מב"ק קיז. אף זה אינו מוכרח כדביארתי לעיל.

הרי מבואר מכל זה שיש לקיים שיטת הפרח מטה אהרן שרבא לא סבר כר"מ בדינא דגרמי כדי לפרש דעת הרמב"ם בהל"ת ת"ת הנ"ל.

סימן קנא.

שאלה: האם מי ששיחק כדור רגל ברה"ר צריך לשלם הנזק אם בשוגג הכדור עשה שקע בגוף מכונית אשר חנתה שם.

תשובה: (א) אמרו לי שקצת חכמים סברו שהוא פטור מלשלם כיון שזה גרמא ואין חסר מגוף המכונית אלא שיש שקע בלבד, ואף שצריך בעל המכונית לשלם האומן לתקן השקע, מ"מ לגבי המזיק ע"י הכדור זה נחשב רק גרמא בעלמא והוא פטור, וכדמצינו בב"ק צח. "אמר רבה השף מטבע של חברו פטור, מאי טעמא דהא לא עבד ולא מידי, וה"מ דמחייה בקורנסא וטרשיה, אבל שייפא

והוא חייב. וכן ראיתי בים של שלמה בב"ק פ"ט אות יז. שהקשה כן וכתב, "וקשה לי ס"ס אמאי פטור, הלא לא פטריה רב הונא פסלתו מלכות אלא משום דלא נשתנה מקדמותו, משא"כ ביין והחמיץ דנשתנה טעמו וריחו, וא"כ הכא גבי שף אין לך שנוי גדול מזה, דכבר היה לו צורה ועכשיו אין לו צורה אלא כנסכא בעלמא, ועוד דניכר הזיקו ובודאי קרוי שינוי השם וקנאו הגזלן דהוי כמו זווי נסכיה בריש פירקין דקני". ע"ש. ושוב ראיתי במחנה אפרים בה"ל נזקי ממון אות ד. שהוא פירש דעת התוספות והרא"ש ותיירץ קושיא זו, וז"ל "וטעמא דגבי השף מטבע לא מינכר היזקא דבשביל דלית ביה צורה לא מיקרי דבר הנזק דראוי הוא לעשות לו צורה, ועוד דהרואה אותו עכשיו אינו מכיר בהיזקו, ותדע דרבה ס"ל דבכה"ג לא מיקרי היזק ניכר דאם איתא דהוי היזק ניכר אמאי פטור אף דלא חסרי' ולא פחתו ממשקלו, והא דאמרינן בהנזקין דהמטמא והמדמע דפטור משום דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק, ומשמע הא אי הוה מינכר הוה חייב ואע"ג דלא פחתו משיעורו, אלא נראה דס"ל לרבה דשף מטבע נמי לא הוי היזק ניכר מפני הפסד צורתו הוי דבר שאין בו ממש דלא חשיב כל כך" ע"ש. הרי נראה שהטעם שאין זה היזק הניכר הוא מפני "דראוי הוא לעשות לו צורה, ועוד דהרואה אותו עכשיו אינו מכיר בהיזקו".

ולפי זה יש לדון בנד"ד, וי"ל שאף שהאומן יכול לתקן השקע, מ"מ עדיין השקע ניכר לכל והוא פגם בגוף המכונית, וא"א לומר בזה "דהרואה אותו עכשיו אינו מכיר בהיזקו". ולכן הוא ודאי ניכר ואף לרבה הוא צריך לשלם.

ג) **אלא** נראה שהמרדכי בב"ק שם יש לו שיטה אחרת בזה, וז"ל שם באות קטז., "וההוא דמראה דינר רע לשולחני דוקא שהוא חסר אבל אם הוא אינו כך רע אלא שנפחת צורתו פטור שולחני, דהשתא אם הוא עושה בידים אמרינן השף מטבע של חבריו דפטור, ואפילו לרבי מאיר הואיל ולא חסרו אלא גרם לו שיתן שכר לתקן צורתו דהיינו דומיא דזרק מטבע לים דפטור אפילו לרבי מאיר דמחמת ממון זה גרם להפסד ממון אחר ודמיא לריפוי בהמה, הלכך הואיל ולא חסרו פטור, כל שכן אם הראה דינר לשולחני שנפחתה צורתו דפטור דאפשר לתקנו, אבל אם הראה לו מטבע שנפסל ואומר טוב הוא אין לך חסרון גדול מזה דא"א לתקנו" ע"ש. הרי מבואר שהעיקר הוא שאם הוא אינו חסר ויכול לתקנו הוא פטור משום גרמא. וכן הוא בים של שלמה הנ"ל שכתב, "הכא טעמא דרבה

משום גרמא בנזקין, ואיירי דלא שקליה בידים ולא קנאו אלא מזיקו במכות קורנוס ואין כאן דין היזק דהא הוא כמשקל הראשון ושוה לנסכא כבראשונה ומנח לקמיה, אלא שהוזל מעט מחמת פחת צורתו, ואי רוצה הניזק ליתן השכר יעשה ממנו מטבע כבראשונה, ואם כן לא הוי בהאי הפסד שכר אלא כגרמא בעלמא... אח"כ לפי תומי מצאתי במרדכי ריינ"ס בשם ר"א אליה וז"ל כל דבר שהוא בעין רק שאינו שוה למכור כמו שהיתה מתחילה הוי גרמא בנזיקין כמו זורק מטבע למים צלולים אף על פי שצריך ליתן שכר לבר אמוראי ליטלו, והשף מטבע שצריך לתת שכר לצורף עכ"ל. משמע להדיא בדבריו דדין השף מטבע כמו זורק מטבע לים, וברוך המקום שכוונתי הלכה ולא נשאיתי יחידי בלי עזר. אחר כך עיינתי בספר צפנת פענח שכתב להדיא כדברי. ועוד כתב שם אפילו אם אחד הכה על בתי נפש או שאר כלי כסף וזהב או על טבעת ופחתה דינה כמטבע ממש". וכן ראיתי במחנה אפרים שם שאחר שהוא הביא דעת התוספות והרא"ש הוא הביא דעת המרדכי שחולק וכתב, "אבל ראיתי להמרדכי שמחלק במידי דיכול לתקנו לכמות שהיה על ידי שכר שיתן לצורף דזה לא מיקרי נזק אלא גרמא בנזקין שעל ידי זה מפסיד ממון שצריך לתת לצורף, אבל מידי דא"א לתקנו כגון מטבע שנפסל אין לך חסרון גדול מזה. ולפי דברים אלו נראה דאפילו בשבר כלי כסף אם לא נפחת ממשקלו ואפשר לתקנו כמו שהיה ע"י שיתן שכר לצורף פטור, אבל מדברי התוספות והרא"ש ז"ל אין נראה כן, שכתבו דלרבה פטור השף מטבע, ס"ל דפסלתו מלכות לא הוי כנסדק דאי הוי כנסדק א"כ כ"ש שף כו', ולפי סברת המרדכי אינו כן דשף עדיף מנפסל דאפשר לתקנו ע"י שכר שיתן לצורף, ונפסל א"א לתקנו, ולפי סברת התוספות נראה דצ"ל כמו שכתבתי דהא לא חשיב נזק ניכר ה"ד במטבע, אבל בשבר כלי כסף הוי נזק גמור". ע"ש. הרי לפי כל זה נראה, שלדעת המרדכי שאף אם ניכר לעין השקע בנד"ד, והכל יודעים שיש כאן פגם, מ"מ עדיין הוא פטור כיון שאפשר לתקן, ודלא כשיטת התוספות והרא"ש בזה כדביאר המחנה אפרים לעיל.

ד) **אמנם** לענ"ד נראה שקשה לומר כן בדעת המרדכי, שכתוב בנדה נח. "תניא אידך בדקה חלוקה והשאלתו לחבירתה היא טהורה וחבירתה תולה בה, אמר רב ששת ולענין דינא תנן אבל לענין טומאה היא טהורה וחבירתה טמאה". ופירש"י "ולענין דינא. דכבוס בכתם מן החלוק תנן דחבירתה תולה בה דאמרה אחרונה לא מהימנת לי דאת בדקתיה". הרי מבואר שאם יש כתם על החלוק, זה בכלל נזק וצריך לשלם לכבס הבגד אם יש ראייה

שהיא רק סימן בעלמא, אבל בשאר כלים כל שיש בהם פגם אף שאין חסרון עדיין זה נזק ויש לשלם.

ולפי זה בנד"ד שיש שקע בגוף המכונית, אין זה דומה כלל לצורה על המטבע, ואף שאין חסרון מ"מ עדיין יש פגם בגוף המכונית והוא חייב לשלם אף לדעת המרדכי, אלא רק אם יש צורה נאה על המכונית ואחד מחק אותה וגוף המכונית נשאר שלם אז י"ל שבזה יש לו דין של צורת המטבע, ואם יש חסרון בצבע ע"י המחיקה אז אף בזה הוא חייב.

ה) ואגב יש להקשות על מ"ש המרדכי הנ"ל שאין לשלם על ריפוי בהמה, וז"ל "ויש לחלק בין נזקי גופו לנזקי ממנו, שכשמזיק לגופו שיש לו ליתן לרופא מש"ה חייב לשלם ריפוי לבד מן הנזק דאפחתיא מכספיה, אבל כשמזיק לממנו ומחמת אותו ממון מפסיד ממון אחר, כגון חובל בהמה ומחמת הבהמה הפסיד ממון אחר שיש לו ליתן לרופא זהו גרמא דלאו בגופו הוא אלא בממנו משום הכי פטור" ע"ש. הרי לכאורה י"ל שמה שהאשה צריכה לשלם לכבס הכתם מהבגד הוא כמו תשלום שכר הרופא, שבממנו הוא פטור. אלא אין זה קושיא, שנראה שמה שהיא משלמת הדמים לכבס הבגד הוא בגדר של תשלום הנזק, שאף בממון צריך לשלם הנזק ורק הריפוי הוא פטור. וזה כמו שמצינו ברב המגיד בפ"ה דהל" טוען הל"ב. שכתב הרמב"ם שם, "וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידוהו, והרי הוא חייב לשלם". וכתב על זה הרב המגיד, "אין ביד התובע להכריח לנתבע למלאות לו החפירות, אלא אם רצה משלם לו נזקו והפסדו". הרי שיש לשלם בעד הנזק בשני אופנים או ששמן כמה היה הכלי שוה כשהוא שלם, וכמה שוה עתה, ומשלם הפחת לניזק, או יש לו לשלם לתקן הנזק. וכן הוא בש"ך בס"שפז. ס"ק א. שכתב שאף שיש לשלם הפחת, מ"מ "אם אפשר לתקנו מחויב המזיק לתקנו". וכן הוא בש"ך ס"צה. ס"ק יח. ע"ש. הרי אף כאן מה שהיא משלמת לכבס הבגד מהכתם היא בגדר של תשלום הנזק, ואין זה כמו ריפוי דהוי דבר מלבד הנזק. ולכן מ"ש המרדכי שאין חיוב לשלם הריפוי כשהוא מזיק בהמה, זה מיירי רק לגבי הריפוי מלבד מה שהוא צריך לשלם בעד הנזק, אבל אם הוא רוצה לשלם הריפוי כדי לשלם בעד הנזק כמ"ש הרב המגיד והש"ך הנ"ל שפיר דמי. ועיין בנתיבות המשפט בס"ש. ס"ק ג. מה שהוא ביאר בדעת המרדכי, ולענ"ד כתבתי. ועיין עוד בזה בחזון איש ב"ק ס"ו. אות ג.

הרי מבואר מכל זה שבין לדעת הרי"ף והרמב"ם ומרן שפסקו שהשק מטבע בכלל גרמי וצריך לשלם, ובין לדעת

ברורה שהיא עשתה, וזה אף שהוא דבר שיכול לתקן ע"י אחר ואין שום דבר חסר מגוף הבגד. ולכן הלא לדעת המרדכי זה גרמא בעלמא וכמו הדין של שף מטבע, ואיך כתוב בגמרא שהיא חייבת. וכן יש להקשות מב"ק כח. שכתוב שם, "אלא שטינפו כליו במים", הרי זה בכלל נזק אף שאפשר לנקות כליו ואין שום חסרון בכליו. ולכן אף מכאן יש להקשות על המרדכי הנ"ל. וכן ראיתי בחזון איש בב"ק ס"יג. אות ב. שהביא ראיות אלו וכתב, "וכן טינפו כליו חשבינן נזק כדאמר ב"ק כח: ומשמע אפילו אפשר להעביר הטינוף, וכן מבואר בהדיא נדה נח. דאם נכתם הבגד ביד השואל חייב לכבסו, ונראה דמראה מקרי מציאות וכשכבסו יוצר בגד מלובן וחשיב הכתם נזק והליבון תיקון מחודש". ע"ש.

ולפי קושיא זו, נראה שיש לפרש דברי המרדכי באופן אחר. ונראה שיש לומר שהמרדכי איירי דוקא במטבע וכדומה שהצורה על המטבע אינה נחשבת כחלק מעיקר גוף המטבע אלא כסימן בלבד על המטבע. ואף שהוא חלק מהמטבע, מ"מ אין סימן זה נחשב כעיקר גוף המטבע שאף אם אחד שף הצורה ויש חסרון, עדיין נשאר כל גוף המטבע שהוא תחת הצורה וזה עיקר המטבע, והצורה היא טפלה בלבד, ויש חילוק בכוונתם שהצורה סימן בעלמא, ושאר המטבע הוא גוף העיקרי. ולכן רק לגבי הצורה יש לחלק בין אם יש חסרון שבזה הוא חייב לשלם, ובין אם אין שם חסרון שזה גרמא בלבד והוא פטור, אבל בגוף העיקרי של המטבע אם יש פגם אף אם אין בו חסרון עדיין הוא חייב לשלם. וכן אם ע"י מכתו על המטבע הוא עושה סדק בגוף המטבע, אף אם אין חסרון כלל מגוף המטבע הוא חייב לשלם (וזה כמו שמצינו באתרוג שאף שיש בו סדק מ"מ עדיין אפשר שאין בו חסר כמבואר בא"ח ס"תרמח. ה.) אמנם בהשליך המטבע בים, בזה אין שום פגם במטבע כלל, אלא הוא רק במקום שהוא אינו יכול ליטלו ממנו, ולכן ודאי זה נחשב גרמא בעלמא. ומה שמדמה המרדכי השף מטבע למי שזרק המטבע לים, הוא רק במי ששף צורת המטבע, שאין זה בגוף העיקרי של המטבע, וזה דומה לזרק מטבע בים שאף בזה אין פגם בגוף המטבע. ולכן לפי זה אין קושיא מהאי דנדה הנ"ל דהתם הכתם בגוף הבגד, וכן בב"ק כח. הטינוף בגוף הכלי, ולכן הוא חייב לשלם אף אם אין שום חסרון בגופם. ועיין בחזון איש בב"ק ס"יג. אות ב. שכתב לגבי צורת המטבע, "וגם אין צורתה רק סימנא לא חשבינן ליה רק לגרם טורה, ומ"מ נראה דאין למידין מכאן למקום אחר, וכל פגם בכלי שפוחת כספה מקרי נזק אף שאפשר לאומן לתקנה" ע"ש. הרי זה כעין מה שביארתי שאין ללמוד מדין צורת המטבע

סימן קנב.

שאלה: האם איש צריך לשלם הנזק כשהוא הניח בנו הקטן בחנות גדולה במקום אחד, ואמר לקטן לעמוד שם כשהאיש קנה כמה דברים במקומות אחרים באותה חנות, אבל כשהאיש חזר לבנו הוא מצא שבנו כבר אכל כמה עוגות קטנות וכדומה מהחנות, ובעל החנות אמר לאיש שהוא צריך לשלם בעד כל מה שאכל הקטן.

תשובה: (א) בהשקפה ראשונה נראה שאין האיש צריך לשלם בעד בנו הקטן, שכבר כתוב במשנה בב"ק פז. "חש"ו פגיעתן רעה, החובל בהם חייב, והם שחבלו באחרים פטורין." וכתב מרן בס"תכד. ח. "החובל בחרש שוטה וקטן חייב, והם שחבלו באחרים פטורים אע"פ שנתפקח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן אינם חייבים לשלם שבשעה שחבלו בהם לא היו בני דעת." הרי שקטן שהוא המזיק אינו צריך לשלם הנזק. ואין לדמות זה למ"ש מרן בס"תית. וז"ל "השולח את הבעירה ביד חש"ו פטור מדיני אדם... שדרך גחלת להכבות מאיליה קודם שתעבור ותדליק, אבל אם מסר להם שלהבת חייב שהרי מעשיו גרמו." הרי נראה מזה שהאיש צריך לשלם בעד נזק הקטן כשיש בידו שלהבת. מ"מ החילוק מבואר שלגבי השלהבת מעשה האיש גורם הנזק, משא"כ כשקטן עושה נזק רק מעצמו אין האב צריך לשלם בעד בנו. וכן הוא לגבי גניבה כמ"ש בס"שמט. ג. "קטן שגנב מחזירין קרן לבעלים אם הוא בעין, ואם הוא אינו בעין פטור אף לאחר שיגדיל." ואין לדמות הדין של קטן למ"ש מרן בס"שפט. א. "כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקו חייבים הבעלים לשלם", וכתב הסמ"ע שם בס"ק א. , "ודוקא כגון בהמה שאינה בר דעת אבל עבד שיש לו דעת אין רבו חייב על נזקיו, שאם היה חייב על נזקו אם יקניטנו רבו ילך ויזיק את רבו בכל יום". ולכאורה משמע שקטן דומה לבהמה שאף קטן אינו בר דעת ואף הוא תחת רשותו של אביו, והוא אינו כעבד שרצה להזיק רבו. אלא זה אינו, שאין בנו כממונו, כיון שהוא אינו יכול למכור בנו, משא"כ בעבד ובהמתו שהם ממונו והוא יכול למוכרם. הרי מבואר מכל זה שאין האב חייב לשלם בעד בנו וכמ"ש המשנה "חש"ו פגיעתן רעה".

אלא שיש להשיב על זה מטעם אחר, והוא לפי מ"ש מרן בס"שצד. ג. "המעמיד בהמת חבירו על גבי קמת חבירו, המעמיד חייב לשלם מה שהזיקה". הרי שאף אין זו בהמתו והוא אינו חייב לשומרה, מ"מ עדיין הוא חייב לשלם הנזק. ולכן אף בנד"ד י"ל שאף שאין בנו הקטן ממונו,

התוספות והרא"ש הנ"ל דנד"ד הוא היזק שניכר, ובין לדעת המרדכי, יש למזיק לשלם בעד השקע, אף שאין חסרון בגוף המכונית.

(ו) ולענ"ד יש ליתן טעם אחר למה נד"ד אינו דומה למחיקת צורת המטבע שלדעת רבה היא גרמא בעלמא, וזה מפני שיש לדמות הדין של מטבע לדין של שריפת שטר, שכתוב בב"ק צח. "ואמר רבה השורף שטרו של חבירו פטור, דאמר ליה ניירא קלאי מינך." הרי גוף השטר הוא ניר בלבד ורק זה הוא חייב לשלם, אבל מה שכתוב בו אין זה נחשב כגוף השטר, ולכן כל הפסד ממון שתלוי בכתיבה הוי גרמא בלבד לדעת רבה. ולענ"ד נראה דהכי י"ל לגבי המטבע, וזה מפני שאין שווי המטבע תלוי בגוף המטבע, אלא רק בצורה שעליו, וזה תלוי בדעת המלך כמ"ש בב"ק צז. "פסלתו מלכות", ופירש"י "המלך צוה שלא יצא לא במדינה זו ולא במדינה אחרת". הרי כל שווי המטבע אינו תלוי בכמה יקר הכסף או הנחושת באותו מטבע, אלא הוא רק תלוי במה שגזר המלך באותה מדינה. ולכן אם אחד מחק הצורה ואין חסרון בגוף המטבע, אלא הוא רק הסיר סימן המלך, אז הוא אינו חסר משווי הכסף או הנחושת בגוף המטבע כלל, אלא רק השוות המטבע שתלוי בדבר חיצוני דהיינו צווי המלך, וזה רק גרמא בלבד. ולכן אין ללמוד מזה לשקע בגוף המכונית שמה שנפחת שווי המכונית בזה, אינה תלויה בדעת המלך כלל, אלא הוא פחת השווי של גוף המכונית, ולכן אין זה גרמא כלל. ולפי זה נראה שיש למזיק לשלם בעד השקע בגוף המכונית.

