

חוב אינו גובה חובו מן היתומין מעבדים שהגיה להם אביהם
 דהלכה כר"ג בדינא דאמר עבדא כמטלטלי דמי בכל מילי
 דרבנן לגבות מן היתומים. [ועיי' פלפולא חריפתא אות ו'].
 ולענין פרוזבול ולענין קנין אגב כו', ואף על גב דקי"ל כרב
 נחמן דאמר עבדא כמטלטלי דמי במילי דאורייתא מודה רב
 נחמן דעבדא כמקרקעי דמי כו', עכ"ל.

והש"כ בחו"מ ריש סימן שסג הקשה על תוס' ורא"ש,
 הא כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון, וכאן
 הוא ממש ההיפך דבכל דיני התורה עבדי כקרקע, ורבנן
 הגדירו לומר עבדי כמטלטלי, שזהו היפך מהגדרת התורה.
 וברשב"א בסוגיין הקשה, ז"ל, ואיכא למידק האיך אפשר
 לומר דעבדים כמטלטלין והכתיב והתנחלתם אותם הקישן
 הכתוב לקרקעות ודינן כקרקע לענין אונאה ושבועה ולדיני
 השומרים תירצו גדולי הראשונים נוחי נפש דלכל מילי
 דאורייתא הרי הן כקרקע אבל למילי דרבנן עשאום
 כמטלטלין אלא שקשה בעיני שא"כ נצטרך לומר דשעבודא
 לאו דאורייתא דאי דאורייתא אף הן נגבין מן היתומים
 ואלו אנו קי"ל שעבודא דאורייתא כו', וכן פסק הריא"ף ז"ל
 והוא הביא אותה דאין גובין מן העבדים בפרק יש נוחלין,
 עכ"ל. ובגה"ש בסוגיין הקשה דמה יענו התוס' בקדושין
 דף ה ע"א ד"ה ומנין שאף בשטר כו', וכן התוס' לקמן דף
 קד ע"ב ד"ה אגב כו', דסברי דקנין אגב הוא מן התורה,
 ואפילו הכי עבדי כמטלטלי לענין אגב, הרי דגם לענין
 דאורייתא עבדי כמטלטלי ומאי שנא מאונאה ושבועה,
 [ועיי' ריטב"א קדושין בסוגיא דאגב, נוטה לומר דאגב
 מדאורייתא, וכן בנ"י לקמן ריש פרק הגוזל עצים נוטה
 לומר כן. ועיי' קצוה"ח סימן רב רוצה להוכיח, גם שיטת
 רש"י דקנין אגב הוא מדאורייתא, מהא דסבירא ליה ריש
 פרק הזורק דגם גט נקנה בקנין אגב, והא גבי גט לא שייך
 טעמא דהפקר בית דין הפקר, ועל כרחק דהוא קנין
 מדאורייתא].

ג

ואשר נלענ"ד בס"ד בביאור הענין הנ"ל, דהנה בעבד
 כנעני ישנן שני דברים: (א) העבד בעצמו —
 ולענין כל דיני התורה שאינם נוגעים להאדון כלל רק לו
 לעצמו, דהא מחויב הוא בכל המצוות כאשה, והרי הוא לזה
 כבן חורין; (ב) הקנין שיש לאדון בעבדו — שגופו קנוי
 לרבו כשור וחמור, ויד עבד כיד רבו, ואין קנין לעבד בלא
 רבו ואסור אפילו לשחררו, אלא חייב הוא לעבוד בו לעולם,
 כמו שנאמר לעולם בהם תעבודו. ויש להסתפק במה שאמרה
 תורה הוקשו עבדים לקרקעות (כדילפינן בגמרא קדושין
 דף כב ע"ב, מדכתיב והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם
 לרשת אחוזה הקישן הכתוב לשדה אחוזה) אם הלכה זו
 נאמרה בגוף העבד עצמו, שאף על פי שבמציאות הרי הוא
 מטלטל, אפילו הכי חשבה והגדירה התורה אותו כחפצא
 של קרקע לכל מילי. או דלמא, לא נאמרה הלכה זו בגוף
 העבד עצמו כלל וכלל, דבכל דבר שאינו נוגע כלל להאדון
 אלא לעבד עצמו, הרי הוא כשאר מטלטלין, ומאי דילפינן
 מקרא דרשת אחוזה דעבדי כמקרקעי דמו, אין זה אלא
 בקנינו של האדון, דקנין שיש לו בעבדו הכנעני, נחשב
 הוא כמו קנין שיש לו בקרקע, וכמו שמוריש שדה אחוזה,

ונראה ברור דר"ת הנ"ל אזיל כזה בשיטת ריטב"א,
 דבהא דאיתא בגמרא בקדושין דף יג ע"ב,
 שיעבודא לאו דאורייתא, כתב שם רש"י, וז"ל, לאו
 דאורייתא היא לומר דנכסוהי דאינש ערבין ביה ומשתעבדים
 מדין ערב ויהיו מלוה על פה ומלוה של שטר שוין אלא
 מלוה של שטר שהוא שיעבדו דכתב ליה נכסי אחראין לך
 משתעבדי מלוה על פה לא משתעבדי, עכ"ל. הרי להדיא
 ברש"י כסברתינו הנ"ל, דשיעבדו בפירוש מהני מן התורה
 גם למאן דאמר שיעבודא לאו דאורייתא, וברור בעיני דגם
 במטלטלין מהני שיעבדו בפירוש לרש"י. (ודוחק לומר
 דבמטלטלין לא מהני הקנין לשעבדם משום דלא סמכא
 דעתיה כיון שאפשר לכלותם). ולפי"ז, גם נוסח הכתובה
 מועיל אפילו על נכסי דלית להון אחריות, אף למאן דאמר
 שיעבודא לאו דאורייתא. אולם בריטב"א שם בקדושין
 חולק על רש"י, וז"ל, והוי יודע דמאן דס"ל שיעבודא לאו
 דאורייתא אפילו במלוה בשטר נמי איתא והכי מוכח בבבא
 בתרא ובמסכת ערכין כו' וטעמא דמאן דאמר שיעבודא
 לאו דאורייתא משום דסבר שאין הקנאה לחצאים ושיעבוד
 קנין לחצאים ולא חייל אנכסי דאיתנהו בשעת הלואה וכ"ש
 אנכסי דקנה אחר שלוה שאין אדם מקנה דבר שלא בא
 לרשותו וכיון שכן כל זמן שהנכסים ברשותו כופין אותו
 לפרוע לקיים מצותו אבל כשנתרוקנו הנכסים ליורשים או
 ללקוחות אינו מן הדין לגבות מהם כלל אפילו מלוה בשטר
 אלא דבמלוה בשטר מיהת עבוד רבנן תקנתא כו', עכ"ל.
 ביאור דבריו הק' שכתב, "שאין הקנאה לחצאים", ושיעבוד
 קנין לחצאין", היינו דבפרשת וכי תמכרו, "ממכר" וגו'
 נאמרה הלכה ב"ממכר", שראובן מוכר נכסיו לשמעון, אבל
 אם ראובן "משעבד" נכסיו לשמעון הרי הנכסים לא יצאו
 כלל וכלל מרשותו של ראובן, דבעל חוב מכאן ולהבא הוא
 גובה, ואין לשמעון שום חלק או שותפות בנכסי ראובן, רק
 זכות גבייה שהוא דבר רוחני ואין בו ממש. וזהו שקורא
 ריטב"א "ושיעבוד קנין לחצאין", ולמאן דאמר שיעבודא
 לאו דאורייתא, הרי לא מצינו בתורה קנין כזה, וממילא אי
 אפשר לעשות קנין כזה "שאין הקנאה לחצאים", ואינו
 נכלל בפרשת דוכי תמכרו ממכר, ודוקא למאן דאמר
 שיעבודא דאורייתא, שמצינו קנין ממון כזה בתורה, שוב
 אפשר לעשות קנין כזה מעצמו בקנין המועיל, אפילו במקום
 שהתורה לא שיעבדתו, זהו ביאור הריטב"א, ור"ת אזיל
 בשיטת ריטב"א וחדש יותר, שגם במטלטלין אמרינן
 סברא זו, דאילו בריטב"א לא מצינו רק בקרקע, אבל ברור
 דגם ריטב"א יודה לר"ת, דבסברא הנ"ל באמת אין חילוק
 בין קרקע למטלטלין, דכולן נכללין בפרשת וכי תמכרו
 ממכר וגו', ונכון בס"ד.

