

בגוף העצירה. ועדיין נריך קנת ביאור להצין דבריו, ונריך לי עיון.

סימן ה'

דן אם מתעסק פתיכא בו גם ענין של אונס

באור דברי הראב"ד בפ"ז מהל' מעילה הל"ב. באור דבריהם התמוהים של התוספות במעילה י"ח. ובירור אם אמרינן באונס אין שליח לדבר עבירה

ועיין באור שמח הלכות שבת דמשמע דמתעסק הטעם דפטור דהוי כאונס וחקרתי, אם האונס הוא במעשה (מוכן שהוא גזיה"כ ואינו מדין של אונס של כל התורה כולה) או האונס הוא בחטא. נ"מ אם שייך כאן סברת החוות דעת וחילוקו. ונראה שהדבר מפורש בראב"ד פ"ז ה"ז מהלכות מעילה. וז"ל הרמב"ם שם: "צמה דברים אמורים כשהיו החתיכות מקדשי צדק הבית אבל אם היו בשר עולה וכיוצא בו לא מעל אלא האוכל בלבד שהרי הוא חייב באיסור אחר יתר על המעילה. ובכל התורה כולה אין שליח לדבר עבירה אלא במעילה לבדה שלא יתערב עמה איסור אחר" וכתב הראב"ד וז"ל: "א"א תוספתא היא במעילה ויפה פירש. עוד אומר בה גם אני מפני שהעולה אינה נעשית חתיכות אלא מנחתה איברים איברים כדאיחא בתמיד וכתנן בשקלים בשר שנמלא בעזרה איברים עולה וחתיכות חטאת הילכך אלו שראו אותה חתיכות היה להם לטעות של חטאת הם וכאנוסים דמו דלא הוה להו לשילוי אבל האוכל חייב שהוא נהנה, וראוי לסמוך עליו". ולכאורה הם דברים זרים דמה ענין נהנה לכאן וז"ל דסובר דמתעסק הוא ג"כ מדין אונס והכריע בסברא (או ממקור בגמרא שהיה לו) ולכן סובר שבמקום שנהנה חייב מתעסק א"כ גם אונס זה שהוא דומה למתעסק ג"כ חייב במקום שנהנה. ומבואר בראב"ד שגם במעילה אמרינן שכן נהנה אלא שבדברי הראב"ד יש לפרש בשני אופנים או שסובר שבצ"ס הדין בהרמב"ם שהוא מטעם אין שליח לדבר עבירה כיון

