בעהי"ת

זמן קיץ ה'תשפ"ב

שְׂפָה בְרוּרָה

תשובות לשאלות

שנשאלו במבחני הדיינות

חושן משפט חלק ג'

סימנים קפט - תכו

כולל כל השאלות שנשאלו עד **מועד כסלו ה'תשפ"ב** [השאלות עד מועד אב תשע"ח נסדרו ע"י כולל 'ארץ חמדה'. משם ואילך ליקטתי את השאלות החדשות מתצלומי המבחנים המופיעים באתר 'סמיכה'].

* התשובות פעמים באו בקצרה ופעמים באו בארוכה. לעתים הובאו גם הרחבות מדברי הפוסקים האחרונים, או הערות ועיונים וכדו'.

נ.ב. לצערי לא הספקתי להשיב על השאלות שבכל הסימנים.

אקווה שבכל זאת הקובץ יהיה לתועלת בתשובות שנכתבו.

איתיאל סופר

כולל דיינות, ישיבת כרם ביבנה

התוכן

הלכות מקח וממכר 5

סימן קפט 5

סימן קצ 7

סימן קצא 13

סימן קצב 16

סימן קצג 21

סימן קצד 22

סימן קצה 24

סימן קצח 36

סימן קצט 42

סימן ר 48

סימן רא 55

סימן רב 60

סימן רג 65

סימן רד 69

סימן רה 70

סימן רו 78

סימן רז 79

סימן רח 97

סימן רט 98

סימן רי 107

סימן ריא 108

סימן ריב 110

סימן רכב 116

סימן רכג 118

סימן רכד 119

סימנים רכה-רכו 121

הלכות אונאה ומקח טעות..... 125
סימן רכז 125
סימן רל..... 139
סימן רלא 142
סימן רלב..... 144
סימן רלד..... 157
סימן רלה 159
סימן רלז 163
סימן רלח 166
הלכות מתנה 167
סימן רמא 167
סימן רמב 174
סימן רמג..... 174
סימן רמה 178
סימן רמו..... 179
סימן רמז..... 182
סימן רמח..... 183
הלכות מתנת שכיב מרע 186
סימן רנ 186
סימן רנב 192
סימן רנג..... 192
סימן רנה 193
סימן רנו..... 193
הלכות אבידה והפקר 193
סימן רנט..... 193
סימן רס 194
סימן רסא 194
סימן רסב 195
סימן רסד..... 196
סימן רסו 200

סימן רסז 200
סימן רסח 201
סימן רסט 202
סימן ער 203
סימן ערב 204
סימן רעג 204
סימן ערה 205

הלכות גניבה 207

סימן שמח 207
סימן שמט 212
סימן שנא 214
סימן שנג 215
סימן שנד 218
סימן שנו 220
סימן שנז 225
סימן שנח 227

הלכות גזילה 229

סימן שנט 229
סימן שס 230
סימנים שסא-שסב 233
סימן שסג 235
סימן שסד 240
סימן שסה 240
סימן שסח 241

הלכות מקח וממכר

סימן קפט

1. **מכר חפץ לנפקד האם קנה מדין חצר? ומה הדין אם נתן חפץ לנפקד? [בלשון אחר: מה הדין אם ראובן הפקיד אצל שמעון חפץ ועכשיו שמעון רוצה לקנותו מראובן ופסקו הדמים, האם שמעון צריך לעשות קנין המועיל או שקונה מדין חצר?]**

כתב **הטור** בסו"ס קפט שאם היה לו פקדון בידו וכיוֵן הנפקד לקנותו בסכום ידוע שאמר למפקיד שיתן לו, לא קנה. וכתב הב"י **בבדק הבית** שזו בוודאי ט"ס וצ"ל "אבל אם היה פקדון ביד אחרים" ולא "בידו", ובזה ודאי לא קני עד שישכור מקומו.

הט"ז תירץ נוסחת הטור, דמיירי שכבר גילה שהוא מעוניין למכור את החפץ בסכום מסוים, אך טרם מצא קונה, וכעת השומר רוצה לקנותו באותו סכום אך לא דיבר על כך עם הבעלים, ולכן לא קונה רשותו. [ועי' **בב"ח** כעין זה]. ועוד תירץ ע"פ דברי **רשב"ם** (ב"ב פה ע"א), דאיתא שם בגמ': "ברשות לוקח כיון שקיבל עליו מוכר קנה לוקח", ופירשב"ם שאם החפץ הנמכר ברשות לוקח א"צ קנין וזוכה לו רשותו, ומבואר שהשומר מקנה את רשותו למפקיד ולכן הפקדון בעצם נמצא בחצר המפקיד וממילא לא קנה.

בקצה"ח הביא דברי **מהרי"ט** (ח"א סי' סה), שחכם אחד כתב עפ"ד רשב"ם לבטל המתנה כתירוצו השני של הט"ז שהקרקע קנויה למפקיד, ומהרי"ט הקשה על כך כמה קושיות: א. איך קנה המפקיד את הקרקע ללא שום מעשה קנין? ב. גם אם קנה הרי לא ייחד לו מקום. ג. גם אם נאמר שהקרקע שתחת הפקדון קנויה למפקיד, סו"ס יוכל השומר לקנות מדין מתנתו וחצרו באים כאחד.

הקצות צידד בשיטת הט"ז ו'חכם אחד', ודחה את קושיותיו של מהרי"ט:

א. לרמב"ם (פ"א ממכירה הט"ו) קרקע נקנית גם באכילת פירות כלומר בשימוש, וגם **לראב"ד** שחולק וס"ל שאינו קונה היינו לענין קניית הקרקע לגמרי, אבל לשימוש מודה שקונה [כגון לנעוץ בה קורות וכדו' וכמבואר בקצות בסי' קנג], וכשביל של כרמים שנעשה להילוך ונקנה בהילוך (ב"ב ק ע"ב). וכ"כ **במחנ"א** ריש הל' שכירות, ועי' **בקוב"ש ובחזו"א** שהקשו מהתוס' ב"ב פה ע"א. **ובנתיבות** סי' קצב סק"ו ס"ל דתרי גווני שכירות איכא ותלוי מה עשה, ע"ש בתשובה 3.

[וגם במחנ"א ריש הל' שכירות כתב כהקצה"ח דשאלה ושכירות לכו"ע נקנה בחזקה דאכילת פירות. ובחזו"א ובקוב"ש הקשו מהתוס' ב"ב פה ע"ב ד"ה כגון שהקשו מאי מהני שהיה בעלה מוכר קלתות, האי צריכה לקנות המקום בחזקה. ומוכח דלא כהקצות. וכ"כ מהרי"ט שם והגרע"א על המחנ"א שם להוכיח דלא כדבריו.]

ב. מראש השאיל עבורו לכל מקום שיהיו שם חפציו. וכעי"ז אמרינן **בב"ב** ק"ג בשואל גרגותני, וכן בב"מ קטז ע"ב שותפין לא קפדי אהדדי, ופירש"י דאפקורי מפקרי ליה רשותא כל חד לגבי חבריה וכו'. וכ"כ בנ"י שם בשם הרשב"א. [אמנם **הנתיבות** בפתיחה לסי' ר' דחה שכיון שאין לו מקום מסוים לא הוי ייחד לו מקום].

ג. דין באין כאחד שייך רק במעשה כנתינת גט, ולא בדיבור. ומוכח מגט שחרור של עבד שאם אמר לו בע"פ "הרי אתה לעצמך" לא קנה עצמו בדיבורא בעלמא כדאי' **בקידושין** טז ע"א, אלא רק במעשה של נתינת גט. וה"נ לא מהני כיון שחצר הנפקד קנויה למפקיד, אינה נקנית לנפקד בדיבורא בעלמא [**בנתיבות** שם תמה ע"ז, דסו"ס המפקיד יכול למחול על חיוב ההשבה ושלא יהיה שומר, ע"ש]. ובס' ר סק"ה כתב הקצות דבאין כאחד אמרינן דוקא בדבר שצריך נתינה ולא זכייה ולכן לא מהני במתנה כלל.

עוד הוכיח מהרי"ט דאין החצר נקנית לתשמיש עד שיחזיק, מהא **דגיטין** עז ע"ב תיחוד ותפתח וכו', והתם מיירי בתורת שאלה, מוכח דבעינן קנין חזקה דווקא. וכן בפ"ק **דמציעא** יא ע"ב גבי ומקומו מושכר לו מוכרח דבעי' קנין גמור.

ודחה הקצות דהתם חצר אין כאן מתנה אין כאן, דהחצר אינה נקנית אלא בחזקה, והגט וכן התבואה עדיין אינם שלהם, ולכן צריך קנין דוקא. אך בנ"ד שנותן חפציו בחצרו הו"ל חזקה דאכילת פירות ולאותו תשמיש לכו"ע קונה וכנ"ל.

אך קשה מהא **דע"ז** סג ע"א בא עליה ואח"כ נתן לה אתננה, ומיירי בחצרה דלא מחסרה משיכה, והא הו"ל חצר דמפקיד והיכי קנה לה חצרה. ואפשר דמיירי שבא הטלה לחצרה שלא מדעתה דבכה"ג לא קנה המפקיד. וכן נראה בדין החושב לשלוח יד בפקדון דפטור (**ב"מ** מג ע"ב), ואע"ג דחצר דגניבה אתרבי בגיטין עז ע"א לא קנה כי חצר דמפקיד הוא. אמנם לפירש"י שם אין ראיה.

אמנם קשה מה"ד **בב"מ** לד ע"א בשילם ולא רצה לישבע דקנה כפילא וכו' מאי בינייהו דקיימא באגם, ומשמע דאם עומדת בחצר הנפקד סמוך לגניבה קונה לא חצרו, ואמאי, הא חצר דמפקיד הוי. ונראה דכיון שנעשה בשעת משיכה כאומר לכשתגנב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך סמוך לגניבתה כדאי' התם, הו"ל כמפרש בשעת פקדון שבסמוך לגניבה יצא מתורת פקדון לתורת מקח והוי כמפקיד לשלושים יום דאחר ל' יום הדרא חצר למרא קמא. אבל היכא דנותן לו סתם בתורת פקדון הוי לעולם פקדון עד דהמדר ליה.

אמנם אי קשיא הא קשיא, מה"ד **בקידושין** מז ע"א האומר לאשה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך ומצאה שנגנב, אם נשתייר הימנו שו"פ מקודשת. ולכאו' במה מקודשת הרי מחסרה משיכה, וחצרה אינה קונה דחצר דמפקיד הוא. והקצות נשאר בזה בצ"ע.

[**ובאמרי בינה** (דיני הקניינים סי' ג) תירץ די"ל ד"פקדון" היינו חפצים, וכדמשמע מלשון "אם נשתייר שוה פרוטה", אם כן י"ל דהיה מקנה לה המטלטלין על ידי קנין סודר ומקדשה בזה, ולא ע"י החצר. והוכיח מדברי **הב"ש** באה"ע (סי' כ"ט סק"ב) משם הרש"ך דבכה"ג שמקנה לאשה הטבעת של קידושין בקנין סודר מקודשת וליתא בכה"ג גזירה דקנין חליפין. וע"ש באמ"ב שהאריך טובא בכל הענין].

הנתיבות בפתיחה לסימן ר' פסק כשיטת מהרי"ט שיכול הנפקד לקנות את הפיקדון. ואע"פ שמודה לקצות שהמפקיד קונה את הקרקע לענין זכות השימוש, אך לדעתו קנין זה אינו מעכב מהנפקד שהוא בעל הקרקע לקנות בקנין חצר.

לגבי נתן הפקדון - בסי' רמא ס"ב כתב השו"ע ע"פ הרמב"ם (פ"ג מהל' זכיה ומתנה ה"ב): "מחל לחבירו חוב שיש לו עליו, או נתן לו הפקדון שהיה מופקד אצלו, הרי זה מתנה הנקנית בדברים בלבד. הגה: ויש אומרים אפילו היה לו שטר או משכון עליו, אפילו הכי הוי מחילתו מחילה בדברים בעלמא (מרדכי פ"ק דסנהדרין)". וע"ש **בסמ"ע** סק"ו. ועי' גם **בב"י ובפרישה** שם (אות ד), **ובהגהות והערות** (אות ו) דצ"ע ממ"ש הב"י בסי' דידן בבדק הבית.

2. א. האם ישנם דברים שיכולים להעביר בעלות בדיבור בעלמא?

איתא **בב"ב** ג ע"א קנין דברים בעלמא הוא, ומבואר שקנין דברים לא מהני, וכ"נ בטוש"ע סי' קפט: "אין המקח נגמר בדברים; שהאומר לחבירו: היאך אתה נותן לי חפץ זה, ואמר ליה: בכך וכך, ונתרצו שניהם ופסקו הדמים, יכולים לחזור שניהם, אפילו היה הדבר בפני עדים ואמרו להם: הוו עלינו עדים שמכר זה ושלקח זה, הרי זה אינו כלום עד שיגמור המקח. כל דבר ודבר כראוי לו; קרקע לפי קניינו, ובעלי חיים

לפי קנינם, ומטלטלים לפי קניינם. ולאחר שנגמר המקח, כל אחד לפי קניינו, אין שום אחד מהם יכול לחזור בו, אפי׳ לא היו עדים בדבר״.