ב

ובעיקר ההלכה שהוכיח רב נחמן מהברייתא, דעבדי
 כמטלטלי הקשו התוס' בסוגיין ד"ה אנה מתניתא
 ידענא, וז"ל, אע"ג דבכמה דוכתינן אשכחן דמקרקעי דמי
 לענין אונאה ושבועה אור"י דהכא לא איירי אלא במילי
 דרבנן ולגבות מיתמי ומלקוחות וסבר שעבודא לאו דאורייתא
 ולא גבי אלא מדרבנן ולענין פרוזבול וקנין אגב דהוי נמי
 מדרבנן, וקרא דערים מצורות אסמכתא בעלמא היא כו',
 עכ"ל. וכדברי תוס' כתב גם הרא"ש בסוגיין, וז"ל, בעל

על ידיו מכשירים, דינים אלה אינם שייכים כלל להאדון. וכ"כ לענין טומאה אין דין זה שייך לאדון כלל, ובכה"ג העבדים המה כשאר בני אדם, וזה ברור לענ"ד. ועפ"ז נאמר דכ"כ הוא דין בית, דלדיני ממונות שיסודם בין הבעלים או בית חשוב כקרקע לענין לקנות בשטר וחזקה או לענין שבועה ואונאה או שיעבוד, ולענ"ד מוכרח ענין זה מהכתוב המפורש בתורה, בבית בבתי החצרים חוזר ביובל ודין חזרת יובל הוא דוקא בקרקע, ומזה ילפינן לכל דיני ממונות, אבל בדינים שחלים על הבית עצמו חוץ מבעלים אז קיי"ל דתלוש ולבסוף חיברו הוי כתלוש, כמו לענין הכשר אם בשביל שתודח הכותל חשבינן כאילו חשב על דבר תלוש, וכן המשתחזה לבית אסרו שחל עלי' דין נעבד לאסר בהנאה ככל דבר תלוש, והדברים נכונים בעזה"י כו', עכ"ל מו"ר זצ"ה בש"י. הרי סובר השערי ישר בפשיטות דלא כרע"א, ולא הוקשו כלל עבדים לקרקעות לענין דינים שאינם נוגעים לקנין הבעלים אלא להעבד עצמו, כמו טומאה והכשר זרעים וסכין של שחיטה ולא שייך לפרש המשנה דשוחט בצפורן פסול משום מחובר לקרקע, דלענין זה העבד הוא כשאר בעלי חיים, שהם מטלטלין, ועל כרחק דפסולו הוא משום מחובר בעלמא, דאין זה דומה לויקח את המאכלת שאינו מחובר לשום גוף, ושפיר נקטו הפוסקים דגם צפורן ושן של בהמה נמי פסול לשחיטה, דאין שום חילוק כלל בין צפורן דעבד לצפורן דבהמה, דגם צפורן דעבד אין פסולו אלא משום מחובר לגוף, לא משום מחובר לקרקע, דגוף העבד לא הוקש כלל לקרקע, והגרע"א, או דסובר דעיקר ההיקש לקרקע הוא רק לענין גוף העבד, או דסובר דלכל הדינין הוקש לקרקע, בין לדינים שנוגעים להעבד עצמו בין להקנינים של האדון.

היינו קנין שיש לו בקרקע. כמו כן נחשב קנין „עבדות“ כמו קנין בקרקע. אף על פי שעצם העבד הוא כמטלטלין. גם יש לומר דרך שלישי, דנחשב הוא כקרקע לכל מילי בין להדינין שנוגעים להעבד עצמו, בין להדינין שנוגעים להקנין שיש לאדונו בו, וצ"ע.

ולאחר העיון נראה שבספיקתנו הנ"ל פליגי גדולי עולם דז"ל המחבר ביו"ד סימן ו ס"ק ב, השוחט בדבר המחובר לקרקע או לגוף כגון צפורן ושן המחוברין בבהמה שחיטתו פסולה, עכ"ל. וז"ל חי' רע"א שם, ותמוה לי למה דהעלה הש"כ לעיקר בחו"מ סימן צה דאדם איתקש לקרקע וקרא דוהתנחלתם אף דבעבד כנעני כתיב מ"מ ילפינן מיניה אדם דעלמא דלא שנא א"כ מאין פסיקא לן דשוחט בצפורן המחובר בבהמה דפסול הא מתני' קתני רק והצפורן ומפרש בגמרא משום מחובר ודלמא מיירי בצפורן דהשוחט עצמו כו' וזה הוי כמחובר לקרקע כו' אבל בצפורן של בהמה יש לומר דכשר לשחיטה כו' דבע"ה כמטלטלין כו' וביותר גם להפוס' דאדם לא הוי כקרקע אבל צפורן דבע"ה מאן יימר לן דפסול וכן יש לדקדק קצת מל' הר"ש (פ"ד מ"ג) דמכשירים ובעיקר קושיית הר"ש שם יש ליישב עפ"י ש"דאדם אינו כקרקע ובשחיטה גזרו אטו עבד, אבל בהכשר אדרבה חומרא היא דאינו נידון כקרקע ומדאורייתא הוכשר ואפשר באמת בע"מ שיודחו ידיו של עבד לא הוכשר, או דמדרבנן הוכשר דלא לחלוף בע"מ שיודחו ידיו של אדם דעלמא, עכ"פ לא ידענא ראייה ברורה לפסול צפורן בהמה לשחיטה, עכ"ל. וכ"כ הרע"א גם בשו"ת סימן נא, הרי דנקט הגרע"א בפשיטות דגוף העבד הוקש לקרקע, ואפילו לדברים שאינם נוגעין כלל לקנין האדון כגון שחיטה והכשר טומאה וכדומה.

ובנז"ר דף סא ע"ב דקאמר שם בגמרא, יצא עובד כוכבים שאין לו טומאה דכל שאין לו נחלה אין לו טומאה, ומקשה גמרא אי הכי עבדים נמי לא, וכתבו שם בתוס' ד"ה אי הכי כו', וז"ל, וה"ה דאשינויא קמא דמי שיש לו טהרה יש לו טומאה פריך, עכ"ל. וז"ל הגה"ש, דבריהם סתומים דבפשוט עבד יש לו טהרה במקוה ומקבל טומאה כמו נשים, עכ"ל. ולכאורה רע"א לשיטתו דעבד הוא כקרקע אפילו לכל הדינים הנוגעים לו לעצמו כגון הכשר טומאה וכדומה, יש מקום לומר דאינו מקבל טומאה משום דהוקש לקרקע, אלא שבאמת לא יתכן לומר כן, דהא להשיטות דגם בן חורין הוקש לקרקע, ואפילו הכי מקבל הוא טומאה, והיינו דהלכה מיוחדת היא טומאת אדם, ושפיר מקשה הגרע"א דגם עבד ראוי שיקבל טומאה מהילפותא דלה לה מאשה.