ועוד יש לומר בנד"ד, והוא שנראה שבכל שקע כזה, א"א שהוא לא הסיר כל שהו מצבע שבגוף המכונית ע"י מה שהכדור היכה בגופה. ולכן יש לדמות זה למ"ש בב"ק שם, "מתלב רבא, הכהו על עינו וסמאה, על אזנו וחרשו, עבד יוצא בהן לחירות... רבה לטעמיה דאמר רבה חרשו לאביו נהרג שא"א לחרישה בלא חבורה דטפתא דדמא נפלת באודניה". הרי שהקשה רבא דאע"ג דלא חסריה כיון דעשה מעשה בגופו לאו גרמא קחשיב ליה, אלא ממש, והכא נמי כיון דמחייה בקורנסיה ופחתיה ועל כרחך חסרו דמים מעשה הוא, כמבואר ברש"י שם. ועל זה השיב שא"א בלא חבורה דטפתא דדמא וכו'. ולכן אף בנד"ד י"ל הכי, שא"א שלא הסיר כל שהו של צבע מגוף המכונית כמו בטפת דם. ולכן אין זה גרמא אלא נזק ממש, וצריך לשלם.

הרי מבואר מכל הנ"ל שיש למזיק לשלם בעד השקע שהוא עשה בגוף המכונית.

מ"מ עדיין הוא חייב כיון שהוא העמיד הקטן בחנות כנגד מאכלים טובים, והוא חייב לשלם כמו שטען בעל החנות.

אלא נראה שזה אינו, ששאני דין העמדת בהמה שבזה הנזק דבר ברי, כמ"ש התוספות בב"ק נו: בד"ה המעמיד, "דברי הזיקא", וכן הוא בערוך השולחן בס"שצה. אות א. שכתב, "והטעם דבשן ורגל ברי הזיקא שוודאי תאכלם או תרדסם", משא"כ בנד"ד שהוא אינו ברי שהקטן ירצה לאכול המאכלים בחנות. ויש לדמות נד"ד למ"ש מרן בס"שצה. א. "המשסה כלבו חבירו בחבירו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים". ופירש הרא"ש בב"ק פ"ט. אות יג. "אבל ההיא דשסה בו הכלב והנחש לא ברי הזיקא". הרי הוא רק גרמא בעלמא והוא פטור מדיני אדם, וכן פירש הסמ"ע שם בס"ק א. ונראה דנד"ד קיל טפי שאף משסה אין כאן, דהיינו שהאב לא אמר לבנו לאכול העוגות. ולכן אף מן השמים הוא פטור, כיון שאין זה דבר ברי, והוא אינו דומה להעמדת בהמה על קמת חבירו.

(ב) **ולענ"ד** יש להוסיף על זה, וי"ל שאף אם טבע בנו הוא דברי הוא שבנו ירצה לאכול העוגות, מ"מ עדיין האב פטור, ואין לדמות אף זה להעמדת בהמה על קמת חבירו. ובתחלה י"ל שנראה שאיסור העמדת בהמה הוא בגדר של גרמי, וזה לפי מ"ש הרשב"א בב"ק נו: בד"ה דמעמיד, "כיון שהעמידה על הקמה הרי הוא כאלו מאכילה בידים". הרי משמע שאין מזה מעשה ממש שאין האיש מאכילה בידים, אלא הוא "כאלו" הוא עושה כן. וכן נראה מדברי הרא"ש בב"ב פ"ב. אות יז. שכתב, "וכן הפורץ גדר ממילא היא יוצאה, ונותן סם המות לפני בהמת חבירו אין מאכילה". הרי משום זה מי שנותן סם המות לפני הבהמה הוא פטור כיון שזה גרמא, כיון שאין בזה מעשה כיון שהוא אינו מאכילה הסם בידים, והוא דבר הבא ממילא כמו לגבי הפורץ גדר והיא יוצאה. אלא כיון שהוא אינו ברי שהבהמה תרצה לאכול הסם המות כמ"ש בב"ק מז: "סם המות הוא דלא עבידא דאכלה, אבל פירות דעבידא דאכלה בדיני אדם נמי מחייב", הרי כיון שלא עבידא דאכלה הוא ספק גדול אם תאכל. וכן הוא בתוספות בב"ק נו: בד"ה המעמיד, וכן הוא בערה"ש בס"שפו. אות יב. שכתב "מי יאמר דתאכל והרי כמה פעמים שהבהמה שבעה ואין רצונה לאכול". ולכן לגבי סם המות הוא פטור, אבל לגבי העמדת הבהמה על קמת חבירו שהוא ברי שהבהמה תרצה לאכול, י"ל שזה בכלל גרמי והוא חייב כיון שאנו קי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי, אבל אין זה מעשה ממש כנראה מדברי הרשב"א והרא"ש הנ"ל כיון שהוא אינו מאכילה בידים. ואין לחלק בין נתינת הסם

המות לפני הבהמה או בין נתינת הבהמה כנגד הסם המות והעמדת הבהמה בקמת חבירו, שאין זה מעלה או מוריד כמ"ש התוספות בב"ק נו. בד"ה אילימא, "שאין חילוק בין מקרב דבר אצל האש ובין מקרב האש אצל הדבר". ולכן נראה שבין העמדת בהמה על קמת חבירו, ובין נתינת הסם המות לפני הבהמה, כל זה בגדר של גרמא כיון שאין כאן מעשה בידים והוא אינו מאכילה, אלא שבסם המות הוא גרמא והוא פטור כיון שהוא אינו ברי, והעמדת בהמה היא ברי ובכלל גרמי והוא חייב. ואף שלא ראיתי שהראשונים כתבו כן בפירוש שהעמדת בהמה בקמת חבירו היא גרמי, מ"מ נראה לענ"ד שכן יש לדקדק בלשון הרשב"א והרא"ש כדביארתי.

אלא עדיין יש לדון בזה, לפי מ"ש התוספות שם בד"ה המעמיד, לגבי המעמיד בהמה על קמת חבירו וז"ל, "ואע"פ שאין הבהמה שלו חייב מטעם שן ורגל, דאע"ג דכתיב בעירה כדידיה חשיבה הואיל והוא עשה כמו מדליק פשתנו של חבירו בנו של חבירו, אבל אין לפרש דמחייב מטעם אש דברי הזיקא והוי כאלו נותן לשם אש... דא"כ מטעם זה ה"ל להתחייב אפילו ברשות הרבים, ולא משתמע בשום דוכתא דלחייב ברשות הרבים שן אפילו מקרב בהמתו אצל הפירות ומעמידה עליהו". הרי מבואר שלתוספות אין לומר שהעמדת בהמה בכלל אש כיון שלא מצינו שהוא חייב בזה ברשות הרבים, וזה מפני שכתוב בגמרא "בקמת חבירו" דהיינו ברשות חבירו דוקא ולא ברשות הרבים. ונראה שהטעם שלא שייך לומר אש לגבי שן ברשות הרבים הוא מפני שאין לומר אש לגבי בעלי חיים, וכמו שמצינו במשנה בב"ק ב. "האש שאין בו רוח חיים". אלא שמצינו ברשב"א שם שסבר שאף ברשות הרבים הוא חייב, וז"ל "דאלו העמיד בהמתו ואפילו בהמת חבירו על פירות חבירו ואפילו ברשות הרבים חייב". וראיתי בחזון איש בב"ק ס"ב. אות א. שכתב, "ומיהו במעמיד על הקמה ממש, דעת הרשב"א דהוי חציו ממש, ומ"מ לא חשיב כח אדם לענין רוצח, דהא השיך בו את הנחש למ"ד מעצמו הוא מקיא פטור אע"ג דלא גרע ממעמיד" ע"ש. הרי נראה מזה שסבר החז"א שלדעת הרשב"א דפליג על התוספות, שפיר אמרין אשו משום חציו. ונראה שיש להסביר הענין, והוא שכשהוא מוליך הבהמה זה נחשב כמעשיו ודומה להדלקת האש ע"י מעשיו, וכדמצינו לגבי האש שהאש אחר כך הולך מחמת עצמו ושוב אין בו מעשה אדם, כמו כן י"ל לגבי הבהמה שהיא הולכת מחמת עצמה ודורסת ואוכלת קמת חבירו, ולכן שפיר י"ל שזה כמו אש, וכיון שקי"ל אשו משום חציו, אף זה כחציו.

דומה ל"כשהפילוהו הבעלים לבור" וזה בגדר של מעשה האיש, וכשהבהמה רוצה לאכול אחר כך אז אצל האיש זה נחשב כממילא קאתי, והוי גרמי. ולכן שפיר יש לפרש דעת הרשב"א כמו שכתבתי שהטעם שהאיש חייב הוא משום גרמי דהוי "כאלו מאכילה בידים".

וכן יש ללמוד מדברי הרא"ש בב"ק פ"ט. אות יג. לגבי מ"ש בב"ק קיז. "אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי", וכתב הרא"ש "וכן דאחוי אחויי שהראה לעכו"ם ממון חבריו וברי היזקא כאילו נתנו לתוא המכמר דאקשיה רחמנא לתוא מכמר דודאי אין מרחמין עליו ואין לך מעשה גדול מזה." הרי אף שזה בכלל גרמי כמבואר שם, מ"מ כתב הרא"ש שיש בזה "מעשה גדול". וכן י"ל לגבי העמדת הבהמה בקמת חבריו, שמה שהוא מוליכה הוי "מעשה גדול" ודומה ל"אם הראה מעצמו", ואף שהעכו"ם הזיק השדה ומצד עצמו הוא מעשה, מ"מ מצד הישראל זה גרמי. וכן הוא לגבי העמדת הבהמה שאף שהבהמה אוכלת קמת חבריו ויש בזה מעשה, מ"מ מצד האיש זה גרמי, ואין לומר כאן שזה בכלל חציו.

(ד) ולפי כל זה יש לדון בנד"ד שלכאורה י"ל דנד"ד דומה להעמדת בהמה על קמת חבריו, שכיון שהטבע של קטן זה הוא דברי שהוא ירצה לאכול העוגות, י"ל שאביו חייב לשלם משום גרמי. אלא לענ"ד אין זה דמיון יפה, וכדי לבאר את הענין יש לבאר בתחלה קושית המגיד משנה על הרמב"ם בהל" נזקי ממון פ"ד. הל"ז. כתב הרמב"ם שם, "אחד המביא את האור ואחד המביא את העצים המביא את העצים חייב... בא אחר וליבה המלכה חייב. ליבתו רוח שאינה מצויה תמיד הרי כולן פטורין. ליבה וליבתו הרוח חייב שהרי הוא גרם, וכל הגורם להזיק משלם נזק שלם...". וסוגיא זו בב"ק ס. ע"ש. אלא שהשמיט הרמב"ם מ"ש רב אשי שם דהוא גרמא בנזיקין, וגרמא בנזיקין פטור, וכתב הרמב"ם שהגורם חייב לשלם. והקשה הרב המגיד שם, "אלא שקשה לי שרבינו ז"ל עצמו פסק פ"א. מהלכות שכנים כאוקימתא דרב אשי וכמו שאכתוב שם ומוכרח הוא וצל"ע". וכן כתב הרמב"ם שם בהל" שכנים בהל"א. וב. "מי שעשה גורן בתוך שלו או קבע בית הכסא או מלאכה שיש בה אבק ועפר וכיוצא בהן צריך להרחיק כדי שלא יגיע העפר או ריח בית הכסא או האבק לחבריו כדי שלא יזיקו... אע"פ שהוא חייב להרחיק כל כך, אם הולכה הרוח המצויה המוץ ואת העפר והזיקה בהן פטור מלשלם שהרוח הוא מסייע אותו ואין נזק זה בא מכח מזיק עצמו". וזה כדעת רב אשי כמבואר ברב המגיד שם. ולכן נראה שהרמב"ם סותר את עצמו מהל" שכנים להל" נזקי

ולענ"ד זה אינו, שכבר גמר כוחו בהעמדת הבהמה שאז הוא אינו מוליך אותה, וכן באותה שעה של העמדת הבהמה היא אינה הולכת מחמת עצמה כיון שהיא עומדת שם בלי הליכה, וממילא אין לומר עוד שזה בכלל אש, ולכן אם אחר כך הבהמה התחילה ללכת ולדרוס ולאכול זה דבר חדש ואין זה בכלל אשו וחציו, ואין זה בכלל תולדות האדם, וכמ"ש מרן בס"שפד. א. בשם הרמב"ם והטור, "אחד המזיק בידו או שזרק אבן או ירה חץ והזיק בו או שפטר (פי' שפתח) מים על חבריו או על הכלים והזיק או שרק ונע והזיק בכוחו וניעו בעת שהלכו מכוחו הרי זה כמזיק בידו והם תולדות של אדם, אבל אם רק הריק והניח על הארץ ואח"כ נתקל מהם אדם הרי זה חייב משום בורו, שכל תקלה תולדות בור הוא." הרי כשגמר כחו אין זה בכלל תולדות אדם. וכן הוא בהעמדת בהמה שגמר הליכת הבהמה לקמת חבריו, והבהמה עומדת שם בעצמה, ושוב אין בה כחו. ולכן קשה בעיני לומר שהעמדת הבהמה בכלל חציו. וכן אין לומר אשו כחציו בזה כיון שלא מצינו ששייך לומר אשו כחציו לגבי בעלי חיים. אלא יותר נראה לענ"ד שזה בכלל גרמי, והוי "כאלו מאכילה בידים" כמ"ש הרשב"א שם, ואין כאן מעשה ממש מצד האיש.

וראיתי בב"י בס"שצד. בד"ה המעמיד, שכתב לתרץ מ"ש התוספות הנ"ל, "דטענת לא משתמיט לאו טענה היא, דמלתא דפשיטא היא דהוי מזיק בידים וליכא לפלוגי ביה בין ר"ה לרשות הנזק." נראה שמ"ש "דהוי מזיק בידים", לאו דוקא הוא אלא הוא "כאלו" מזיק בידים כמ"ש הרשב"א שהוא המקור לדין זה.

(ג) שוב ראיתי בב"ק מה: שכתוב שם, "נפל לבור והבאיש מימיו חייב. אמר רבא לא שנו אלא שהבאיש בשעת נפילה אבל לאחר נפילה פטור... אמר רבא לא שנו אלא שהבאיש מגופו אבל הבאיש מריחו פטור, מאי טעמא גרמא בעלמא הוא, וגרמא בעלמא לא מחייב." ע"ש כל הסוגיא. וכתב השיטה מקובצת שם בשם הרא"ה, "וגרמא בעלמא לא מחייב דהא ודאי לגבי בעלים דשור לא הוי דינא דגרמי כלל אלא גרמא בעלמא אא"כ כשהפילוהו הבעלים לבור דהשתא הוי דינא דגרמי ומחייב לדין דדיינא דדינא דגרמי דהשתא נזקיו הם בידים שמפסיד המים". הרי אם הבאיש מריחו הוא גרמא בעלמא דהיינו דסרחון דנבילה ממילא אתי לה ונבילה גרמא הוא שגורמת לסרחון שיבא כמ"ש רש"י שם, אבל כשהפילוהו הבעלים והבאיש מריחו זה בכלל גרמי. ולכן אף לגבי העמדת בהמה על קמת חבריו י"ל הכי, דהיינו שכשהאיש מוליכה לקמת חבריו זה

תחתיו כרים וכסתות שאם יפול עליהם לא ישבר, וקדם אחר וסלקם ונחבט הכלי בארץ ונשבר שאין חייב המסלק כיון שהוא אינו נוגע כלל בכלי, וזה ממילא כאתי, וה"ה כאן שהפורץ גדר אינו נוגע בבהמה וממילא תצא הבהמה. אמנם הרמב"ם סבר שהמסלק הכרים וכסתות הוא חייב וזה בכלל גרמי, וכן דעת מרן בס"ש פו. ג. ולפי זה כן י"ל לגבי הפורץ גדר שזה בכלל גרמי לדעת הרמב"ם ומרן. ולכן מצינו שיש חילוק לדעת הרמב"ם בגרמי בין אם נתכוין או לא.

וכן ראיתי במחנה אפרים בהל" נזקי ממון ס"ו. בד"ה ומצאתי, שכתב "וגדולה מזאת נראה מדברי הרמב"ם ז"ל דכל דינא דגרמי כל היכא דלא מתכוין להזיקו פטור, שכתב בפ"ד מהל" נזקי ממון דפורץ גדר לפני בהמת חברו כיון דמתכוין להזיק הרי זה חייב אם יצאתה והזיקה, אבל פרצות לסטים המתכוונים לגנוב פטורים... ואל תיקשי לך מדין מראה דינר לשולחני דחייב מדינא דגרמי ואע"פ שלא כיון להזיק, דהתם כיון שאינו בקי חשיב כאלו כיון להזיק שלא היה לו לראותם". הרי לפי זה שלדעת הרמב"ם ומרן הכל תלוי בכוונה בגרמי, ולכן אם יש להוכיח שאין כוונתו לגרום הנזק, אז אף בגרמי הוא פטור.

וכן הוא ברמב"ם בהל" סנהדרין פ"ו. הל"א. שכתב לגבי דיין, "שטמא דבר טהור או שהורה בכשרה שהיא טריפה והאכילה לכלבים וכיוצא בזה, הרי זה פטור מלשלם. אף על פי שגרם להזיק לא נתכוון להזיק". ופירש הרדב"ז שם, "דאע"ג דקי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי, שאני הכא שלא נתכוון להזיק". ובהל"ד. כתב הרמב"ם, "אבל מי שאינו מומחה ולא קבלו אותו בעלי דיני... ואם אין לו להחזיר או שטמא או שהאכיל דבר המותר לכלבים ישלם כדין כל גורם להזיק, שזה מתכוין להזיק הוא". וכתב הכסף משנה שם, "גורם להזיק בכוונה הוא, וקי"ל כר"מ מאיר דדאין דינא דגרמי". הרי שהכל תלוי בכוונה בדיני דגרמי. ודין זה סייעתא למ"ש המחנה אפרים הנ"ל לגבי מראה דינר לשולחני, שי"ל שמי שאינו בקי בזה דומה לדיין שאינו מומחה ונחשב כמי שכיון להזיק. וכן ראיתי בגר"א בס"ש צו. אות ז. שכתב שלדעת הרמב"ם הכל תלוי בכוונה, וז"ל "ס"ל דגרמי הוא רק שאינו חייב אלא במתכוין להזיק וכשיטתו דס"ל דכל גרמא חייב כמ"ש בס"ש פו. ואינו מחלק אלא בין מתכוין או לא" ע"ש. ומ"ש שבכל גרמא חייב, נראה שלא דוקא הוא וכוונתו שאף במסלק הכרים וכסתות וכדומה הוא חייב, אבל לא בכל גרמא שהלא בנתינת סם המות לפני בהמה הרמב"ם כתב שהוא פטור אף שכוונתו להזיק והוא גרמא. ולפי כל זה

ממון. וכתב הכ"מ בהל" נזקי ממון הנ"ל לתרץ, "שטעם הפטור (בהל" שכנים) הוא מפני שאין נזק זה בא מכח מזיק עצמו אבל בנד"ד (לגבי הליכוי) שהנזק בא מחמת מזיק עצמו שהוא מלבה נקטינן כאינך אמוראי דאמרי חייב. ע"ש.

וראיתי בש"ך בס"תית. ס"ק ד. שפירש כל זה ולדעתו הטעם דלא קי"ל כרב אשי לגבי הליכוי הוא משום שסבר רב אשי שגרמי בנזיקין פטור, אבל אנו קי"ל כרבי מאיר שגרמי בנזיקין חייב, ולכן הרמב"ם לא הביא מ"ש רב אשי, אבל בהל" שכנים עדיין הוא פטור כיון שהוא קיל טפי, דהיינו "דלא דומה לעפר שבפ"א. שהולך הפך מכחו שכוונתו להפיל העפר לארץ ולא שילך למרחוק, משא"כ אש שהרוח מסייע למה שכוונתו שילך האש". ותירוצו זה מהים של שלמה בפ"ו דב"ק אות כד. ע"ש. ועוד כתב הש"ך שם "ואולי גם הב"י כיון לזה". הרי מצינו שלגבי גרמי, אם כוונתו וכחו להפך אז אין זה גרמי אלא גרמא בעלמא והוא פטור.