מתעסק ולכן לא איכפת לן אם לא ניחא הנאה זו אבל מ"מ הנאה בפועל צעינן אף שאינו מתכוין להנאה או אפילו אם ליכא הנאה בפועל כגון בדבר שנפשו של אדם קצה בהאיסור ואין להאדם הנאה בזה אבל כיון שבעצם החפצא של שם אכילה זו אין כאן חסרון בהמעשה אכילה שפיר חייב מתעסק, וכן בכלאים כל שמתקיים כאן דין התורה של שם לבישה שיש בה התנאי של הנאה אף שאינו מתכוין להנאה זו לא הוי מתעסק אלא שמה שכתב הב"ש דאם הנאה דהאיסור דמלאכת שבת הוא חלות שם חפצא בהמלאכה כדברי הנתיבות דלא שייך שליחות על ידי עכו"ם, ז"ע להצין דבריו שהרי בשבת אין ההנאה תנאי במלאכה, ולפום ריהטא חשבתי שאולי יש לפרש כל דבריו על פי שאמרתי שבדבר דממילא לא שייך מתעסק אבל אי אפשר לומר שהרי כל יסוד דבריו שם מיוסדים על פי דברי הנתיבות שבמידי דממילא ליכא פטור דמתעסק אבל הגרע"א הלא השיג בזה על הנתיבות ופליג עליו ולא סבירה ליה חילוק זה, וסובר שאף במידי דממילא ג"כ איחא לפטור מתעסק והרי הברכת שמואל קא עסיק כאן לתוך דבריו של הגרע"א, ונראה דכוונתו לזה מה שכתב לקמן וז"ל: ותי' בחד תי' דקמ"ל דאפילו היכא דנהנה גבי שבת פטור דמלאכת מחשבת אסרה תורה (באור דברי התוס' אמר לי' מו"ר זצוקלל"ה דהתוס' בתי' סוברים דאף על גב דבחלצים ועריות גם כן אין עיקר האיסור החפצא של נהנה ורק על ידי דנהנה ממש גם כן הוי דין מתכוין וזה שייך גם גבי שבת). וזה כדברי רש"י שעל ידי הנאה הוי מתכוין ולכן גם בשבת כיון דהאיסור דמלאכת שבת הוא חלות שם חפצא בהמלאכה וכל שנהנה אף שלא איכפת לו בהנאה זו ומאז עצם החפצא של ההנאה אין זו הנאה שמתיחסת להאדם שהרי לא איכפת לו בהנאה זו, אבל מ"מ אילמלי היה איסור הנאה היה פטור, אבל גם בעובדת הנאה שלא איכפת לו ג"כ נקרא עוסק בהעצירה אלא שלהשיטות שמועיל שליחות בשבת שוב הרי תלוי לגמרי בהמעשה מלאכה וכל שהוא מתעסק ולא ניחא לו בהנאה זו הרי גם לא ניחא בהמעשה הזו וחסר כאן בשוגג כוונה להעשיה שלו אבל אם העיקר הוא החלות שם של המלאכה ואינו תלוי בהעשיה שלו וכל שנעשה חלות שלו חפצא של המעשה על ידי גופו לא איכפת לן בכוונתו ועל ידי הנאה בפועל נקרא עוסק

שהוא איסור אחר מלבד איסור מעילה. או שלא שייך
בזה שליחות משום שזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן.
ועיין בתוספות מעילה דף י"ח ע"ב ד"ה אכילתו וכו'
ו"ל: "אכילתו ואכילת חבירו — מיירי שהאכיל את
חבירו שנחן לתוך פיו של חבירו דליכא לפרושי אכילת
חבירו ע"י שליחות שזו חבירו לאכול מן ההקדש הא
ליחא אע"ג דיש שליחות לדבר עבירה גבי מעילה
כדלפינן חטא חטא מתרומה הני מילי במעילה הבאה
ע"י הוצאה אבל במעילה הבאה ע"י אכילה והנאה לא
כדאמרינן פרק האיש מקדש (קדושין דף מג.) לא
מצינו בכל התורה כולה זה נהנה וזה מתחייב גבי
האומר לשלוחו לא ואכול את החלב וכדפי' שם
בתוספתא כך נראה למשי"ח. ונשיטה מקובצת שם
אות מ"ג מחקו "כדפירש שם בתוספתא" ולפי האמור
מתפרשים דברי החוס' כמין חומר שהם מפרשים
התוספתא כהראש"ד וסוברים שאף אם מעורב בו
אסור אחר ג"כ יש שליחות במעילה (ואולי לשיטתייהו
שכתבו שצווג י' שליח לדבר עבירה, קדושין מ"ב)
וע"כ מוכח מהתוספתא דגם במעילה נקטינן לכלל
שזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן והמו' הלא כתבו
מפורש כאן שגם במעילה נקטינן לכלל זה של זה נהנה
וזה מתחייב לא אמרינן, אף שבקדושין מ"ג מספקא
להו. האמנם לפי שיטת הראש"ד היה אפשר לומר
מילתא דחידושא שמה שהוא חייב לשלם משום מעילה
הוא משום גזל הקדש אבל חומר של מעשה עבירה
בצווג אין כאן כיון שהוא כאנוס, ומה שצריך לשלם הוא
כמו גזלן באונס או מזיק באונס דהוי מזיק וחייב לשלם
כמבואר בסופ"ב דבבא קמא ומה שאמר הראש"ד
שהרי הוא נהנה הוא לא טעם שמשום זה הוי כאן
מעשה עבירה אלא שכל שנהנה מההקדש חייב לשלם
ועיין בחדושי רבינו חיים הלוי שהאריך להוכיח שכל
עקר דין מעילת הנאה אינה אלא מדין גזל הקדש וכתב
שם ו"ל: "ועיין בקידושין דף מ"ג דאמרינן שם
דמודה שמאי באומר לשלוחו לא בעול את הערוה ואכול
את החלב שהוא חייב ושולחיו פטור שלא מצינו בכה"ת
כולה זה נהנה וזה מתחייב, ובחוס' שם ז"ל וא"ת והא
איכא מעילה שאם אומר הגזבר לשליח אכול ככר זה של
הקדש והשליח לא ידע שהוא של הקדש דחייב המשלח
ואמאי זה נהנה וזה מתחייב הוא, וי"ל דמעילה לא
מתחייב המשלח ע"י הנאת השליח וכו' דמיד דלאגביה