אולם מו"ר זצ"ל בספר שערי ישר ש' ג' פרק כד חולק על הגרע"א בזה, וז"ל מו"ר שם, וע"כ נלענ"ד לבאר מקור שיטת הרמב"ם לחלק בין מעילה לדין ע"ז, והוא עפ"י מה דמסיק הש"כ בחו"מ סימן צה ס"ק ח להכריע דאף דקיי"ל דתלוש ולבסוף חיברו הוי כתלוש הוא דוקא לאיסורא, אבל לענין ממונא הוא כקרקע, לענין שנקנה בכסף ושטר וחזקה, וכן לענין אונאה ושבועה ושומרים יעו"ש, והנה לא ביאר בדבריו מ"ש איסורא מממונא, ונראה לי דעיקר החילוק בזה הוא ענין מורגש מדין עבדים, דהנה למ"ד עבדים הוקשו לקרקעות, מ"מ לענין טומאה והכשר זרעים דין עבדים הוא כדין כל אדם, ואף שבחי' הגרע"א יו"ד סימן ו, רצה לחדש דגם לענין הכשר אם ירדו מים ע"מ שיודחו ידיו של עבד לא יתכשר משום דעבדים הוקשו לקרקעות, אבל אין הדעת סובל את זה, מפני שיסוד הדבר שהוקשו עבדים לקרקעות, אמרה תורה לענין אחוזה שיהיו עבדים נחשבים לבעליהם כאחוזת קרקע, ומזה ילפינן לכל הדברים שחלוק דין קרקע ומטלטלים אצל הבעלים שיהיה או דין עבדים כקרקעות, ומזה נקיש לכל הענינים בדיני ממונות שיסוד הדין הוא אצל הבעלים כמו לענין אונאה ושבועה ושומרים, או הקנין שהם נקנים לבעליהם, [נראה דצ"ל או לענין מעשה הקנין שעל ידם הם נקנים לבעליהם], וכן לענין גזילה שאנו דנים איזה חפץ נחסר לבעלים ואיזה חפץ נטל הגזלן, בכל כה"ג עבדים הוקשו לקרקעות, אבל אם אנו דנים לענין הכשר אם המים שבאו

וראיתי באו"ש שהגדיר ההלכה דעבדים, דכקרקע הן לכל מילי דתלוי בממון, אבל במילי דתלוי בדיני איסור והיתר בזה עבדי כמטלטלי, והוא באמת כעין סברת מו"ר זצלה"ה בשערי ישר הנ"ל, אלא שמו"ר הגדיר לחלק בממון גופא לקניני האדון שיש לו בהעבד לדינין שנוגעים להעבד עצמו, והאר"ש הגדיר לחלק בין ממון לאיסור ומצות, דבפרק א מגירושין הקשה האו"ש, מאי שנא דגבי אונאה ממעטינן קרקע מדכתיב מיד, דבר הנקנה מיד ליד, וממעטינן עבדים דדמו לקרקעות, ואילו גבי גט לא נתמעטו

שבועה דאורייתא מפני שעומד לימכר והשיב דמי שכתב דכמטלטלי דמי סמך על מאי דאיתמר בערכין (כט ע"א) גבי ההוא גברא דאחרמינהו לנכסיה בפומבדיתא מקרקעי דחו"ל כמטלטלי ניהו ואינה ראייה דחרמין שאני שאינו נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג אבל לענין שבועה ואונאה מקרקעי ניהו דהא ליתנייהו מטלטלי כו', עכ"ל. מבואר טעם של הגאונים שמחייבים שבועה דאורייתא על קרקע שבחוץ לארץ „מפני שעומד לימכר“. והנה פשוט וברור דלכל הדינים הנוגעים לגוף הקרקע כגון הכשר זרעים וכדומה ודאי קרקע דחו"ל דומה ממש לקרקע דארץ ישראל, והגאונים לא אמרו שהיא כמטלטלין, אלא לדיני הנוגעים לקנין הבעלים, כגון שבועה וכדומה, וטעמן הוא שקנינו שיש לו בקרקע שבחוץ לארץ אינו נחשב אלא כקנין מטלטלין, דכיון דעומדת לימכר, נמצא דאין לו בגוף הקרקע אלא שיווי הממו, וזהו קנין מטלטלין, אף על פי שעצם הדבר הוא קרקע, וזהו ממש ההיפוך מן עבדים, ונכון בס"ד.

ולפי דברי מו"ר הנ"ל מקום אתנו ליישב קושיית הש"כ שהבאנו באות ב על התוס', איך אפשר לומר דבמילי דרבנן עבדי כמטלטלי, הא כיון דבמילי דאורייתא הם כקרקע, הא כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון. ולפי הדברים הנ"ל שגם בדאורייתא בכל הדינים הנוגעים להעבד עצמו הרי הוא כמטלטלין, שפיר יש לומר שזהו כעין דאורייתא תיקון לעשותו בכל מילי דרבנן כמטלטלין ולא חילקו חכמים בדיניהם, כמו שמחולקין הם בדיני התורה. ולענין קושיית הרשב"א שם הא שיעבוד הוי מילי דאורייתא להלכה דקיי"ל שעבודא דאורייתא, ראיתי בקצוה"ח סימן לט דאפילו למאן דאמר שעבודא דאורייתא נמי הוי מילי דרבנן לפי מה שכתב הרשב"א בפרק הכונס ובסוף קדושין דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא אין חילוק בין קרקע למטלטלין דמן התורה מטלטלי נמי משתעבדי, אלא משום דכיון דלאו עיקר אסמכתיהו אמטלטלין הפקיעו חכמים שעבוד נכסים ממטלטלין, ושוב הוי מילי דרבנן. ובקצוה"ח שם הקשה על דברי עצמו, דאולי נאמר דעד כאן לא אמרינן דעבדי בכלל מטלטלין, משום שזה דין דרבנן, אלא למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא וקרקע גופה לא משתעבדא אלא מדרבנן, וממילא יש לומר דהא דתיקנו שעבוד בקרקע אינן בכלל זה עבדים. אבל למאן דאמר שעבודא דאורייתא דמן התורה הרי אדרבא מטלטלין ועבדים נמי משתעבדי, אלא שחכמים הפקיעו מטלטלין מדין תורה, אבל מנא לן שהפקיעו עבדים מדין תורה, וכתב שאין לחלק בזה והוכיח כן מלשון הרא"ש עיי"ש. ולכאורה יש להקשות על הקצוה"ח, הלא הרשב"א עצמו מקשה על התוס' קושיא זו, דלהלכה דקיי"ל שעבודא דאורייתא אין זה מילי דרבנן. ולהקצוה"ח, רשב"א לשיטתו דמן התורה גם מטלטלי משתעבדי מאי מקשה, ועל כרחך סובר רשב"א כסברת קצוה"ח הנ"ל דמה שחכמים הפקיעו זה מקרי מילי דאורייתא, וצ"ע. ונראה דהקצוה"ח יפרש דרשב"א מקשה על התוס' לדבריהן דפליגי עליה, ופירשו דסוגיא דידן סבר שעבודא לאו דאורייתא, הא למאן דאמר שעבודא דאורייתא מקרי מילי דאורייתא, והקשה לדבריהן הא להלכה קיי"ל שעבודא דאורייתא, וגם קיימא לן אין גובין מן העבדים. עכ"פ זו היא שיטת תוס' ורא"ש בסוגיין