ולענ"ד נראה שיש להביא ראיה לחילוק זה של הש"ך, והוא ממ"ש הרמב"ם בפ"ד. הל"א. דהל" נזקי ממון, לגבי הכונס צאן לדיר ונפרצה המחיצה ויצאת והזיקה, וז"ל "פרצוה ליסטים ויצאת והזיקה פטור, הוציאוה והזיקה ליסטים חייבים". אלא בהל"ב. שם כתב הרמב"ם, "הפורץ גדר לפני בהמת חברו ויצאת והזיקה, אם היה גדר חזק ובריא חייב". ויש להבין מה הוא החילוק בין הל"א. שהליסטים פטורים אם לא הוציאוה, ובהל"ב. ששאר אנשים חייבים. וכבר שאלו קושיא זו חכמי לונ"ל להרמב"ם, והמגדל עוז שם הביא דברי תשובת הרמב"ם להם, וז"ל "הפרש גדול יש בין ליסטים שפרצו הדיר ובין חברו שפרץ לפני בהמתו, שהליסטים כוונתם לגנוב הבהמה לפיכך כל זמן שלא הוציאה מרשות הבעלים לא נתחייבו ולא נעשית ברשותם, ובעת שיוציאוה נעשית ברשותם ונתחייבו בנזיקה, אבל אם הניחוה שם הרי לא עשו הנזק שנתכוונו לו שהיא הגניבה ולפיכך פטורין, אבל הפורץ גדר חברו אין כוונתו לגנוב ולא נתכוין אלא שתצא הבהמה ותזיק ויתחייבו הבעלים בנזיקה, ולפיכך הוא חייב באותו נזק כדין כל מזיק, וזהו ההפרש בין ליסטים ובין פורץ בהמת חברו" ע"ש. הרי מבואר בזה שיש חילוק בין אם נתכוין או לא. ועוד נראה שהזיק זה הוא בגדר של גרמי ולא גרמא. ואף שמצינו שכתב הרא"ש בב"ב פ"ב. אות יז. שזה בכלל גרמא ולא גרמי משום "וכן הפורץ גדר ממילא היא יוצאה", מ"מ נראה שהוא אזיל בזה לפי שיטתיה שסבר שהזורק כלי שלו מראש הגג והיו

בס"תכד. ח. "החובל בחרש שוטה וקטן חייב, והם שחבלו באחרים פטורים אע"פ שנתפקח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן אינם חייבים לשלם שבשעה שחבלו בהם לא היו בני דעת." ונראה מזה שאף כשיגדיל הבן הוא אינו צריך לשלם. וכן הוא לגבי גניבה כמ"ש בס"ש מט. ג. "קטן שגנב מחזירין קרן לבעלים אם הוא בעין, ואם הוא אינו בעין פטור אף לאחר שיגדיל." מ"מ נשאל השבות יעקב בח"א ס"קעז. לגבי קטן שבעל שמחה נתן לו ממון לקנות יין והוא גנב יין ממרתף כדי ליתן אותו לבעל שמחה והקטן נטל הממון לעצמו, אם הקטן חייב לשלם בעד היין שהוא גנב אחר שיגדיל. והשיב השבות יעקב, "ועיקר דין זה הוא ברמב"ם פ"א מהל' גניבה דין ח. וז"ל קטן שגנב פטור מן הכפל ומחזירין לו דבר הגנוב ממנו, ואם אבדו אינו חייב לשלם אף הקרן, ואפילו לאחר שהגדיל עכ"ל. הרי להדיא דדוקא היכא שנאבד אינו חייב לשלם משא"כ היכי דעודו בידו ונהנה מהממון ודאי חייב לשלם וכמבואר בחו"מ ס"רלה. סוף סי"טו. וכן מבואר שם בסמ"ע וזה ברור." הרי מבואר מדבריו כשהקטן נהנה מהגניבה הוא צריך לשלם, ומ"ש מרן הנ"ל בס"ש מט. הוא רק כשנאבדה הגניבה בלי הנאה לקטן, כמבואר ברמב"ם. וכתב השבות יעקב שכן נראה מס"רלה. טו. שכתוב שם, "קטן שלוח מאחרים יש מי שאומר שחייב לשלם כשיגדיל ויש מי שפוטר ויש מי שמחלק שאם ידוע שלוח לצורך מזונותיו נפרעין ממנו אבל אם אינו ידוע שלוח לצורך מזונותיו אין נפרעין ממנו." הרי לדעת הי"א בתרא והוא דעת הרא"ש, אם יש לקטן הנאה, דהיינו לצורך מזונותיו, אז הוא צריך לשלם כשיגדיל. ולכן נראה שאף בנד"ד כיון שבן זה נהנה מגניבתו הוא צריך לשלם, וכמו שמצינו לגבי היין בנדון השבות יעקב, ואין חילוק אם הוא אוכל המאכל הגנוב ונהנה ממנו או אם הוא מוכר המאכל ונהנה ממנו.

אלא שיש לדון בדברי השבות יעקב, ונראה שאין לדמות הדין של קטן שלוח מאחרים בי"א בתרא הנ"ל לדין של קטן שגנב, וזה מפני שלמידין הדין של קטן שלוח מאחרים מדין מקח וממכר, וכמ"ש הטור בס"רלה. בשם אביו הרא"ש והוא הי"א בתרא הנ"ל, "וא"א הרא"ש ז"ל חילק בדבר וכתב שאם ידוע שלוח לצורך מזונותיו נפרעין ממנו אפילו כשהוא קטן כמו בפעוטות שמקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין משום כדי חייו גם הלואתו הלואה ונפרעין ממנו כדי שימצא מי שילוונו בשעת דחקו, אבל אם אין ידוע שלוח לצורך מזונותיו אין מעשיו כלום ואין נפרעין ממנו לכשיגדיל." הרי שהטעם שהוא יכול ללוה מאחרים הוא משום כדי חייו כדמצינו לגבי ממכר

שפיר הוא מ"ש הש"ך הנ"ל להסביר דעת הרמב"ם לגבי המלבה אש והדין של עפר בהל' שכנים, ואף שכתב ש"אולי" הכ"מ מודה לזה, נראה ששפיר י"ל שמרן מודה לזה כיון שאף מרן בכ"מ בהל' סנהדרין פ"ו. הנ"ל פירש שלדעת הרמב"ם הכל תלוי בכוונה בדיני דגרמי.

ולענ"ד יש להסביר זה לפי מה שמצינו בש"ס, שלרב אשי בב"ק ס. הטעם שאסרינן בשבת מלאכת זורה הוא משום מלאכת מחשבת, אבל כעין זה בנזיקין פטור משום גרמא. לפי זה נראה שאף אם בימי החול אחד מכויין לאבד תבואת חבירו ע"י מעשה של זורה שהוא פטור, כגון כשהוא הגביה התבואה והרוח מפזרת התבואה והיא נאבדת, כיון שזה גרמא בעלמא לרב אשי והוא פטור אף שהוא מכויין לכך, ואין זה דומה לשבת שאם הוא מכויין לכך הוא חייב. אמנם לפי מה שאנו קי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי, ולא כרב אשי, הוא חייב בזה. וכן מצינו בב"ק צח: שרב אשי שרף שטר חבירו וסבר שהוא פטור בזה, ונראה שהוא מכויין לשרוף השטר. הרי מצינו שלרב אשי הוא פטור אף אם אחד מכויין להזיק בגרמי. ובדרך כלל אנו קי"ל כרב אשי כיון שהוא בתרא כמ"ש הש"ך בס"תיח. ס"ק ד. ולכן בשלמא כאן שאנו קי"ל שלא כרב אשי ואמרינן דדאין דינא דגרמי, מ"מ אפוש פלוגתא לא מפשינן, וי"ל שאנו לא קי"ל כרב אשי משום שהוא איירי באופן שהמזיק מכויין להזיק בגרמי, אבל אם המזיק אינו מכויין להזיק בגרמי אז אף אנו מודים לרב אשי שהוא פטור, וכמ"ש הרמב"ם הנ"ל.

ולפי כל זה צ"ל שלגבי העמדת בהמה בקמת חבירו שכיון שזה גרמי והוא חייב, שכל כוונת האיש היא לעזור לבהמה באכילת ודריסת קמת חבירו, ולכן הוא חייב. ולכן צ"ל שהטעם שהוא מוליכה לקמת חבירו הוא כדי שהבהמה תוכל לאכול שם, וזה דומה למי שליכה ולבתו הרוח שחייב. אמנם בנד"ד כל כוונת האב הוא שישאר בנו דוקא באותו מקום שהוא מוליך אותו שם, ואין כוונתו שבנו יוכל לילך משם כדי ליקח עוגות ויותר מאכלים במקומות אחרים באותה חנות, ולכן לפי מ"ש הש"ך הנ"ל הוא פטור, שי"ל שכוונת האיש "להפיל" בנו באותו מקום, "ולא שילך למרחוק". הרי מבואר מכל הנ"ל שבין אם הוא ספק מצד טבע הקטן אם הוא רוצה לאכול המאכלים בחנות, או בין אם הוא ודאי, בכל אופן האב פטור מלשלם בעד בנו, ואין לדמות זה להעמדת בהמה על קמת חבירו.

(ה) מ"מ עדיין יש מקום לומר שכשהבן יגדיל הוא חייב לשלם לבעל החנות, ואף שכתבתי לעיל מ"ש מרן

לומר שקי"ל כדעת הכנה"ג ומהר"מ בן חביב. ולפי זה אם הקטן אמר קי"ל כרבינו יונה ואין חיוב עליו לשלם כשהוא הגדיל, ולכן אין לחלק בזה בין אם הוא נהנה או לא ודלא כסברת הרא"ש ב"א בתרא. ולכן אף לגבי גניבה י"ל הכי שאין לחלק בין אם הוא נהנה או לא, ויש לפרש לשון מרן לגבי גניבה בס"שמשט. כפשוטו שאין חילוק בזה ודלא כהשבות יעקב הג"ל.

ולכן למסקנה נראה שאין האב צריך לשלם בעד בנו הקטן בנד"ד, ואף כשהקטן הגדיל אין חיוב עליו לשלם. מ"מ טוב לקטן ליתן קצת ממון לבעל החנות כשהוא הגדיל בדרך כפרה כמ"ש הרמ"א בא"ח ס"שמשג. ובשבות יעקב שם.

(אלא מ"ש הט"ז בא"ח ס"שמשג. ס"ק ב. להביא ראיה לזה ממעשה דרב אשי בילדותו בב"ק צח; אינו מוכרח שיש מפרשים את זה שאחר שהגדיל רב אשי, כמ"ש הים של שלמה בב"ק פ"ט. אות יט. "אלא נ"ל לפרש כמו שפירש רש"י בפרק הכותב וז"ל שבא הדין לפני רב אשי וסבבו והקיפו רפרם לרב אשי בראיות ע"כ. וכן פירש הכא הראב"ן תלמידו בספר צפנת פענח". וכן הוא בגינת ורדים חו"מ כלל ג. ס"יג. שכתב "ורב אשי ששרף שטר בילדותו, ולא בזמן שהיה קטן עשה כן, אלא ר"ל בזמן בחרותו שעדיין היתה נעורת קשורה בלבו, ולעולם גדול טובא הוה, ואשכחן האי שיגרת לשון דנקיט ליה תלמודא אפילו אחר שהוליד בנים והורה הוראות, דבריש פרק הזהב (מד). אמרינן מתני ליה לרבי שמעון בריה הזהב קונה את הכסף, א"ל שנית לנו בילדותיך הכסף קונה את הזהב, ותחזור ותשנה לנו הזהב קונה את הכסף כו', שמעינן מהכא דרבי אע"ג דהיה לו בן והיה שונה לו הלכות, כיון שהיה בזמן הבחרות אפקיה בלשון ילדות, א"כ לישנא דילדות לאו אומן קטנות קאי." הרי שזה שלא כהט"ז. שוב ראיתי ביביע אומר ח"ח חו"מ ס"ו. שהוא האריך בזה בטוב טעם ודעת, קחנו משם.)

סימן קנג.

שאלה: האם מי שנחלה במחלה מדבקת שהוא קיבל מחבירו, יכול לטעון כנגד חבירו שהוא צריך לשלם נזק יוצר ורפוי ושבת ובושת.

תשובה: (א) בתחלה י"ל שאסור לאיש שיש לו מחלה מדבקת ליכנס אצל חבירו, שאין לו לגרום מחלה זו

ומקח, ופירש"י בגיטין נט. "דאי לאו זביניה זבינא לא מזבני ליה מזוני ולא זבני מיניה", הרי שכל זה כדי לקיים הילד. ונראה מכל זה שתקנו חכמים להתיר ממכר ומקח וללוות מאחרים רק משום שהם דברים של היתר לגבי גדול ואמרינן שכמו שגדול יכול למכור ולקנות וללוות ה"ה לגבי קטן משום כדי חייו, אבל לא התירו כלל גניבה שהיא איסור חמור משום כדי חייו. ולכן א"א לומר שדין גניבה בכלל תקנת חכמים ולכן אין נ"מ לגבי גניבה בין אם יש הנאה לקטן בזה או לא, ולכן אין לומר שנפרעין ממנו כשיגדיל. וכן מסתברא לפי מ"ש הדרישה בס"שמשט. אות ג. להסביר הדין של גניבה בקטן, וז"ל "ובאמת בלא"ה מסתבר לומר כן כיון שהטעם שפטור מפני שאינו בר דעת בשעת הגניבה א"כ למה יתחייב לאחר שיגדיל, בשלמא עבד ואשה שהטעם שפטורין הוא מפני שאין להם ממה לשלם א"כ נתגרשה האשה ונשתחרר העבד אזדא ליה טעם זה." הרי לפי זה אין סברה לחלק בין אם הקטן נהנה מהגניבה או לא, שבכל אופן בשעת הגניבה הוא אינו בר דעת, ולכן הוא פטור מלשלם.

ולפי זה מ"ש הרמב"ם "ואם אבדו אינו חייב לשלם אף הקרן, ואפילו לאחר שיגדיל", אין זה בא לומר שאם הוא נהנה ממנו שצריך לשלם כשיגדיל כמ"ש השבות יעקב, שזה אינו שהרמב"ם כתב "אבדו" רק לאפוקי דבר שאינו בעין. וכן נראה מדברי הטור שכתב בס"שמשט. "אם הוא בעין ואם אינו בעין פטור גם מהקרן אף לאחר שיגדיל." הרי הכל תלוי אם הוא בעין או לא. ואין לומר בזה שיש מחלוקת בין הרמב"ם והטור בזה, שהלא הב"י לא כתב כן, וכן שאר האחרונים לא פירשו שיש מחלוקת בדבר, ולכן ודאי שאין נ"מ בזה אם הקטן נהנה או לא. ולכן שפיר הוא מה שמרן הביא דברי הטור בש"ע, ואין לומר בהלכה זו שיש לדקדק בלשון הרמב"ם כדי לשנות הפשט בדברי מרן שהעתיק לשון הטור.

ועוד י"ל בזה, שהקטן כשהגדיל יכול לומר קי"ל כהיש מי שפוטר בס"רלה. טו. הנ"ל והיא סברת רבינו יונה כמבואר בטור שם. וזה לפי הכלל המסור בידינו שאף שאנו קי"ל כסתם כנגד הי"א, או כשיש י"א קמא ובתרא כ"א בתרא, מ"מ לגבי קים לי המוחזק יכול לומר קים לי כ"א כנגד הסתם או כ"א קמא כנגד הי"א בתרא. וכן כתב הכנה"ג בשו"ת בעי חיי ח"ב חו"מ ס"קי. וכ"כ מהר"ם בן חביב בגנת ורדים חו"מ כלל א. ס"א. וכן דעת הראש"ל מהר"ר יעקב קוראל, כמבואר כל זה ברב פעלים ח"ב חו"מ ס"ג. וכן הוא ביביע אומר ח"ג. חו"מ ס"ד. אות ח. וכן בח"ו חו"מ ס"ב. ע"ש. ואף שיש חולקים בזה, מ"מ יכול המוחזק

ב) מ"מ אם חולה זה נכנס אצל אחרים וע"י כן אחד מהם נחלה במחלה זו, לכאורה נראה שאין חיוב על חולה הראשון לשלם לחולה השני, כיון שזה נחשב גרמא בעלמא, ואף גרמי אין כאן. וזה מפני שהמחלה הולכת מאדם לחבירו ע"י רוח פיו באויר, וע"י כן המחלה נכנסת לתוך פיו וגרון של חבירו. וכתב הרא"ש בפ"ט דב"ק אות יג. "והיכא דהוא בעצמו עושה היזק לממון חבירו וברי היזקא הוא הנקרא דינא דגרמי." ובנד"ד הוא אינו ברי כלל, שאף שהחולה הוא קרוב לחבירו, מ"מ הוא אינו ברי שחבירו יהיה חולה במחלה זו, ששמא המחלה אינה נכנסת מהאויר לתוך פיהו ע"י נשימתו. ויש לדמות זה למ"ש הרא"ש שם, "אבל ההיא דשסה בו הכלב והנחש לא ברי היזקא... דשמא לא ישוך הכלב והנחש." וכן הוא במרן בס"שצה. א. ופירש הסמ"ע בס"ק א. שהטעם שהוא פטור מדיני אדם הוא מפני "דלא הוה אלא גרמא בעלמא בנזיקין". ולכן אף בנד"ד כיון שהוא אינו ברי הוא פטור.

ועוד נראה שיש לדמות נד"ד למ"ש בב"ק נז. "הנותן סם המות בפני בהמת חבירו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים". וכן הוא ברמב"ם בהל" נזקי ממון פ"ד הל"ב. (ויש להעיר על מרן שלא הביא דין זה בש"ע, וכן העיר הש"ך בס"שפו. ס"ק כג.) ואף זה בגדר של ספק כמ"ש בב"ק מז: "סם המות הוא דלא עבידא דאכלה, אבל פירות דעבידא דאכלה בדיני אדם נמי מחייב", הרי כיון דלא עבידא דאכלה, הוא ספק גדול אם תאכל. וכן הוא בתוספות בב"ק נו: בד"ה המעמיד, וכן הוא בערה"ש בס"שפו. אות יב. שכתב "מי יאמר דתאכל והרי כמה פעמים שהבהמה שבעה ואין רצונה לאכול". ועוד טעם בזה כמ"ש הרא"ש בב"ב פ"ב. אות יז. "וכן הפורץ גדר ממילא היא יוצאה, ונותן סם המות לפני בהמת חבירו אין מאכילה." ולכן אף בנד"ד י"ל שהחולה נותן רוח פיהו באויר לפני איש אחר וזה כמו נתינת סם המות לפני הבהמה, אלא שהוא אינו ברי שרוח רעה זו נכנסת לתוך פיו של איש אחר ע"י נשימתו. וגם כל זה הוא ממילא קאתי כמ"ש הרא"ש, והוי בגדר של גרמא, והוא אינו חייב בדיני אדם.

ולכאורה יש להעיר על דין זה של סם המות לפני הבהמה, שהלא י"ל שזה בכלל בור, כמ"ש מרן בס"ת. א. "בור הוא מאבות נזיקין... לפיכך כל הדומה לו שהוא ממנו ומונח במקומו ומזיק, אפילו שפך מים ברשות הרבים והוחלק בהם אחר חייב." הרי לא בעינן בור דוקא, אלא אף מים על הקרקע בכלל בור. ולכן אף הסם המות הוא ממנו ומונח ברשות הרבים והוא מזיק הבהמה. אלא יש לחלק לפי מה שכתב מרן שם בסע"ט. "... אבל אם היתה פקחת ונפלה

לאחרים, כדמצינו בב"ק טו: מו. "תניא ר"נ אומר מנין שלא יגדל אדם כלב רע בתוך ביתו, ואל יעמוד סולם רעוע בתוך ביתו, ת"ל ולא תשים דמים בביתך". (עיין במהרש"א בדף טו: מה הוא פירש בזה). ומצינו ברמב"ם בפ"א. הל"ד. דהל" רוצח, שהוא כתב "וכן כל מכשול שיש בו סכנת נפשות מצות עשה להסירו... אם לא הסירו... בטל עשה ועבר בלא תעשה." ונראה שאף שאין סכנה בדבר יש לו להרחיק מחבירו כדי להציל חבירו ממחלה זו.

אלא שראיתי שתשובת הרמ"א בסוף ס"יט. שכתב, "כי מה שאומר שהוא חולי מתדבק, כולו הבל ומי שלבו נוקפו אומר כן, כי השם יתעלה הוא המוחץ והרופא, ואם היה כדברי המשכיר בטל כל דיני ביקור חולים, כי לא מצינו בשום מקום שחלקו בין חולי מתדבק לשאינו מתדבק חוץ מבעלי ראיתן דאסרו לישב בצלו, וראיה מפ" המדיר עז: דלא חשבו למום אשר לו שאדעתא דהכי לא קדש רק בחולי נכפה שהוא מן ראיתן, אבל בשאר חוליים לא אמרינן הכי." ועל פי דברי מור"ם כתב השכנה"ג ב"ד ס"שלה. בהגה"ט אות ב. "אין חילוק בין חולי המגפה לשאר חוליים וחייב בביקור חולים." הרי נראה מזה שאין לחוש למחלה מתדבקת ומותר להיות אצל חבירו.