שליח קניי' והיה שעתא חייב משלח עכ"ל, אכן עיין
ברמב"ם זצ"ל מהל' מעילה הל"א שכתב ז"ל אחר
לשלוחו תן לאורחים חתיכה חתיכה של בשר וכו' אחר
להם השליח טולו שמים שמים מדעתי שניהם מעלו וכו'
במה דברים אמורים כשהיו החתיכות מקדשי בדק
הבית אבל אם היו בשר עולה וכיוצא בו לא מעל אלא
האוכל בלבד שהרי הוא חייב באיסור אחר יתר על
המעילה ובכה"ת כולה אין שליח לדבר עבירה אלא
במעילה לבדה שלא יתערב עמה איסור אחר עכ"ל,
והכא הרי בע"כ קאי כשהמעילה היא על האכילה ולא
על ההגבהה, דאי על ההגבהה הא ליכא איסורא דבשר
עולה, ובע"כ דקאי כשהמעילה היא על האכילה, וא"כ
הא קשה למה הוצרך הרמב"ם לטעמא דאין שליח
לדבר עבירה וחיפוק ליה דלא מצינו זה נהנה וזה
מתחייב וכקושיית החוס'. אכן לפמ"ש"כ הרי ניחא, דכיון
דכל עיקר איסורא דנהנה דמעילה הוא מדין גזל
הקדש, א"כ ממילא שוב לא שייך ע"ז הדין דל"מ זה
נהנה וזה מתחייב, כיון דאין עיקר חיובו מדין הנאה
ורק מדין גזלה, א"כ הרי היא ככל גזלות דעלמא שלא
ע"י הנאה, ואף דהך איסורא דבשר עולה הוא איסור
אכילה, ושייך ביה הדין דזה נהנה וזה מתחייב. אבל הרי
זה אכתי לא מהניא לבטל השליחות לענין איסורא
דמעילה, דרק בדבר עבירה או דהוי דינא דכל שיש
בהשליחות דבר עבירה ממילא בטלה השליחות לגמרי,
משא"כ בזה נהנה וזה מתחייב. נהי דעל חיובא דבשר
עולה שהוא משום הנאה לא חיילא דין שליחות אבל על
חיובא דמעילה שהוא מדין גזלה שפיר חיילא דין
שליחות, וע"כ זהו שהוצרך הרמב"ם לטעמא דאין שליח
לדבר עבירה, ומיושבת היטב קושיית החוס', וכש"נ".
ולפי זה לשיטת הראש"ד דהוי כאנוס י"ל שאלבא
דכו"ע י' בזה שליחות אף להסוברים שגם בצווג אין
שליח לדבר עבירה, כיון שהוא כאנוס ואין כאן מעשה
עבירה כלל. אלא שזוה פליג הראש"ד וסובר שגם
במעילה נקטינן שזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן ולא
כבאורו של הגר"ח. אלא שלפי זה יוצא שיש באמת
חילוק בין אנוס למתעסק שהרי כבר פרשנו דעת
הראש"ד זצ"ל בפ"ב מאיסורי ביאה שקובר דמתעסק הוי
מעשה עבירה בכל המורה אפילו בחייבי לאוין אלא
שהוא דין פטור בקרבן חטאת ולפי זה נסתרה גם
הוכחתו מהראש"ד שקובר כהאור שמת שפטור