עבדים מונתן בידה. ותירץ האו"ש, בזה"ל, ובאמת לאחר העיון עמדתו בס"ד על הגדר הברור, דהך דחשיבי עבדים כקרקע הוא דוקא למילי דתלינן בממון ובחשיבות ממון חשובים עבדים כמו קרקע, ולזה באונאה ומעילה ושבועה וקנין דחשיבות הממון פועל הדבר שכפר בממון או מעל בממון הקדש וגזל ממון וכיו"ב באלו נאמר דאדם איתקש לקרקע ובפרט עבד דחשיבותו בממון הוא כמו קרקע. אבל במידי דאינו תלוי בממון ולא בעי שיהא בדבר חשיבות ממון כמו הכשר ושחיטה שזה ענין דתיי שאינו שייך אל חשיבות ממון באלו לא הוי אדם כמו קרקע, ולכן בגט דכתבו על איסורי הנאה כשר אף דכתיב ספר כו' דנתינה דגט אין זה נתינת ממון רק נתינת גט והוא ענין דתיי שאינו תלוי בחשיבות ממון כלום, ודאי דלא שייך לומר דאדם הוי כקרקע ובפרט לחלק בין בן חורין לעבד, רק גדר מחובר ותלוש, וגם עבד כשנותן כל העבד הוי תלוש. ומזה תראה איך לא צדק בזה בשו"ת רע"א (סימן נא) שהעיר דלענין שחיטה נחלק בין עבד לבן חורין, דהוא ענין דתיי דלא שייך שיהא בסכין חשיבות ממון כלל ואפילו אינו שוה כלום כקרומית של קנה וסכין של ערו"ג וכיו"ב, רק דילפינן מויקח את המאכלת דבעי תלוש ומאי שנא בין שן אדם לשן בעלי חיים, ובחידושי לספר תורת הבית הארכתי ואכמ"ל, עכ"ל האו"ש. והנה בפסולו של שן בשחיטה האו"ש והשערי ישר ודאי כיוונו לדבר אחד. שפסולו אינו מדין קרקע אלא מדין מחובר ותלוש. אולם בעצם ההגדרה של עבדי כקרקע אינו ברור אצלי אם הגדרה אחת לשניהם או לא.

וברמב"ם פרק ב מה' מכירה הלכה א, ז"ל, עבד כנעני הרי הוא כקרקע לקנייה ונקנה בכסף ובשטר או בחזקה, עכ"ל. דייק רמב"ם לכתוב „לקנייה“, נראה דכונתו בזה כמוש"כ מו"ר זצ"ל רק לקנייה הוא כקרקע, לא לדינים שאינם נוגעים להאדון אלא לעבד עצמו, כגון הכשר זרעים וכדומה, דבזה הוא כמטלטלין. אולם הטור בחו"מ סימן קצו כתב בזה"ל, עבד כנעני דינו כקרקע ונקנה בכסף ושטר וחזקה וחליפין, עכ"ל. מדלא כתב לקנייה כמו רמב"ם, יש לומר דסובר כרע"א דלכל מילי הוקש לקרקע.

ד

והנה לפי דרכו של מו"ר זצלה"ה, דעבד כנעני הוא ממש כמטלטלי לכל מילי, אלא שהקנין שיש להאדון בהעבד נחשב כמו „קנין בקרקע“, ואף על פי שגוף ועצם העבד הוא כמטלטלין. ונלענ"ד בס"ד להביא דוגמא שהוא ממש ההיפך מזה דיש מקום שגוף הדבר הוא ממש קרקע, אלא שקנינו של הבעלים בקרקע זו, נחשב כמו קנין במטלטלין, דז"ל הטור בחו"מ סימן צה ס"ק ד, יש גאונים שכתבו מה שאין נשבעין על קרקעות דוקא בארץ ישראל אבל בחוצה לארץ נשבעין עליהן מן התורה שחשובין עליהן כמטלטלין, אבל הרמב"ם כתב שאין חילוק, עכ"ל. [וזה"ל הב"י, ומ"ש רבינו אבל הרמב"ם כתב שאין חילוק ט"ס הוא וצריך להגיה ולכתוב הראב"ד במקום הרמב"ם וכן מצאתי בספר מדוקדק]. ובב"י שם, ז"ל, כך כתב בע"ה בשער שביעי שנשאל הראב"ד אם נתחייב שבועה על קרקעות דחוצה לארץ שהגאונים שעברו היו מטילים עליהם

בפני ב"ח אפילו דידענא להדיא דשעבד לו מטלטלי אגב קרקע וא"כ יגבה בעל חוב מ"מ לא נחשד דישקר בעדותא דמה נ"מ הא הב"ח לא יגבה רק שיתן דמים מתקנת השוק כו', עכ"ל התומים הצריך לענינינו. הרי דפשיטא ליה להתומים דבעל חוב גובה חובו מדבר המיואש בין בקרקע בין כמטלטלי ששיעבד לו אגב קרקע. אולם הנה"מ בסימן הנ"ל כתב בזה"ל, הנה בתומים יצא לידון בדבר החדש דבע"ח יכול לגבות אף שהיה יאוש דיאוש מטעם הפקר וכשם שהבע"ח יכול לטרוף מדבר שהפקיר כן יכול לטרוף מדבר המיואש. ולפענ"ד, הא ודאי ליתא דא"כ אף ביאוש דאבידה כשיש לו בע"ח ששיעבד לו מטלטלי אגב קרקע יכול לטרוף מהמוכר אבידה אחר יאוש [עי' שער כ' אות י"ג, הבאנו שיטת הנה"מ דאבידה מקרי אינו ברשותו וצ"ע] וזה לא שמענו מעולם. אלא ודאי דשאני יאוש מהפקר, דהא דבע"ח יכול לטרוף מהקרקעות שמכר כ' רש"י בפסחים ל: בד"ה דכ"ע, אתי מלוה וטריף כיון דמחמת השיעבוד הוי כדבר שאינו ברשותו ולא הוי מכירה ומש"ה אתי וטריף, משא"כ יאוש דעיקר הוא דמהני יאוש הוא רק לדבר שאינו ברשותו דהא כל גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדישו מפני שאינו ברשותו ואפ"ה מועיל יאוש דביאוש גזיה"כ הוא ורחמנא בעל כרחו דידיה אפקה מרשותו ולא מטעם הפקר הוא כלל ואדרבה במקום שהוא ברשותו לא מהני יאוש כלל כמ"ש הרמב"ן בב"מ במלחמות גבי נטלה לפני יאוש ובמ"א הארכתי בזה ממילא גם הבעל חוב אינו יכול לטרוף כיון דלא שייך הטעם שכתב רש"י כטריפת בעל חוב, עכ"ל הנה"מ.

ולדעתי ברור שהתומים הנ"ל צודק בזה, ומה שהשיג הנה"מ „וזה לא שמענו מעולם“, אין לא שמענו ראי', ומסברא הרי ברור דכמו שגובה מהפקר, וביארנו, דהטעם הוא מפני שתביעת המלוה הוא על עצם וגוף הקרקע, הכי נמי ממש אותה סברא ישנה בדבר המיואש, ומה זה משנה מש"כ הנה"מ „דיאוש הוא גזירת הכתוב ורחמנא בעל כרחו דידיה אפקה מרשותו ולא מטעם הפקר הוא“, סוף סוף אין לנו שום סברא לומר, דנפקע שיעבוד המלוה, ודוקא הקדש חמץ ושיחורור, מפקיעין מידי שיעבוד אבל מאיזה טעם יופקע שיעבוד על ידי יאוש, ולכן ברור בעיני דנכונים בזה דברי התומים. גם תמה אני על הנה"מ, איך יפרש התוספתא הנ"ל דגר שמת שגובין מנכסיו, הא זה ממש דומה ליאוש, דהא גם בגר שמת, רחמנא אפקריה בעל כרחו, וגם הרי חייל הפקר זה אפילו באינו ברשותו, ואפילו הכי גובין, ומאי שנא דבר המיואש מהפקר זה, גם קשה על הנה"מ איך גובה בעל חוב מיורשין הא גם ירושה חיילא בעל כרחו, וגם על דבר שאינו ברשותו, והרי זה דומה ליאוש, ועל כרחך כדברי התומים דגם מדבר המיואש גובין.

אולם מה שהעיר הנה"מ הנ"ל על דברי רש"י בפסחים, זה ודאי צריך לפנים, וז"ל רש"י דף ל ע"ב ד"ה כולי עלמא לא פליגי, אפילו לרבא דאמר עד עכשיו היו ברשות לזה מודה הוא דאין מכירתו לאחרים מכירה ואין הקדישו הקדש שהרי ממושכנין הן למלוה ואף על גב שהן שלו אינן ברשותו ורחמנא אמר (ויקרא כז) ואיש כי יקדיש את ביתו קדש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, עכ"ל.