אלא שכתב הרמב"ן בפר" וירא, על הפסוק אל תביט אחריו, "כי מנעו מהביט מפני שהראיה באויר במקום שהדבר שם מזיק מאד ותדביק, וכן בכל שאר בעלי חולאים הנדבקים, שהאויר מזיק מאד ותדביק אותה, וכן המחשבה בהן, ולכן נעשתה נציב מלח יען היה השריפה גפרית ומלח." ע"ש. וכן הוא ברבינו בחיי. הרי מבואר שלא כדברי הרמ"א הנ"ל, ויש לחוש לחולי מתדבק. וכן ראיתי בנשמת כל חי ח"ב ס"מט. שהביא כל הנ"ל וכתב שאף בספר הציוני מצינו כדעת הרמב"ן, ולפי זה כתב הנשמת כל חי "וא"כ מבואר יוצא מכל הני סריכין תלתא אשילי רברבי דס"ל שהדבר מזיק וכל מיני חלאים, וזהו הפך דברי מור"ם והכנה"ג, ותימא הוא דאשתמיט מינייהו דברי הרמב"ן ז"ל אלו, ואני אומר שאלו היה רואה מור"ם והרב כנה"ג דברי הראשונים הללו לא היו כותבים כן דיש חיוב מצות ביקור חולים בחולי המגפה וכיוצא דמתדבק". וכן ראיתי בספר חסידים ס"תרעג. שכתב, "לפני עור לא תתן מכשול, שלא ירחץ אדם כשהוא מוכה שחין עם יהודי אחר אלא א"כ יודיענו, שנאמר ואהבת לרעך כמוך, וכתוב לא תעמוד על דם רעיו". ועיין בהג"ר עק"א ב"ד ס"קטז. ה. בד"ה כשדבר בעיר, ועיין בציץ אליעזר ח"ט ס"יז. פ"ה. ולכן אף בנד"ד צריך החולה להרחיק מאחרים.

ביום ומתה פטור, שזה כמו אונס מפני שדרך הבהמה לראות ולסור מהמכשלות. ולגבי הסם הוא לא עבירה דאכלה כמ"ש לעיל, ולכן זה דומה לפקחת ביום, והוא פטור. ועוד י"ל שאף אם הסם המות בתוך אוכל הראוי לאכילה, מ"מ י"ל שלא שייך הדין של בור כאן, שזה דוקא במזיק ע"י נפילה וכדומה שזה לא ברצון הבהמה, משא"כ באכילה שהיא לרצונה ויש לה הנאה באכילה זו, אלא שרק בסוף אחר האכילה היא מתה ע"י הסם. ולכן נראה שיש לדמות נד"ד לדין זה של נתינת סם המות לפני בהמה, והוא פטור.

ג) **אמנם** לענ"ד זה אינו, ויש לדמות נד"ד לתולדת האש. כתב מרן בס' תיח. "אש הוא אב, דכתיב כי תצא אש ומצאה קרצים, והוא ממונו שהולך למרחוק ומזיק ע"י הרוח שמוליכו, לפיכך כל הדומה לו שהוא ממונו והולך ומזיק הוא תולדתו". וכן מצינו בב"ק ג': "תולדה דאש מאי ניהו, אילימא אבנו סכינא ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו, היכי דמי אי בהדי דאזלו קא מזקי היינו אש, מ"ש אש דכח אחר מעורב בהן וממונך ושמירתו עליך, הני נמי כח אחר מעורב בהן וממונך ושמירתן עליך". וכן הוא בסמ"ע בס' תיא. בס"ק א. ולכן אף בנד"ד י"ל הכי, דהיינו שרוח פיו אחר יציאתה מפיהו נכנסת לתוך האויר וע"י קצת הרוח בחדר היא נכנסת לתוך פיו של איש אחר והזיקו. ואף כאן "כח אחר מעורב", כלומר שהולך ע"י כח אחר, דהיינו הרוח מצויה בחדר, שבכל חדר יש קצת רוח או מפני שהחלון פתוח או מפני היוצאים והנכנסים וההולכים מפינה לפינה שע"י זה יש קצת נדנוד באויר, וזה גורם שהרוח רעה מפיו החולה מנדנדת והולכת לתוך פיו של אחר. (ועיין מה שכתבתי עוד בענין זה לקמן בתשובה לגבי מכונית במדרון, אי בעינן כח אחר מעורב בו או לא.)

ואל תשיבני דבעינן "ממונך" כגון אבנו סכינא ומשאו, אבל אין רוח פיו שאין בה ממשות בכלל ממון, שזה אינו שכתוב בב"ק כב. "ר" יוחנן אמר אשו משום חציו וריש לקיש אמר אשו משום ממונו, וריש לקיש מאי טעמא לא אמר כר" יוחנן, אמר לך חציו מכחו קאזלי האי לא מכחו קאזל, ורבי יוחנן מאי טעמא לא אמר כריש לקיש, אמר לך ממונא אית ביה ממשא הא לית ביה ממשא". ופירש"י "הא לית ביה ממשא. דשלהבת היא המזקת דאין לה ממש הלכך כי חייביה רחמנא משום חציו הוא דחייביה". ואנו קי"ל כר" יוחנן כנודע. לפי זה אף בנד"ד שאין ברוח פיו ממשא, ומ"מ עדיין היא בכלל חציו ויש חיוב.

ועוד י"ל בזה שאין לומר שאין רוח פיו בכלל תולדת אש כיון שאין זו קנינו, שהרוח נכנסת בתוך פיו והיא יוצאת, ולא שייך בזה קנין, משא"כ באבנו סכינא ומשאו, שכולם הם קנינו של בעל המזיק, שאף זה אינו, שכתב רש"י בב"ק שם, "משום ממונו. כשורו ובורו שהזיקו וקס"ד דאיכא בינייהו כגון שהדליק בגחלת שאינו שלו דלרבי יוחנן חייב דחציו הן ולר"ל פטור דלאו ממונו הוא". הרי הא דבעינן שיהיה דבר המזיק קנינו זה דוקא לריש לקיש, אבל אנו קי"ל כר" יוחנן ולא בעינן ממונו. ועוד כתבו התוספות שם, "אשו משום ממונו. כלומר חיוב ממונו יש בו ולא שיהא האש שלו, דאפילו הדליק באש של אחר חייב כדאשכחן בפ' הכונס (נו). בכופף קומתו של חבירו בפני הדליקה ומטיא ברוח מצויה... ולא כפ"ה דפי' דאיכא בינייהו דאדליק בגחלת שאין שלו". הרי אף לריש לקיש לא בעינן שלו. וכן מצינו לגבי בור בב"ק ג': "מאי שנא בור שכן תחלת עשייתו לנזק וממונך...". הרי לכאורה נראה דבעינן ממונך, אלא כתבו התוספות שם, "ממונך. לאו דוקא גבי בור דלאו ממונא הוא, וכן לגבי אש דפשיטא דאם הדליק גדישו של חבירו באש של אחר חייב". הרי שלא דוקא ממונך. וכן נראה מהגר"א בס' תי. בס"ק א. ע"ש. ולכן לפי זה י"ל שאף שכתוב בגמרא אבנו וסכינא ומשאו, צ"ל שלא דוקא הוא אלא אף אם הם אינם שלו מ"מ עדיין יש חיוב אם הוא הניחם שם כגג ברוח מצויה. ונראה דהכי יש לדייק בדברי הרמב"ם שהוא כתב בפ"ד. דהל" נזקי ממון הל"טז. "כיצד הניח אבן או סכין או משא בראש הגג". הרי הוא שנה דברי הגמרא ולא כתב אבנו אלא אבן וכן הוא לא כתב סכינא אלא סכין, וכן לגבי משא, הרי דלא בעינן קנינו כלל. ולכן אף לגבי רוח פיו י"ל הכי שאף שרוח פיו אינה שלו, ואינה דומה לכיחו וניעו בב"ק ג': שהם ממש מגופו, משא"כ ברוח פיו שהאיר נכנס והאיר יוצא ואין רוח פיו חלק בגופו, מ"מ עדיין יש חיוב לשלם משום אשו.

ועוד י"ל שאף שמצינו שאם הוא אינו מדליק גחלת, ואין הגחלת שלו אלא של אחר שאין חיוב עליו לשומרה כמ"ש הערוך השולחן בס' תיח. אות ה. "אמנם אם לא הדליק בעצמו אלא שלא שימר גחלתו אינו חייב אלא על ממונו שהגחלת תהיה שלו, דדבר שאינו שלו אינו מחויב לשמרו, וזה שכתוב בטור ובש"ע אש הוא אב דכתיב כי תצא אש, והוא ממונו שהולך למרחק ומזיק ע"י הרוח שמוליכו עכ"ל. לא הצריכו שתהא ממונו אלא כשמזיק מעצמו ע"י חסרון שמירה כדמשמע לשון כי תצא כמ"ש אבל במקום שהדליק בעצמו חייב אע"פ שאין האש שלו". ע"ש. הרי מבואר שאם הוא אינו מדליק מה שאינו שלו

בעל החצר אינו שם. ונראה שאף שההיזק אינו ניכר מיד בשעת אכילה אלא רק אחר זמן מה, מ"מ עדיין הוא חייב. וכן י"ל לגבי הדין של נתינת סם המות לפני בהמה, שכתב הרא"ש הנ"ל שהטעם שהוא פטור הוא משום שהוא דבר הבא ממילא. הרי מבואר שאם הוא הכניס הסם בתוך פי הבהמה בקום עשה הוא חייב לשלם אף שהסם אינו פועל אלא רק אחר זמן מה. ולכן אף בנד"ד אף אם ההיזק אינו ניכר מיד אלא רק אחר יום או יומים עדיין חולה הראשון צריך לשלם. ואף זה נחשב כמעשיו וככחו, משום שאנו קי"ל אשו משום חציו.

ולפי זה י"ל דהא דכתב הרא"ש הנ"ל בפ"ט דב"ק אות יג. "והיכא דהוא בעצמו עושה היזק לממון חבריו וברי היזקא הוא הנקרא דינא דגרמי... אבל ההיא דססה בו הכלב והנחש לא ברי היזקא... דשמא לא ישוך הכלב והנחש." הוא רק לגבי גרמי וגרמא שיש לחלק בין ברי או אינו ברי, אבל אם הנזק בגדר של בור או אש לא מצינו חילוק זה, שאף אם יש מים מועטים ברשות הרבים הוא אינו ברי שהוא יחליק בם, וגם אם מדליק אש הוא אינו ברי שאש זה תשרוף שדה של חבריו ששמא היא תכבה קודם לכן, או שמא היא תגיע לשדה של אחר, או שמא היא תגיע למקום פנוי וחרבה שאין בו מה לשרוף. הרי שאף שזה אינו ברי, מ"מ כיון שבסוף מצינו שיש נזק צריך לשלם, ודלא כדמצינו לגבי גרמא וגרמי.

ה) ולפי כל הנ"ל נראה שיש לחולה הראשון לשלם נזק ורפוי ושבתו וצערו, כמ"ש הרמב"ם בפ"ד. דהל" נזקי ממון הל" טו. "אש שעברה והזיקה את האדם וחבלה בו הרי המבעיר חייב בנזקיו ובשבתו וברפוי ובצערו ובכשתו כאילו הזיקו בידו" ע"ש.

ולכאורה יש להשיב על זה מב"ק כו: שכתוב שם, "אמר רבה היתה אבן מונחת לו בחיקו ולא הכיר בה ועמד ונפלה לענין נזיקין חייב לענין ארבעה דברים פטור." וכתב הרשב"א שם, "לענין ארבעה דברים בענין דומיא דכי יריבון אנשים והכה איש את רעהו, ור"ח ז"ל פירש מדכתיב באבן או באגרופ אבן דומיא דאגרופ מה אגרופ בכונה אף אבן בכונה." הרי מבואר שאם אין כוונה אין לשלם ד' דברים. וכן הוא בנד"ד שהוא אינו מתכוין להזיק אחרים. אלא שזה אינו שכתב הטור בס"תכא. "אבל צער ריפוי ושבת חייב אפילו שלא בכונה ובלבד שלא יהא אנוס אלא שוגג קרוב למזיד." וגם כתב הטור שם הדין הנ"ל, "היתה אבן מונחת לו בחיקו בין לא הכיר בה מעולם בין הכיר בה ושכחה ועמד ונפלה מחיקו והזיקה חייב בנזק

וגם לא שימר מה שאינו שלו שאין חיוב. ולכן אף בנד"ד לכאורה י"ל שאין רוח פיו שלו וגם הוא לא עשה רוח פיו, כיון שהאוויר נכנס והאוויר יוצא בשעת נשימה, ואין בזה מעשה קנין, ולכן יש מקום לומר שאין חיוב שמירה עליו בזה. אלא שזה אינו שי"ל שהנשימה בכלל מעשה ודומה למי שהניח סכין בגג וכדומה שיש בזה מעשה בשעת הנחה בגג, וכן הוא בנד"ד יש מעשה בשעת נשימה, ויש חיוב עליו לשמור רוח פיו, כמו שיש חיוב לשמור הסכין שהוא הניח על הגג אף שהסכין אינו שלו.

ד) ונראה שיש לדמות נד"ד למ"ש מרן בס"קנה. לד. "מי שעשה גורן בתוך שלו או קבע בית הכסא או מלאכה שיש בה אבק ועפר וכיוצא בהם, צריך להרחיק כדי שלא יגיע העפר או הריח בית הכסא או האבק לחבירו כדי שלא יזיקו, אפילו היתה הרוח הוא שמסייע אותו בעת שעושה מלאכתו ומוליכה את העפר או נעורת הפשתן והמוץ וכיוצא בהן ומגיעתן לחבירו הרי זה חייב להרחיק כדי שלא יגיעו ולא יזיקו, ואפילו ע"י רוח מצויה, שכל אלו כמו שהזיקו בחיצו הן, ואע"פ שהוא חייב להרחיק כל כך אם הולכה הרוח המצויה המוץ והעפר והזיקה בהן פטור משלם שהרוח הוא שסייע אותו." הרי מבואר שאם הוא לא הרחיק כראוי יש חיוב לשלם משום חציו. וכן הוא בנד"ד שהיה לו להרחיק והוא אינו עושה כן, ולכן הוא חייב לשלם בעד הנזק משום חציו. ועוד יש ללמוד מזה שאף שהוא אינו מתכוין להזיק מ"מ עדיין הוא חייב לשלם. וכן הוא לגבי אבנו וסכינא ומשאו בגג הנ"ל הוא אינו מתכוין בנפילתם, ועדיין הוא חייב בזה, עיין בנתיבות המשפט שם בס"ק יח. מה שהוא הקשה על דברי הש"ך בס"ת יח. ס"ק ד. בזה.

ועוד נראה, שלכאורה יש לחלק וי"ל ששאני נד"ד כיון שההיזק אינו ניכר מיד, שהרי רק אחר יום או יומים איש זה נעשה חולה, ואולי י"ל שזה גרמא בעלמא וחולה הראשון פטור מלשלם, ודלא כמצינו באש שההיזק נעשה מיד כשהגיע האש למקום הנזק, וכן בסכינא ואבנו ומשאו בגג ההיזק נעשה מיד בשעת נפילתם. מ"מ אף זה יש לדחות וי"ל שמצינו בס"שצג. ב. שכתב מרן לגבי בהמה שאכלה פירות יותר מדאי והזיקה, "הכניסן שלא ברשות ואכלתן, בעל הפירות פטור מפני שהי' לה שלא תאכל." וכתב הסמ"ע שם בס"ק ד. "היה לו לשמור פרתו שלא תאכל יותר משיעור, וזה דוקא מסתמא כשבעל החצר בחצירו אבל אם נסתלק משם בעל החצר בידיעת בעל הפירות על בעל הפירות מוטל השמירה שלא תאכל יותר מדאי אפילו אם הכניס ברשות." הרי הוא חייב לשלם אם

פוסקים בפשיטות בלי פלוגתא". וכן הוא בגר"א שם באות ג. שכתב על הלשון של מרן, "אין חולק בדבר". ולכן שפיר הוא לומר שיש לחולה הראשון לשלם גם צער ושבת ורפוי.

ועוד י"ל שנראה שחולה הראשון חייב לשלם אף הבושת, ואף שכתב מרן בס"תכא. שאם הוא אינו מתכוין להזיק שהוא פטור מבושת, ואם מתכוין להזיק אע"פ שאינו מתכוין לבייש הוא חייב כמבואר בסע"א. ודלא כנראה מהב"ח בד"ה ומ"ש אבל צער, שכתב "בושת אפילו מזיד אינו חייב עד שיכוין לביישו", שנראה מזה שרק אם מתכוין לבייש הוא חייב בבושת, ולכן אף בנד"ד שהוא אינו מתכוין להזיק הוא פטור מבושת בין לדעת מרן ובין לדעת הב"ח, מ"מ כבר כתב מרן בס"תית. כשיטת הרמב"ם "אש שעברה והזיקה את האדם וחבלה בו, הרי המבעיר חייב בנזקו ובשבתו ובריפיו ובצערו ובבושתו כאלו הזיקו בידו." ופירש הסמ"ע שם בס"ק כג. "ואע"ג דיתבאר בס"תכא. דאין חייב על הבשת עד שיכוון לבייש, ה"נ כיון דעבר הדליקה ברוח מצויה ה"ל כאלו ידע וכוון לכך, וצריכין לומר דחילקו הרמב"ם והמחבר בין זה לנפל מן הגג ברוח מצויה והזיק שכתב הרמב"ם בפ"א דחובל והמחבר לקמן בס"תכא. יא. דאינו משלם בבשת משום דלא כוון, דשאני התם דנפילת מהגג ויזיק מחשב לאונס טפי אף שהיה ברוח מצויה מהדליק אש ויצא והזיק לאדם, אבל רש"י והר"ן כתבו בפ" כיצד הרגל בהדיא גם בזה פטור מבושת... ע"ש. הרי מבואר שלדעת מרן הוא חייב בבושת בהדליק אש אף שהוא אינו מתכוין לכך.

ויש לדון בנד"ד שהוא תולדת אש אם הוא דומה לאב דהיינו למי שהדליק אש בס"תית. או למי שנפל מהגג. ולענ"ד נראה שאין חילוק בזה בין אם הוא אב או תולדה, אלא הכל תלוי בכוונה אם הוא יותר דומה למזיד או לשוגג כנראה מהסמ"ע. ובנד"ד נראה שהוא חייב, שבשלמא לגבי מי שנפל מהגג, אין כוונתו ליפול כלל ולכן שפיר י"ל שזה כאונס או שוגג, אבל לגבי החולה בנד"ד הוא מתכוין ליכנס בחדר שיש שם אנשים אחרים, ולכן זה דומה למי שכיון להדליק האש אף שהוא לא כיון להזיק. ולכן בנד"ד נראה שחולה הראשון צריך לשלם אף הבושת.

מ"מ כל זה מעיקר דין אבל בזה"ז דשליחותיהו דקמאי קעבדינן, לדעת מרן בס"א. אין מגבין נזק וצער ופגם ובושת, אלא רפוי ושבת, ודעת הרמ"א דשבת וריפוי אין מגבים, אבל כופין את החובל לפייס להנחבל כפי ערך הנראה לדיינים ע"ש.

ופטור מד' דברים." ואין סתירה בדבריו וצריך לחלק שהדין של אבן בחיקו הוא שוגג ממש, אבל אם הוא שוגג קרוב למזיד יש לו לשלם ד' דברים כמבואר בתחלת דבריו. וכן ראיתי בערוך השולחן שם באות יב. שכתב לגבי הדין של אבן בחיקו, "שאין זה קרוב למזיד אף בהכיר בה, והוא שוגג גמור". ולכן נראה שבנד"ד הוא בגדר של שוגג קרוב למזיד, שאף שהחולה אינו מתכוין להזיק אחרים מ"מ הוא יודע שיש לו מחלה זו ואין לו ליכנס למקום שיש שם אנשים אחרים.

אלא שראיתי במרן בס"תכא. ג. שהביא מ"ש הטור בלשון י"א, וז"ל "וי"א דצער ריפוי ושבת חייב אפילו שלא בכוונה ובלבד שלא יהא אנוס אלא שוגג קרוב למזיד". ולכאורה נראה שכיון שדין זה בלשון י"א אנו לא קי"ל כוותיה. אלא שזה אינו שאין סתם לפני דין זה שהי"א חולק עליו, אלא מרן הביא רק הדין של בושת שאין לו לשלם באינו מתכוין, ואחר כך בסע"ג. הוא הוסיף שי"א דצער ריפוי ושבת חייב אפילו שלא בכוונה. הרי שהי"א אינו חולק על מה שלפני זה אלא הוסיף דין אחר, ולכן לא שייך כאן לומר סתם וי"א הלכה כסתם. אלא אין כאן מחלוקת והי"א הוסיף דין אחר בלבד, ולכן שפיר י"ל שאנו קי"ל כהי"א. ולא אמרינן שיש לפסוק כהסתם כנגד הי"א אלא אם הי"א חולק על הסתם אבל אם הי"א בא לפרש עוד פרט בדין בלא מחלוקת כנגד הסתם, אז אנו אזלינן אחר הי"א. וכן הוא בבית דוד בא"ח ס"תט. וד"ה לכן, ובס"תמא. ע"ש. וכן דעת כמה אחרונים, עיין במאמ"ר בס"רעג. ס"ק א. והפר"מ בא"א בס"תרפט. ס"ק ד. ובמנחת יעקב בס"מו. ס"ק יג. והדגל מחנה אפרים דף י. ועוד. ועיין מ"ש הערך השולחן על כלל זה הובא דבריו בפתה"ד בס"שא. דף קסח. בד"ה מיהו. ולכן שפיר י"ל שאנו קי"ל כהי"א.