משום גניבה ונמלא שאין לחייב שולחן רק מלד חיונן לשלם ולכן אמרינן דלא נקראו לענין זה צר חיוצא ועל זה קאמרה הגמרא דבאמת נקראו צר חיוצא ומה שקאמרה הגמ' שם לאו וגנבו לא נחתו לפרש באיזה אופן דעיקר הכונה לפרש אם הוא צר חיוצא או לא. (ואמנם בפשוטו הא"ל דמיירי שהיה שוגג על איסור גניבה לדברי המו' בקדושין דבשוגג יש שליח לדבר עבירה וע"כ שהגרע"א מקשה לאידך ראשונים שאף בשוגג אמרינן אין שליח לדבר עבירה וזוהי הלל משמע מהטורי אבן שלאומרים שבשוגג אין שליח לדבר עבירה גם באונס אין שליח לדבר עבירה כמו שאבאר לקמן. והגרע"א בגליון הש"ס דצ"ק נ"א זיין לטורי אבן ושפיר מקשה הגרע"א וזה דבר חריף ונחמד.

ברם מה שפרשתי בשיטת הראב"ד שסובר שבמקום אונס יש שליח לדבר עבירה קשה על זה דהטורי אבן בחגיגה כתב להוכיח שבשוגג ג"כ אמרינן אין שליח לדבר עבירה וכו' וז"ל: "ועוד נ"ל להביא ראיה דאפילו בשגגת שליח נמי אין שליח לד"ע לחייב שולחו מהא דצפ"ה דצ"ק (דף נ"א) דחיק הגמרא לאשכוחי בור של שני שותפין וקאמר המ"ל אי דשוו שליח תרומיהו וא"ל זיל כרי ואזיל וכרי א"ש לד"ע אי דכרי האי ה' והאי ה' וכו' אר"י כגון שעקרו שניהם חוליא צב"א והשלימו ליה והשתא ל"ל לדחוקי צבה"ג הא מ"ל שפיר בדשוו שליח ואי משום דא"ש לד"ע מ"ל בשגגת שליח כגון שלא ידע שהוא רשות הרבים כסבור שהוא רשותו א"נ כסבור שהוא צענין שרשאי לחפור את הבור בגווני דליכא עבירה כדאמרינן התם בזהוהא פירקא דליכא כמה גווני דשרי לחפור בור א"נ שטעה ולא ידע שאסור לחפור בור ברה"ר אלא ע"כ ש"מ דאפילו היכא שהשליח שוגג נמי אמרינן א"ש לד"ע". והשתא אם נימא שבאונס יש שליח לדבר עבירה הרי איכא לאוקמי שהשליח היה אונס ומכא ראייה זו משמע שגם באונס אין שליח לדבר עבירה לדברי הטורי אבן. ושוב מנאמרי שכתב הביא ראייה זו להדיא בשער המלך פ"ה מהלכות מלוה ולוה וז"ל: "כתב מהר"ם די בוטון ו"ל דקפ"ח ע"ב והביאו הרב כנה"ג ו"ל סי' קפ"ב בהגהת הטור אות כ"ב דאם המשלח אנס את השליח והפחידו בדברים מחייב משלחו יע"ש ומההיא דפ' הפרה דכתיבנא לעיל נראה דאפילו בשאנס את השליח