ואף על גב דדברים אינם קניין, מ״מ ראוי לו לאדם לעמוד בדיבורו וכל החוזר מדבריו ה״ז מחוסר אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו, וי״א דאף אם נשתנה השער מקרי מחוסר אמנה, ויתבאר בסימן ר״ד.

אבל אם אמר בלשון חיוב חייב, כמבואר בסי׳ ס. ועי׳ גם קידושין ט ע״ב מימרא דרב גידל אמר רב ״כך אתה נותן לבתי וכו׳ הן הן הדברים הנקנים באמירה״, ונפסק בשו״ע אה״ע סי׳ נא.

ובסי׳ רמא ס״א כתב השו״ע: ״מחל לחבירו חוב שיש לו עליו, או נתן לו הפקדון שהיה מופקד אצלו, הרי זה מתנה הנקנית בדברים בלבד. הגה: ויש אומרים אפילו היה לו שטר או משכון עליו, אפילו הכי הוי מחילתו מחילה בדברים בעלמא (מרדכי פ״ק דסנהדרין)״. אמנם לענין משכון זו דעת המרדכי, אבל הריטב״א והרשב״א ועוד חולקים בזה, וכתב **הש״ך** דהוי ספיקא דדינא וכן **בקצות** כתב דקשה להוציא נגד דעתם. ועי׳ **בנתיבות** סק״א שהאריך.

וכן לענין סיטומתא מבואר בסי׳ רא דאפילו לא נתקיים המקח כראוי לפי קניינו אם יש מנהג בעיר דברשימה על החביות הוי קנין אין יכול לחזור בו וכן כל כיוצא בזה לפי מנהג המקום, ודנו הפוסקים אם מהני גם לקנין דברים (עי׳ בפד״רים ובתחומין כרך יב במאמרו של הגרז״ן גולדברג זצ״ל, עמ׳ 287).

ועוד מבואר **ברמב״ם** פ״ל מהל׳ מכירה (ה״ב) שאם עבד קנה או מכר או נתן מתנה, אם רצה האדון לקיים דבריו, מהני, ״ובדברים בלבד הוא שמקיים האדון או מבטל, ואינו צריך לקנות ממנו כלום״. ונפסק **בטוש״ע** (סי׳ רלה סכ״ד). וכ״כ שם הרמב״ם (ה״ג) לענין אשה שמכרה בנכסי בעלה, והובא גם **בפת״ש** (סי׳ קצא סק״ב) בשם **שו״ת בית אפרים** (חו״מ סי׳ ו), שביאר עפ״ז נוסח שטר מכר שכתוב בו לשון מכירה גם על האשה. ע״ש.

ב. אם קנו באחד הקניינים ואחר כך מחלו זה לזה, האם הדברים חוזרים למי שהיו שייכים קודם?

לא, כמבואר בדברי **הרמ״א** בשם תה״ד וריב״ש: ״ואפי׳ מחל זה לזה אחר כך, לא מהני, אלא צריכין לחזור ולהקנות זה לזה״. וכ״כ הטור לקמן בסימן רמ״ג בסעיף ט״ז ע״ש, ועוד כתבו המחבר לעיל בסימן ס״ו סעיף י״ג עיין שם. וכן הדין בשכירות, ועיין לקמן ריש סימן שט״ו. [לשון הסמ״ע].

ועי׳ בסי׳ יב ובסי׳ רמא ס״ב בהגה בדיני מחילה.

סימן קצ

1. **במקום שנהגו לגמור מקח ע״י שהלוקח נותן פרוטה למוכר - האם קונה?**

בשו״ע ר״ס קצ כתב שקרקע נקנית ע״י נתינת שו״פ למוכר, ודעת **הסמ״ע** סק״א שאין הכוונה לכסף קנין שהרי למדנו משדה עפרון שהוא כסף שיווי הניתן כתשלום, ולכן צריך שהכסף יהיה כל התשלום או שיזקוף השאר במלוה או שהמוכר לא עייל ונפיק אזוזי. וכ״כ ב**אבני מילואים** סי׳ כח. אמנם **הב״ח והט״ז** חולקים שהרי גם קידושין נלמדו משדה עפרון ושם ודאי לא שייך כסף שיווי, והסכים עמם **הנתיבות** והאריך בזה.

ובסי׳ רא ס״ב מבואר שאם נהגו התגרים לקנות כגון ע״י נתינת פרוטה קונה (מקורו **רא״ש** ב״מ ע״ד), וזהו קנין סיטומתא [ולא חשו לנשרפו חיטיך דזה דוקא כשנותן כל הכסף, **סמ״ע** שם סק״ד ובסי׳ קצח סק״ז. ועפת״ש שם סק״ג שלדעת כמה אחרונים בכה״ג אפי׳ נתן כל המעות קונה. ע״ש בתשובה 1 ס״א].

2. א. מהם הקניינים ששדה נקנית בהם?

כסף, שטר, חזקה. מבוארים בפ"ק דקידושין במקורם ובטעמם. וכן סודר (ב"מ מז ע"א, קידושין ג ע"א).

סיטומתא - להלכה מועיל בשדה (כן נראה בדברי **הרא"ש** פ"ק דמציעא סי' לח). אמנם **הב"ח** ס"ס רא כתב דאין צורך בסיטומתא אלא במטלטלין שאין פנאי להזמין עדים וכו', אבל עי' **בש"ך** שם סק"א שחולק וכן מבואר בדברי רש"ל, וכתב הש"ך דאפשר שגם הב"ח לא איירי אלא במקום שלא נהגו אבל אם נהגו מהני (ראה עוד לקמן סי' רא תשובה 1 סעיף א).

אודיתא - עי' **קצה"ח** סי' קצד סק"ג, ובתשובה 2 לסימן קצד בהרחבה.

קנין חצר - כגון שהקומה השנייה הנמצאת בחצר של התחתונה, או עציץ נקוב המונח ע"ג קרקע, דעת המקנה שמועיל. וכן משמע בקצה"ח (סי' צה סק"ג וסי' רעה סק"א) שכתב בתו"ד שדמצינו למימר דבית נקנה בתורת חצר.[1] וכן כתב בשו"ת שאילת דוד (אה"ע סי' כא, ד"ה א"ה יש). **אמנם** הנתיבות (סי' רמא סק"ג) כתב בפשיטות דקרקע אינו נקנה ע"י חצר, ע"ש. וכן נקטו בשו"ת משיב דבר (ח"ב ס"ס ל) ובאר יצחק (יו"ד סי' ל ד"ה ובסוגיא) והביא לזה ראיות, והקשה שם על דברי התורת חיים (ע"ז דף נג ע"ב ד"ה דאמר) ושער המלך (פ"ח מלולב ה"א) שכתבו שאשירה של גוי הנטועה בקרקע של ישראל נקנית לו בקנין חצר, נמצא שס"ל דקרקע נקנה בתורת חצר. וכ"כ באבן האזל פ"ג מאישות ה"א. ובחזו"א אה"ע סי' קמז ענייני עבדים סקי"ז הוכיח מהרמב"ן שגם סובר שקרקע נקנית בחצר. עוד יעוין באור שמח (פ"א מגירושין ה"ו ד"ה אולם לאחר העיון) שהעלה שקרקע נקנה בקנין חצר, והביא לזה ראיות מהתוס' בכ"מ, והקשה על דברי הנתיה"מ הנ"ל. ויעוין עוד בנחלת אליהו (גיטין שאלה פד) שהביא את שני הצדדים.

אגב - שדה לא נקנית בקנין אג"ק. עי' תוס' ורשב"א ב"ק יב, כי קרקע תמיד עיקר ולא טפל. וכן נפסק בשו"ע סי' רב ס"ו. וע"ע בסי' רב תשובה 1 לגבי בית (תלוש ולבסוף חיברו).

שכירות ושאלת קרקע - עיין להלן סי' קצה תשובה 9.

ב. מוכר לחבירו פירות אילן שצריכים לקרקע, והחזיק הקונה בקרקע ע"מ לקנות את הפירות בלבד, האם קנה את הפירות? ומה הדין כשאין הפירות צריכים לקרקע?

קי"ל החזיק במקצת קרקע קנה כל הקרקע, וה"ה לפירות הצריכים לקרקע, עי' במשנה **ב"ב** פד ע"ב ובגמ' שם פז ע"א ורשב"ם ותוס' שם. ואם א"צ לקרקע או צריכים קצת - עי' בסי' קצג תשובה 1.

3. ראובן חידש שיטה לגביית חובות ישנים, לפיה היה פונה ללווים ומציע להם לרכוש ממנו דבר מה, ולאחר ששילמו לו טען בפניהם כי הדמים שקיבל הם כנגד החוב שחייבים לו, וכי לא יקיים את המקח אא"כ ישלמו שוב. באר ופרט האם ניתן לגבות חוב בדרך זו והאם הקנין חל?

בסוף **כתובות** (קי ע"א) איתא דבאתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא, כו"ע מודו דמצי אמר ליה "היה לך לפרוע את שלך" [והובא בשו"ע לעיל ריש סי' פה]. ומזה למד **רב האי גאון** והובא **במרדכי** שם (סי' רעח), וכן נפסק בסי' רד סי"א שאפשר לעשות כן ברכישת מטלטלין. וז"ל **השו"ע** שם: "ראובן שהיה חייב לשמעון מנה, ואמר שמעון לראובן: מטלטל זה אמכור לך במנה, ונתן לו ראובן המנה, יכול שמעון לומר: מנה זה אני גובה בחובי והחפץ לא אתן לך, ואינו במי שפרע. אבל אם אמר ליה ראובן: הא לך עוד מנה ותן לי החפץ, צריך ליתן או יקבל מי שפרע".

---

[1] ראיתי שמציינים את הקצות בשיטה זו. אמנם המעיין שם יראה שכל מה שכתב הוא רק למ"ד דבית הוי כתלוש (עי' בהרחבה בסי' רב תשובה 1), וא"כ מדובר שם על **מטלטלין** הנקנים בחצר ולא על קרקע.

אמנם גבי קרקע כתב **המרדכי** שם, והובא **בהגה** בסי׳ קצ ס״ו, שא״א לעשות כן: ״ראובן שהיה חייב לשמעון מנה, והגיע זמן הפרעון ואמר שמעון לראובן: אמכור לך קרקע במנה, ונתרצה ראובן ונתן לו מנה, לא יוכל שמעון לומר: מנה זו אני גובה בחובי, רק הקרקע קנויה לראובן ואחר כך יגבה שמעון חובו״.

וביאר **הסמ״ע** (סק״ז) טעם החילוק, דבמטלטלין אם יתנהו לראובן יש לחוש שיבריחהו ולא יהיה לו ממה לגבות את חובו, משא״כ באם מכר לו שמעון קרקע דאינו יכול ראובן להבריחה, אין שמעון יכול לומר אחזיק המנה שבידי בחובי כו׳. וכתב הסמ״ע שלפ״ז באמת הדין שווה, דגם במטלטלין נמכר לראובן במנה שקיבל, רק שמחזיקו בידו בתורת משכון עד שיפרע המנה שחייב לו, והמכירות המה כל חד לפי דינו, דהיינו בקרקע דנקנית בכסף קנוי לו לגמרי ומיד, כיון שיכול לחזור ולטורפו ממנו בחובו, ובמטלטל שאינו נקנה בכסף, קנוי לענין שצריך לקבל עליו מי שפרע.

ובנתיבות (סי׳ פה סק״ג) כתב דמ״מ בתוך כדי דיבור לנתינת המעות יכול המוכר לבטל המקח ולומר שנוטל המעות בעד חובו ושאינו רוצה במכירה, כמבואר בסי׳ קצה ס״ז דתוכ״ד חוזר בו מהקנין, ע״ש.

ובקצה״ח כאן (סק״ה) כתב דנראה דהא דלא מהני [בקרקע, כנ״ל] היינו דוקא אם נתרצה שמעון מעיקרא ואמר לו ״אמכור לך קרקע זו במנה״, וכן מוכח **בהגהות אשר״י** (כתובות פי״ג סי׳ טו) **ובמרדכי** שם. אבל אם ראובן אמר לשמעון ״הילך מנה״, ושמעון קיבל המנה בשתיקה, יכול לומר אין שקלי ודידי שקלי, כיון דלא נתרצה מעיקרא בפירוש. ואמנם גבי קידושין אם היה חייב לה סלע ואמר לה ״כנסי סלע״ סתם וחזר ואמר ״התקדשי לי בו״ אינה יכולה לומר לפירעון קיבלתיו ואפי׳ אם הגיע זמן פירעון [כמבואר באה״ע סי׳ כח ס״ג], אך ביאר **הרשב״א** בחידושיו לקידושין (יג ע״א ד״ה יכולה) דלענין מכר הדבר מועיל לומר אין שקלי ודידי שקלי, ורק לענין קידושין אינה נאמנת לומר כן דחזקת כל הנשים רוצות להתקדש, וכל שלא הזכיר הוא עצמו שהסלע ניתן לשם פירעון - מעיקרא לשם קידושין התכוונה. והוסיף הרשב״א דבשדיך - אפילו הזכיר פירעון ושתקה מקודשת, דחזקה מינח ניחא לה וסתמא לשום קידושין קיבלה, ואינה נאמנת לומר דידי שקלי. ומדברי הרשב״א יוצא שבמכר אפי׳ אם הזכיר בתחילה לשום פירעון - אע״פ שאח״כ אמר הקונה שנותן המעות בעת הקרקע ושתק המוכר, לא עדיף משידך ושתקה שרק משום חזקה שרוצה להתקדש אינה נאמנת אבל במכר נאמן לומר דידי שקלי ויכול לעשות כן.