דלכל מילי דאורייתא עבדי כקרקע ולכל מילי דרבנן עבדי כמטלטלי.

ה

ונלענ"ד לחדש שיטה שניה, שיש לחלק גם במילי דאורייתא בין שבועה ואונאה וכדו', לבין הא דאין גובין מן העבדים, אפילו אי סבירא לן שיעבודא דאורייתא, וכן מהא דאין העבדים נקנין אגב קרקע אפילו להני ראשונים דסברי דקנין אגב הוא מן התורה, וכמו שהקשה בגה"ש הנ"ל, דנראה דאלו שתי ההלכות דין שעבוד נכסים, וכן קנין אגב, אינם דינים התלויים בקנין הבעלים, אלא בההלכה של החפצא, ובעצם החפצא הרי גם עבד הוא כמטלטלי ואפילו בדיני דאורייתא, וכמוש"ב בשם השערי ישר, ונבאר דברינו אלה בס"ד, דהנה בביאור ההלכה דשעבודא דאורייתא, מבואר בגמרא בכורות דף מח ע"א, אמר רבא מכדי נכסי דבר אינש אינון ערבין ביה ע"כ, וכן הוא בפרק גט פשוט דף קעד ע"א, נכסיה דבר אינש אינון מערבין יתיה, ע"כ, ונראה פשוט דמה שגובין מלקוחות או מיתומים הרי אין זה משום שישנה איזו תביעה על הלקוחות או על היתומים שהם הבעלים של הקרקעות, אלא שתביעת המלוה אינו אלא על גוף ועצם הקרקע, שהיא הערב בעד החוב, וראיה ברורה שאין עליה תשובה, ליסוד זה, דהא הלכה פסוקה היא דגם מהפקר גובין מדין שעבודא דאורייתא, וז"ל המחבר בחו"מ סימן רעה ס"ק לא: גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו והיו עליו חובות כל מלוה שנגבית מהיורשים ומהלקוחות נגבית גם מאלו שזכו בהם כו', עכ"ל, ומקור ההלכה היא בתוספתא, וז"ל הביאור הגר"א דבהפקר לא נפקע שעבודו דלא עדיף הפקר מהקדש דקי"ל בערכין דמוסיף עוד דיגר כו' ובתוספתא דכתובות ס"פ עשירי גר שמת ובזבזו ישראל את נכסיו ויצתה עליו כתובת אשה וב"ח גובין מן האחרון אין להן גובין משלפניו אין להן גובין משלפני פניו וז"ש היו כו', עכ"ל, הרי להדיא דגובין אפילו מקרקעות של הפקר אע"ג דאין להם בעלים כלל, ומוכח מזה כדברינו, דתביעת המלוה מדין שעבוד נכסים אינו אלא על גוף ועצם הקרקע, שהיא הערב בעד החוב, ולא על הבעלים של הקרקע, ועיי' כעין זה בשעור ט"ז, אם יש בו מותר בנזקיו, אות ב'.

והנה מצאנו דפליגי התומים עם נה"מ אם בעל חוב גובה חובו מהאבידה או מגזילה שהבעלים נתיאשו מהם, דהתומים סימן לז ס"ק יח נקט בפשיטות, דכמו שגובה בעל חוב מהפקר כמו כן גובה מאבידה או מגזילה אעפ"י שנתיאשו הבעלים, כמו שכתב שם בזה"ל, דהא י"ל באמת כמ"ש התוס' ב"ב דף מד ע"א בד"ה דוקא מכר כו', וכ"כ הרא"ש דאף בקרקע שייך יאוש ותי' דוחק דבקרקע אין רגילים להתיאש רק דזה וודאי דיאוש מתורת הפקר נגע א"כ אם במקום שחב לאחרים א"י למכור וליתן ולמחול אף להפקיר אינו רשאי וא"כ אף יאוש שלו אינו דהא מתורת הפקר נגע בו כו' וזה פשוט דמה איכפת לן ביאושו במקום שחייב לאחרים והבעל חוב אינו מייאש ואינו בגדר יאוש כלל וא"כ א"ש בקרקע א"י להעיד ואע"ג דהוי יאוש כקושי' התוס' מ"מ אמרינן דרוצה להעמידו בפני ב"ח ולגבי ב"ח לא מהני יאוש ויבא הב"ח ויוציאו ממנו כו' וא"כ א"ל כמ"ש דבפרה מעיד הואיל ואתיאש ואין מעמידו

הא מתחילה לא חיילא הקדושה משום דהוי דבר שאינו ברשותו. ועיי"ש שחידש דרש"י סובר דקדושת הגוף חיילא נמי אדבר שאינו ברשותו. ולענ"ד, הפירוש האמיתי ברש"י הוא כמו שביארנו לשיטת התומים. ועיי"ש מזה במערכת הקנינים למו"ר הגר"ש זצלה"ה סימן יב.

וראיתי בנה"מ סימן לט ס"ק י, הבין בדברי הקצוה"ח דבספק אם הלוח פרע את חובו, לגבי הערב דמי לאיני יודע אם פרעתך ולגבי הלוקוחות דומה לאיני יודע אם נתחייבתי לך. דהא אם הלוח פרע קודם שהלוקוחות קנו את הנכסים הרי לא נשתעבדו מעולם. וכתב שם הנה"מ בזה"ל, ותמוהין דבריו דהבעל חוב אין להם על הלוקח כלום רק על הנכסים תובע שנשתעבדו לו והן תמיד בגדר אחד כמו ערב דהנכסים ודאי נשתעבדו לו וספק אם יצאו משיעבודו, עכ"ל. הרי סברת הנה"מ כדברינו ד, הבעל חוב אין לו על הלוקח כלום רק על הנכסים וממילא גם נכסים דמו לאינו יודע אם פרעתך. ובמשובב נתיבות שם כתב שגם הוא לא כיון לומר דנכסים דמו לאיני יודע אם נתחייבתי, דודאי גם תביעת הנכסים מהלוקח דמי לאיני יודע אם פרעתך, דהתביעה היא מהנכסים לא מבעליהן, אלא כונתו שם משום טענין ללוקח כמו שטוענין ליו"רש. ומצאתי בבית מאיר אה"ע סימן קעח ס"ק טו שהוא סובר באמת, דלגבי יורשים נחשב כאינו יודע אם נתחייבנו, דאם אביהם נפטר הם לא נכנסו מעולם בכלל השיעבוד, עיי"ש שמאריך בזה לענין כתובה בספק של קניני וסתירה ועוד. ולענ"ד, העיקר בזה כסברת הנה"מ הנ"ל [ואולי גם כונת הבית מאיר אינה מעצם סברת השיעבוד אלא מסברא צדדית היינו חזקת חיוב שחיילא בודאי לוח ולהיפך חזקת פטור שישנו בספק אם נתחייב, ואולי זה שייך גם לגבי יורשין] דשיעבוד נכסים אין להם שום שייכות לבעל הנכסים שהתורה שיעבדה אותן רק מדין ערבות, ודוקא על קרקע חייל דין תורה של ערבות, לא על מטלטלין.

ואדאתן להכי, נפתח לנו דרך מורוח בס"ד ליישב קושיית הרשב"א הנ"ל באות ב שהקשה על גדולי הראשונים נוחי נפש, דכיון דלכל מילי דאורייתא עבדי כמקרקעי למה אין גובין מעבדים הרי גם זה דאורייתא דהא קייל"ן שעבודא דאורייתא. ולדברינו הנ"ל דאין להלכה דגביית חוב מדין שעבוד, שום שייכות לקנינו של הבעלים בנכסיהם, אלא דהיא הלכה רק בהתפצא של הקרקע עצמו, ממילא אין לזה גם שום שייכות לקנינו של האדון בעבדו אלא בגוף העבד עצמו, וכיון דעצם גוף העבד הוי כמטלטלי, גם מן התורה, לכל הדינין שאינן נוגעין לבעל העבד רק להעבד עצמו, כמו הכשר זרעים וכדומה, הכי נמי לענין שיעבוד, ושפיר נוכל לומר דאפילו למאי דקיימא לן שיעבודא דאורייתא אפילו הכי אין גובין מעבדים מן התורה.