מחטסק הוא מגדר אונס ואדרבא כאן שהיו אנוסים מלד שהעולה אינה באה בחיכות כחטאת א"כ באמת לא חייב על האיסור האחר יתר על המעלה ורק חייב משום מעילה כיון שאיסורו מלד גזל הקדש ונמלא שלא עבר איסור אחר כיון שהוא אונס ורק מעל משום גזל הקדש שבוה אין פטור אונס כיון שנהנה מההקדש ושפיר נקטינן גם כזה זה נהנה וזה מחייב לא אמרינן וזה כפתור ופרת על פי דרך החידוד.

האמנם לפי דברינו יש לומר שמה שהנזכר הראב"ד לומר דהוי כאנוסים הוא משום שסובר שבאמת בשוגג אין שליח לדבר עבירה וחולק על התוספות. וכמו שהסכים לדבריו של הרמב"ם מחילה, אלא שבאנוסים כיון שאין כאן עבירה יש שליחות. ומה שהוכיחו התוס' מצ"ק ע"ט וז"ל (קד' מ"ב ע"ב): "אמאי מעל נימא אין שליח לדבר עבירה, חימה הא ע"כ מיירי בשוגג דאי צמוד ליכא מעילה דאין מעילה צמוד א"כ יש שליח לדבר עבירה דלא שייך למימר דצרי הרב ודצרי תלמיד דצרי מי שומעים כיון שהוא שוגג דהכי נמי משמע צפ' מרובה (צ"ק דף ע"ט). דקאמר הרי שגג טלה מן העדר ואמר לכהן טול טלה זה שהוא שלי או נתנו לכהן לצכורות בנו והראה לו בטלה של חצירו ומסיק דמיד שהוליו הכהן מרשות בעלים נחייב הגנב במשיכת הכהן והקשה ר"י התם אמאי חייב הגנב נימא אין שליח לדבר עבירה וסירך כיון שאין הכהן יודע שהוא צא בגניבה לא שייך למימר דצרי מי שומעים". ועיין נחיצות סימן רנ"ד ס"ק ה'. ולפי זה י"ל שסובר הראב"ד כיון שחזקה כל מה שחמת ידו הוא שלו שוב הוי כאנוס ואין כאן מעשה עבירה כמו בחתיכות של עולה. וזוהי יש למרץ גם קו' התוס' בסוכה ט' לענין למה לי קרא "לכס" להוליא את הגזל חפוק ליה משום מצוה הבאה בעבירה דנפ"מ לענין אונס דליכא עבירה אצל גזילה הוי. ועיין בחידושי הגרע"א צ"מ דף י' ע"ב שכתב על הא דאמרינן אלא מעתה האומר לאשה ועבד לאו וגנבו וז"ל: "לא זכיתי להצין כראוי דמה צריך דלא הוי צני חיוצא לשלם, הא מ"מ הוי צני חיוצא דעוברים על לאו דגזילה ומלד העבירה מקרי צני חיוצא כמו בעבירה דעלמא". והיא קושיא עצומה ולית נגר וצר נגר דיפריקיניה. ולפי זה הא י"ל דאנוסים הוי על איסור הגניבה ובכל זאת חייב