לסיכום: במטלטלין ודאי אפשר לעשות כן והרי הדמים משכון בידו עד שיפרע המנה שחייב לו. ובקרקע א״א לעשות כן, אא״כ שתק בשעת נתינת הדמים, שיכול לומר דידי שקלי (קצות). וכן אם תוכ״ד לנתינת המעות אמר שנוטלן בעד חובו ולא בעד המקח - בטל המקח (נתיבות).

4. קיימא לן, במקום שרגילים לכתוב שטר, לא קנה קרקע בכסף לחוד. איך הדין בקניין חליפין לחוד או חזקה לחוד במקום שכותבין שטר - האם קונה?

בקידושין כו ע״א הגמרא דנה לגבי קניין כסף במקום שנוהגים לכתוב שטר ומכריעה דלא קנה ללא שטר. וכ״פ השו״ע ס״ז.

לענין קניין חזקה במקום שנהגו לכתוב שטר - נחלקו הראשונים (מופיע בר״ן על הרי״ף שם): לדעת **רשב״ם** – קניין חזקה הוא קניין אלים שהשדה כבר בא לרשותו בפועל, ולכן קונה אף ללא שטר בכל גוונא. לדעת **רמב״ן** – אין חילוק, וגם בקנין חזקה, במקום שכותבים שטר לא קנה אלא כשכתבו את השטר. **הרא״ש** צידד כדעת רשב״ם שאכן קניין חזקה לא צריך שטר, אך נימוקו שונה - שקניין חזקה אלים בכך שעושה מעשה בגוף החפץ הנקנה. בשו״ע סי׳ קצב סט״ז נפסק שחזקה לחודה קונה גם בלא שטר, וכתב **הרמ״א** בשם הטור דקנה אפי׳ במקום שנהגו לכתוב שטר (ונימק הסמ״ע סקכ״ח כטעם הרא״ש), אא״כ התנה שהכל לפי תנאו.

<u>לגבי קניין סודר</u> - בשו״ע ר״ס קצה כתב שקונה אף בלא שטר, אבל לא מפורש מה הדין במקום שכותבים שטר. **בפת״ש** סי׳ קצ סק״א מביא ארבע דעות: א. **מהריב״ל** הסתפק האם קונה. ב. **הרמב״ן והרשב״א** פסקו שקונה אף ללא השטר למרות שזה מקום שבו כותבים שטר. נראה שטעמו כיוון שקניין סודר הוא קניין שכל מהותו היא ליצור פעולת קניין, הוא קניין חזק שלא צריך תוספת. ג. **הרשב״ץ** סובר שלא קונה ללא שטר. ד. דעת **רדב״ז** שתלוי במנהג, ואם אין מנהג מבורר קנה.

בשו״ת **חוט המשולש** הביא את הדעות. ותמה על הרשב״ץ והעמידו דווקא כשהמוכר דורש את כתיבת השטר, ומשמע שהוא לא גמר בדעתו למכור עד שיכתוב שטר, ולכן אם לא כתבו את השטר לדעת הרשב״ץ במקום שנהגו לכתוב שטר לא קנה עד שיכתוב את השטר.

הפת״ש כותב שלכאורה יש להוכיח **שהטור והרמ״א** סוברים כדעת הרמב״ן דקנה בלא שטר, שהרי גבי חזקה פסקו כרשב״ם והרא״ש (כמובא לעיל), וכל שכן הכא שגם הרמב״ן מודה בזה.

אכן דוחה הפת״ש, דשמא אע״פ שהרמ״א פסק כהרא״ש בחזקה, זה דווקא בחזקה וכטעמו של הרא״ש שעושה מעשה בגוף הדבר הנקנה, משא״כ בקנין סודר, לא יועיל בלא שטר במקום שנהגו לכתוב. ולכן הכרעת הפת״ש בדעת הרמ״א שלא קנה, וכך גם פסק בתשובת **רשמי שאלה** סי׳ נ״ב.

5. במקום שכותבים את השטר ונתן את כל הכסף ולא קיבל את השטר, האם יש מי שפרע אם חוזר?

בב״י בסי׳ רד מובאת מחלוקת הראשונים בזה: בחי׳ **תלמידי הרשב״א** כתבו דלא מצינו בקרקע מי שפרע, וביאר **רמב״ן** דקנין גמור שלהם בכסף, ולכן בכל מקום שלא נגמר כגון שהניח משכון או במקום שכותבים השטר ולא כתבו, אין מי שפרע. אמנם כתבו דאפשר שדעת **הרי״ף** שאף בכה״ג יש מי שפרע. **והר״ן** (ב״מ מט ע״א) נסתפק בדבר, ובסוף העלה דליכא מי שפרע אלא במידי דקני מדאורייתא כגון מעות לרבי יוחנן, ולכן אם נתן כסף לקנות קרקע אפי׳ במקום שכותבין שטר ולא כתב שטר, אם חוזר בו איכא מי שפרע. [אבל אם נתן משכון ליכא מי שפרע]. יסוד המחלוקת הוא האם במקום שכותבים גם שטר, נתינת הכסף לבדה מספיקה לגמירות דעת או לא.

ובפת״ש סי׳ רד סק״ב הביא **מתשו׳ הגרע״א** (מהדו״ק סי׳ קלד), שכתב בפשיטות דגם בקרקע שייך מי שפרע היכא דלא קנה במעות, כמבואר בתוס׳ כתובות צג ע״א בד״ה עד, וכתב דחידוש בעיניו, דבסימן ק״צ סעיף ז׳ איתא ״אבל במקום שדרכן לכתוב שטר לא קנה״, ולא נזכר בשום פוסק דצריך לקבל מי שפרע, עכ״ל. [וכתב הפת״ש דחידוש בעיניו שלא הזכיר דברי הב״י והד״מ הנ״ל. ואולי מ״ש ולא נזכר בשום פוסק, כוונתו על האחרונים מפרשי השו״ע. וגם מ״ש כמבואר בתוספות כתובות כו׳, הנה גם בתוספות ב״מ דף י״ד ע״א בד״ה עד שלא החזיק מבואר כן, אלא דבתוספות כתובות שם מבואר כן להדיא טפי].

וציין שבתשובת **משכנות יעקב** חו״מ סי׳ נ״ה האריך בדין זה, ומסיק: ״מאחר שדעת הרבה גדולי הראשונים דגם בקרקעות יש מי שפרע: הרי״ף [ב״מ כ״ט ע״א מדפי הרי״ף] והמרדכי [קדושין סי׳ תפ״ד] והעיטור [מאמר שני קנין] ובעלי התוס׳ [הנ״ל] והר״ן [ב״מ מ״ט ע״א ד״ה דברים] והריטב״א [שם ס״ג ע״א ד״ה והא] והגהות אשר״י [שם פ״ד סי׳ ח׳], ולא מצינו חולק בהדיא על דבריהם זולת הרמב״ן (שם מ״ח ע״ב ד״ה כתב) ותלמידי הרשב״א (הובא בב״י) שהיו כמסתפקים בדבר אבל לא חולקים, בודאי יש לפסוק כן לדינא״, ע״ש.

אולם בקובץ הישר והטוב הביא מדברי **מהרש״ם** (ח״ז סי׳ פח) שפסק כי דין זהו הוא ספיקא דדינא, ולכן אי אפשר לחייב ״מי שפרע״ בקרקעות. ומכל מקום ״כיון שהדין במחלוקת שנוי, דווקא למוחזק אין לחייב במי שפרע, כגון שהמוכר רוצה לחזור בו אחר קבלת המעות. אבל אם הלוקח חפץ לחזור בו ולתבוע מהמוכר שיחזיר לו את מעותיו ששילם לו, מכיון שהמוכר מוחזק במעות, יכול לומר איני מחזיר

לך המעות עד שתקבל עליך מי שפרע" [יעו"ש בדבריו בנדון קונה ומוכר שהעלו על הכתב את פרטי המכירה ונתן הקונה "דמי קדימה" על חשבון, וקבעו להיפגש למחרת אצל עורך דין לצורך חתימת חוזה - האם רשאי אחד מהם לחזור בו עד מעמד חתימת החוזה].

6. א. מכר קרקע או מטלטלין ועייל ונפיק אזוזי - מתי קנה כנגד מעותיו?

בב"מ עז ע"ב מבואר, שאם עייל ונפיק אזוזי לאחר שעשה קניין על שדה, המכר בטל. אם שילם חלק מהסכום - נחלקו הראשונים: **הרמב"ן והר"ן ונ"י** סוברים שאותו חלק ששילם עליו נקנה וא"א לבטל המקח. ולגבי החלק שלא שולם עליו: אם הקונה חוזר בו - ידו על התחתונה, ונוטל מזיבורית נכסיו כשער של שעת המקח. אם המוכר חוזר בו - הלוקח יכול לתבוע לקבל חזרה את מעותיו, או לקנות את החלק כפי שיש לו לשלם אך הוא מקבל מקרקע זיבורית, כדין הקונה חצי קרקע מחבירו שדינו בכחוש. אם אין למוכר מעות יכול הקונה לדרוש שדה עידית.

לעומתם, דעת **הרא"ש** שבכה"ג מה שלא שילם בטל מיד, וגם יכול לחזור על מה שכבר שילם, כיוון שהמוכר חוזר בו דווקא בגלל פשיעת הלוקח. מי שחוזר בו מהחלק ששולם ידו על התחתונה. אם המוכר חוזר בו - הלוקח מקבל או מעידית של נכסיו של המוכר, או את המעות ששילם. אם הלוקח חוזר בו - יקבל המוכר כשער של עכשיו את המעות או את הקרקע כפי רצונו.

בעה"מ פסק מחד שהמכר חל על החלק ששולם כדעת רמב"ן, ומאידך אם יחזור בו המוכר מהחלק שלא שולם - יקבל הלוקח עידית כשער של המקח. משמע שהמקח חל, כיוון שהמשמעות של השאלה האם מקבל כשער של המקח או כשער של עכשיו תלויה בשאלה האם המקח חל [אם המקח חל, מקבל כשער של שעת המקח. אם המקח לא חל מקבל כשער של עכשיו]. כמו כן, למרות שבד"כ הקונה חצי שדה חכמים קבעו שלא גובה אלא מהכחוש, כאן כיוון שחוזר בו המוכר קנסוהו חכמים שיתן ללוקח עידית.

בדעת **הרמב"ם** נחלקו האחרונים:

הט"ז והנתיבות הבינו שפסק כבעה"מ, שהמקח חל כנגד החלק ששולם, ומאידך שמקבל המוכר במקרה של ביטול מצד הלוקח כפי שער המעות בשעת המקח.

הסמ"ע והגר"א הבינו שלרמב"ם כיוון שהמוכר עייל ונפיק אזוזי מתבטל המקח לגמרי אף כנגד החלק ששולם כדעת הרא"ש. לכן שומת המעות תהיה כפי השער של עכשיו, כיוון שבטל המקח. למרות שהמקח בטל, חז"ל קנסו את החוזר בו, שכנגדו יכול לכופו לקיים את המקח, אם הלוקח חוזר בו אז המוכר יתן לו מזיבורית, ואם המוכר חוזר בו אז יתן לו מעידית כשער של עכשיו.

השו"ע פסק כרמב"ם ע"פ הבנת הט"ז והנתיבות. **הרמ"א** פסק שאם הלוקח חוזר בו שמים כפי שער של עכשיו ואם המוכר חוזר בו שמים כפי שער של המקח.

ב. האם יש הבדל בין קרקע למטלטלים?

בסעיף יז מבואר ע"פ **הרמב"ם** (פ"ח מהל' מכירה ה"ד), שמטלטלים דינם כקרקע. אמנם כתבו הראשונים [**הר"ן** בחי' לב"מ עז ע"ב, ד"ה דאמר רבה; **הרא"ש** (שם סי' ז), **נמוקי יוסף** (מח ע"א מדפה"ר), מגיד משנה שם בשם **הרא"ה ורמב"ן** (עז ע"ב, ד"ה והא) **והרשב"א**] והובא בשו"ע שם, שדוקא במטלטלין הראויים להתחלק דינם זהה לקרקעות [שאפי' משך והכניס לרשותו והמוכר עייל ונפיק אזוזי, לא קנה, ובזה שייכת מחלוקת הראשונים הנ"ל לגבי מה שכבר שילם וכו']. ואם המטלטלין אינם ראויים להתחלק כגון בעלי חיים [ואפילו בהמה כשרה אינה עומדת לחלוק, דבחייה עומדת לג' דברים לחלוב ולחרישה ולשחיטה. סמ"ע ע"פ הר"ן] - המקח בטל לחלוטין, כי המוכר אינו מעוניין להיות שותף עמו. והביא הרמ"א בשם **הר"ן ונ"י** (שם), שאם אמר בפירוש ערבוני יקון קנה כנגד מעותיו.