וגם הקושיא מקנין אגב קרקע שהבאנו באות הנ"ל בשם הגליון הש"ס, דלהשיטות דהוא קנין מן התורה, למה נחשבין עבדים כמטלטלין לענין זה, הא לכל מילי דאורייתא עבדי כמקרקע דמי, נראה ליישב באופן הנ"ל, דשאני קנין אגב מכל הקנינים דמה שמטלטלין נקנין אגב קרקע אין הטעם שקנין של קרקע מועיל גם למטלטלין, אלא שזהו

ודבריו הק' לכאורה אינם מובנים כלל, דהא הלכה פסוקה היא, דלרבא דקייל"ן כותיה דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה, דנכסי ברשות לוח קיימי עד הגביה, ויכול למכור ולהקדיש כאדם העושה בתוך שלו, והא דהמלוה גובה מהלוקח או מהקדש אין הטעם כמו שפירש"י, דאין מכירתו מכירה אלא הוא מדין ערבות, ורבא עצמו הרי אומר כן, כדגרסין בגמרא בכורות דף מח ע"א, אמר רבא מכדי נכסי דבר איניש אינון ערבין ביה כו', ע"כ. ועוד, דלדברי ריש לקיש בב"ק דף סח ע"ב, דיכול אדם למכור דבר שאינו ברשותו, יהא קשה על רש"י, דבטל דין גביית מלוה מנכסים משועבדים, כיון דשפיר הוי מכירה, וכן בירושא, הרי יורשים גם דבר שאינו ברשותו, קשה כנ"ל איך גובה בעל חוב מן היורשים. ונלענ"ד דכונת רש"י הוא: דהוקשה לרש"י הרי רבא אמר, "נכסי דבר איניש", הכונה הבעלים של הנכסים, דהנכסים ערבים לבעליהם. והוקשה לרש"י, כשהלוח מכר את הנכסים לאחר ראוי לומר שבטל דין ערבות, דאיך שייך לומר דנכסי שמעון ערבין לראובן. ועל זה תירץ רש"י, דמה שנוגע לערבות אין מכירתו מכירה דהוי כאינו ברשותו, אבל רק לענין זה מקרי ברשות המלוה, שיכול לגבות מהערבות, וממילא אינו ברשות הלוח לענין זה, ולענין זה אין מכירתו "לאחרים" (כמו שדייק רש"י בלשונו הזך והק') מכירה, דאף על פי שלכל הדינים היא מכירה גמורה והרי הנכסים הם של אחרים, אפילו הכי לענין זה שלא יתבטל הערבות מהנכסים נשארו הנכסים ברשות הלוח וממילא לא יקשה לריש לקיש דסבירא ליה אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, וכן ביורשים שיוורשים גם דבר שאינו ברשותו דכאן גרע טפי דכל אינו ברשותו הוי רק חסרון בבעלות, וסובר ריש לקיש דמטעם זה לא שייך לומר שחסר לו בהשלו, דהאינו ברשותו אינו מחסר את השלו, וכן הוא נמי בירושא. משא"כ בשיעבוד בעל חוב, לא הוי סתם אינו ברשותו של הלוח, אלא גרע טפי, דהרי יש להמלוה זכות לגבות, ומוכרח שזה מחסר בהשלו של הלוח, ואינו ברשותו כזה הוי כמו אינו שלו אפילו ביורשים, ואין הכי נמי, דאין הירושא יכולה לבטל זכות גבייה של המלוה, ולפיכך מודה גם ר"ל דהמכירה אינו מבטל את הערבות, ובודאי שאין כונת רש"י רק לדברי ר' יוחנן, אלא כונתו דאינו ברשותו כזה, שיש לאחרים זכות גביה בנכסים שלו, גם ר"ל מודה דאין המכירה יכולה לבטל ולהפקיע זכות זה, והערבות נשאר גם אחרי המכירה, ואולי רש"י קיצר בזה ולא ביאר כל הצורך, מכל מקום נכונים דברינו בס"ד לבאר דבריו הבלתי מובנים לכאורה. ועיי"ש שעור כ' אות י"ז וי"ח.

על כל פנים מה שכתב הנה"מ שכונת רש"י בפשטות, שאין מכירת הלוח מכירה כלל, ומהאי טעמא כתב דאין גובין מדבר המיואש, פירוש זה אי אפשר לקבלו כלל וכמו שהקשינו עליו מגמרא וסברא, דשיעבוד נכסים הוא הלכה על גוף ועצם הקרקע. ועיי"ש קצוה"ח סימן קיז ס"ק ב כנראה שהבין בכונת רש"י כהנה"מ, דלא חייל כלל המכר וההקדש שמכר או הקדיש הלוח משום דהוי אינו ברשותו, ועיי"ש שהוקשה לו לפי זה גם כי בא הלוח אחר כך ומסלק להבעל חוב בזווי נמי תתבטל המכירה, כיון שבשעת המכירה לא חיילא משום דהוי דבר שאינו ברשותו, גם הקשה לרש"י, אמאי קדושת הגוף מפקיע מידי שיעבוד,

שמואל ז"ל בכ"ב והוא עיקר, עכ"ל הנ"ל. הרי להדיא דגם לענין קנין אגב שייכא סברת לא סמכא דעתיה, והטעם בזה צריך לומר כמוש"ב. דקנין אגב תלוי בעיקר וטפל, ומה דלא סמכא דעתיה עליו אין זה עיקר.

ו"ל תוס' יבמות דף צט ע"א ד"ה מני ר' מאיר היא דאמר מטלטלי משתעבדי לכתובה, אע"ג דבכל דוכתא אמרינן הוקשו עבדים לקרקעות הכא יש לחושבם כמטלטלי לפי שמתים ובורחים וללישנא דחשיב להו מקרקעי סבר דסמכא דעתה עילויהו כמו קרקעות, עכ"ל. וכתב בנה"ש שם שזהו כמו שיטת רשב"ם הנ"ל, והוא דלא כתוס' בסוגיין דהגדירו לחלק בין מילי דאורייתא למילי דרבנן. ועיי' ש"כ חו"מ סימן שסג כתב מתחילה מסברא דנפשיה, דטעם דעבדים לענין אגב וכן לענין פרוזבול ולהא דאין גובין מיתמי הוא מטעם דלא סמכא דעתיה, ואחר כך מצא כן בהרבה ראשונים, וז"ל הש"כ שם. אלא נ"ל דאשכחן בכמה דוכתי דלענין בעל חוב שאני דלא סמיך דעתיה עליה וא"כ הכא נמי נהי דעבדא כמקרקעי דמי היינו לענין דינין הכתובים בתורה אבל לענין סמיכת הב"ח כיון דיכול לברוח לא סמכא דעתא עליה וכמטלטלי דמי וכן לענין פרוזבול לא סמיך עליה וכן לענין קנין אגב לא סמיך דעתיה דלוקח לקנות בו המטלטלים כיון שלא עשה שום קנין במטלטלין עצמן רק שיזכה בהן אגב העבד והעבד גופיה יכול לברוח ושוב עיינתי בפני רשב"ם פרק יש נוחלין ונלפע"ד דגם כונת רשב"ם כן ודלא כמ"ש הרא"ש בשמו כו', עכ"ל. הרי להדיא כמוש"ב.