אין שלד"ע דאל"כ אמאי לא מוקי לה בשאנקהו ושוניהו שליח כנ"ל. ויקשה לפי"ז על הראב"ד לפי באורינו שסובר הראב"ד שצאונם לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה. ואמנם תמיהת הטורי אבן עיקרה היא על התוס' שאמרו שצאונם לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה וקשה עליהם. ועיין במל"מ פ"ב ה"ב מהלכות רוצח ושמירת הנפש שכתב וז"ל: "כתב מהרי"מ ט בחשו' ח"א סימן קי"ו דיש להסתפק אי אמרינן באיסורא דרבנן אין שליח לדבר עבירה כיון דמן התורה חשיב שליח או דלמא אפילו במילי דרבנן דבר עבירה מיקריא ושייך ביה דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין יע"ש. ואני תמיה על הרב ז"ל מההיא דאמרינן בפרק הפרה (דף נ"ג) גימא כורה גרם ליה. ופירש"י כגון שהיתה כרויה ועומדת קודם לכן דאי האי כרייה הוא כורה חייב דאין שליח לדבר עבירה דאסור לקלקל ברה"ר ע"כ ואיסור זה דמקלקל ברה"ר פשיטא דהוי מדרבנן ואפילו הכי אמרינן אין שליח לדבר עבירה. גם באותו פרק (דף נ"א) אמרינן צור של שני שותפין היכי משכחת לה אי דשוו שליח תרומיהו ואמרי ליה זיל כרי לן ואזיל כרה להו אין שליח לדבר עבירה. ועבירה זו הוא מה שפרש"י (בדף נ"ג) דהיינו דאסור לקלקל ברה"ר ואני הקשתי לדעת הנתיבות בחו"מ סימן רל"ד שצאונם אין איסור דרבנן נריך כפרה שאין כאן מעשה עבירה כלל, וא"כ צבור של שני שותפין יש לאוקמי שהיה השליח שוגג. ודברי המל"מ נ"ע. ואמנם י"ל לפי מה שכתב באחיעזר ח"ג סימן פ"א אות ז' דלפני עוור יש שני דינים וז"ל: "וגראה בזה די"ל דכלפ"ע יש ב' דינים, דהנה משיא ענה שאינה הוגנת דשייך גם במילי דעלמא ל"ש אלא היכא שאין העור יודע משא"כ במזיד שאינו מטעה אותו, ומה שמצינו באיסורים דין דלפ"ע אף במזיד שהלה יודע שהוא אסור הוא דין מיוחד באיסורים (ועי' מ"ש בזה לעיל סי' ס"ה). ובדין זה דלפ"ע באיסורים שהוא גם במזיד שייך לחלק בין לאו השוה בכל לשאינו שוה וכמ"ש הרמב"ן או כד' האמונת שמואל בלאו שאינו במכשיל, ואה"נ דצאונם יהי' לפ"ע גם בלאו שאינו שוה בכל וגם באיסור שאין המכשיל אסור צו דשם לא גרע ממשיא ענה שאינה הוגנת במילי דעלמא, משא"כ היכא שיודע בעצמו שאינו מטעה אותו. והרמב"ן לשיטתו שכ' בחי' לע"ז דכ"ב וז"ל ומדמקשה ומיפ"ל משום ולפני עור