וביאר **הסמ"ע** (סקכ"ח) שבקרקע גם אם אין בה כדי חלוקה כיוון שיש אופציה למכור את השטח לשכן לכן קנה כנגד מעותיו, אבל במטלטלים זה לא שייך, וכן משמע לכאורה מלשון השו"ע שבקרקע אין חילוק. וכ"כ **הגר"א** (סקל"ד).

אבל **הט"ז** חלק על זה, והוכיח מדברי **הר"ן** (קידושין י ע"א מדפה"ר), שלא רק במטלטלין אלא גם בקרקע שאין בה דין חלוקה אינו קונה כלל, אפילו לא כנגד מעותיו, דלא מתקבל על הדעת שנכוף לזה שיקח מה שאין ראוי לו כדי שיטרח למכור אותה לשכן. ועוד שהרי הסמ"ע כתב לגבי בהמה כשרה דהוי "אינו ראוי להתחלק" אע"פ שאחרי שחיטה אפשר לחלקה, כי מתייחסים אחר מצבה בחיים, וק"ו בקרקע שאין בה כדי חלוקה שאינה ראויה לכלום. והוכיח כן גם מלשון **הרא"ש** פ"ו דב"מ סי' ז, וכתב שגם הטור שהתייחס לחילוק במטלטלין ולא בקרקע, הוא מפני דמיירי בסתמא דהיינו קרקע גדולה, אבל באמת בקרקע קטנה מודה שיש חילוק. וגם בב"י משמע כך (ודלא כמשמעות לשונו בשו"ע). **ובנתיבות** סקי"ב הסכים לט"ז.

ולפ"ז יוצא שאין הבדל מהותי בין קרקע למטלטלים, אלא העיקרון זהה - שאם א"א לחלק המקח בטל לגמרי. ולכן תמה הנתיבות מדוע כתב השו"ע "שבזה יש חילוק" - הרי למעשה אין שום חילוק!?

הט"ז כתב שיש חילוק לגבי יש בו כדי חלוקה, שבקרקע יד המוכר על התחתונה ומחויב ליתן לו עידית, ובמטלטלין כל מילי מיטב הוא. אך הנתיבות דוחה דסו"ס לעיקר דינא דמחויב למכור כל מה שיש לו וליתן לו מעות דוקא אין שום חילוק. **ובקצות** כתב שהחילוק הוא באומר "תן לי קרקע", שבקרקע חייב ובמטלטלין לא. **והנתיבות** כתב שהוא דחוק, ע"ש, ולכן ביאר שההבדל הוא כשיש דין חלוקה, האם גם הלוקח יכול לבטל המקח מכנגד הדמים שנתן [כאשר המוכר מבטל מצידו כנגד הדמים שלא נתן] - בקרקע כן, ובמטלטלין לא.

ג. מה צריך המוכר לעשות כדי שייקרא "עייל ונפיק אזוזי"?

כתב הרא"ש (ב"מ פ"ו סי' ז) בשם **ר"ח**: הא דאמרינן כי עייל ונפיק אזוזי לא קנה היינו דוקא דגלי מוכר אדעתיה דלא מזבין אלא משום דצריך לדמי השתא בדוחקא, אבל אי מזבין לאשתלומי למחר וליומא אוחרא בלא נחיצותא מעידנא דאחזיק קנה וזוזי מקבל להו בתר הכי דנעשו עליו כמלוה אפילו עייל ונפיק אזוזי. **והראב"ד** כתב אפי' קבע לו זמן לפרעון וכשהגיע הזמן דוחקו לפרוע לו מעותיו וזה דוחהו גם זה נקרא עייל ונפיק אזוזי ואם לא יפרענו אז יכול לחזור בו. ודעת **הרא"ש** עצמו שהכל לפי ראות הדיין כי לפעמים אדם חייב מעות ומוכר קודם זמן הפרעון שלא יראוהו דחוק למעות ויזדלזלו נכסיו ואינו רוצה לקבל דמי המקח עד שיצטרך לפרוע חובו פן יוציאם וכשהגיע הזמן אין לך עייל ונפיק אזוזי טפי מזה הילכך בכל עת שיראה הדיין שהוא דחוק למעות ונפיק ועייל אזוזי בטל המקח ע"כ. **והרמ"ה** ז"ל כתב פירוש עייל ונפיק אזוזי שהלך אליו לבקש מעותיו ב"פ ל"ש מצאו וביקש ממנו ל"ש לא מצאו רק שגילה שהלך לבקשם. [וכתב המרשים שדברי הרמ"ה מרגלית ואבן יקרה. ב"י].

ופירש עוד הרמ"ה [בדומה לראב"ד], דדוקא דעייל ונפיק ביומיה דאוקימו להו לזבינא או ביום שקבע לו לפרוע דאמרינן משום דדחיק לזוזי זבין ולא זבין אלא אדעתא לאפרועי מיד ביומיה וכיון שלא נתנו לו באותה שעה יכול לחזור אבל לא עייל ונפיק ביומיה לא תלינן דמשום דדחיק זבין אפי' עייל ונפיק עלייהו למחר לא מצי הדר ביה ומיהו כי עייל ונפיק ביומיה אפילו אם שתק באותו פעם ולא גלי דעתיה ולאחר כמה ימים חוזר הרשות בידו: ואי עייל ונפיק ביומיה תרי זימני ולא יהיב ליה וקא הדר ביה מוכר ומקמי דשלים יומיה אייתי ליה לוקח זוזי קני ולא מצי הדר ביה דכל שפורע ביומיה כמי שפורע מיד בשעת מכירה דמי. עכ"ד הרמ"ה.

והנה הטור הבין שהראב"ד חולק על ר"ח, שלר"ח כל היכא דמכר לו לאישתלומי למחר וליומא אחרא בלא נחיצותא קנה ומשמע דהוא הדין אם קבע לו זמן, אבל להראב"ד לא קני. והרא"ש מפשר ביניהם

לומר דנראין דברי הראב"ד היכא שיראה הדיין שהוא דחוק למעות, ומשמע מדבריו דלא שנא קבע לו זמן לא שנא לא קבע לו כל היכא דיראה הדיין שדחוק למעות ועייל ונפיק אזוזי לא קני, והיכא דאין דחוק למעות נראין דברי רבינו חננאל דכלל גדול הוא כל היכא דדחוק למעות לא קני וכל שאין דחוק קני.

והרב המגיד בפרק ח' מהלכות מכירה (ה"א) כתב רק את דברי רבינו חננאל ושכתב הרשב"א שהוא נכון. ורבינו ירוחם (נ"ט ח"א) הביא את שלוש השיטות ואח"כ כתב **שהרי"ף** סובר ש"עייל ונפיק" פירושו שתובע תמיד המעות הנשארות, וכן כתב **הרמב"ם**, וכפירוש ר"ח. הובא בב"י.

וכתב **בבדק הבית** שלענין הלכה נקטינן כדברי הרא"ש שדברי טעם הם, ואף דברי רבינו חננאל אפשר לפרש כן, שמה שכתב דאי זבין לאשתלומי למחר וליומא אחרא וכו' דנעשו עליו כמלוה היינו דוקא כשאינו נחוץ למעות אבל אם קבע זמן לפרעון והוא נחוץ למעות באותו יום שתבע אין ספק דכי עייל ונפיק אזוזי בההוא יומא לא קנה וכדברי הרא"ש, והכי דייק לישנא דרבינו חננאל שכתב לאשתלומי יומא אחרא בלי נחיצותא דמשמע בהדיא דאי הוי לאשתלומי ליומא אחרא בנחיצותא לא קנה.

ד. מתי גם אם עייל ונפיק אזוזי המקח קיים? כתוב שני אופנים.

א. זקף הנשאר במלוה ומקצת הדמים נתן בתורת פירעון ולא בתורת עירבון (ס"י בהגה), דמיד שזקפן במלוה הרי המקח נתקיים לגמרי, ואף על פי שאין הלוקח משלם לו אח"כ לזמן שקבע לו, הרי הוא כאילו הלוה לו מעות לשלם לו לזמן פלוני ואינו משלם לו. סמ"ע סקי"ג.

ב. מכר שדהו מפני רעתה, אף על פי שהוא יוצא ונכנס ותובע שאר הדמים, קנה הכל, ואין הלוקח יכול לחזור בו, שזה שתובע ורודף לא מפני שעדיין לא גמר והקנה, אלא כדי שלא יחזור בו הלוקח (שו"ע סי"א). וה"ה כשמוכר מפני שרוצה ללכת לעיר אחרת (סי"ב).

סימן קצא

1. מוכר שדהו מפני רעתה ומסר המוכר ללוקח שטר בלי עדים, האם קנה?

בקידושין כו ע"א הגמ' לומדת את המקור לקניין שטר. שמואל מסייג זאת דווקא למתנה, אך במכר לא קנה עד שיתן את הדמים. רב המנונא מקשה על שמואל מהברייתא שהכותב בשטר שדי מכורה לך, הרי זו מכורה. ומתרץ רב המנונא שהברייתא איירי במוכר שדהו מפני רעתה. משמע מהגמ' שדווקא במוכר שדהו מפני רעתה חל המכר בשטר. וכך פסקו **הרמב"ם** **והשו"ע** ס"ב, שאם כתב בשטר שדי מכורה לך כיוון שהגיע השטר לידו קנה, אע"פ שאין שם עדים כלל. כל זאת דווקא במוכר שדהו מפני רעתה.

לענין עדים - מבואר ברמב"ם ובשו"ע שאין צורך שיהיה הקניין בפני עדים, דלא איברו סהדי אלא לשקרי. וכתב **הסמ"ע** (סק"א) דאע"פ שעשוי להזדייף א"צ שיעמוד ימים רבים בשטר מכר שהרי עומד לקנין לשעתו ותו לא, ומשמע שגם א"צ עדי מסירה. אבל **הב"ח** השיג עליו שבוודאי צריך עדי מסירה כמבואר בתוס' (ב"ב נא ע"א ד"ה כתב) בשם ר"ת. וע"ע **בהגרע"א** שהקשה על הסמ"ע דהא בגיטין פו מבואר דבכתב סופר ואין עליו עדים אין לו דין שטר, ואם בכת"י של המוכר דחתימתו כמאה עדים - איך כתב הסמ"ע שעשוי להזדייף, הרי כת"י דמוכר א"א לזייף כמ"ש התוס' ב"ב שם. אמנם **בש"ך** סי' מב סק"ב **ובט"ז** סי' קצב הסכימו עם הסמ"ע שא"צ בעדי מסירה שכן מבואר בר"ן (גיטין יא ע"א מדפה"ר) ובתוס' בקידושין (ט ע"א ד"ה כתב). **ובקצה"ח** שם סק"א צידד בדעת הב"ח וביאר דדוקא בכתב ידו לא בעינן עדי מסירה, ע"ש. ועי' **אמרי משה** סי' טז בשם הגר"ח מבריסק.

[לגבי המקרה ההפוך, שנתן כסף בלא שטר - **בנתיבות** סי' קצא סק"ב (הובא בפת"ש קצ סק"ו) הביא תשובת **מהרי"ט** שמה שמבואר בקידושין שם שבמקום שדרכן לכתוב שטר לא קנה עד שיכתוב את השטר,

זה גם במוכר שדהו מפני רעתה דלא מהני בכה"ג בכסף בלא שטר. משא"כ בשטר בלא כסף דמהני במוכר מפני רעתה, כי שם סמכא דעתיה דמוכר, וגמר ומקני, אבל בכסף בלא שטר שהטעם דלא מהני הוא משום דלא סמכא דעתיה דהלוקח, א"כ כל שכן במוכר מפני רעתה דלא סמכא דעתיה דלוקח, כי נתן כספו ולא קיבל שטר על המכר. אבל בשו"ת **באר יצחק** הוכיח מתשובת הרשב"א שהובאה בתשובת ר"ב אשכנזי, דס"ל שגם במקום שכותבים שטר, במוכר מפני רעתה קנה בכסף או בחליפין בלא שטר.]

2. מוכר ולוקח חתמו על זכרון דברים למכירת דירה האם יכולים לחזור בהם, ואם רק דיברו ביניהם וסיכמו מחיר ואח"כ אחד מהם רוצה לחזור האם יש איסור בדבר, ואיך מכריעים בזה להלכה?

יש לדון מכמה צדדים: התחייבות ב"אתן" (עי' סי' רמה ס"א - ס"ב) - להלכה לא מהני אפי' בקנו מידו [עיין גם לקמן סימן רג תשובה 3]. מחוסרי אמנה - נראה דלא גרע מדברים, וה"ה בסיכמו מחיר, ועי' בסי' רד ס"ו: "מכר לו בדמים בלבד ופסקו הדמים ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אע"פ שלא נתן מהדמים כלום, כל החוזר בו אחר שרשם מקבל מי שפרע. ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרשום קנין גמור נקנה המקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו". וא"כ כשכתבו זכרון דברים מי שפרע ודאי איכא.