אלא שעדיין יש לדון בזה לפי מ"ש הגו"ר ב"ד כלל ג. ס"יד. "וכוונת מרן במה שהוא כתב יש מי שאומר, שכן ההלכה אבל אם נמצא איזה פוסק שחולק על אותו דין שנעלם ממרן, או אם נמצא איזו סברה נכונה לחולק עליו בראיות טובות, אז יש מקום לומר שאין אנו צריכים לפסוק כהיש מי שאומר, וזה כוונת מרן במה שהוא לא כתב דין זה בלשון סתם". וכבר כתבתי בענין זה לעיל בא"ח לגבי תפלה במנין ע"ש. ולפי זה אף בנד"ד י"ל הכי, אלא עדיין י"ל שאף שכן הוא מ"מ כיון שלא מצינו מי שחולק על דין זה בפירוש ואין ראיות טובות כנגדו, שפיר י"ל שאנו קי"ל כדעת הטור שהיא הי"א במרן. וכן הוא בסמ"ע בס"ק ה. שכתב "דין זה כתבו הטור וגם שאר

סימן קנד.

שאלה: האם יש חיוב לשלם הנזק במי שיצא ממכונת שלו, ושכח להרים הבלם יד, ומשום זה אחר זמן מה המכונת ירדה במדרון ברחוב, ובסוף הזיקה אדם. ועוד נשאלתי בענין זה, והוא לגבי איש ששונא חבירו ובשעת כעסו ורשעתו הוא הוריד הבלם יד במכונת של חבירו שהיתה במדרון ברחוב, כדי לגרום נזק להמכונת של חבירו, ואף שהוא לא כיון להזיק איש אחר, מ"מ בירידת המכונת במדרון הוא גרם נזק לאיש אחר ברחוב, אם הוא חייב לשלם או לא.

תשובה: (א) **נשאלתי** לבאר דעתי בזה, והשבתי שזה בגדר של אשו משום חציו. וזה שיחי. כתב מרן בס"ת. "אש הוא אב, דכתיב כי תצא אש ומצאה קוצים, והוא ממנו שהולך למרחוק ומזיק ע"י הרוח שמוליכו, לפיכך כל הדומה לו שהוא ממנו והולך ומזיק הוא תולדתו". וכן מצינו בב"ק ג': "תולדה דאש מאי ניהו, אילמא אבנו סכיני ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו, היכי דמי אי בהדי דאזלו קא מזקי היינו אש, מ"ש אש דכח אחר מעורב בהן וממונך ושמירתו עליך, הני נמי כח אחר מעורב בהן וממונך ושמירתן עליך". וכן הוא בסמ"ע בס"ת. "א. ולכן נראה דנ"ד דומה לאבנו סכיני ומשאו שנפלו. אלא שיש לדון בזה כיון שכתוב בגמרא "דכח אחר מעורב בהן", דהיינו שהאש הולכת לא מחמת עצמה בלבד אלא ע"י רוח והיא דבר שהיה נפרד מהאש. וגם לגבי סכיני ואבנו ומשאו אף שכשהם באויר הם נפלו רק מחמת כבדם, מ"מ בתחלה הרוח "מעורב בהן" כדי להפיל אותם מהגג. אמנם לגבי המכונת אין כח אחר מעורב בה, אלא המכונת ירדה מחמת כבדה בלבד, ולכן יש מקום לומר שאין זה בכלל אשו משום חציו.

ולענ"ד נראה שמ"ש בגמרא "כח אחר מעורב בו", הוא אינו לעיכובא, ואף אם אין כח אחר עדיין זה בכלל תולדת אש. וכן יש לדייק בלשון מרן הנ"ל שלגבי האש עצמו הוא כתב, "ע"י הרוח שמוליכו", אבל לגבי תולדת האש הוא כתב "לפיכך כל הדומה לו שהוא ממנו והולך ומזיק הוא תולדתו". הרי בזה לא כתב מרן דבעינן כח אחר מעורב בו.

ונראה שיש להביא ראיה מזה מב"ק כו': "אמר רבה היתה אבן מונחת לו בחיקו ולא הכיר בה ועמד ונפלה לענין נזיקין חייב, לענין ארבעה דברים פטור". ויש לחקור מאיזה טעם הוא פטור מד' דברים. כתב הטור בס"תכא.

לגבי החובל בחבירו, "אבל צער ריפוי ושבת חייב אפילו שלא בכוונה ובלבד שלא יהא אנוס אלא שוגג קרוב למזיד". וגם כתב הטור שם הדין הנ"ל, "היתה אבן מונחת לו בחיקו בין לא הכיר בה מעולם בין הכיר בה ושכחה ועמד ונפלה מחיקו והזיקה חייב בנזק ופטור מד' דברים". ואין סתירה בדבריו וצריך לחלק שהדין של אבן בחיקו הוא שוגג ממש, אבל אם הוא שוגג קרוב למזיד יש לו לשלם ד' דברים כמבואר בתחלת דבריו. וכן ראיתי בערוך השולחן שם באות יב. שכתב לגבי הדין של אבן בחיקו, "שאין זה קרוב למזיד אף בהכיר בה, והוא שוגג גמור". ולפי זה י"ל שאם במזיד הוא עמד ונפלה האבן מחיקו, אז הוא חייב ד' דברים, כדמצינו בכל חובל בחבירו.

אלא שיש לדון בזה, שבשלמא בשאר חובל בחבירו יש כח אדם אבל כאן אין כח אדם כלל. וכן ראיתי בתורת הבית בית ראשון סוף שער ראשון, שכתב לגבי שחיטה, ואיכא למידק היכא דנפלה מידו או מחיקו, אי דיניה כהפילה הוא אם לאו, דהא לגבי נזיקין דיניה כהפילה וכדאמרינן בשילהי כיצד הרגל היתה אבן מונחת לו בחיקו ולא הכיר בה מעולם ונפלה לענין נזיקין חייב. והילכך הכא נמי אתי מכח בן דעת קרינן ביה. ודקתני מתני' נפלה הסכין היינו כשהפילה הרוח, או דילמא לענין נזקין שאני אבל לענין שחיטה עד שיפילנה הוא דוקא, וכדאמר ר' נתן זרק סכין והפילה הוא נמי הכין משמע. ומסתברא לי דלענין שחיטה כלענין נזקין דהכא והכא אתי מכח בן דעת קרינן ביה. ועוד דהא אמרינן התם בפ"ה השוחט גבי נדה שנאנסה וטבלה, האי נדה שנאנסה היכי דמי אמר רב פפא לר' נתן משכחת לה שנפלה מן הגשר, אלמא כל שנפלה מן הגשר מעצמה אע"פ שלא הפילה היא עצמה עלתה לה טבילה לרבי נתן דלא בעי כוונה לחולין, ודכוותה גבי שחיטה נמי שנפלה מידו או מחיקו ואע"פ שלא הפילה הוא, וכל שנפלה מידו כהפילה הוא דמיא" ע"ש כל דבריו, ובסוף הוא החמיר לגבי שחיטה. הרי מבואר שאף שאין כח גברא כשנפלה האבן מחיקו, מ"מ "כהפילה הוא דמיא". וכן ראיתי לרא"ה בבדק הבית שם שכתב "גבי נזקין כל היכא דאיהו גרים חייב ואדם מועד לעולם... אבל בשחיטה אע"ג דלא בעי בה כונה כלל ואפילו לחתיכה הצריכה התורה כח אדם אי זה שיהא, ונפלה מידו ממילא פשוט הוא דהכא ליכא כח אדם כלל" ע"ש. הרי אף לדעת הרא"ה נפלה מידו או מחיקו אין בזה כח אדם ועדיין חייב בנזיקין. וכן הוא המש"ז ב"ד ס"ג. אות א. "ואם היה סכין בידו ופתח ידו או בחיקו ועמד ונפל מאליו שלא היה כח גברא אלא הסרת כחו, לענין נזקין חייב ולענין שחיטה כתב התה"ב דף יב. דראוי להחמיר דאין כאן כח גברא וכמו

שהשיג באמת ב"ה בשם הרא"ה ז"ל דהוה כנפלה מעצמה. ע"ש.

ולפי זה יש לחקור, שאם אין כח אדם כלל בנפלה אבן מחיקו איך אמרינן בזה שהוא חייב לשלם ד' דברים במזיד. אלא נראה שאף דאמרינן שיש לשלם ד' דברים רק כשיש כח אדם, מ"מ אף לגבי אש מצינו דין זה כמבואר ברמב"ם בפ"ד. דהל"ל נזקי ממון הל"ל טו. "אש שעברה והזיקה את האדם וחבלה בו הרי המבעיר חייב בנזקיו ובשבתו וברפוי ובצער ובבשתו כאילו הזיקו בידו" ע"ש, וכן הוא בב"ק כג. ולכן נראה שצ"ל שנפלה האבן מחיקו הוא חייב בד' דברים במזיד מטעם אש, ואנו קי"ל אשו כחציו, אף שאין כאן כח אדם. הרי מבואר שאם שאין כח אחר מעורב בנפילת האבן מחיקו, אלא שהאבן נפלה רק משום כבדה, מ"מ עדיין זה בגדר של אש.

ולכן בנד"ד נראה שמי ששכח להרים הבלם יד, ובזה הוא גורם נזק לאדם אחר, יש בזה דין של תולדת אש. ואף אם יש זמן מה עד שעת ההיזק, מ"מ אין אמרינן בזה שהוא גרמא בעלמא, שכך הוא בכל פעם באש שיש זמן מה משעת הדלקה עד שהוא הולך לשדה חבירו. ועוד אף בהניח סכיניו ואבנו ומשאו בגג הם אינם נופלים מיד ברוח מצויה, אלא אחר זמן מה, ועדיין יש חיוב לשלם. כן נראה לענ"ד.

(ב) **אלא** שראיתי בשיטה מקובצת בב"ק נו. בשם הרא"ה שכתב דאע"ג דאשו משום חציו, מ"מ אבנו וסכיניו ומשאו שהניחן בראש גגו הוא נלמד מאש דממונו כדין נפל כותל ולא גדרה ע"ש. ולפי זה נראה שה"ה בנד"ד י"ל הכי, שהוא הניח המכונית ברחוב, והיא יורדת מחמת עצמה אחר זמן מה כמו הסכין ואבן בגג. ולכן אפשר לומר שיש בזה רק דין של ממון ואין חיוב לשלם הד' דברים. אלא נראה לענ"ד שזה אינו, ונראה שיש לחלק שבשלמא לגבי הסכין והאבן בגג, י"ל שהגג הוא ככותל לפני האש שמחמת הגג האבן והסכין אינם יכולים לירד למטה, ושוב ע"י רוח מצויה הם נופלים מהגג, ולכן הרוח מצויה נחשבת כהסרת הכותל מלפני האש כיון שמחמת הרוח מצויה האבן והסכין יכולים ליפול מהגג. ולכן שפיר י"ל בזה אשו כממונו, אבל בנד"ד אין כאן רוח מצויה שדוחה המכונית במדרון, אלא זה רק מפני כובד המכונית בלבד, ולכן אין בזה הסרת הגדר מלפני המכונית, ולכן אף הרא"ה מודה שזה בכלל אשו משום חציו. ויותר יש לדמות זה למ"ש הרא"ה שם לגבי זריקת צרור למעלה וכשחזרה למטה המית אדם בסנהדרין עז:, "אבל נפלה כדרכה

בחזרתה פטור דנסתלק כחו, ואע"ג דבנזיקין כבי האי גוונא חייב, דהיינו בנזיקין חייב כחציו ובד' דברים, וכן פירש החזון איש בב"ק ס"ב. אות ב. בד"ה ונראה, בדעת הרא"ה ע"ש. ולכן נד"ד יותר דומה לזה, שכשהאבן למעלה אין עיכוב לנפילתה, ואין כאן גדר. וכן הוא בנד"ד שאין עיכוב לירידת המכונית כיון שהוא שכח להרים הבלם יד.

ועוד י"ל שנראה שלדינא אנו לא קי"ל כשיטת הרא"ה בזה, וכן נראה מדברי הרמב"ם, שבפ"ד. דהל"ל נזקי ממון הל"ל טו. הוא כתב שלגבי אש צריך לשלם ד' דברים, דהיינו משום אשו משום חציו, ומיד אחר כך בהל"טז. הוא כתב שתולדת אש היא כגון הניח אבן סכין או משא בראש הגג. הרי נראה שאף באלו יש לשלם ד' דברים כמו שהוא כתב לפני זה בהל"טו. וכן נראה לדעת מרן שבס"ת. א. הוא כתב הדין של תולדת אש, ובב"י הוא פירש שהיא אבנו וסכיניו ומשאו בראש הגג. הרי שאף אלו בכלל אשו משום חציו. אמנם בסע"יז. הוא הביא הדין שאשו משום חציו הוא רק עד הגדר ואם נפל הגדר שלא מחמת הדליקה אז אחר הגדר הוא בכלל ממונו, והוא לא כתב כלל שאף האבן בראש הגג בכלל זה. אלא מסתמא שאבן בגג בכלל אשו משום חציו כנראה מסע"א.

ולכן מכל זה נראה שמי ששכח להרים הבלם יד במכונית ובזה הוא גורם לנזק לאדם אחר כדיארת, יש לו לשלם ד' דברים מטעם אשו משום חציו.

(ג) **ועוד** נשאלתי בענין זה, וזה לגבי איש ששונא חבירו ובשעת כעסו ורשעתו הוא הוריד הבלם יד במכונית של חבירו שהיתה במדרון ברחוב, כדי לגרום נזק להמכונית של חבירו, ואף שהוא לא כיון להזיק איש אחר, מ"מ בירידת המכונית במדרון הוא גרם נזק לאיש אחר ברחוב, אם הוא חייב לשלם או לא.

ולכאורה נראה שכשהוא הוריד הבלם יד, שזה בגדר של מסיר מונע, ויש לדמות זה לסנהדרין עז: "אמר ר' פפא האי מאן דכפתיה לחבריה ואשקיל עליה בידקא דמיא גירי דידיה הוא ומחייב, הני מילי בכח ראשון אבל בכח שני גרמא בעלמא הוא". ופירש"י שם שכח ראשון הוא המים הבאים מיד, וכח שני הוא שלא נפלו המים מיד ע"ש. ולכאורה לפי זה, הכי י"ל בנד"ד שכיון שאין בהסרת המונע נזק מיד, אלא אחר זמן מה, שהוא גרמא בעלמא והוא פטור. ועוד י"ל והוא דנד"ד דומה להדין של זרק חץ ותרים בידו ובא אחר ונטלו שפטור בסנהדרין עז:, שאף

כאן בהסרת המונע שהוא הבלם יד, זה דומה להסרת התריס, ולכן הוא פטור.

סלקיה לעפרא דמפסיק בין מיא לדידיה מיא הוי נגעי בההוא עפרא גופיה כי סלקיה לעפר גירי דידיה הוא.

הרי מבואר מדברי הרמ"ה שיש לחלק בין כשהמזיק נוגע ממש בגדר כהמים, ובין מה כשהוא עדיין רחוק מן הגדר כגון החץ מן התריס, וכשהוא נוגע בגדר כשהוא מסיר הגדר זה נחשב גירי דידיה. ולפי זה אף בנד"ד המכונית נוגעת ממש בבלם, ולכן כשהאיש מסיר הבלם ירידת המכונית נחשבת כגירי דידיה, ולפי זה בהסרת הגדר י"ל אשו משום חציו, וכיון שמצינו לגבי אשו משום חציו שאף אחר זמן עדיין יש חיוב לשלם לכן אין לחלק כדמצינו לגבי רציחה בין כח ראשון שהוא חייב ובין כח שני שהוא פטור, אלא לגבי אשו משום חציו אף בכח שני הוא חייב, שכן דרך האש לילך כמה זמן להזיק. ולפי זה אף לגבי הדין של אשקיל עליה בידקא דמיא י"ל שאה"נ שבכח שני הוא פטור מדין רציחה, אבל מ"מ עדיין הוא חייב בנזק וד' דברים. ולכן אף בנד"ד בירידת בלם יד זו נחשבת כמסיר מונע והוא חייב לשלם הנזק וד' דברים משום אשו.

וראיתי במרן בס"שפד. א. שכתב בשם הטור שם והרמב"ם בפ"ו דהל' חובל הל"י, "אחד המזיק בידו או שזרק אבן או ירה חץ והזיק בו או שפטר (פי' שפתח) מים על חבירו או על הכלים והזיק או שרק ונע והזיק בכוחו וניעו בעת שהלכו מכוחו הרי זה כמזיק בידו והם תולדות של אדם, אבל אם רק הריק והניח על הארץ ואח"כ נתקל מהם אדם הרי זה חייב משום בורו, שכל תקלה תולדות בור הוא. וכתב הגר"א שהמקור למ"ש מרן לגבי פטר מים על חבירו, הוא "סנהדרין עז: דגיריה הוא ולכן ה"ה על על הכלים דמחייב בחצו כנ"ל. ע"ש. ויש לדייק בלשון הרמב"ם וטור ומרן שנראה מסתימת דבריהם שאין חילוק בפטר מים בין כח ראשון וכח שני. ולכן נראה שמ"ש הגר"א "דמחייב בחצו" הוא אף בכח שני. וכן יש לדייק בסיפא, שכתב מרן "אבל אם רק הרוק והניח על הארץ ואח"כ נתקל מהם אדם הרי זה חייב משום בורו", הרי משמע דלעיל מזה איירי באופן שלא נחו המים כשפטר מים על חבירו, ולכן כל זמן שהמים הלכו בין בכח ראשון בין בכח שני כל זה כחציו כל זמן שלא נחו המים והוא חייב, ויש לחלק בין דין רציחה, ובין נזיקין כדפירשתי לעיל.

וראיתי בב"י שם שכתב, "ומ"ש רבינו דהני מיקרי תולדות כ"כ הרמב"ם בפ"ו מהלכות חובל, ואינו יודע למאי נ"מ שקראו אותם תולדות." ולענ"ד הנפ"מ הוא

ולענ"ד זה אינו, ונראה שאף בנד"ד הוא חייב לשלם משום אשו כחציו, ויש לחלק בין נזיקין ובין רציחה כמבואר לקמן. ולכאורה יש להקשות על זה משום שאף למ"ד אשו משום חציו, מ"מ כל זה כשאינו גדר בין האש והנזק בשעת הדלקת האש, כמבואר בב"ק כג. "כגון שנפלה דליקה לאותו חצר, ונפלה גדר שלא מחמת דליקה והלכה והזיקה בחצר אחרת, דהתם כלו ליה חציו, אי הכי לענין גלוי נמי כלו ליה חציו, אלא למאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו." ופירש"י "דכלו לו חציו. שבשעה שהדליק האש, דהיינו זריקת חץ, לא היה ראוי להזיק בחצר אחרת." "אית ליה נמי משום ממונו. והיכא דליכא לחיוביה משום חציו ואיכא לחיוביה משום ממונו מחייבין ליה, הלכך לענין גלוי אע"ג דכלו לו חציו חייב משום ממונו." הרי מבואר שכיון שבשעת הדלקת האש יש גדר בין האש ובין הנזק, והגדר נפל שלא מחמת האש, אז אנו אמרינן שכלו חציו, ושוב יש חיוב רק משום ממונו, ולכן אם יש נזק לאדם שהיה בחצר אחרת, אין חיוב עליו לשלם הד' דברים. ולפי זה נראה שבנד"ד הבלם יד הוא דומה לגדר, והבלם יד לא "נפל" משום האש, דהיינו המכונית, אלא האיש הסיר הגדר. ולכן נראה שאף שיש חיוב על האיש לשלם מ"מ כיון שזה בגדר של אשו כממונו אין חיוב לשלם הד' דברים.