במלאכה דחש"מ משמע לן מינה דאיסורא מדאורייתא דאי מדרבנן הוא מי איכא לא תתן מכשול ע"כ, וי"ל דאע"פ דלא גרע ממשיא ענה שאינה הוגנת מ"מ במזיד ל"ש זה. וכ"ז בלאו דלפ"ע שזהו דין מיוחד באיסורים גם במזיד, אבל בלאו דלא תאכילוס שעיקרו אינו אלא באיסורים אין שייך נ"מ בזה אם המאכיל ישנו בכלל האיסור או לא. ובה חירץ מה שהקשו על הנתיבות מדברי הרמב"ם פ"א הי"ב מאסורי ביאה דשניות איכא עבירה במתעסק. עיין בח"ב סימן נ' שכתב וז"ל: "ולמה שפי' הכ"מ דחייב ביד"ש יהיה מזה סתירה למש"כ הנה"מ בס' רל"ד דשוגג דרבנן א"ל כפרה והא מבואר בדהר"מ דגם בשניות חייב ביד"ש ואפ"ל דבדאי גם לד' נה"מ דשוגג מאיסור דרבנן א"ל כפרה מ"מ המכשיל את חבירו באיד"ר צאונם עובר משום לפני עור, דעכ"פ מכשול מיהו הוי שאלו היה יודע היה פורש מזה ולא גרע ממשיא לו ענה שאינה מהוגנת, ולפ"ז י"ל למש"כ בחושבת פני"י לחקור דהמכשיל באיסור דרבנן עובר לפ"ע מדאורייתא דהוי כמשיאו ענה שאינה מהוגנת והא מבואר ברמב"ם בהל' איסורי ביאה דהבועל ונבעלת עוברים משום לפני עור א"כ י"ל דגם בשניות מדרבנן איכא לפ"ע מדאורייתא ולהכי בשניות צאונם נריכים כפרה גם לדעת הנתיבות. ולפי זה הרי ניחא דברי הנתיבות המשפט דהרי המשלח אפילו באיסור דרבנן עובר משום לפני עור לא תתן מכשול דלא גרע מענה שאינה הוגנת. והנה הטעם שאין לוקין על לפני עור הוא או דהוי לאו שאין בו מעשה או משום שהוא לאו שצכללות כמש"כ הרמב"ם בפ"י מהלכות כלאים הלכה ל"א משא"כ למ"ד לאו שאין בו מעשה לוקין וכו' למ"ד לאו שצכללות לוקין עליו שוב הוא קים ליה בדרכא מניה של המשלח שאינו לוקה ומשלם והמשנה צבא קמא הלא אחיא אליבא דכו"ע ולכן שפיר מקשי הגמרא דאי במזיד (שאין בו מדין ענה שאינה הוגנת) הא אין שליח לדבר עבירה אלא מה נוקמיה בשגג השליח וכדברי הנתיבות ואין לוקה משלם. וחסני הרב שלמה פוטש נ"י הערני שאין פטור קים ליה בדרכא מיניה צבור כיון שההויק הוא אח"כ ולכאורה הוא דבר מסתבר ויפה העיר. ומנא חייב צנכח שמואל ב"ק סימן י"ז שסבר שאין פטור צבור מדין קים ליה בדרכא מיניה. ואמנם הגאון הרש"ש ז"ל בחידושי צבא מניעא סימן י"א סובר

מסתבר מילתו דרב וכו'. ונראה להסביר מחלוקתם, והנה רבים מפרשים טעמיה דרב דצאמת גולן קני רק החיוב והשיב גורם לזה שיהי' חפץ הבעלים אבל הכא כיון שקלכד"מ אז אינו לזה חיוב על הגולן והמפרשים בזה הם צחי' הר"ן.

והנראה לפרש בענין אחר, דהנה בשאל דיש חיוב אונסין אין הפי' בזה שכל דין הבעין מן החפץ אין כאן הדין בשאל שנתחייב באונסין והוא חיוב אחר שחייבה התורה בשאל והבעין הוא אינו בשביל חיוב אונסין, אלא כי זה הוא חיוב שזה ממנו של בעלים והרי פקדון אללו, וזה אפי' אי נימא אין שמין בשאל ג"כ הפי' שאינו מפני הבעין שאין של בעלים, רק זה ג"כ מזד חיוב אונסין ואונסין שלו הוא יותר גדול ופעל שיהי' הדין אין שמין, והנה בזה יש להסתפק בדין גולן שנתחייב באונסין אם הוא כמו שאל, ובזה חידש לנו רב שדין גולן אינו כדין שאל, וחיוב אונסין שלו הוא ראי' שקונה בזה החפץ ודין גולן הוא שגורם שקנה החפץ ועכשיו הרי הוא שלו, היינו אפי' השבת הבעין הוא ג"כ בגדר תשלומין והוי לגבי הבעלים כאילו נשבר החפץ, וחיוב הגולן הוא חיוב תשלומין, ודין והשיב הוא חיוב "והשיב" ואין זה מלוא "והשיב", דזה רק שייך אם הוא חפץ של הבעלים היינו שחיובו מזד דין בעין והי' שייך לומר שהוא מלוא והשיב, אבל אי נימא שגם דין השבת הבעין הוא רק בגדר תשלומין וא"כ הדין והשיב הוא חיוב והשיב.