ועי' **פתחי חושן** קניינים פ"ד הערה ד שדן אם זכרון דברים הוי כשטר גמור, ונוטה לומר שכן ולפ"ז א"א לחזור. וז"ל: "ונראה שחוזה בזמננו יש בו דין שטר, וכמ"ש להלן, **ולכאורה נראה שאף זכרון דברים יש בו משום שטר**, אלא שבט"ז באהע"ז סימן נ סעיף ו כתב לענין ראשי פרקים, דכיון שכותבים אח"כ תנאים אינו מתחייב ע"י הראשי פרקים, ונראה שהב"ש שם הסכים לדברי הט"ז, ובמנחת פתים בחו"מ סימן קצג כתב שהבי"ש אחרון חולק על הט"ז... ואפשר דע"כ לא אמר הט"ז אלא בראשי פרקים שחוזרים עליהם בכתיבת התנאים, וה"ז כהתנו לכתוב שטר אחר, אבל במה שנהוג היום לכתוב זכרון דברים בעצם הקנין, ומתנים לכתוב חוזה להשלים הפרטים, ויש צורך בחוזה רשמי לשם העברה בטאבו, אין התנאי לכתיבת החוזה מבטל הקנין שיש בזכרון דברים. ובחוזה שבזמננו שהוא הסכם בין שני הצדדים, חותמים שני הצדדים, **ובשו"ת מנחת יצחק** ח"ו סימן קע (אות כא) דן בחוזה שלא נחתם ע"י הקונה, וכתב שכן המנהג שכל אחד חותם ונותן להשני וחותם שלא בפני השני, ואפילו לא חתם כלל אינו מעכב, שמדין שטר סגי בחתימת המוכר, וכתב שם בנ"ד שעל הזכרון דברים חתמו שניהם, ויש לזה ג"כ תוקף שטר". [וע"ע בעניני חוזים בפ"ב הערה יד].

מצד דינא דמלכותא - בשם כמה אחרונים (הגרי"ש אלישיב ועוד) מובא (קובץ תל תלפיות גיליון ס' תשס"ה, מאמר הרב ריזל) שהיות ואין לזה שום תוקף משפטי דהוי רק התחייבות לעשות קנין ולא קנין עצמו, לא הוי שטר. אבל בכת"ע הישר והטוב (ח"ז, תשס"ט) כתב הגר"ש רוזנברג שאם בזכרון הדברים מפורטים כל הפרטים ההכרחיים הוי כחוזה גמור הן ע"פ ההלכה והן ע"פ החוק, ע"ש. וכן בספר עמק המשפט הלכות חוזים והסכמים סימן א כתב שזכרון דברים מחייב לכל דבר, ע"ש.

עוד יש לדון האם הוי קנין סיטומתא, ועי' סימן רא **בכסף הקדשים** דלא מצינו שתחול התחייבות ע"י סיטומתא. ועי' גם בהגהות **אמרי ברוך** שם שכתב דלענין התחייבות לא מהני והסכימו עמו הבי"ד, אמנם אח"כ כתב שלכאו' נראה מדברי הרמ"א בסי' קכט ס"ה ובסמ"ע שם סקט"ו דבמקום שנהגו לקנות מועיל אם לחייב עצמו בחיוב ערבות.

שו"ר מאמר גדול של מו"ר **הגרז"ן גולדברג** זצ"ל בענין תוקפו של "זכרון דברים" בתחומין כרך יב (עמ' 279-299; נדפס גם בפד"ר חי"ד, עמ' 334 ואילך), ודן שם גם בכמה נקודות שהזכרנו וגם מצדדים וצדדי צדדים נוספים, גלייה לדרעיה ונפל נהורא, עש"ב.

נושאים חשובים נוספים בסי' קצא:

- **"ספר המקנה" בשטר מכר ומתנה** - עי' גיטין כ ע"ב. הנתיבות סק"א למד בקצה"ח סק"א שצריך להקנות שכר הסופר, וחלק על זה וסובר שצריך להקנות רק הנייר והדיו [ועי' מילואי חושן דאפשר שהקצות מודה לנתיבות].
- **התנה שיקנה בשטר לחוד** - ספקו של מהר"י בן לב, עי' נה"מ סק"ב. וע"ש גם בענין **נשבע לקיים המקח בשטר לחוד**, וכן בפת"ש סי' קצ סק"ד - למהרי"ט הוי כפירש ולמהריב"ל לא הוי כפירש [ואפשר דמהריב"ל איירי שנשבע סתם לקיים המקח ולכן לא מהני, משא"כ בנידון דמהרי"ט שנשבע לקיים בשטר, וא"כ לא פליגי].
- **נוסח שטרי מכר** - בפת"ש סק"ב הביא משו"ת בית אפרים בדין מכר הבעל קרקע והכניס אשתו בשטר המכירה ("מכרנו אנחנו הזוג") דלכאו' אין לו מובן, ויישב ע"פ הרמב"ם פ"ל ממכירה שמועילה מכירת האשה בנכסי הבעל בתנאי שיסכים הבעל אח"כ (אפי' בדברים), ולכן כותבים בנוסח זה דשייך ל' מכירה גם כלפי האשה. ועוד דן במקרה כתב ששני בני הזוג אחראים, האם גובין מן האשה (לב"ש - כן, לט"ז ובית אפרים - צ"ע, דשמא כתב כן רק לשופרא דשטרא).
- **שטר בערכאות** - בקצה"ח סק"ב הביא תשו' הרשב"א שהובאה בב"י באלמנה שבאה ליפרע כתובתה וכו', שקנתה בשטר אע"פ שעשוי בערכאות כמבואר בגיטין י ע"ב דבשטר מכר קנה. והקשה הקצות הא מבואר שם בטעמא דכשר דאי לאו דיהיב דמי לא הוו מרעי נפשייהו, וא"כ בנידון דהרשב"א שלא היה קנין כסף (דמלוה אינה קונה לדעתו), היכי מהני שטר זה? ותירץ דאפשר דמהני משום דינא דמלכותא [כתירוץ שמואל שם בגמ'] וכמבואר בסי' סח. [אכן צל"ע, דאמנם בסי' סח הרמ"א פסק כך, אבל השו"ע פסק כתירוצא בתרא שם וכהרמב"ם, וכאן העתיק ד' הרשב"א].
- **הקנה קרקע במעות לאחר ל' יום ולא אמר מעכשיו ואבדו המעות** - כתב רמ"א דל"מ (כמו בשטר דכלתה קנינו). ותמה הסמ"ע סק"ט דמפורש להדיא דקונה. ויישב בדוחק שנאבדו בענין שאינו יכול ליפרע ממנו [ועי' בש"ך שהסכים לביאור זה וסייעו]. הט"ז הקשה ג"כ שמפורש בקידושין נט דמהני, ותמה על תירוץ הסמ"ע שגם בכה"ג המקח קיים (וכן דעת הקצות סק"ג), וביאר באופ"א שהכוונה בשטר ובמעות ולא מדובר על קנין מעות לבד (וגם הסמ"ע הציע לשנות הגירסא כעי"ז, ע"ש) וע"ש. ועי' גם בב"ח ולדבריו אין שום מח' בין השו"ע לרמ"א, דדוקא לענין מעכשיו דין מעות שוה לשטר וחזקה, אבל אם לא אמר מעכשיו רק בשטר וחזקה לא קנה אבל במעות קנה. ובקצה"ח סק"ג העמיד כוונת הסמ"ע שנאבדו באונס. אבל הקשה ע"ז שנראה להוכיח שבכה"ג חייב אפי' באונס, דהנה בדין מעמ"ל שנאנסה נחלקו הראשונים: לה"ר ישעיה ור"ן ושו"ע חייב בגו"א ופטור באונס, אבל דעת הרא"ש שחייב בכל ואפי' במתה מחמת מלאכה. וגם הסוברים שפטור באונס, זה רק בגלל שלא בא לידו בתורת שמירה וכו', אבל במתנה ע"מ מכר או ע"מ קידושין מחדש הקצות שלכו"ע חייב אפי' באונס אם רוצה לבטל המקח או הקידושין, ואפי' לא נשתמשו במעות, כי נתן על מנת כן ויכולים לקיים התנאי, וא"כ אם חזרו הו"ל גזלן למפרע. [וצ"ל שלהסמ"ע והש"ך פטור באונסין גם בנתן על מנת מכר קידושין, דאפי' שיכולים לקיים המקח, א"א לחייבם לעשות כן. והגע עצמך שאם היתה האשה רוצה להחזיר המעות תוך ל' יום פשיטא דאינה מקודשת, וכן במכר. ועי' בנתיבות סק"ד, ונמצא דדעת הסמ"ע כהרשב"א דלא מקניא נפשה מעיקרא, ולכן אם פטורה מלהחזירם (שנאנסו) בטל המקח]
- **בעיקר דין כלתה קנינו** - עיין בסי' קצה תשובה 9 ויש עוד להאריך בזה.

סימן קצב

1. האם מועיל קנין חזקה שלא בפני המוכר?

ב"ב נג ע"א ונפסק בשו"ע ר"ס קצב (א-ב): "בחזקה כיצד, מכר או נתן לו בית או שדה, כיון שנעל או גדר או פרץ כל שהוא והועיל במעשיו, הרי זה קנה. בד"א, כשהחזיק בפני המוכר או הנותן [דמדלא מיחה בו ניחא ליה שיקנה]; אבל שלא בפניו, לא קנה, אלא אם כן אמר לו: לך חזק וקני. ואם מסר לו המפתח, הוי כאומר לו: לך חזק וקני [אם הלך והחזיק אח"כ, אבל מסירת מפתח לחוד לא מהני להלכה, ודלא כרשב"ם]. וכן המוכר בור לחבירו, כיון שמסר לו דליו הוי כאומר לו: לך חזק וקני".

ועי' **תוס'** בב"ב ג ע"א שלגבי **שותפין** לא בעינן שיאמר לך חזק וקני, וכ"כ **הרא"ש**. אמנם בשו"ת **רדב"ז** (הובא במחנ"א הל' שכירות סי' יג ובפת"ש כאן סק"ג) מבואר שצריך כרגיל. ובפת"ש ציין ש**הרמב"ן** ג"כ כתב כהרדב"ז שאין חילוק וגם בשותפין צריך לך חזק וקני. ועוד דאפשר שגם התוס' לא איירי אלא בבירור חלקים אבל לא בהקנאה גמורה שמוכר חלקו לשותפו.

ובביאור שיטת התוס' והרא"ש י"ל ע"פ שני הצדדים המבוארים באחרונים בענין הצורך באמירת לך חזק וקני: אם כדי שתהיה דעת אחרת מקנה - ממילא בשותפין כל אחד מהם מקנה לשני ולא צריך לומר לך חזק וקני, וה"ה למתנה דפשיטא שדעתו להקנות. ואם כדי להוכיח על גמירות דעת והסכמה - יש אומדנא שנותן לו רשות.

2. הנותן לחבירו מתנה עשר שדות בעשר מדינות והחזיק באחת מהן קנה כולן או לא? ומה הדין בשדה הפקר ורפק בה פורתא האם קנה כל השדה או לא?

בקידושין כז ע"א איתא דהמוכר לחברו עשר שדות בעשר מדינות, כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולן, ומבואר שם דדוקא כשנתן לו דמי כולן [שאז מסתמא הקנה לו המוכר הכל בחזקה אחת], ואם לא - לא קנה אלא כנגד מעותיו [דהתכוון המוכר שלא להקנות אלא כנגד מה שקיבל].

[לענין שלא קנה אלא כנגד מעותיו נחלקו הראשונים: **ראב"ד לדעת רי"ו** - מירי בלא עייל ונפיק אזוזי, אבל עייל ונפיק לא קנה כלל אפי' כנגד מעותיו. **רא"ש, וראב"ד לדעת הר"ן** - בין עייל ונפיק בין לא עייל ונפיק קנה כנגד מעותיו. **ר"ח** - בעייל ונפיק קנה כנגד מעותיו, אבל בלא עייל ונפיק קנה הכל. **הר"ן גופיה** ס"ל שבלא עייל ונפיק קנה כנגד מעותיו, אבל בעייל ונפיק אפשר לבטל המקח והחוזר בו ידו על התחתונה. **הסמ"ע** סקכ"ב כתב כהרא"ש דבכל גוונא קנה כנגד מעותיו. **בנתיבות** סק"ד הביא שהר"ן כתב להיפך (כנ"ל) ודן בשיטת הר"ן ולבסוף כתב דאזיל לשיטתו בענין עייל ונפיק (בקידושין י מדפי הרי"ף), וסיים הנתיבות: "ואם כן לדידן דקיי"ל דבמקום שאין קונין רק כנגד מעותיו כגון בערבוני יקון דאפילו בעייל ונפיק אזוזי אינו יכול לחזור בו מכנגד מה שנתן, א"כ שפיר כתב הסמ"ע כאן דאפילו עייל ונפיק אזוזי אין שום אחד יכול לחזור בו"].

ואילו בב"ב נג ע"ב מובאת מימרא בשם ר' יוחנן, שאם יש שתי שדות ומצר אחד ביניהן, והחזיק אחת בשביל לקנות אותה ואת חברתה, קנה רק אותה ולא את חברתה.