ז

והנה מלבד השלש שיטות הנ"ל מצאנו שיטת הרי"ף מסוף ימיו שהיא שיטה מחודשת לענין עבדי כמקרקעי בדיני גזילה, וז"ל הנ"ל לקמן פ' הגזול ע"ס, וכתב הרא"ה ז"ל דפסק הרי"ף ז"ל הלכתא כרב דעבדא כמקרקעי דמי ובסוף ימיו חזר בו ואמר דלית הלכתא כותיה אלא עבדא כמטלטלי דמי מדפסיק ר"נ בפ"ק דמכילתין [דף יב ע"א] דהלכה דאין גובין מן העבדים דכמטלטלין חשבינן להו והשיב עליו זקנו הרז"ה ז"ל א"כ הו"ל למפסק נמי דנשבעין על העבדים והא ליכא מ"ד ובודאי שזו צריכה לפנים כו', עכ"ל. ובמלחמות שם כתב ליישב דברי רי"ף, וז"ל, וי"ל דאע"ג דאין נשבעין עליהם ואין להם אונאה לענין גזילה כמטלטלי דמי ומש"ה לא אייתי מינה סיועא לדרב כי אקשינן עליה אמאי שביק רבנן דמתני' ואפשר דמרבין להו מקרא משום דכתיב כל הנד מיעוטי פקדון ותשומת יד גזל ואבידה ועושה ודלמא רבויי נינהו ומרבין בהו עבדים ומיהו ממתניתא דמחליף פרה בחמור מיתנין משבועה לגזילה משום דמפכא דר"מ לרבנן ודרבנן לר"מ ואילו לר"מ הוה מטלטלי לשבועה כ"ש לענין גזילה אבל אפשר דליהו מטלטלי לגזילה ומקרקעי לשאר דיני ובזה נפטר רבינו הגדול ז"ל מן הטענה שטוען עליו שהיה לו לפסוק הלכה נשבעים עליהם אבל יותר נראים דבריו הראשונים שפסק כרב כו', עכ"ל. ודברי המלחמות לכאורה תמוהין, דאיך אפשר לומר בשיטת רי"ף דעבדי כמטלטלי רק לגזילה, מריבוי דקראי או מסברא, אבל "מקרקעי לשאר דיני", הא הרא"ה הנ"ל מביא שהרי"ף הכריח דינו מהא

בגדר עיקר וטפל, וכמו שמדויק הלשון "אגב", היינו שכונת התורה שהמטלטלין בטלין לגבי הקרקע, וקונין אותן בלי מעשה קנין, ומסתמא זהו הטעם שצריך לומר אגב וקני. היינו שמצהיר וכודה שאין זה העיקר, וידוע שיטת רמב"ם דבאופן שהמטלטלין צבורים על הקרקע, שוב אין צריך שיאמר המוכר אגב וקני, והטעם בזה דכשהם צבורים, חייל הביטול ממילא, בלי שום אמירה, ודוקא כשאינן במקום אחד אז צריך שיבטלם באמירתו, וכיון שכן הרי כל ההלכה שנוגעת לקנין אגב, היא תלויה רק בעצם החפצא, אם זה חפצא של מטלטלין שייך שתתבטל לגבי חפצא של קרקע, או לא, וכיון שלכל הדינים שנוגעים להעבד עצמו, הרי הוא כמטלטלין אפילו מן התורה, שפיר נוכל לומר דכן הוא נמי לענין קנין אגב אפילו אם גם הוא מן התורה להשיטות הנ"ל.

י

שיטה שלישית בענין, הא דאין גובין מעבדים, מצאנו ברשב"ם פרק יש נוחלין דף קכח, דהטעם הוא משום דלא סמכא דעתיה של המלוה, וז"ל בד"ה ור"נ אמר אין גובין, דנהי דאיתקש לקרקעות כדכתיב (ויקרא כה) והתנחלתם (וזו הרי היא ממש קושיית התוס' בסוגיין והכריחו מזה דבמילי דרבנן עבדי כמטלטלי) ה"מ לדברים הכתובים בתורה כגון לקנותן בכסף בשטר ובחזקה ושלא לישבע עליהן ושאינן בהן אונאה אבל לענין ב"ח כמטלטלי דמי דאין ב"ח סומך אלא על קרקעות שאין יכולין ליאבד ולא לזוז ממקומן אבל מעבדים לא סמכא דעתיה הלכך לא משתעבדי ליה, עכ"ל. ולכאורה עדיין ישאר הקושיא מאגב דמאי שייך שם טעם דלא סמכא דעתיה, אולם בני"י מבואר שגם כאגב שייכא הסברא דלא סמכא דעתיה, וצריך לומר בביאורו לפי מה שביארנו, דטעם דקנין אגב הוא שמטלטלין נחשבין כטפל לגבי קרקע והכי נמי יש לומר בעבדים דלא סמכא דעתיה שיחשבו כעיקר וכמו קרקע, אלא כטפל וכמו מטלטלין, וז"ל הנ"ל לקמן ריש פרק הגזול ע"ס ד"ה וכתב הרא"ה ז"ל, דפסק הרי"ף ז"ל כו' ובודאי שזו צריכה לפנים דהא הכא פסק רב עבדא כמקרקעי דמי והלכה פסוקה היא והכל מודים בה שאין נשבעים על העבדים ור"נ פסק שאין גובין מהם לפי שהם כמטלטלי וגבי דינא דאגב לא הכריעו בו אם הוא כמטלטלין או כקרקעות ואמרו [שאין] נקנין באגב וב"ב (דף קנ ע"א) שאלו עבדא כמקרקעי דמי או כמטלטלי וסלקא בתיקו ומן התימה הגדול האיך לא מייתי התם הני מתנייתא והעיקר בזה שבכל דברי תורה עבדא כמקרקעי דמי כשבועה ואונאה ותשלומי כפל ודיני שומרים ופדיון בכור בכל אלו הוציאו מהן קרקעות בכלל ופרט ועבדים שהוקשו להם אבל ההיא דב"ב תלוי בלשון בני אדם אם קורין לעבדים מטלטלין לפי שהן מטלטלין אע"פ שמן הדין [הן] כקרקעות וההיא נמי דר"נ היינו מפני שאין דעתו של מלוה עליהן לפי שיכול הלוה להבריחן דומיא דמטלטלין וכן בדינא דאגב דאפשר דהוי דין תורה דבקדושין [דף כו ע"א] מפיק ליה מדכתיב ויתן להם אביהם וכו' ערים בצורות אף הוא תלוי בדעתו של אדם שאדם סומך הדבר המטלטל על הקרקע שהוא עיקר לעולם שאדם סומך בו ולפיכך עבדים כיון שאין אדם סומך עליהם אי אפשר לסמוך מטלטלין עליהם וכ"כ רבינו