והנה הנתיבות פי' שיש שני מיני שנים, קנין שינוי, היינו גול עמים ועשאו כלים דשם לא שייך שום מוזיק שהרי אדרבא שבת, רק זהו קנין שינוי, אבל יש אופן ב' דהיינו תבא או שתי' וזהו שינוי מוזיק שהזיק גוף החפץ, ובזה הוא הפי' כך היינו ששייך חיובי תשלומין בגזלתו ונתחייב באונסין, והוי כמו תבא או שתי' והיינו כמו ששיב החפץ והוא בגדר שינוי המוזיק, וכיון דכאן הרי קלכד"מ וקלכד"מ פטור דין חיוב תשלומין וע"כ אינו חייב להשיב אפי' הוא בעין, שדין קלכד"מ פטור חיובו מתשלומין ונטלה דין תביעתו של הבעלים על הגולן, שזכ"מ אין זה רק דין תביעת בעלים על הגולן שכיון שאינו רק בגדר תשלומין, אבל כאן כיון שקלכד"מ אין זה יכול אפי' לחזקו, אבל לדין שדין

דגם במוזיק של צור ישנו לפטור של קלכד"מ ועיין גם במידושו לז"ק סימן כ"א ועיין ברכת שמואל ז"ק סימן י"ד אות ב' ועיין בספר עולת שמואל סימן ט' מש"כ בזה, ועיין באבי עזרי ה' ע' פ"כ הל"ב.

סימן ו'

בענין קלכד"מ וקנין גזילה

באור הסוגיא דסנהדרין ע"ב מפלפל בענין קנין גזילה לכאן דרב לשטתיה אזיל בב"ק קט"ו. באורים בפלוגתא הראשונים בשנוי רשות ואח"כ יאוש אי קנה הגולן וכן בהקדש אם נקרא הגולן מקדיש

ואחד הערני שאולי זה תלוי במה שאמרינן בסנהדרין ע"ב "אמר רב הבא במחמרת ונטל כלים ויאל פטור מאי טעמא דדמים קננהו אמר רבא מסתברא מילתא דרב ששיביר דליתנהו אבל נטל לא והאלקים אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותיה קיימי הכא נמי ברשותיה קיימי ולא היא כי אוקמינא רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מקנא ברשותיה דמרייהו קיימי מידי דהוה אשואל" ולכאורה יש לומר דהפלוגתא היא אם גזילה במקום קס ליה דדרבא מניה לא הוי מעשה גזילה רק חיוב השבה ולהכי פטור על הכלים או שיש כאן מעשה גזילה אלא שאנו אומרים קמ"ל דדרבא מיינה אבל זה בנוגע לחיוב האדם אבל החפץ הוא של הבעלים ולהכי חייב להחזיר וכן לענין חפר צור בשבת הוא מעשה פטור מזד הלכה דק"ל צד"מ או שאין מסלק מעשיו אלא שהוא פטור על האדם בתשלומיו ולכן אח"כ מה שגורם ההזיק חייב לשלם אבל צאמת זה טעות ואין הבאור הזה בסוגיא נכון כלל כי אף שאין כאן מעשה גזילה אך סוף כל סוף מונח אללו חפץ של אחר ולמה לא יכול הבעלים ליטול ממנו ומה לי שלא חל כאן חלות מעשה גזילה אמנם ברכת שמואל למו"ר רבינו הגאון ר' ברוך דוב לייבוץ זל"ל כתב לפרש הסוגיא וז"ל: "בגמ' סנהדרין דף ע"ב אמר רב הבא במחמרת ונטל כלים ויאל פטור מ"ט דדמים קנינהו, אמר רבא