התוס' בב"ב שם (ד"ה קנה) העלו סתירת הסוגיות ותירצו: "והא דאמרי' בפ"ק דקדושין (כז ע"א) גבי עשר שדות בעשר מדינות החזיק באחת מהן קנה כולן **התם בנותן לו דמי כולן** והכא בנכסי הגר או במתנה ואף על גב דאין מחוסרין דמים מכל מקום לא הוי כמכר שנתן לו דמי כולן". מבואר שבמתנה לא קנה אלא מה שהחזיק. וכן דעת הרא"ש (שם סי' ס) שלא קנה, וביאר שדעת הנותן שיוכל לחזור בו כל עוד לא החזיק המקבל בכל הקרקעות, שהרי נתן לו מתנת חינם ומסתמא דעתו היתה כך.

אמנם שיטת **ר"ח** (מובא בתוס' קידושין שם), וכן כתב **הרמב"ם** פ"א ממכירה ה"כ שבמתנה קנה הכל, דבמתנה לא שייך נתינת דמים (ובסוגיא דב"ב מיירי במכר שלא נתן דמי השדה השניה ולכן לא קנה).

השו"ע סי"ב פסק כהרמב"ם, **והרמ"א** ציין שיש חולקין וכוונתו לשיטת התוס' והרא"ש.

ואם אמר לו בפירוש "החזק באחת וקנה כולן" קנה הכל לכו"ע [ובנתיבות תמה שהרמ"א השמיט דין זה שהוזכר בטור], וכתב הרשב"א שה"ה במכר בכה"ג קנה.

שדה הפקר ורפק בה פורתא - שייך לסי' ערה. **בב"ב** נד ע"א: "איתמר, שדה המסוימת במצריה א"ר הונא אמר רב כיון שהכיש בה מכוש אחד קנה כולה, ושמואל אמר לא קנה אלא מקום מכושו בלבד. ושאינה מסוימת במצריה עד כמה? א"ר פפא כדאזיל תיירא דשורי והדר". מיירי בשדה העומדת לחרישה ולא בבית, כמבואר שם ברש"י שבבית לדעת רב קנה הכל בין במכר בין בנכסי הגר. אבל בשדה יש חילוק, שבמכר מהני ע"י רפק בה פורתא לקנות עשר שדות בעשר מדינות (כשנתן דמי כולן כנ"ל) לבין שדה הפקר כמו מחזיק בנכסי הגר שלא קנה אלא מקום מכושו אם אינה מסוימת במצריה, דאין דעת אחרת מקנה. לענין מסוימת במצריה כתב רשב"ם דהלכה כרב, דהא רב נחמן עביד עובדא כוותיה כמבואר שם בהמשך. וכ"כ השו"ע בסי' ערה ס"ג.

לענין אינה מסוימת - מהו שיעור "כדאזיל תיירא דשורי והדר"? רשב"ם: "כשיחרוש צמד בקר שורה אחת מקצה גבול השדה ועד קצהו והדר ובחזרתו יעשה עוד שורה אחרת דהיינו שתי שורות על פני כל השדה משפתו אל שפתו ממזרח למערב מתוך כך **קנה כל השדה** גם מן הצפון לדרום דכיון דחרש שתי שורות על פני כל אורך השדה או על כל רחבו כאילו חרש כולו שהרי החזיק בו מראשו ועד סופו". אבל לרמב"ם והשו"ע: אם עודר באמצע - מקבל מלוא רוחב מענה לכל צד, ואם עודר בפינה, מקבל מלוא רוחב מענה לאורך ולרוחב.

3. האם אכילת פירות הוי מעשה קניין לקנות על ידי כך שדה חבירו או שדה הפקר?

נחלקו בדבר הראשונים מתוך הבנת סוגיות הגמרא. דעת **הרמב"ם** פ"א ממכירה **והעיטור**, שאכילת פירות הוי מעשה קנין וכך הבין בפשט הגמ' בב"ב לה ע"ב, אך **הראב"ד והרמב"ן ורשב"ם ורשב"א ור"ן** [**והרא"ש** - להבנת הטור, ב"ח ורמ"א] פירש שהכוונה שם רק לענין טענה לחזקה אך לא לקנין.

השו"ע פסק כרמב"ם בסי' קצב, בכמה וכמה דוגמאות. ובב"י כתב שאפשר שכן דעת הרא"ש, ומה שכתב (ב"ב פ"ג סי' כח) דלא מהני היינו דווקא בעבד, דלא מינכר שעושה מלאכות אלו לרבו (כשתופר או מבשל וכדו') ולכן צריך מעשים בגופו של אדון, אבל בקרקע שאוכל בה פירות מינכר שהיא של הקונה ולכן מהני לקנין. אמנם בסי' ערה פסק השו"ע שבנכסי הגר לא מהני, שכל מה שמועילה אכילת פירות היינו כשיש דע"א מקנה ורצון להקנות, ולא בהפקר, וזו דעת הרמב"ם כפי שביאר המ"מ.

והרמ"א בסי' קצב הביא דעת הראב"ד וסיעתו דאין קונין בחזקות אלו (אכילת פירות, העמדת בהמה וכו') וכתב "והכי מסתברא".

* חשוב לשים לב שיש כאן מחלוקת נוספת - לענין דבר שנהנה בגופו ממנו אך לא עשה מעשה בגוף הקרקע, שהד"מ הבין שגם בכה"ג הראב"ד וסיעתו חולקים והלכה כמותם, ואילו הב"י כתב שכל מה שנחלקו הוא באכילת פירות וכדו' שהיא הנאה חיצונית, אבל כאשר נהנה גופו מהקרקע לכו"ע מהני. ולכן מבואר שהמציע מצעות בנכסי הגר קנה (ב"ב נג ע"ב), וכפירשב"ם שם שנהנה גופו ושימשתו הקרקע. וכ"כ הרא"ש שם (סי' סא, וכתב שדווקא שכב שהוא תשמיש חשוב, אבל לא ישב), וה"ה ערך שולחן שם ואכל. וכן מבואר בדברי רמב"ן לענין עבד, שבהנאת גופו קנה אפי' במידי דלא מהני לקרקע, ומובא בר"ן ובב"י.

[ולדעת הד"מ צ"ל לענ"ד שהראב"ד יחלק בין עבד לקרקע, שבעבד מהני הנאת גופו, דלא שייך לעשות תועלת בעבד עצמו, אבל בקרקע בעינן תועלת לקרקע עצמה. אך קשה מהמציע מצעות דקנה אע"ג שלא הועיל. ועי' **ביהגר"א** סקי"א דהטור השמיט דין הציע מצעות, דס"ל דדוקא בנכסי הגר קנה ולא במכר (וזה להיפך מהב"י והסמ"ע שכתבו ד"אפילו" בנכסי הגר קנה), ולכן כתב הטור דין זה רק בסי' ערה. ולפ"ז נראה דהכי ס"ל לרמ"א בדעת הראב"ד, דבקנין קרקע לא קנה אלא במידי דמהניא לקרקע, ובעבד ובכנסי הגר מהני גם בהנאת גופו. וע"ע בביהגר"א סקט"ו].

בנתיבות (סק"ו) הביא דברי האחרונים שדנו באופן קנין שכירות, שכתב **מהרי"ט** דבעינן נעל גדר ופרץ גם לשכירות ולשאלה ולא רק במכר. והוכיח מגיטין עז ע"ב תיזיל ותיחוד ותפתח ומיירי בשכירות, וכן במציעא יא ע"ב גבי ומקומו מושכר לו ועוד. ותמה הנתיבות שהרי שם החפצים של המקנה היו בחצר ובמה יקנה הלוקח? וכן הקשה הקצות בסי' קפט (עי' אריכות לעיל שם). וביאר הנתיבות כוונת מהרי"ט שבגיטין שם לא אמר שתניח איזה דבר משלה בחדר, ואפ"ה בעינן נעל וגדר, ע"ש.

והביא מדברי **המחנ"א** ריש הל' שכירות, דשימוש של שכירות מהני לקנין שכירות, וכדרך תשמישו כך דרך קנייתו כמו שביל של כרמים שנעשה להילוך ונקנה בהילוך (ב"ב ק), ועוד ראיות כתב. והנתיבות מסכים עם המחנ"א דשכירות נקנית בתשמישים לבד, וכמ"ש הקצות בסי' קנג ובסי' קפט. אבל לא מטעם שביל של כרמים, שהרי בצחיח סלע חולק הראב"ד וס"ל שלא קנה בשטיחת פירות אע"ג דעביד להכי. לכן מפרש שבשביל של כרמים הסיבה שנקנה בהילוך היא מפני שגופו נהנה, ובזה כו"ע מודו [ונראה שהנתיבות סובר כהב"י בזה ודלא כרמ"א. וכן מבואר במש"כ המשאת בנימין והובא בט"ז שמי שקנה מקום בבית הכנסת וישב עליו הוי חזקה כי תשמישו בכך, ולא מצי לחזור בו, ובנתיבות סק"א כתב שיש שני תנאים לקנות - א. שגופו נהנה. ב. שדרכו בכך. ולכן גם הראב"ד מודה בזה. ודלא כהדרכי משה].

ולכן ביאר הנתיבות שהטעם דסגי בשימוש לקנין שכירות הוא משום שאין בו קנין הגוף אלא שעבוד בעלמא ולכן די בשימוש. והאריך בזה, ויסוד דברים שיש שני סוגי שכירות ותלוי מה עשה: אם נעל גדר ופרץ שעשה קנין בגוף הקרקע, קנה קנין גוף לפירות, אבל אם עשה רק שימוש, יש לו רק זכות שימוש ותו לא [וכן תלוי אם הקדים המעות דהוי קה"ג לפירות, או ששילם בסוף כדין שכירות שאין קה"ג אלא זכות שימוש]. ויישב בזה את פסק השו"ע בסי' שיג ס"ג שחצר המושכר קונה למשכיר, ותמה הסמ"ע מסי' רס ס"ג שאם צבי שבור נכנס זכו שניהם, שבסי' שיג לא עשה קנין גמור אלא שהכניס בהמות לחצר, ולכן יש רק שעבוד וממילא המשכיר זוכה במציאות ולא השוכר, אבל בסי' רס מיירי שעשה קנין ולכן נקנה לו גוף החצר. [ובזה יש ליישב כמה וכמה סתירות ויתכן שגם דעת הרמב"ם כן ואכמ"ל].

ומעתה מיושבות כל הסוגיות בדרך זו, שאם רוצה לקנות ע"י חצרו (כגון בגיטין להתגרש, או לקנות הפירות בב"מ שם), צריך חזקה גמורה דנעל גדר, אבל כשצריך רק רשות שימוש די בשימוש. ע"ש עוד ותרו"צ.

4. מה הדין בהציע מצעות ושכב עליהם האם הוי מעשה קניין?

עיין תשובה קודמת. ויש להוסיף שלגבי נכסי הגר נחלקו אם צריך דוקא שכיבה (כמ"ש הרא"ש הנ"ל ונפסק בשו"ע) או שעצם הצעת המצעות מהני, כי ייפה את הקרקע, ודמי לצר צורה בנכסי הגר כמובא בב"ב נד ע"א. **הרמ"א** פסק שצריך דוקא שכיבה, שנהנה מגוף הקרקע, ולא מהני הצעת המצעות כי אין זה דבר של קיימא ושאני מייפוי [ועי' בתשובה קודמת שהטור והרמ"א סברו שרק בגר מהני ולא במכר רגיל שצריך מעשה בגוף הקרקע. אמנם **הסמ"ע** בסי' קצב כתב שהרמ"א יודה בהצעת מצעות - וכהבנת הב"י, אך כאמור בד"מ נראה שלא קיבל חילוק זה וס"ל שגם בהנאת גופו הראב"ד סובר שלא מהני ודמי לאכילת פירות].

5. מוכר לחבירו קרקע אחת, וקרקע שניה בשכירות, והחזיק הקונה בקרקע של המכר, או בקרקע השכירות, האם קונה גם את השניה?

תוספתא פ"ב דב"ב (במהדורת ליברמן הי"ב): "לקח ממנו עשר שדות כיון שהחזיק באחת מהן החזיק בכולן שכר ממנו עשר שדות כיון שהחזיק באחת מהן החזיק בכולן **לקח מקצת ושכר מקצת והחזיק בין בלקיחה בין בשכירה הרי זו חזקה**". מבואר שקנה הכל. וכן פסק **הרמב"ם** פ"א ממכירה ה"כ **ובשו"ע** סי' קצב סי"ד. וצריך ליתן דמי המעות של השדה המכורה וא"צ לתת דמי השכורה, דשכירות א"מ אלא לבסוף וכמבואר בסעיף הקודם בב"י ובהגה. [ועי' שיעורי רבי דוד פוברסקי קידושין כז ע"א אות רז].

6. א. התקין מנעול לבית, האם קונה?

במשנה **ב"ב** מב ע"א לענין מתנה "נעל גדר ופרץ כל שהוא הרי זו חזקה", וכתב **הרא"ש** שם סי' נט דה"ה למוכר דקני לוקח בחזקה כדמוכח בב"ק נב ע"א ובקידושין כו ע"א שקרקע נקנית בחזקה. דין "גדר" ו"פרץ" מבואר בגמרא [ולכן הטור ביארם קודם כי הם פשוטים יותר], אבל בדין "נעל" נחלקו הראשונים: דעת **רשב"ם** בב"ג נג ע"א שסתם פתח סתימה כל דהוא המועילה, דהיינו שמתחילה נכנסים ברווח והשתא בדוחקא, או שקבע מנעול בדלת. ונעילה לחודה לא קונה דדמי למבריח ארי [ומסירת מפתח לדעתו מועילה במוכר ומשכיר ולא בנכסי הגר].