זה גב, ואם בארץ ישראל הסיג הגבול הרי זה עובר בשני לאוין בלאו גניבה או בלאו גזילה ובלאו לא תסיג ואין חייב בלאו זה אלא בארץ שנאמר בנחלתך אשר נתחל, עכ"ל. הרי דגם בגזל קרקע עובר משום לא תגזול ודלא כתוס'. ובשו"ת רא"ש סובר כתוס' דאין עובר משום לא תגזול בקרקע, אלא שהתוס' אמרו כן מסברא וכפי' הפני' הג"ל, והרא"ש לומד זה מכלל ופרט. גם מבואר ברא"ש דאם נשתמש בקרקע עובר משום לא תגזול [וזה לכאורה כסברת תוס' דהטעם דאינו עובר משום דאי אפשר לזוזה אבל ההשתמשות הרי זו ממקומו]. וז"ל בכלל צה, ועתה אבאר דין גזל קרקע, כך הוא האמת דשלוש עבירות הן בענין גזל, הראשונה במחשבה שמתאוה בלבו לממון חבירו, והשניה בדבור שמדבר אלו ה' אותו הממון שלו, השלישי שמוציא מחשבתו ודבורו לפועל הולך וגוזל ממון חבירו מטלטלין משגוטלן ומוציאן מרשות הבעלים ומביאן לרשותו או נגמר הגזל, ובמקרקעי לא שייך כי נתמעטו מכלל ופרט גבי אשם גזילות ומשם למדו חכמים שאם שטפה נהר או גזל עבדים והזקינו אומר לו הרי שלך לפניך, הילכך אם גזל שדה ולא חרשה ולא זרעה או גזל בית ולא נשתמש בו אין כאן כל תגזול כי ברשות בעלים הם עומדים כו' (אבל אם אכל הגזלן הפירו' של השדה עובר משום בל תגזול כי ברשות הבעלים גדל ואם כן נשתמש בבית ולא העלה שטר לבעלים ועובר) משום בל תגזול כו', עכ"ל. סובר הרא"ש כתוס', דאין עובר בל תגזול בגזול קרקע, וצ"ע איך סובר בעבדים, דהתוס' שאמרו דמסברא אינו עובר בקרקע משום דאי אפשר לזוזה, שפיר כתבו דעבדי דניידי עובר. אבל הרא"ש דיליף לה מגזייה"כ, יש לומר דגם עבדים הוקשו לקרקעות לענין זה, או דלמא כונת רא"ש דהגזייה"כ מגלה לנו הטעם דאי אפשר לזוזה, אבל בעבדים מודה הוא לתוס'. ומה שהביא „והזקינו“ אין שום ראייה דזהו לענין דיני גזילה לקנותן בשינוי ולא מיירי באיסור דלא תגזול, וצ"ע.

ח

ובתוס' ריש פרק לולב הגזול דף לא ע"א ד"ה אבל כו' כתבו, דבחנם דחק רש"י לאשכוחי סוכה גזולה בגזול סוכה העשויה בראש העגלה או בראש הספינה דבכהאי גונא היא נגזלת מפני שאינה מחוברת לקרקע, וזהו ממעטינן מדכתיב לך למעטה גזולה, ועל זה כתבו התוס' בזה"ל, וקרא מיתוקם מדאורייתא ואפילו [מדרבנן] בלא עגלה וספינה איכא לאוקומיה קרא כגון בראובן שבנה סוכה בחצרו של שמעון מדעתו [עיי' ב"ח שם גורס שלא מדעתו, ועיי' בליקוטין בחי' רע"א על מסכת סוכה מביא גירסא זו בשם הגהת אשר"י והאריך שם לבאר דברי המג"א במה שחולקים התוס' עם ההגהת אשר"י, עיי"ש] ובא שמעון ותקף את ראובן והוציאו מסוכתו דאין עליה תורת שאולה כיון דלא קיימא ברשותו של ראובן ולא דמיא לקרקע דבחזקת הבעלים עומדת ולכך אין קרקע נגזלת, עכ"ל. ובחי' רע"א וכן בגה"ש תמה על התוס', הא אמרינן יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות ואם גזל עבדים והכניסן לביתו אינן נגזלין ושטפן נהר אינו חייב באחריותן. הרי אף דאין קיימין ברשות בעלים והם ברשות הגזולן, ואפילו הכי אינן נגזלות, עיי"ש שהניח בצע"ג. ונלענ"ד ליישב דברי תוס' בפשטות, דסברי תוס' שם כשיטת הרי"ף בסוף

דרב נחמן דהלכה דאין גובין מן העבדים ואיזו שייכות הוא לגזילה, וצ"ע.

ונלענ"ד בביאור הרי"ף הג"ל, דהנה בגה"ש בסוגיין על התוס' בד"ה אנה מתניתא ידענא כו' כתב דבהא דאמרינן הוקשו עבדים לקרקעות יש להסתפק, דיש לומר דנהי דעבד הוא כקרקע מכל מקום לא הוי כמחובר לקרקע, ולא מהני בו חזקה דקרקע, וגם יש לומר דהוי נמי כמחובר לקרקע, ומהני בו גם חזקה דקרקע, עיי"ש שמתעם ספק זה הניח בצע"ג דברי התוס', ולפי זה נראה לי דזהו שיטת הרי"ף דשני דינים אלו, היינו דין גזילה, ודין גביית חוב מיתומים תלוי במחובר לקרקע, וזהו שהוכיח הרי"ף בסוף ימיו, מהא דאמר רב נחמן הלכתא אין גובין מעבדים, והטעם דעבד נהי דהוי כקרקע, מכל מקום אינו כמחובר ומה שאמרה תורה נכסי דבר אינש ערבין ליה, הוא דוקא בדבר שמחובר הוא לקרקע, וכן הרי הוא מסברא, וממילא גם עבדים נגזלין, דהא דקרקע אינה נגזלת סובר הרי"ף דאין זו הלכה בקרקע אלא במחובר, ועבדים שאינן כמחובר יש בהן כל דיני גזילה, ומה שכתב הרמב"ן דאפשר דמרבין להו מקרא, נראה דכונתו דמרבין מקרא הלכה זו, דגזילה תלויה במחובר לקרקע, ולכן מרבין עבדים לענין גזילה דנהי דהו כקרקע מכל מקום הרי אינן מחוברין לקרקע.

וז"ל תוס' ריש פרק איזהו נשך דף סא ע"א בד"ה אלא לאו דגזל למה לי לכובש שטר שכיר, וא"ת ולוקמיה בגזל גופיה ובגזל עבדים דלא אתי מרבית ואונאה דאין אונאה לעבדים כדקאמר לעיל (דף נו ע"ב) דהא קרקע (עיי' הגה' שצ"ל דקרקע) אינה נגזלת אינו מן המקרא אלא משום דאי אפשר לזוזה ממקומה אבל עבדי דניידי אע"ג דהוקשו לקרקעות יעבור בלא תגזול, עכ"ל. ועיי' פנ"י כתב ליישב הקושיא שהוקשה להמהרש"א, הא בפרק הגזול ממעטינן קרקעות ועבדים מכלל ופרט וכלל, וכתב הפנ"י ליישב, דהמיעוט הוא לענין דיני גזילה שאין הגזלן חייב באחריות, וכן שאינו קונה בשינוי ומכל הדינין, אבל מאיסור דלא תגזול אין לנו שום מיעוט בקרקעות ועבדים, דהא לאו דגזילה לא כתיב בהאי ענינא, ושפיר כתבו התוס', דקרקעות שייך למעט מסברא אף מאיסור גזילה, כיון שאי אפשר לזוזה ממקומה, אבל בעבדים נהי דנתמעטו מדיני גזילה, מכל מקום יש לומר דשייך בהו איסור דלא תגזול, והנה סברת תוס' דאי אפשר לזוזה ממקומה, הרי היא ממש סברתינו הג"ל, דההלכה אינה בקרקע אלא במחובר, אלא שהתוס' סברי כל ההלכה זו רק לענין איסור דלא תגזול דזה יעבור גם בגזול עבד, אבל דיני גזילה אינו תלוי במחובר רק בקרקע, וממילא אין דין גזילה גם בעבד, אבל רי"ף סובר כן גם לכל דיני גזילה, שלא נתמעטו עבדים גם מדיני גזילה, מפני שאינן מחוברין לקרקע, והסוגיא דלקמן דף קיז ע"ב יתרץ רי"ף דאזלא למאן דאמר גובין מעבדים, ואיזה סובר דעבדים הרי הם גם כמחובר לקרקע, ולהכי גובין מהם, וממילא גם אינן נגזלין.

וידע דבהא דמבואר בתוס' הג"ל, דגזל קרקע אינו עובר משום לא תגזול משום דאי אפשר לזוזה ממקומה, רמב"ם חולק עליהם, וז"ל בפרק ז מגניבה הלכה יא, המסיג גבול רעהו והכניס מתחום חבירו בתוך תחומו אפילו מלוא אצבע, אם בחזקה עשה הרי זה גזולן, ואם הסיג בסתר הרי