ולענ"ד זה אינו כן, ועדיין י"ל בנד"ד שהוא אשו משום חציו. וזה על פי מ"ש הרמ"ה בסנהדרין עז: לגבי אשקיל עליה בידקא דמיא גירי דידיה נינהו ומחייב, וז"ל, "ואי קשיא לך מכדי הכא לאו בדאזלי מכחו עסקינן, אלא כגון שהיה דבר מפסיק בין המים ובינו ונטלו ונמצאו המים באין עליו מאליהן, ואמאי מחייב הא לאו כחו הוא, ותו מאי שנא מדרבה דאמר זרק בו חץ ותריס בידו ובא זה ונטלו ואפילו הוא קדם ונטלו פטור דבעידנא דשדי מפסיק פסיקי גיריה, אלמא אע"ג דקא שקיל ליה להווא מידעם דהוה מפסיק ביניה ובין גירי דשדי ביה פטור, וכ"ש הכא דהני גירי לאו מכחו קא אזלי ואמאי מחייב, לא תקשי לך... ולא דמיא הא מילתא לזרק בו חץ ותריס בידו, דאלו התם כי סלקיה לתריס מיקמי דנימטי גירא לגביה הוא דסליקיה, דאי לבתר דמטא לגבי תריס אע"ג דהוי מסלק ליה לתריס תו לא הוי אזיל גירא טפי ולא הוי מיקטל, אלא ודאי ע"כ בדסלקיה מקמי דנימטי לגביה ואמטו להכי פטור דכי סלקיה לאו מידי עבד, מאי אמרת סוף חץ לבא, הא אמרו כל סוף הורג לבא פטור דגרמא בעלמא הוא, אבל הכא דכי

פטור, כיון שהוא לא עשה תקון בגוף הסכין. כך נראה לענ"ד.

(ה) שוב ראיתי שכבר דנו הראשונים בכל זה, ויש ללמוד מדבריהם לנ"ד. כתבו התוספות בסנהדרין עז: בד"ה סוף, לגבי סוף חמה לבא סוף צנה לבא פטור, בתירוץ ראשון, "דלא רבי רחמנא מצמצם אלא במקום שהתחיל בו ההיזק כבר, ומיהו אם כפתו בפנים והביאו במקום שסוף חמה לבא וסוף צנה לבא נראה דחייב למ"ד אשו משום חציו, דלענין מיתה נמי מחייבין באשו משום חציו כדמוכח בכיצד הרגל (כב:...) וההיא דאשקיל עליה בידקא דמיא דבסמוך, אפילו כפתו והביאו שם ואח"כ אשקיל פטור, דמיא לזרק חץ ותריס בידו דאפילו הוא קידם וסילקו פטור... ומיהו קשה ההיא דזרק צרור למעלה דבסמוך, דמשמע דאי לא אזלא לצדדין אלא לתחת פטור, אמאי ליחייב מידי דהוה אאבנו וסכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה דחייב משום אשו אי בהדי קאזלי קא מזקי כדאיתא בפ"ק דב"ק (י.), ושמא אינו מצוי כאן שתפול לתחת ממש ולא תזיל כלל לצדדין, ומיהו זה ודאי קשה דמשמע דלצדדין נמי לא מחייב אלא משום כחו דפריך אי כחו הוא תזיל לעיל ודחוק לומר כח כחוש הוא, וצ"ל דהיינו למ"ד אשו משום ממונו. ע"ש כל דבריהם. ויש לחקור לדעתם לגבי אשקיל עליה בידקא דמיא, שאין דין זה דומה לזרק חץ כמ"ש הרמ"ה הנ"ל שהדין של חץ קיל טפי כיון שהחץ אינו נוגע בתריס, משא"כ במים שהם נוגעים בעפר. ולכן כיון שאנו אמרינן שכח הראשון הוא גיריה ידידה, אז אף אחר כך י"ל שזה כחציו. ואף שמצינו לגבי זרק צרור למעלה דאי לא אזלא לצדדין אלא לתחת פטור, צ"ל ששאני התם כיון שאינו מצוי כאן שתפול לתחת ממש, דהיינו שזה כדין של רוח שאינה מצויה שנחשב כאונס גמור והוא פטור אף אם אמרינן אשו משום חציו (עיי' רש"י בב"ק ג:), אבל לא אמרינן את זה לגבי אשקיל עליה בידקא דמיא. ולכן עדיין יש להקשות על דעתם מאיזה טעם הוא פטור ממיתה בכח שני, כיון שבשעת כח הראשון הוא גיריה ידידה, ולכן ממילא מה שבא אחר כך נחשב כחציו. ואין לומר שמ"ש שהוא פטור ממיתה בכח שני הוא רק אליבא מ"ד אשו משום ממונו כמ"ש התוספות הנ"ל לגבי זרק צרור לצדדין, שזה דחוק לומר שדין זה דרב פפא הוא רק לריש לקיש ולא לר"י יוחנן, ואף אחד לא כתב שלא קי"ל כרב פפא בזה, ואף הרמב"ם פסק דין זה של רב פפא בהל"ר רציחה. בסוף פ"ג. ולכן נראה שצ"ל כמו שביארתי לעיל, שיש לחלק בין דין של רציחה ונזיקין בענין זה. ובשלמא לגבי רציחה כיון שהוא אינו עושה שום תקון במים הוא פטור אף שזה

לגבי פטר המים, שאין חילוק בין כח ראשון ובין כח שני כיון שאנו קי"ל כר"י שאשו משום חציו, וכיון שחציו בכלל תולדות אדם כן י"ל לגבי אשו, ולכן אף שהמים הלכו אחר זמן מה מכח עצמם עדיין זה כאשו ובכלל תולדות אדם, והוא חייב בד' דברים אם הוא הזיק חבירו, אבל לר"ל שסבר שאשו משום ממונו יש לומר שכשהמים הלכו בכח שני מחמת עצמם זה בכלל ממונו ואין זה בכלל תולדות אדם, והוא אינו חייב בד' דברים. ולכן כתב הרמב"ם שכל אלו תולדות אדם, דהיינו אף המים בכח שני כיון שאנו קי"ל כר"י שאשו משום חציו. כן נראה לענ"ד.

(ד) אלא שיש להקשות על מה שכתבתי לעיל, שמצינו בב"ק כב: שאם נשרף העבד כפות אז המדליק את האש חייב מיתה משום אשו משום חציו. ולכן הלא י"ל הכי אף לגבי אשקיל עליה בידקא דמיא, שאם כח הראשון נחשב גיריה ידידה ולכן זה דומה להדלקת האש, ולכן אף אם אחר כך האש הולכת שלא מכחו עדיין הוא חייב מיתה כיון דזה דומה לחציו, ועבד הנשרף הנ"ל. ולכן איך אמרינן לגבי אשקיל עליה בידקא דמיא שהוא פטור בכח שני. ולענ"ד נראה שלגבי רציחה יש לחלק ביניהם, והוא ששאני הדין של עבד הנשרף שהאיש הדליק האש עצמו כמ"ש הגמרא שם, "המדליק את הגדיש...", אבל לגבי אשקיל עליה בידקא דמיא הוא אינו עושה שום תקון לגבי המים עצמם, ולכן אף אם הוא הסיר המונע אחר כך והוא חייב בכח הראשון, מ"מ אין זה בגדר של רציחה בכח שני, שאף שזה כחציו מ"מ כיון שהוא אינו עושה שום תקון במים הוא אינו חייב, ונחשב רק גרמא. אמנם לגבי נזיקין אין חילוק זה ובין כשהוא עושה ההדלקה או לא, מ"מ כיון שהוא הסיר המונע זה נחשב גיריה ידידה וכאשו, והוא חייב אף בכח שני. וכן מצינו בגמרא שם שהדין של נזיקין הוא יותר חמור מדין של רציחה, שכתוב בדף עו: "קל וחומר, ומה רוצח שלא עשה בו שוגג כמזיד ואונס כרצון חייב בו את המצמצם, נזקין שעשה בהן שוגג כמזיד ואונס כרצון אינו דין שחייב בהן את המצמצם." ולכן אף בנ"ד י"ל אשו כחציו והוא חייב בד' דברים אף אם יש זמן מה בין הסרת המונע והנזק באדם, והוא בגדר של כח שני.

וכן י"ל לגבי מי שזורק צרור למעלה שאם נפלה נוכחה ושלם לצדדין שהוא פטור כמבואר בסנהדרין עז: ברש"י. אף בזה י"ל שהוא כאשו ובזה הוא חייב בנזיקין, אבל רציחה שאני והוא פטור אף שזה אשו כיון שהוא לא עשה שום תקון בצרור עצמה. וכן במי שהניח אבנו וסכינו ומשאו בגג ונפלו ברוח מצויה והיזיקו, שאף שזה תולדת אש והוא חייב לשלם, מ"מ אם מת אדם ע"י זה בעל הסכין

אשו משום חציו, משא"כ בנזיקין שהוא חייב. וכן י"ל בנד"ד.

(ו) ובתירוצ' שני שם כתבו התוספות, "עוד יש לפרש דבכל הני דסוף חמה וצנה וארי לבא וזרק צרור למעלה ונפל לתחת אפילו כפתו והביאו שם דדמי לכח כחו ואש נמי שלא המיתה אלא ברוח מצויה פטור ממיתה (כתב רש"ל שצ"ל שאינה מצויה), אלא דלענין ממון חייב נזק שלם..." ע"ש. הרי לפי הבנת המהרש"ל כל אלו דומים לרוח שאינה מצויה ולכן לא שייך לומר בהם אשו משום חציו כמבואר בב"ק ג: ורש"י שם שזה בגדר של אנוס, אבל אה"נ אם יש מציאות שהוא בגדר של רוח מצויה אז שפיר הוא לומר אשו משום חציו בין בדין רציחה ובין בדין נזיקין. ולפי זה יש לדון לגבי אשקיל עליה בידקא דמיא, שי"ל שאף זה בגדר של רוח שאינה מצויה, להמית אדם בכח שני, ולכן לא שייך בזה אשו משום חציו, ונשאר הטעם שהוא רק גרמא בעלמא והוא פטור. ולפי זה י"ל דנד"ד שאני כיון שבירידת מכונית במדרון הוא דבר מצוי שזה גורם לנזק לאדם אחר שהולך שם לפי תומו, ועוד בכל רגע היא נוסעת יותר ויותר מהר במדרון משום כבדה, ולכן בזה י"ל שבכח הראשון אין הנזק מצוי כל כך אבל בכח שני שהוא יותר גדול הנזק יותר מצוי. ולכן שפיר י"ל לתירוצ' שני של תוספות ששייך לומר בנד"ד אשו משום חציו, אף בכח שני.

אלא שראיתי במהרש"א שם שהוא פליג על המהרש"ל והקשה עליו שאם הגירסא בתוספות היא רוח שאינה מצויה, איך כתבו התוספות אחר כך שהוא חייב בענין ממון, שהלא ברוח שאינה מצויה הוא פטור בנזיקין. ולכן כתב המהרש"א שהגירסא נכונה היא רוח מצויה, והטעם שהוא פטור משום, "דלמ"ד אשו משום חציו יש לחייבו אפילו באינו מצית בגופו, וכגון שהצית במקום אחר אם יכולה האש לבוא לעבד בלא רוח מצויה כלל חייב כמו שאמר שם כי תצא אש מעצמה כו', אבל באם אין יכולה האש לבא אלא ברוח מצויה ובלא רוח כלל לא היתה יכולה לבא לשם פטור ממיתה ואינו חייב אלא נזק משום דלענין חיוב מיתה דלא נחייביה אלא משום חציו ה"ל ככח כחו כיון דלא יכול להגיע שם רק ע"י רוח מצויה, משא"כ לענין נזקי ממון דיש לחייב בו דאשו נמי משום מממונו כמ"ש התוספות לבסוף. ע"ש. הרי מבואר לדעתו שלגבי מיתה אמרינן אשו משום חציו רק אם האש יכולה להגיע כשאין רוח, אבל אם אין האש יכולה להגיע אף כשאין רוח הוא פטור, ובזה בנזיקין אף שאין זה בכלל אשו משום חציו עדיין זה בכלל אשו משום ממנו. ולפי זה י"ל שאף

לגבי אשקיל עליה בידקא דמיא הוא חייב משום אשו כחציו בכח שני, שהרי הסרת העפר היא כהכנת האש במקומו, ואחר כך המים הולכים מעצמם ולא משום הרוח כלל, ולכן שפיר י"ל בזה אשו משום חציו. וכן י"ל בנד"ד שהמכונית ירדה במדרון רק משום כבדה, ולא משום רוח המצויה. ולכן אף בנד"ד יש דין של אשו משום חציו.

מ"מ לענ"ד נראה שיש להקשות על דברי המהרש"א במה שהוא כתב שלא אמרינן אשו משום חציו אלא כשהאש יכולה להגיע להנזק אף כשאין רוח מצויה שם. הלא כתוב בב"ק ג: "מ"ש אש דכח אחר מעורב בו", ופירש ר"ח "והיא הרוח שמעבירה ומציתה, ולולי הרוח לא היתה האש הולכת ומזקת." ולכן ודאי הכי אמרינן לגבי אשו משום חציו, שזה באש דכח אחר מעורב בו. ושוב ראיתי בחזון איש בב"ק ס"ב. אות א. שהקשה כן על המהרש"א וכתב, "ולא נראה כן, דהרי עיקר אש חשבינן כח אחר מעורב בו, ובאש זה פליגי ר"י ור"ל, והרי פריך שם טמון באש היכי מש"ל, אלמא בכל אש סבר ר"י משום חציו."

ולפי קושיא הנ"ל כתב החזון איש פירוש אחר בתירוצ' שני בתוספות הנ"ל, וז"ל "אלא נראה כונתם ברו"מ שבאה אחר"כ דומיא דסוף חמה לבוא, ואפשר דצ"ל בלשון התוספות ברוח מצויה שבאה וכו'." אף בזה י"ל בהסרת העפר המים יוצאים משם מיד, ואין כאן "רו"מ שבאה אחר"כ", ולכן הוא בגדר של אשו משום חציו. מ"מ נראה שהחזון איש חזר מפירושו באות ב. כמ"ש בסגוריים שם "כל זה אינו וכמ"ש ס"ק ב." ע"ש. ועוד נראה שאנו לא קי"ל כפירוש זה שלדעת הרב המגיד הא דאמרינן שברוח שאינה מצויה פטור, זה דוקא שאין הרוח שם בזמן הנזק ובאה רק אחר כך, אבל אם כבר יש רוח שאינה מצויה בשעת הנזק יש לה דין כרוח מצויה. וכן הוא בב"י בס"ת. בד"ה הביא, וכן הוא ברמ"א שם סע"ט. הרי לפי זה כל החילוק בין פטור או חיוב לגבי רוח מצויה או אינה מצויה, הוא רק אם באה הרוח אחר שעת הנזק ולכן ברוח מצויה עדיין הוא חייב אף שרוח המצויה באה רק אחר כך.

(ז) וראיתי בחידושי הר"ן בסנהדרין שם בד"ה זרק, שכתב לגבי זריקת צרור למעלה, "משמע דאי אזלא לתחת שאינו בכח שלו כלל שהוא פטור. והקשו על זה ואמרו דלמה לא יהא חייב אי אזלת האבן לתחת ממש שהזריקה שלו שזרק האבן למעלה חייבה לו הירידה הזאת, ולמה לא תהיה העליה הזאת כמדליק האש בשדהו ואח"כ באה רוח מצויה דחייב למ"ד דאשו משום חציו והכי קי"ל, שאע"פ שאין האש הולכת בכחו כלל מאחר שהוא מדליקה במקום רוח

דגיריה דדומיא בכח ראשון בדקא דמיא בעינן, ולפיכך אין להשוות ענין אש דחיובו אינו אלא בממונות ובד' דברים לענין חיוב מיתה, אלא א"כ עשה מעשה ממש. וזה ברור כנ"ל. ע"ש כל דבריו.

ויש לדון בדבריו. בתחלה יש להקשות על מ"ש הר"ן בסוף דבריו לגבי אשו משום חציו, "מ"מ לא מיחייב מיתה אלא א"כ נפל לתוך האור וכבשו שם, או שדחפו לאור ואין יכול לעלות משם דעביד מעשה ממש". הלא מבואר בב"ק כב: שיש חיוב מיתה בהדלקת אש בגדיש וזה גורם שנשרף עבד כפות למ"ד אשו משום חציו. הרי אף כשאין מעשה ממש בעבד יש חיוב מיתה משום אשו כחציו. (וכדומה לי שראיתי קושיא זו בשו"ת בית אפרים.) ולענ"ד י"ל שכן הוא, אלא הטעם שהוא חייב הוא משום שהוא עשה מעשה ממש של הדלקת האש כמ"ש שם "המדליק את הגדיש...", אבל הר"ן איירי באופן שהוא לא הדליק האש, ולכן בזה בעינן מעשה אחר כגון "נפל לתוך האור וכבשו שם, או שדחפו לאור ואין יכול לעלות משם דעביד מעשה ממש", אבל כשהוא עצמו הדליק האש מודה הר"ן שאנו אמרינן אשו משום חציו אף בחיוב מיתה.

ועוד נראה מהר"ן, שלגבי הדין של אשקיל עליה בידקא דמיא, כח השני הוא בגדר של גרמי, ואין זה בגדר של אשו משום חציו. וזה קשה להבין שהלא אם הוא עשה מעשה ממש בהסרת העפר ובכח הראשון כמ"ש הר"ן שזה "פועל ממש", הרי אף מה שיהיה אחר כן בגדר של כח שני הוא כהאש שהולכת ברוח מצויה אף שאין בה עוד כחו, ועדיין הוא בגדר של אשו משום חציו, וי"ל אף לרבנן שפליגי אר"מאיר וסברו דאין דאין דינא דגרמי, מ"מ הם מודו כאן שהוא חייב בכח שני משום אשו משום חציו, כיון שתחלת מעשיו הוי "פועל ממש".

ועוד יש להקשות שאף את"ל שאין כאן אשו משום חציו הלא עדיין זה דומה למ"ש מרן בס"ת. יז. לגבי אשו משום חציו, "והוא שהיה האש ראוי להגיע שם למקום שהזיק בשעה שהדליק, אבל אם לא היה ראוי להגיע לשם כגון שהיה גדר ביניהם ונפל שלא מחמת האש, אפילו אם היה אפשר לו לגדרה כבר כלו חציו ויש לו דין ממונו שהזיק אדם שאינו חייב אלא בנזק בלבד ופטור מד' דברים." הרי אף את"ל שהמים נחשבים כאש והעפר כגדר וכלו חציו בגדר, מ"מ מה שהמים הולכים אחר הסרת העפר הם בכלל אשו משום ממונו וחייב בנזק בלבד. ולכן מה לי הטעם של גרמי בדברי הר"ן הלא בין לר"מ ובין לרבנן הוא חייב בכל הפחות משום אשו כממונו. ועוד י"ל

מצויה רואין אותה כאלו הוא עצמו עשאה, וכן נמי תולדה דאש הוי אבנו וסכינו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דחייב, והיאך לא תהא הזריקה שזרק למעלה ואע"פ שירדו מאליהן כאבנו וסכינו שהניחו בראש גגו ונפלו דחייב. ותיצו בזה דאין חיוב נזיקין אלא בכח ובפועל לא במה שנעשה, ורוח מצויה פועלת היא ורואין אותם כאלו היה בכח אדם ע"י שהיא מצויה, אבל הירידה למטה אין בה פועל של כלל, אלא שמחמת כבדה היא יורדת ואף אם הרגו בירידתו לא נעשה זה בפועל אלא כובד האבן הוא שהזיק מאיליו, כן כתב ה"ר דוד ז"ל בשם רבותיו בעלי התוספות. ולפי זה נראה שאף לגבי אשקיל עליה בידקא דמיא, מה שהוא הסיר העפר נחשב כפועל וזה כרוח מצויה, ולכן שפיר אמרינן לגבי כח ראשון שהוא גיריה ידידה, ולכן אף לפי זה יש להקשות שאם תחלת מעשיו נחשבת כגיריה ידידה אז אף כח השני שבא ממילא אחר כך הוי בכלל אשו כחציו, וכמ"ש הר"ן "שאע"פ שאין האש הולכת בכחו כלל מאחר שהוא מדליקה במקום רוח מצויה רואין אותה כאלו הוא עצמו עשאה". ולכן צריך טעם למה הוא פטור. ואף לזה נראה שיש לחלק כמו שביארתי בין דין רציחה שהוא פטור ובין דין של נזיקין שהוא עדיין חייב.