אבל שיטת **ר"י** (תוס' שם) **והרא"ש** (סי' נט) **והרמב"ן** (ב"ב שם ד"ה נעל) שבנעילת דלת במפתח קנה (כדמוכח מגיטין עז ע"ב תיחוד ותפתח, ע"ש ברא"ש סי' ג). וביאר הרא"ש (ב"ב שם) דהא דאיתא שם נג ע"ב "והעמיד דלתות" לאו דוקא אלא אורחא דמילתא נקט, דהמעמיד דלתות הוא הנועל. ועוד כתב בדרך אחרת שרשב"ם מודה שאם התקין מנעול כדי לנעול - קנה גם בלי נעילה בפועל, וא"כ גם העמדה קונה בלי נעילה. וכן נקט **הטור** כביאור השני ברא"ש. אבל **התוס'** ב"ק נב ע"א ד"ה כיון כתבו כביאור ראשון שכתב הרא"ש, דאורחא דמילתא נקט ומדובר שנעל אחרי העמדת הדלת. וכן נקט **הטור** בסי' ערה, ותמה **הב"י** על הסתירה בטור [ואף שיש לחלק בין נכסי הגר למכר, מנא ליה לפלוגי בהכי]. ועי' **ב"ח** שביאר שהטור דייק מדברי הרא"ש לחלק כן. **והט"ז** תירץ דבהעמדת הדלת לחוד לא קנה דלאו מידי עביד דיכולים לכנוס שם, אלא צריך שינעלוה אפי' שלא במסגרת, דעכ"פ מונע אחרים מלהכנס, ולכן כתב הטור בסימן ערה דבעינן נעילה בסתם, והכא קמ"ל דא"צ לסגרה במסגרת.

ודעת **רבינו יונה** (בעליותיו נב ע"א, מובא בשיטמ"ק, וכן בהרא"ש שם בשם "יש אומרים") שגם בפתיחת דלת נעולה קונה, מדאמרינן בהזורק שם "ותפתח". ודחה הרא"ש דהתם הדלת היתה סגורה והוצרכו לפתוח ואח"כ לסגור ולנעול וזה היה הקנין, ובאמת הולל"מ "תפתח ותיחוד" אלא דאורחיה דתלמודא הכי כמו מטפס ועולה בעירובין כא ע"א [ועי' ביהגר"א סי קצ סט"ז שכתב ראיות נוספות]. ובפרק הזורק שם כתב תירוץ נוסף, שדוקא שם בסוגיא היתה צריכה לפתוח אחר הנעילה כדי שיהיה מוכח שהוא לשם קנין [משא"כ בנעילה לבד יתכן שסוגרת כדי לשמור מה שבתוכו כפי שרגילה בד"כ].

והרמב"ם כתב שהיה פתוח ונעל וחזר ופתחו [כך הבינו בדבריו המ"מ והרמב"ן]. ותמה הטור מדוע צריך לפותחו בסוף. והב"י ביאר בשני אופנים: א. באמת קנה בנעילה לבד, אבל כוונת הרמב"ם דלא מיבעיא כשנעל ונשאר נעול דקונה, אלא אפי' חזר ופתחו ואין ניכר שום דבר, קנה. ב. אכן צריך פתיחה בסוף, עפמ"ש הרא"ש בביאור הסוגיא בגיטין דנעילה לחודה לא מוכח שיהיה קנין, לכן כתב שצריך לפתוח. והב"ח הסכים לפירוש זה ברמב"ם. ויש כמובן נפק"מ בין הפירושים אם הפתיחה בסוף מעכבת או לא. הב"ח הוסיף, שאם היה נעול ופתח וחזר ונעל ודאי קנה אף להרמב"ם, דמוכח שהוא לשם קנין דאל"כ למה פתח וחזר ונעל ולא השאיר נעול כמו שהיה. ע"ש. [ויש להעיר שכל זה להחולקים על רשב"ם וס"ל שא"צ

העמדת הדלת ולכן צריך שיהיה ניכר שהנעילה לשם קנין ולא בשליחות בעה״ב. אבל לרשב״ם שצריך העמדת דלת ודאי שנעילה לבד סגי].

לסיכום הגדרת ״נעל״ ע״פ היוצא מדברי הראשונים:

- **רשב״ם לרא״ש** - בהעמדת דלת סגי אפי׳ בלא נעילה, אך נעילה לבד לא מהני.
- **תוס׳ וטור סי׳ ערה, רמב״ם לפירוש א׳ בב״י** - בנעילה סגי, בהעמדת דלת לא סגי.
- **רא״ש בלשון שני וטור סי׳ קצב** - בהעמדת דלת או נעילה סגי.
- **פשט רשב״ם** - בעינן גם העמדת דלת וגם נעילה.
- **רבינו יונה** - סגי גם בפתיחת דלת נעולה.
- **רמב״ם למ״מ ורמב״ן וב״י בפירוש ב׳ וב״ח** - בעינן נעילה ופתיחה [או פתיחה ונעילה - ב״ח בדעתו].

בשו״ע הביא בסתם דעת הרמב״ם כהבנת המ״מ והרמב״ן וכאופן השני בב״י (בסמ״ע סק״ה הובא ראשון) - שצריך לנעול ולפתוח. ובשם יש מי שאומר הביא דעת ר״י ורא״ש שצריך לנעול במפתח. והרמ״א כתב שה״ה אם עשה מנעול לדלת או שהעמיד דלתות י״א שקנה (אע״ג שלא נעל בפועל), כהרא״ש בלשון ב׳ [וביאר הסמ״ע סק״ז שהכוונה שקבע המנעול, דקנה אע״פ שלא נעל, דדעת אחרת מקנה, משא״כ בהפקר לא מהני כמבואר בסי׳ ערה. ולעיל הבאנו שהט״ז סובר דאין חילוק בין הפקר למכר, ובשניהם צריך לסגור הדלת אך א״צ במסגרת]. ודעת השו״ע שבכה״ג לא קנה כל עוד לא נעל בפועל (ופתח). נמצא שהתקנת מנעול תלויה במחלוקת השו״ע והרמ״א.

ב. אכל פירות השדה האדם קנה? ומה החילוק בינו לבין מציע מצעות על הקרקע?

עיין לעיל תשובה 3 בהרחבה.

ג. פינה שרידי מבנה לצורך הקמת מבנה אחר, האם זו חזקה? הוכח מדיני שביעית.

בתשובת **הנתיבות** המובאת בסוף הסימן האריך בזה להוכיח שפינוי העפר וכו׳ לא הוי חזקה, והא דזכי זיכיא בב״ב נד ע״א היינו דוקא בקיסמים ועשבים המחוברים בגוף הקרקע באופן שחייב עליהם בשבת משום חורש, ולא במונחים על הקרקע שזה אינו אלא רק מפריש העיכוב וכמגרש בהמות מהשדה כדי לחרוש וגרע ממבריח ארי [ובשבת חייב ע״ז רק במשווה גומות בדבר שמבטל ליה].

והקצות בתשובתו (בסו״ס אבני מילואים סי׳ כה) הוכיח משביעית דמהני, שהרי אסור לסקל אבנים בשביעית, ומוכח שהיא פעולת תיקון חשובה וא״כ מועילה גם לחזקה.

הנתיבות דחה בתשובתו החוזרת, ששם אסרו משום מראית עין **דנראה** כמתקן ארץ, אבל בחזקה צריך תיקון אמיתי ולא רק מראית עין ולכן לא מהני [ולכן המרדכי השווה דווקא נוטל גבשושית המחוברת לקרקע דהוי בונה לענין שבת וגם לקנין, וכמו זכי זיכיא, ומוכח דדוקא במחובר הוי בנין אבל לא בעפר המונח עג״ק].

ע״ש באריכות בכל תשובת הנתיבות. כדי שלא יהיה הענין חסר, נציג את השאלה שעסק בה: מי שקנה בית ישן ע״מ לבנות במקומו חדש, וסתר הכתלים של הבית הישן ופינה העפר כדי לבנות כתלים חדשים, והניח סמוכות (פיגומים), ועתה רוצה הלוקח לחזור בו, והמוכר טוען שקנה בחזקה. הנתיבות סובר דלא הוי חזקה ויכול לחזור. ונסכם בס״ד את היסודות העולים מדברי הנתיבות: **א.** גם למ״ד דחפירת יסודות קונה, הכא דלא הוי בגוף הקרקע לא קנה. **ב.** הבנין שע״ג הקרקע חשוב כקרקע רק כשהבנין גמור. **ג.** סתירה לא מהני אם אינה משביחה את הבנין. **ד.** גם למ״ד דחפירת יסודות קונה, היינו דוקא כל היסודות. וכן בכל שבח בעינן גמר השבח. **ה.** ניקיון העפר לא מהני דאינו מחובר בגוף הקרקע וגרע ממבריח ארי דלא קני. ולא דמי למציע מצעות שזה ייפוי הקרקע בבנין גמור, ואילו כאן מסלק המיאוס בבנין שאינו

גמור. **ו.** גם הסמוכות דמו למבריח ארי ועוד דלא הוי גמר בנין. סיכום דעת הנתיבות: הסרת גבשושית או מילוי גומא קנה כשהוא גמר הבנין, אבל כשלא נגמר הבנין לא קנה אפילו במעשה גדול של חפירות יסודות וכדו׳.

סימן קצג

1. מה דין מחובר לקרקע לגבי קניינים האם דינם כקרקע או כמטלטלין?

בשבועות מג ע״א פליגי ר״מ וחכמים: לר״מ כל העומד ליבצר כבצור דמי, לחכמים לאו כבצור דמי. מאידך, בכתובות נא ע״א איתא בפשטות דכל העומד ליגזז כגזוז דמי, ולא פליגי בזה תנאי. וצ״ב ביישוב הסוגיות.

הרמב״ם פסק שהמחובר לקרקע וא״צ לקרקע הוי כמטלטלין, ואילו בענין שבועה פסק דהוי כקרקע. וביארו האחרונים [וראה עוד להלן בהרחבה] שרק בשבועות דעת חכמים דכקרקע דמי כיון דמיירי בדין שבועת השומרים, והשומר קיבל את הקרקע עם הפירות המחוברים וצריך להחזירה כמות שהיא ולכן דינם כקרקע, ובזה הלכה כחכמים. אבל בשאר דברים כו״ע מודו שכמטלטלי דמו וזו הגמ׳ בכתובות.

לעומת זאת, שיטת **הרמב״ן והר״ן** שהסוגיא בשבועות עוסקת בפירות הצריכים לקרקע, ובזה פליגי תנאי והלכה כחכמים דלאו כבצור דמי, אבל בא״צ לקרקע לכו״ע הוי כמטלטלין כמבואר בכתובות.

שיטת **ר״ח** (הובא בתוס׳ כתובות שם ד״ה סוף סוף) שבשבועות נחלקו והלכה בזה כר״מ שבכל גוונא הוי כמטלטלין, ולכן בכתובות סתמה הגמ׳ דכגזוז דמי.

הטור כתב שהלכה כחכמים שהמחובר לקרקע דינו כקרקע אפי׳ בא״צ לקרקע וכהא דמצינו לענין שבועות דהוי כמחובר לדעת חכמים. וכתב שהרמב״ם חילק בין צריך לקרקע (שכקרקע) לבין א״צ לקרקע (שכמטלטלין). והשו״ע פסק כהרמב״ם והרמ״א הביא דעת הטור.

והב״ח העיר שבסי׳ צה, קטו, רנז, שצד פסק הטור דפירות שא״צ לקרקע אינם כקרקע (וכרמב״ם) ואילו כאן לענין קנין ובסי׳ שא גבי שבועת השומרים פסק דהוי כקרקע. ונשאר בצ״ע על סתירת הפסקים.

הסמ״ע חידש לחלק בין צריך לקרקע קצת לא״צ לקרקע כלל, וכתב שכאשר מחוברים וצריכים לקרקע קצת - לרמב״ם ושו״ע יש לחלק בין שומרים דהוי כקרקע (כמבואר לעיל, דלשמירה יהבי ניהלייהו), לבין קנין ואונאה ושאר מילי דהוו כמטלטלין. ולדעת הטור והרמ״א בכל מקרה הוי כקרקע (בין בשומרים בין בקנין). ובזה איירי בסי׳ זה. אבל בא״צ לקרקע כלל כו״ע מודו דהוי כמטלטלי (גם הטור והרמ״א), ואלו דברי הטור בשאר המקומות.

אבל **הש״ך** חלק על חידושו של הסמ״ע בגדר ״צריך לקרקע קצת״, ולדעתו הכל מיירי בא״צ לקרקע כלל, ולגבי דעת הרמב״ם ושו״ע ביאר כהסמ״ע לחלק בין שומרים דהוי כקרקע לבין שאר מילי דהוי כמטלטלי. ובדעת הטור ורמ״א ביאר שהכלל הוא דהוי כקרקע כמ״ש הטור כאן (בשומרים ובקנין ובאונאה), אלא שיש חריגים: **בסי׳ קטו** לגבי בעל חוב - כיון דלא סמיך דעתיה, דיכול הלוקח לתולשן, לכן פסק דהוי כמטלטלי. וכן **בסי׳ צה** (ודלא כמ״ש הסמ״ע דהתם איירי בשומרים). **ובסי׳ רנז** לענין מתנה - לא היתה דעת הנותן על זה ולכן ל״ה כקרקע. **ובסי׳ שצד** לגבי בהמה שהזיקה - סו״ס השתא תלושין הן, א״נ דלענין שומא לא הוו כקרקע, ולכן פסק דכמטלטלי דמו. כללא דמילתא: לטור מחובר דינו כקרקע אא״כ יש סיבה חיצונית ואז לא הוי כקרקע. וכתב הש״ך שכן עיקר. וכ״כ הט״ז בקצרה וכן הנתיבות.