ח) ואחר זה הקשה הר"ן על דברי ר' דוד בשם התוספות, והוא תירץ מדעת עצמו וכתב, "ולפיכך אני אומר שאין לדמות נזקי ממון לרוצח לענין חיוב מיתה משום דרוצח אקיל רחמנא גביה דלא עשה בו שוגג כמזיד ואונס כרצון, וכיון שכן בעינן שיעשה פועל ממש ובריא היזיקה קודם שיתחייב מיתה כההיא במאן דכפתיה לחבריה ואשקיל עליה בידקא דמיא דבכח ראשון חייב בכח שני פטור משום דלא הוי גיריה אלא כח ראשון, אבל בכח שני אע"ג דבריא היזיקה כיון דלא עביד מעשה ממש אלא בגרמא פטור, ואלו דכוותה לענין נזיקין אלו הניח חפצי חבירו בקרקע ואשקיל עליה בדקא דמיא ונאבדו אפילו בכח שני משמע דחייב, דכח שני זה בריא היזיקה והוי דינא דגרמי ממש ולא גרע משורף שטרותיו של חבירו דחייב. וראה לדבר מדאמרינן בפ"כ כיצד הרגל (כו:): אמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא אחר וסלקן פטור, דבעידנא דשדייה פסוקי מפסיקין גיריה, ובהא לא קי"ל כרבה דאיהו לית ליה דינא דגרמי... ולענין אשו נמי אע"ג דמשום חציו הוא וכדקי"ל הכי וחייב בארבעה דברים, מ"מ לא מיחייב מיתה אלא א"כ נפל לתוך האור וכבשו שם, או שדחפו לאור ואין יכול לעלות משם דעביד מעשה ממש וכדאיתא בהדיא במתניתין, הלכך בדין הוא דכשהמית האבן דרך ירידה שהיה פטור דלא עביד מעשה

רציחה, אבל לגבי נזיקין אין חילוק כזה ואף בהסרת מונע הוא חייב בכח שני משום אשו כחציו.

הרי מבואר מכל הנ"ל שלכ"ע י"ל דבנד"ד שאיש זה שהוריד הבלם יד, חייב משום אשו כחציו. ולפי זה הוא חייב אף בד' דברים. ונראה שבכלל זה הוא חייב על בושות גם כן, ואף שכתב מרן בס"תכא. שאם הוא אינו מתכוין להזיק שהוא פטור מבושת, ואם מתכוין להזיק אע"פ שאינו מתכוין לבייש הוא חייב כמבואר בסע"א. ודלא כנראה מהב"ח בד"ה ומ"ש אבל צער, שכתב "בושת אפילו מזיד אינו חייב עד שיכוין לביישו", שנראה מזה שרק אם מתכוין לבייש הוא חייב בבושת, ולכן אף בנד"ד שהוא אינו מתכוין להזיק אותו איש ע"י המכונית שהוא פטור מבושת בין לדעת מרן ובין לדעת הב"ח, מ"מ כבר כתב מרן בס"תח. כשיטת הרמב"ם "אש שעברה והזיקה את האדם וחבלה בו, הרי המבעיר חייב בנזקו ובשבטו ובריפיו ובצערו ובבשתו כאלו הזיקו בידו." ופירש הסמ"ע שם בס"ק כג. "ואע"ג דיתבאר בס"תכא. דאין חייב על הבשת עד שיכוון לבייש, ה"נ כיון דעבר הדליקה ברוח מצויה ה"ל כאלו ידע וכוון לכך, וצריכין לומר דחילקו הרמב"ם והמחבר בין זה לנפל מן הגג ברוח מצויה והזיק שכתב הרמב"ם בפ"א דחובל והמחבר לקמן בס"תכא. יא. דאינו משלם בבשת משום דלא כוון, דשאני התם דנפילת מהגג והזיק מחשב לאונס טפי אף שהיה ברוח מצויה מהדליק אש ויצא והזיק לאדם, אבל רש"י והר"ן כתבו בפ" כיצד הרגל בהדיא גם בזה פטור מבושת... ע"ש. הרי מבואר שלדעת מרן הוא חייב בבושת בהדליק אש אף שהוא אינו מתכוין לכך.

ויש לדון בנד"ד שהוא תולדת אש אם הוא דומה לאב דהיינו למי שהדליק אש בס"תח. או למי שנפל מהגג. ולענ"ד נראה שאין חילוק בזה בין אם הוא אב או תולדה, אלא הכל תלוי בכוונה אם הוא יותר דומה למזיד או לשוגג כנראה מהסמ"ע. ובנד"ד נראה שהוא חייב, שבשלמא לגבי מי שנפל מהגג, אין כוונתו לינפול כלל ולכן שפיר י"ל שזה כאונס או שוגג, אבל בנד"ד הוא מתכוין להוריד המכונית במדרון, ולכן זה דומה למי שכיון להדליק האש אף שהוא לא כיון להזיק אדם. ולכן בנד"ד נראה שהוא צריך לשלם אף הבושות.

וכל זה מדינא אבל בזה"ז דשליחותיהו דקמאי קעבדינן, לדעת מרן בס"א. אין מגבין נזק וצער ופגם ובושת, אלא רפוי ושבט, ודעת הרמ"א דשבט וריפוי אין מגבים, אבל כופין את החובל לפייס להנחבל כפי ערך הנראה לדיינים ע"ש.

בזה, והוא לגבי הראיה ממה שאמר רבה זרק כלי מראש הגג וכו', שלכאורה יש להקשות שהלא הוא חייב משום אשו, ויש לדמות זה לאבנו וסכיננו ומשאו שנפלו מהגג ברוח מצויה, וק"ו הוא שאם הוא עצמו זרק הכלי שזה כחציו, ולכן אף אם הוא סילק הכסות מ"מ זה דומה להסרת הגדר ועדיין הוא חייב משום אשו משום ממונו. ולכן איך אמר רבה שהוא פטור. ונראה שצ"ל ששאני הדין של רבה שהוא איירי לגבי שבירת הכלי עצמו ולא לגבי אם הכלי מזיק דבר אחר, ואה"נ אם הכלי מזיק דבר אחר בקרקע אז זה בכלל אשו משום ממונו כיון שהסרת הכסות דומה להסרת הגדר. ולפי זה יש להקשות על הר"ן מה לו להביא ראיה מדברי רבה, שהוא אינו לענין אשו כלל.

ט) ולפי כל זה נראה לענ"ד שהר"ן בתחלת דבריו לא דן כלל בענין של אשו משום חציו או ממונו, ורק בסוף דבריו הוא דן בזה וכתב, "ולענין אשו נמי...", דהיינו שמשמע שקודם לזה הוא לא איירי בענין אשו, ולכן קודם לזה הוא דן רק לגבי גרמי, וכתב שלגבי אשקיל עליה בידקא דמיא שעדיין בכח שני יש חיוב בגרמי לגבי נזיקין, והוא לא דן בזה לגבי אשו. ולכן אין להקשות עליו שום קושיא בין משום אשו משום חציו ובין משום אשו משום ממונו, וממילא מה שהוא הביא מה שאמר רבה אתי שפיר, כיון שהוא דן שם רק לגבי גרמי. אמנם בסוף הוא דן לענין אשו, וכתב שהזורק אבן למעלה וכו' הוא בכלל אשו. ונראה שאף לגבי אשקיל עליה בידקא דמיא הוא מודה שזה בכלל אשו, ונראה שאף הר"ן מודה לזה. הרי מצינו שאף בנד"ד שפיר י"ל שהוא בכלל אשו משום חציו, לדעת הר"ן.

ועוד נראה לי בדעת הר"ן, והוא שהר"ן סבר כדעת הרא"ה בשיטה מקובצת לב"ק נו. שכתב, "ונ"ל דהפרש איכא בין חיוב מיתה לחיוב נזיקין, דנזיקין מחייב על גרמתו כיון דהוי גיריה, ומיתה ליכא לחיובי על גרמתו אפילו היכא דהוי גיריה אלא במזיק בגופו או בכחו ואשו למ"ד משום חציו, וחציו ממש כחו גמור חשבינן ליה, אבל בעלמא לא." הרי שיש חילוק בין גרמתו שהוא גיריה שהוא פטור ברציחה, ובין אשו כחציו שהוא חייב ברציחה, אף דאמרין שאשו גיריה ידידה. ויש לשאול מאי החילוק ביניהם כיון ששניהם גיריה ידידה. ונראה שיש חילוק בזה בין גיריה שהוא כגרמא ובין גיריה שיש בו מעשה ממש, ולכן בשלמא לגבי מי שהדליק אש בגדיש ונהרג העבד הוא חייב משום אשו כחציו כיון שהוא עושה מעשה ממש באש, משא"כ בהסרת המונע לגבי אשקיל עליה בידקא דמיא שאף שזה גיריה ידידה מ"מ הוא אינו עושה שום תיקון במים עצמם, והוי כגרמא בכח שני לגבי הדין של

מפתחות

אורח חיים

סימן א.

האם מי שהכין את עצמו להניח תפילין והתפילין בידו, צריך להמתין עד עניית הקדיש כשהוא שומע שהחזן מתפלל בפ"רבי ישמאל, או אם אמרינן כיון שכבר הוא עוסק בתפילין אין לא לעכב המצוה ואין לחוש אם הוא שומע הקדיש ואינו יכול לענות משום הפסק כשהוא מניח תפילין.

סימן ב.

האם מותר להפסיק לענות קדיש בשעת עטיפת הטלית קודם הורדת הטלית על גופו. והוא הערה על מה שכתבתי בח"א ס"ד.

סימן ג.

האם לדעת מרן הצבור יכולים למחול על כבודם.

סימן ד.

האם יש לענות כל כח' תיבות של קדיש עד דאמרינן בעלמא בברכות של ק"ש ודעת מרן בזה. והוא השגה על מה שכתבתי בח"א ס"ח. מחכמי ישיבת חזון עובדיה בירושלים, הובא דבריהם בספר קול תורה, אלול תשס"ג קובץ ד. דף ב. ע"ש.

סימן ה.

האם יש לענות כל כח' תיבות של קדיש עד דאמרינן בעלמא בברכות של ק"ש ודעת מרן בזה. והוא השגה על מה שכתבתי בח"א ס"ח. מפירוש מגן האלף על הספר חסד לאלפים.

סימן ו.

האם מותר ליתן ברכה לנהג נכרי או אם יש איסור בזה של לא תחנם, והוא הערה על הספר מגן האלף הנ"ל.

סימן ז.

האם יש לבאר דעת מרן לגבי אם צריך להפסיק מאכילה לק"ש.

סימן ח.

האם יש לפרש מה היא כוונת מרן כשהוא כתב "יש מי שאומר". והוא הערה על מה שכתבתי בח"א ס"א. אות ח. לגבי החיוב להתפלל במנין.

סימן ט.

האם אשה ששכחה לומר יעלה ויבא בעמידה של ראש חודש צריכה לחזור או לא. והוא השגה על מה שכתבתי בח"א ס"ט. מחכמי ישיבת חזון עובדיה בספר קול תורה תשרי תשס"ד. קובץ ה. דף ב.

סימן י.

האם מותר לאדם לנשק חבריו בבית הכנסת בתורת כבוד ואהבה ושאלת שלום.

סימן יא.

האם הוא דבר נכון מה שאנשי הקהל שהיו אנוסים ולא יכולו לקרות הפרשה בשבת, קראו אותה ביום שני אחר השבת כיון שבאותו שבוע הוא יום חג למדינתם ואין העם הולכים למלאכתם באותו יום, ויש להם שהות לקרות כל הפרשה וכך היו רצונם, או אם הם צריכים לחזור לקרות אותה פרשה בשבת הבאה יחד עם הפרשה השייכת לאותה שבת.

סימן יב.

האם בדיעבד יצא בברכת חבריו אם ענה ברוך הוא וברוך שמו.

סימן יג.

האם מי ששכח לומר יעלה ויבא בברכת המזון ביו"ט צריך לחזור או לא.

סימן יד.

האם יש לברך על מסטיק, והוא הערה על מה שכתבתי בח"א ס"כו.

סימן טו.

האם מי שאכל חצי זית משבעת המינים וחצי זית משאר מאכל יכול לברך בורא נפשות.

סימן טז.

האם מותר לברך ברכת אילנות על אילן אחד.

סימן יז.

האם יש להתפלל ערבית בקוטב הצפוני כשהוא יום שם בחצי השנה.

תקסד

ארחותיך למדני

מפתחות

סימן יח.

האם הזמן על נרות יו"ט הוא משום החג או מפני המצוה עצמה של הדלקת נרות ביו"ט. והוא הערה על מה שכתבתי בח"א ס"מד.

סימן יט.

האם יש ליישב קושית הריב"ש על שיטת הרמב"ן, שמועיל תנאי על נר שבת כדי לטלטלנו משיכבה.

סימן כ.

האם מותר לשכור נכרי לשמור תינוקות וכדומה בשבת כיון שאין בשמירה מלאכה.

סימן כא.

האם מי ששכח לקדש בליל שבת, ונזכר אחר ברכת המוציא וקידש על היין קודם אכילת הפת, צריך לחזור לברך המוציא או לא. וכן מה הוא הדין אם אחד שכח להבדיל במו"ש ונזכר רק אחר ברכת המוציא האם מותר לו להבדיל לפני אכילת הפת.

סימן כב.

האם מותר לדבר לתוך רם קול בשבת אם הוא אינו מתכוין לכך אף אם הוא פסיק רישיה.

סימן כג.

האם מותר ליכנס בשבת לבנין שיש שם נר חשמל שנדלק ממילא כשאדם עובר שם.

סימן כד.

האם מותר להזיז מחוגי השעון בשבת כדי לקרב כבוי הנר חשמל. והוא הערה על מה שכתבתי בח"א ס"לח. על דברי המנחת שלמה בענין זה.

סימן כה.

האם מי שנוסע בספינה כשהוא שבת והגיע לקרוב הקוטב הצפוני בקיץ, שאין שם שקיעת החמה, צריך להמשיך לשמור שבת כל הזמן שהוא נשאר שם כיון שי"ל שזה כיומא אריכתא ועדיין הוא שבת.

סימן כו.

האם מותר לישראל בשבת לשאול לנכרי לנסוע במכונית כדי לספר לחבר הישראל דבר נחוץ.

סימן כז.

האם אמרינן שקבלנו דברי מרן בש"ע, אבל לא פירושו בב"י, או אם קבלנו גם פירושו בב"י. והוא הערה על מה שכתבתי בח"א ס"נא. אות ב.

סימן כח.

האם גרמא בשבת מותרת לכתחלה, שהלא מצינו שגרמא במחיקת השם מותרת רק לצורך מצוה ולא לדבר רשות, ולכן ה"ה בשבת. והוא הערה על מה שכתבתי בח"א ס"סה. להתיר גרמא בבישול בפלאטה חשמלית ע"י שעון.

סימן כט.

האם פסיק רישיה בבישול מותר, והוא הערה על מה שכתבתי בח"א ס"מ. מחידושי הר"ן בשבת עד.

סימן ל.

האם מותר לברר ספר מספרים אחרים או כפות ממזלגות בשבת, או אם יש בזה איסור של בורר.

סימן לא.

האם אמרינן אתו רבים ומבטלי מחיצתא אף באופן שיש עמוד מרובה על הפרוץ, ואם עירינו יש להזן דין של רשות הרבים או לא.

סימן לב.

האם תבשיל שנתבשל בפסח בכלי שכבר נתבשל בו קודם פסח מאכל שיש ספק אם יש בו קצת חמץ, מותר בפסח להאשכנזים. ואם צריך להגעיל הכלי.

סימן לג.

אם נ"ט בר נ"ט של חמץ קודם פסח מותר בפסח.

סימן לד.

האם בעינן "לכם" בקיום מצוות מצה בליל פסח לדעת הרמב"ם. והוא הערה על מה שכתבתי בח"א ס"קג. אות ג.

סימן לה.

האם יש לפרש החילוק בין מצות זכירת יציאת מצרים בליל פסח, ובין זכירת יציאת מצרים בכל ימות השנה לדעת הרמב"ם.

מפתחות

ארחותיך למדני

תקסס

סימן לו.

האם מותר לדבר בליל הסדר בין נטילת ידים והכרפס, או שמא יש לדמות זה לדבור בין נטילת ידים והמוציא שהוא אסור משום תיכף לנטילה הברכה.

סימן לז.

האם יש לפרש הטעם שבנוסח מה נשתנה הירושלמי השמיטה "אנו אוכלין שאר ירקות, הלילה הזה מרור". ועוד מה הטעם שכתוב בנוסח המשנה לומר "אנו מטבלין פעם אחת, והלילה הזה שתי פעמים", וכתוב בגמרא בבלי לומר "אין אנו מטבלין אפילו פעם אחת". ומה הטעם שהירושלמי הקדים לומר שאלת טבילה, וכתוב בבבלי לשאול את זה אחר שאלת מרור.

סימן לח.

האם יש לתרץ קושית הלחם משנה על הרמב"ם לגבי הלילה הזה כלו צלי.

סימן לט.

האם יש לפרש דעת רבינו חננאל שכתב שטעם החרוסת הוא כדי להמית התולעים במרור, וא"כ איך טובלין המרור בחרוסת בפסח שחל להיות בשבת, הלא יש איסור ליטול נשמה בשבת.

סימן מ.

האם מותר לספר קטן בימי העומר.

סימן מא.

האם מותר ביום טוב להוציא לרשות הרבים במקום שאין עירוב כדורים לחולה שאין בו סכנה, או אם אמרינן שזה בכלל דבר שאינו שוה לכל נפש כיון שכדורים אלו ראויים רק לחולים ולא לבריאים.

סימן מב.

האם מותר להוציא איזה חפץ ביו"ט לצורך מוצאי יו"ט, או אם יש לאסור את זה משום הכנה מיו"ט לחול. ואם מותר ליקח סדור מארון של בית הכנסת כשהוא עדיין שבת או יו"ט כדי להתפלל אחר כך ערבית של חול, או אם זה אסור משום הכנה.

סימן מג.

האם מותר לבן א"י לעלות לספר תורה שלישי בחו"ל בפסח ביום טוב שני.

סימן מד.

האם מותר לקנות בגדים ונעלים מראש חדש אב.

סימן מה.

האם התוקע צריך לחזור אם הוא תקע תר"ת.

סימן מז.

האם מותר לברך על הטלית בליל יו"כ בבין השמשות.

סימן מז.

האם מותר לברך במוצאי יו"כ על נר שלא שבת מעמוד ראשון ואילך.

סימן מח.

האם יש לתרץ קושית רעק"א על מרן והמ"א לגבי לבוד ודופן עקומה, ואי אמרינן שתי הלכות.

סימן מט.

האם יש לתרץ קושית רעק"א על התוספות והרא"ש לגבי לבוד כשיש שני חלקים של סכך פסול של ב' טפחים ואויר פחות מג' טפחים ביניהם. ואם יש לתרץ קושית הקר"נ על פירוש המ"א בדעת התוספות והרא"ש בענין זה.

סימן נ.

האם מותר לסכך בוילון של קנים כשהקנים נקשרים יחד בחוטיין של כותנה או אריג.

סימן נא.

האם מותר ליתן הסכך על קנים של פלסטיק אם יש פחות מג' טפחים ביניהם, או אם אמרינן לבוד להחמיר בין הקנים כדי לפסול הסכך.

סימן נב.

האם מותר לאשה ספרדית לענות אמן לברכת לישב בסוכה בשעת קידוש בליל סוכה.

סימן נג.

האם מי שקידש בסוכה בחו"ל בשמיני עצרת ושכח ובירך לישב בסוכה, צריך לחזור לברך ברכת הגפן משום הפסק בין הברכה לשתיה.

סימן נד.

האם מי שנטל לולב ואתרוג ורצה להפוך האתרוג כדי לברך עובר לעשייתו אלא טעה ונטל האתרוג בדרך

יורה דעה

סימן סב.

האם יש איסור בציר של ספק טרפה שנפל לתבשיל, כשאינן ששים לבטלו.

סימן סג.

האם אמרינן שיש ספק נימוחו לגבי תולעים שנתבשלו במים. והוא הערה על מה שכתבתי בח"א ס"קכז. ליישב השגות הרב פעלים על הקול אליהו לגבי עשיית לחם וקפה ממים שיש בהם תולעים.

סימן סד.

האם מותר לכתחלה להוסיף היתר כדי לבטל ספק איסור תורה שנפל לתוך היתר.

סימן סה.

האם מותר לבטל איסור לכתחלה אם הוא אינו מתכוין לכך. ואם יש ליישב קושית רעק"א בזה מדין בעלי חיים שנתערבו באחרים בי"ד ס"ק. ב.

סימן סו.

האם אמרינן כל דפריש מרובא פריש כשגוי לקח שלא בפנינו אבר מן החי מחנות אחת כשתשע חנויות מוכרות בשר כשר ואחת אבר מן החי.

סימן סז.

האם מותר לשתות קפה מכוסות של גוים בחנות או מסעדה של גוי כיון שהם מוזגים חלב עכו"ם כשהם שותים קפה מכוסותיהם, ושמא י"ל שהכוס פולט טעם החלב עכו"ם לתוך הקפה כשהישראל רוצה לשתות מהכוס כשהוא שותה קפה בלי חלב, או כשהוא הביא עמו חלב של ישראל למזוג בקפה שהוא רוצה לשתות.

סימן סח.

האם כשהמשרתת גויה פתחה דלת המקרר ליטול אוכל מתוך המקרר ויש בקבוק פתוח של יין בדלת המקרר, האם היין כשר לשתיה או לא.

סימן סט.

האם יש לבאר דעת מרן לגבי נגיעה ע"י דבר אחר שלא בכוונה בדיני יין נסך.

גדילתו, מותר לברך או לא. וכן מי ששכח לברך והתחיל להדליק נרות חנוכה או לתקוע שלשים קולות בר"ה, האם מותר לברך על שאר הנרות או שאר קולות.

סימן נה.

האם מותר לאבל לברך ברכת שהחיינו בעד הקהל, כגון בנר חנוכה או בקריאת המגילה או בתקיעת שופר.

סימן נו.

האם האשה שאינה יכולה לקיים מצות חנוכה עד שיבוא בעלה בלילה מעבודתו, מותרת לעשות מלאכה או לאכול סעודה קודם ההדלקה.

סימן נז.

האם בחור ספרדי שדר בדירה עם בחור אשכנזי יכול להדליק נר חנוכה בעד עצמו או אם אמרינן שהוא צריך להשתתף בפרוטה עם האשכנזי.

סימן נח.

האם אורח שבא לעיר ודר במלון בימי חנוכה ואוכל אצל חבירו שדר באותה עיר, צריך להדליק במלון או להשתתף עם חבירו.

סימן נט.

האם מי שבמדינה אחרת בימי חנוכה והוא סומך על אשתו שנשארת בביתו להדליק נר חנוכה בעדו כר" זירא, יצא י"ח אם בשעת הדלקת נר חנוכה אצל אשתו הוא אינו זמן הדלקת נ"ח במדינה אשר הוא שם.

סימן ס.

האם יש לבאר המקור להראשונים שסברו שפרשת פרה מן התורה, ואם יש חיוב על כל אחד לבא לבית הכנסת כדי לשמוע פרשת פרה, כדמצינו בפרשת זכור.

סימן סא.

האם הדין של אין עושין מצות חבילות חבילות הוא משום שזה נראה כמשאוי או מפני פנוי לכו למצוה אחת. והוא הערה על מה שכתבתי בח"א ס"קט. לגבי נתינת מטבע אחד לשני עניים בשביל מצות מתנות לאביונים.

מפתחות

ארחותיך למדני

תקסו

סימן ע.

האם יש ליישב קושית רעק"א בס"קכה. א. על הרמב"ם לגבי עכו"ם שדרך היין ולא נגע בו, שהיין אסור רק בשתייה, והלא י"ל שזה כחו ולדעת הרמב"ם כחו אסור אף בהנאה. ומה דעת מרן בזה.

סימן עא.

האם יש ליישב דעת מרן מקושית הש"ך לגבי אי יש איסור שתייה ביין הנשאר בכלי אחר שהעכו"ם מערה קצת היין מהכלי.

סימן עב.

האם יש איסור הנאה מפאה נכרית שיש בה קצת שעורות מתקרובת ע"ז.

סימן עג.

האם מותר לקנות תיק של מזוזה שיש עליו צורה, ובכלל הצורה יש פרצוף אדם שבולט, והוא לנוי.

סימן עד.

האם מי שיש בידו מעות, והוא מסופק אם הם של צדקה, חייב ליתן אותם לצדקה או לא.

סימן עה.

האם יש לבאר דעת הרמב"ם לגבי אם נתינת מתנה לעני בכלל צדקה או לא.

סימן עו.

האם מותר ליתן יותר מחמישית ממונו לפדיון שבויים או לרעבים וצמאים.

סימן עז.

האם מותר לשחרר כמה מחבלים תמורת שבויים ישראלים. הערות על הקונטרס הנחמד **פדיון שבויים בימינו**, מהמכון לרבני יישובים בקרית ארבע, חברון, מאת הרה"ג ר"אליעזר אפרסמון שליט"א, והרה"ג ר"יצחק רודריג שליט"א.

סימן עח.

האם מי ששכח לברך ברכת להכניסו קודם המילה יכול לברך אותה אחר המילה.

סימן עט.

האם יש פסול בכתיבת השם בספר תורה שלא כסדרן או לא.

סימן פ.

האם גרמא במחיקת השם מותרת, ואם זה דוקא לצורך מצוה או אף במקום רשות, ואם יש לחוש בזה לבזיון השם.

סימן פא.

האם מחיקת כתבי הקדש כשאינן אזכרות בהם, אסורה מדרבנן או מן התורה.

סימן פב.

האם יש חיוב מזוזה בבית האוצר או בית התבן שהוא ב' אמות רוחב על ח' אמות או יותר באורך.

סימן פג.

האם יש איסור של שעטנז בעניבה.

סימן פד.

האם יש ללמוד זכות על אלו שלא הקפידו לבדוק אם הוילון יש בו שעטנז או לא.

סימן פה.

האם יש ליישב שיטת הרמ"א שאין עושין שליח לפדיון הבן.

סימן פו.

האם מותר לשליח בפדיון הבן, למנות שליח שני ליתן החמשת שקלים להכהן.

סימן פז.

האם מותר למשרתת שבבית ליטול חלה בעד בעלת הבית כשבעלת הבית אינה שם.

סימן פח.

האם נחתום ישראל שהוא שותף עם נכרי, חייב להפריש חלה מעיסתם, ואם תאמר כן, האם יש להפריש בברכה.

סימן פט.

האם חולה שאין בו סכנה יכול לשתות המיץ שנסחט מתפוזים שהם אסורים משום שביעית.

תקסח

ארחותיך למדני

מפתחות

סימן צ.

האם האונן מותר בעשיית מלאכה.

סימן קא.

האם יש לחוש לשאלה אם יש הכרה ע"י טביעות עין בכלי שאין דרך בני אדם להשאיל, לגבי אשה שהיא עגונה.

סימן צא.

האם האונן מותר לרחוץ כל גופו בצונן בשבת.

סימן קב.

האם מותר לשמוע קול זמר של אשה ברדיו, שלא בשעת ק"ש, אף אם היא אשת איש, או נדה.

סימן צב.

האם האונן יכול לקיים מצות מילת בנו קודם הקבורה.

סימן קג.

האם מותר לאדם להלך אחרי אשתו.

סימן צג.

האם מותר לאבל בתוך שבעה להיות שליח צבור.

סימן קד.

האם מותר לאיש לאבד שכבת זרעו כשהוא כבר הוציא את זרעו כדי ליתן אותו לאשתו ע"י רופא כיון שאשתו אינה ראויה להריון בדרך הטבע, וזרעו טמון במקרר במקפיא בבית חולים כדי לשומרו ולקיימו, אלא אחר קטטה אם אשתו ונתינת גט, הוא בא לשאול אם מותר לו לצוות לרופא לאבד זרעו כיון ששוב אין לו צורך לזה.

סימן צד.

האם האבל בתוך השבעה יכול להחליף בגדיו ע"י נתינת בגדיו הנקיים לאחר כדי ללובשם שעה אחת תחלה, ואז האבל יוכל ללובשם.

סימן צה.

האם מותר לאבל בתוך שבעה לצאת מביתו כדי לומר קדיש בבית הכנסת כשאין מנין בביתו.

סימן קה.

האם יש לבאר דעת מרן לגבי קידושין באיסורי הנאה, ואם יש ליישב קושיות האחרונים בדבריו.

אבן העזר

סימן צו.

האם יש איסור של סירוס למי שרוצה לשתות כוס של עיקרין לרפואה, כשהוא חולה שאין בו סכנה.

סימן קו.

האם יש חשש קידושין בחמץ דאורייתא ושעות דאורייתא משום שיש לחוש שאם נשרף החמץ אז האפר מותר בהנאה.

סימן צז.

האם יש איסור לסירוס ע"י כוס של עיקרין לבא בקהל.

סימן קז.

האם יש לומר שיש ודאי קידושין במי שקידש באיסור הנאה מדרבנן שיש לו עיקר מן התורה, כיון שאפשר לבטל אותו בהיתר כדי ליהנות ממנו.

סימן צח.

האם יש דין של חללה על הבת הנולדה מכהן הבא על גרושה מדרבנן.

סימן קח.

האם יש להתיר אשה בלי גט מטעם ספק ספיקא, אם איש מקדש אותה בדבר שהוא פחות משהו פרוטה. ואם מרן סבר כדעת הרמב"ם שאם הוא דבר שאינו מתקיים שאין לחוש לקידושין.

סימן צט.

האם מותר לכהן לישא אשה שהיא נתגיירה כשהיא קטנה קודם שהיא ראויה לביאה.

סימן קט.

האם מותר לברך שבע ברכות אם קצת אנשים שבמנין לא אכלו פת אלא מזונות או פירות.

סימן ק.

האם ספק כהן מותר לישא גיורת.

סימן קי.

האם הלך בעלה למדינת הים והיא לוותה ואכלה בלא עדים, אם הבעל חייב לשלם או לא.

סימן קיא.

האם יש חיוב לבעל לשלם ממון בעד רפואת אשתו אם האשה חלתה בפשיעתה.

סימן קיב.

האם ממונה שלה או של בעלה, לגבי אשה שעוסקת במלאכתה במשרד, ובשכרה היא מפרנסת את ביתה וגם בעלה שאין לו מלאכה כלל.

סימן קיג.

האם אשה ששברה כלי הבית חייבת לשלם לבעלה בעד הכלים, ואם יש חילוק בזה אם היא במזיד או בשוגג, או אם היא עוסקת במלאכת עצמה או במלאכת בעלה, או אם השבירה היא ממש מידה או אם היא רק אינה שומרת הכלים כהוגן והם נשברים ע"י אחרים כגון הילדים בבית.

סימן קיד.

האם יש ליישב שיטת הראב"ד ממה שכתב עליו הרב המגיד לגבי מגורשת ואם יש חיוב לאב לחנך בנו בגיל ד' או ה'.

סימן קטו.

האם הבעל צריך לשלם קנס בעד אשתו אם היא עברה על תקנת העיר.

סימן קטז.

האם יש ליישב קושית הט"ז על מרן לגבי המושיב אשתו חנונית האם הבעל יכול להשביעה רק עד שתתבע כתובתה או אף בכל זמן שירצה, ומאי דעת מרן והרמ"א בזה.

סימן קיז.

האם יש להסביר קושית רעק"א על הבית שמואל בס"ק. ס"ק לח. לגבי הטעם שאשה צריכה לישבע על עיקר כתובתה כשהבעל אמר שהיא כתבה לי שובר ואבד שוברי. ואם יש ליישב קושיות הב"ש והבית מאיר על מרן שם לגבי מעיזת פניה כשהיא אמרה גרשתי, ותובעת כתובתה.

סימן קיח.

האם הבעל צריך לזון בת אשתו מאיש אחר אם הבת היא משרתת שלה.

סימן קיט.

האם אמרינן שהגט בטל בשוטה לעתים שיש לו רפואה ע"י כדורים בכל פעם שהוא שוטה, שהסכים לגרש אשתו ע"י שליח בעת שהוא פקח, והנתינת גט הוי כשהוא חזר להיות שוטה קודם שהוא חזר עוד פעם לבריא אתו ע"י הכדורים. ואם איש אחר נשא אשה זו אם צריך לצאת. וישוב דברי מרן בזה מהשגת האחרונים.

סימן קכ.

האם בזה"ז צריך לומר בפני נכתב ובפני נחתם, כיון שבזה"ז כל המקומות קרבו זה לזה ע"י מטוס או רכבת וכדו', ועדים מצויים עוברים ושבים ממקום למקום ובקל יוכל להתקיים. והוא ישוב למ"ש בספר שאלו לברוך בענין זה.

סימן קכא.

האם מגורשת על תנאי "אם יהיה או לא", שנשאת לאחר קודם קיום התנאי צריכה לצאת, או לא.

סימן קכב.

האם יש לקיים שיטת התשב"ץ לגבי שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה, לפי מה שכתב על דבריו בהג"ר עק"א בס"קכב.

חושן משפט

סימן קכג.

האם איש ספרדי שרגיל לאכול בשר שאינו חלק ועובר בזה על דעת מרן, פסול לעדות או לא.

סימן קכד.

האם מי שגזל מציאה מקטן פסול לעדות או לא.

סימן קכה.

האם בעינין סילוק לעדים מקהל שנגנב ספר תורה או שאר כלי קדש מבית הכנסת שלהם, אם יש ס"ת אחר או שאר כלי קדש באותו בית הכנסת.

סימן קכו.

האם יש לתרץ קושיית הקול אליהו והקצות החושן על מ"ש הרשב"ם לגבי בני עיר שנגנב ס"ת שלהם, שאיך אמרינן שלעדות בעינן סילוק מהס"ת, שהלא א"א לעד למכור חלקו בס"ת לשאר אנשי עירו כיון שהס"ת עדיין ברשות הגנב.

סימן קכז.

האם מי שקבל עליו לזון חברו ולא פירש עד כמה זמן, צריך לזון אותו כל ימיו או סגי בזמן מועט.

סימן קכח.

האם מותר להשתמש בחפץ של חברו שאינו מיוחד לדבר מצוה, שלא מדעתו לצורך מצוה, כגון פטיש לקבוע מזוזה, או כליו לצורך סעודת מצוה וכדומה, כשאין חשש שמא יקלקל כליו.

סימן קכט.

האם יש לבאר דעת מרן לגבי האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לו בידך מנה, והלה אומר אין לו בידי אלא חמישים, ומאיזה טעם הוא פסק כהראב"ד כנגד הרמב"ם.

סימן קל.

האם הא דפסק מרן בס"ע. כב. שמצאתי כתוב בפנקסו של אבא שאתה חייב לו, שמשיעין אותו היסט, הוא אף כשהנתבע אומר כבר פרעתי.

סימן קלא.

האם יש ליישב דעת מרן ממ"ש הט"ז והש"ך עליו, לגבי המחזהו אצל חבירו בענין דלא קנה אינו נאמן לומר שפרעו אחרי כן.

סימן קלב.

(א) האם בני החצר יכולים למחות בעשיית חנות בחצר, ומה הוא הדין לגבי רופא ואומן, ודעת הרמב"ם בזה.
(ב) האם יש למחות בשכנים משום קול ורעש ורבוי הדרך, ודעת הרמב"ם בזה.
(ג) מה הוא הפירוש של רבוי דרך.
(ד) האם בני החצר יכולים למחות אם יש חנות בחצר וש קול הנכנסין ויוצאין, אם א"א לבעל החנות למכור חפציו בשוק.
(ה) בדין עשיית כבשן בעיר, ובירושלים.
(ו) בדין עשיית גנות ופרדסים בירושלים, ודעת רש"י בזה.
וכל הנ"ל הם הערות על הספר הנחמד **איכות הסביבה**.

סימן קלג.

האם ראובן יכול למחות כששמעון שכנו רוצה להרחיב גגו לביתו, והגג יהיה יותר גדול מהגג שהיה בתחלה. וראובן טוען שבזה יהיו עוד מי גשמים נגרים לתוך חצירו. ושמעון השיב שהוא רוצה לתקן צינור לקבל מי הגשמים שלא יגרו המים לתוך חצרו של ראובן. וראובן טוען שאין זה כלום ששמא יתקלקל הצינור, והוא אינו רוצה להיות עם שמעון בכל יום ויום בדינא ודיינא.

סימן קלד.

האם אמרינן גוד או אגוד לגבי בית הכנסת.

סימן קלה.

האם מי שהגביה חפץ בחנות על מנת לקנות יכול לחזור בו קודם נתינת המעות לבעל החנות.

סימן קלו.

האם יש לבאר דעת רבינו תם לגבי בן גדול הסמוך על שולחן אביו שכל מה שהוא קונה הוא לאביו, איך הוא מקיים מצות לולב ביום ראשון דבעינן לכם.

סימן קלז.

האם האב לכול ליתן מתנה לבנו כשהמתנה היא דבר שלא בא לעולם.

סימן קלח.

האם מי שקנה קרקע אדעתא שיעשנו הקדש ולא הוציא מפיו כלום חייב ליתן הקרקע להקדש או לא, ודעת מרן בזה.

סימן קלט.

האם מי שכתב בשטר שהוא נותן מתנה לפלוני ואם הוא יחזור מנתינת המתנה אז הוא יהיה חייב לשלם קנס, יכול אחר כך לשלם הקנס כדי לפטור את עצמו מהמתנה.

סימן קמ.

האם מי שמצא תפילין בזה"ז מותר לשום דמיהן ולהניחן עליו, או שמא הוא צריך לטפל בהם עד שהוא יחזיר אותן למי שאבד אותן.

סימן קמא.

האם שליח צריך לכוון לקנות בשעת קנין בעד המשלח או די במה שהמשלח כיון לקנות.

מפתחות

ארחותיך למדני

תקעא

סימן קמב.

האם אמרינן כל דפריש מרובה פריש כששנים הפקידו ממונם אצל אחר ונאבדו או נגנבו מקצת הממון.

סימן קמט.

האם קי"ל דגרמי מדרבנן או מדאורייתא, ודעת מרן בזה. ואם חייב בגרמי באונס, ואם היורש חייב לשלם.

סימן קמג.

האם מותר לבית דין לכופף יחיד שיש לו ספר, להשאיל אותו לתלמיד חכם עני שאין לו מעות לקנות ספר זה, אף שספר זה מצוי בחנות של מוכרי ספרים.

סימן קנ.

האם יש ליישב מ"ש הפרח מטה אהרן מהשגת הזרע אברהם לגבי אי רבא סבר דינא דגרמי או לא.

סימן קנא.

האם מי ששיחק כדור רגל ברה"ר צריך לשלם הנזק אם בשוגג הכדור עשה שקע בגוף איזו מכונית אשר חנויה שם.

סימן קמד.

האם מותר בנזקי ממון לשלם כדמיו בשעת הפרעון, או צריך לשלם כדמיו בשעת הנזק, באופן שהחפץ הוזל בשעת פרעון.

סימן קנב.

האם איש צריך לשלם הנזק כשהוא הניח בנו הקטן בחנות גדולה במקום אחד, ואמר לקטן לעמוד שם כשהאיש קנה כמה דברים במקומות אחרים באותה חנות, אבל כשהאיש חזר לבנו הוא מצא שבנו כבר אכל כמה עוגות קטנות וכדומה מהחנות, ובעל החנות אמר לאיש שהוא צריך לשלם בעד כל מה שאכל הקטן.

סימן קמה.

האם נהג במכונית צריך לשלם הנזק כשילד רץ פתאום לתוך הרחוב והנהג נטה לצד אחר להציל הילד, אלא משום זה הוא הזיק מכונית אחרת, ובעל אותה מכונית טוען שהנהג צריך לשלם בעד הנזק כיון שאדם מועד לעולם, אף שהנהג לא כיון להזיק כלל והוא אנוס, וכל כוונתו להציל הילד. ועוד מה הוא הדין אם הנהג ידע שיש מכונית אחרת בצדו, ועדיין כיון להזיק אותה כיון שא"א להציל הילד באופן אחר.

סימן קנג.

האם מי שנחלה במחלה מדבקת שהוא קיבל מחבירו, יכול לטעון כנגד חבירו שהוא צריך לשלם נזק וצער ורפוי ושבת ובושת.

סימן קמו.

האם מי שאיבד נזם אחד מזוג של נזמים צריך לשלם כדמי נזם אחד לבדו, או שמא יש לו לשלם יותר מזה כיון שדמי הזוג הוא יותר מדמי כל נזם לבדו.

סימן קנד.

האם יש חיוב לשלם הנזק במי שיצא ממכונית שלו, ושכח להרים הבלם יד, ומשום זה אחר זמן מה המכונית ירדה במדרון ברחוב, ובסוף הזיקה אדם. ועוד נשאלתי בענין זה, והוא לגבי איש ששונא חבירו ובשעת כעסו ורשעתו הוא הוריד הבלם יד במכונית של חבירו שהיתה במדרון ברחוב, כדי לגרום נזק להמכונית של חבירו, ואף שהוא לא כיון להזיק איש אחר, מ"מ בירידת המכונית במדרון הוא גרם נזק לאיש אחר ברחוב, אם הוא חייב לשלם או לא.

סימן קמז.

האם המונע חבירו מעשיית מצוה צריך לשלם מטעם קנס או משום דינא, ודעת מרן בזה.

סימן קמח.

האם דאין דינא דגרמי לגבי דבר הגורם לממון כשיטת הרמב"ן או לא.