2. בקנין אג"ק האם מהני תלוש ולבסוף חיברו?

עיין סי' רב תשובה ראשונה [בסי' קצג אין שום התייחסות לענין זה].

3. ראובן מסר לשמעון כרם ענבים העומדים ליבצר לשומרו בשכר ונגנב. ראובן תובע את שמעון להשבע שלא פשע ושהוא שמר כראוי, ושמעון משיב שמאחר והענבים היו מחוברים לקרקע פטור משבועה. מה הדין? פרט מתי השומר חייב להישבע ואיזו שבועה, ומתי אינו חייב להישבע?

עיין תשובה 1, שלרמב"ם ושו"ע בשומרים הלכה כחכמים שהעומד ליבצר לאו כבצור דמי ודינו כקרקע, כי השומר קיבל את הפירות כך ע"מ לשומרם במצב זה ולא לתולשם, ולכן דינם כקרקע ופטור משבועה, כמבואר במשנה בהזהב שעבדים ושטרות וקרקעות אין נשבעים עליהם. וכמובן שגם הטור סובר כן שהרי פסק שבכל גוונא הלכה כחכמים דהוו כקרקע. [אמנם לרמב"ן ור"ן - אם צריכים לקרקע הוי כמטלטלין ונשבעים עליהם, ואם א"צ לקרקע הוו כקרקע כחכמים. לר"ח הלכה כר"מ דהוו כמטלטלין בכל גוונא ונשבעים עליהם].

סימן קצד

4. תן דוגמא שאחד החזיק בקרקע ובא השני ועשה קניין, שהשני קנה ולא הראשון.

איתא בב"ב נד שישראל קונה מגוי בשטר, ולכן אם הגוי מוכר לו בכסף בלבד, כשהגוי קיבל הכסף הסתלק מהקרקע דגמר ומקני, אך הישראל לא קנה, ולכן הקרקע נעשית הפקר, וממילא אם בא ישראל אחר והחזיק במטרה לקנות קנה כמחזיק בנכסי הפקר. ונחלקו הראשונים בזה: רשב"א ומרדכי סוברים שאפי' אם הראשון החזיק לפני השני - לא קנה הראשון אלא השני, כי הראשון לא החזיק במטרה לקנות (שסבר שכבר קנה ע"י הכסף). ולדעתם זהו ההיכי תימצי שבשאלה - שהשני קנה ולא הראשון. וכ"פ **הרמ"א**. [וכתב הסמ"ע שאם הראשון החזיק בפירוש כדי לזכות מן ההפקר, ודאי שהוא זוכה ולא השני]

אבל **לתוס' ורשב"ם** כיון דמיירי במקום שקונים בשטר, לכן הישראל לא גמר לקנות עד שיש לו שטר, וממילא אם החזיק קנה כי יודע שעוד לא קנה עד כה, ולכן כשהראשון קדם הוא קנה ולא השני. וכן משמע **ברמב"ם**, וכ"פ **השו"ע**, ולכן הראשון קונה כאשר קדם והחזיק.

[וכעי"ז נחלקו במקום שכותבים שטר האם מהני חזקה בלא שטר, עי' לעיל סי' קצ תשובה 3].

5. האם ניתן להקנות ולהתחייב באודיתא? ציין את המקורות. האם מועיל קנין זה כשנעשה שלא בפני עדים? האם קנייני חצר, אגב ואודיתא מועילים בגוי?

רבינו **הקצה"ח** האריך בענין זה בסי' קצד ביחס למכירת בכור בהמה לגוי ומכירת חמץ לגוי. העלה כמה רעיונות כיצד לבצע את המכירה כאשר לא שייך לעשותה בקנין משיכה של כל חבית וחבית וכו'. הביא מדברי **מהרש"ק** המובא בשו"ת נחלת שבעה שכתב דחצר לא מהני דאין שליחות לגוי והציע להקנות בקנין אגב. הקצות מעיר שהצעה זו לא תועיל למ"ד דהוא קנין דרבנן (תוס' ורא"ש) למ"ד דלא מהני בדאורייתא (רבינו ירוחם, מובא באה"ע סי' כח; ועי' בקצות סי' רז סק"א שנקט בפשיטות כדעת הב"י דמהני), וגם למ"ד דמהני, י"א שבגוי לא מהני (עיר שושן וסמ"ע בסי' סו לענין מכירת שטרות).

ומש"כ מהרש"ק דחצר לא מהני בגוי - אין זה פשוט כלל, דנראה שיש תורת חצר בגוי כדמוכח בע"ז עא ע"ב לענין יין נסך, ודין זה מובא להלכה ביו"ד סי' קלז בהגה, דקונה לו כליו לגוי, והרי זה מתורת חצר וא"כ מבואר דאית ליה חצר. ומאי דקשיא ליה דאין שליחות לגוי האריך הקצות לבאר דהיינו שהגוי א"י להיות שליח אבל כן יכול להיות משלח ועוד פלפל בזה [ועי' בנתיבות בפתיחה לסי' ר מה שהשיג על

זה]. ואח״כ כתב שכל זה אם החמץ בעיר, אבל אם אינו בעירו לא מצאו האחרונים דרך כיון דכסף לחודיה לא קני וכו׳. [עוד לענין עי׳ בנתיבות שם, שלדעת **הר״ן** קנה בין במשתמרת בין באינו משתמרת ועומד בצידו, כיון דתרווייהו מטעם יד הוא, פרט למתנה דישראל קונה אפילו באינו משתמר ואינו עומד בצידו דהוא מטעם שליחות, לא קנה גוי הואיל ולית ליה שליחות. **ולהרי״ף והרא״ש** לא קנה גוי ע״י חצר רק בעומד בצידו דהוא מטעם יד, אבל במשתמרת ואינו עומד בצידו דהוא רק מטעם שליחות, לא קנה גוי.]

ולכן הציע הקצות להקנות בקנין אודיתא המופיע בב״ב קמט באיסור גיורא, שיכתוב ״חתימת ידי תעיד עלי וכו׳ איך שמכרתי כל החמץ לפלוני באופן המועיל״, וכיון שמודה קנה הגוי, וזהו קנין גמור ושלם שאינו נופל מכל הקניינים הן לענין ממון והן לענין איסור, והוא מועיל מדאורייתא. והוכיח כן מדברי הב״ח בהל׳ ריבית דאפי׳ באיסורין מהני הודאה. וראיה מתוס׳ ב״מ מו ע״א ד״ה וניקנינהו. אמנם בתוס׳ ב״ק קד ע״ב ד״ה אגב משמע דלא מהני באיסורא, ועוד שכתבו דאינו אלא מדרבנן, ותמה הקצות מה בכך, הרי קנין דרבנן מהני בישראל אפי׳ לאיסור תורה (כהב״י, וכדמוכח בסוגיא של היה עומד בגורן שהגמ׳ הקשתה דליקני באגב, והרי גם באגב ס״ל לתוס׳ שהוא מדרבנן ובכ״ז קונה מעשר שני). עכ״פ אומר הקצות דלענין חמץ דמדאו׳ סגי בביטול א״כ כל הצורך במכירה הוא מדרבנן ויועיל גם להתוס׳ [צ״ע דלפי מהלך זה גם אגב טוב כמ״ש מהרש״ק, ומדוע גמגם הקצות בהצעתו. אכן כשהחמץ אינו בעיר או שאין לו קרקע, הצעה זו אינה טובה].

בהמשך הביא מח׳ לגבי מלוה ע״פ האם נקנית באודיתא: לדעת **בעל העיטור ורמב״ן** - לא, דאינה ברשותו, אבל לדעת **תוס׳** ב״ב קמח ע״א **ובעה״מ** - כן, דחשיב ברשותו כי הלוה רוצה לפרוע. [וכן הביא **הגרע״א** בהגהותיו לסי׳ רג ס״ט.]

וגם הביא מח׳ אם אודיתא מהני בבריא או רק בשכ״מ, שלדעת **הרשב״ץ** רק בשכ״מ, אבל כתב שכבר הכריע **הש״ך** בסי׳ ס כדעת הפוסקים דמהני בכל גוונא ולא רק בשכ״מ ולכן מועיל גם בנ״ד למכירת בכור וחמץ (ועי׳ בזה גם בפת״ש סי׳ רג סק״ג).

וכותב הקצות שקנין זה צריך להיות בשטר שיכתוב בו שמודה שמכר באופן המועיל וכו׳, או שיאמר כן בעל פה בפני שני עדים כשרים, אע״פ שבשאר הקנינים לא איברו סהדי אלא לשקרי, ואינם חלק מהקנין, הכא שאני דלא הוי אודיתא עד שיעשה כן בפני שני עדים כשרים שיעידו שהודה לו, שזה גופא יוצר את הקנין. והוא לשיטתו שזה קנין גמור ושלם. וע״ע בקצות ר״ס מ. ובמאירי קידושין כו ע״א משמע כהקצות. [לשון הקצות בסי׳ מ: ״לאפוקי מדברי **פני יהושע** בריש פרק הנושא (כתובות קב ע״א ד״ה ומתוך) דמשמע מיניה דגם בזה לא איברי סהדי אלא לשקרי, והוא לשיטתו נמי סבירא ליה דחיוב הוא קל לחייב עצמו בדיבור בעלמא, אמנם לפי מ״ש דהוי משום אודיתא ודאי אינו אודיתא בלא עדים ואתם עדי״].

אכן באחרונים יש שחלקו על הקצות וכתבו שאין זה קנין כלל אלא הודאת בעל דין. כ״כ **באמרי בינה** (דיני הלואה סי׳ טז) והאריך מאוד ע״פ **ר״י מיגאש הרמ״ה והרשב״א**. ולדרך זו החפץ אינו נקנה אלא יש רק התחייבות שאפשר להוציא בדיינים ע״פ הודאתו. וא״כ לא יועיל למכירת חמץ וכיו״ב. ומ״מ גם לדרכם צריך שני עדים לממש התחייבות זו, כדמוכח מדברי הריטב״א בב״מ מו ע״א לענין הברייתא היה עומד בגורן וכו׳, שהקשה מדוע לא הקנה באודיתא, ויש כמה תירוצים [למשל: אודיתא דרבנן, אודיתא רק בשכ״מ], ואחד מהם שבגורן לא מצויים אנשים ולכן לא היו לו עדים לעשות אודיתא [והקצות כתב הוכחה זו מדיליה בסי׳ מ, ובאמ״ב כתב שזכה לכוון לריטב״א]. ביארו האחרונים שגם לפי הצד של הודאת בעל דין, גמירות הדעת היא דווקא כשיש עדים שיוכלו להעיד בבי״ד ולהוציא ממנו על פי דבריהם, ולכן כשאין עדים לא גמר ומקנה ולא יועיל.

6. באלו קנינים קונה הגוי מישראל? כיצד יש לערוך מכירת חמץ? האם אפשר להקנות לגוי בקנין סודר את החמץ? פרט.

קנין קרקע - **בב"ב** לה סע"ב ושם נד ע"ב מבואר, שהגוי אינו קונה ואינו מקנה אלא בשטר עם נתינת הכסף. ואם התנה לוקח שיקנה לו בכסף לחוד, קנה מיד [ב"י. וכתב **הקצה"ח** סק"ב שגם הש"ך החולק בסי' קצח לענין התנה שמעות יקנו מטלטלין, לא השיג כאן משום שהוא מודה לדין זה, דהטעם שלא קונה בכסף הוא משום סמיכות דעת וכשמתנה יש סמיכות דעת. אמנם **הב"ח והט"ז** חולקים וס"ל שלא מועיל תנאי. וצ"ע על הקצות שהרי גם הש"ך כאן סק"ב הביא דברי הב"ח שפסק דלא מהני תנאי ומשמע שכן דעתו, וכן הבין גם **הנתיבות** בחידושים סק"ה ובביאורים סוף סק"ג וכך פסק להלכה].

לגבי חזקה - לדעת **הכסף משנה** בהבנת המגיד משנה, לא מהני בגוי. לדעת **הסמ"ע** בהבנת המ"מ מועיל בגוי. וכתב הט"ז דאין נפקותא במחלוקת זו שהרי גם לסמ"ע צריך שטר. וע"ש שכתב דרך אחרת בהבנת הרמב"ם. אמנם בנתיבות תמה שיש נפקותא כי לסמ"ע משמע דישראל הקונה מגוי קונה בחזקה גרידא, משא"כ לב"י שאינו קונה. ומ"מ לענין פירוש ד' הרמב"ם הסכים לט"ז.

שכירות בכסף מן הגוי - **לרמ"א, סמ"ע, קצות** ע"פ תוס' ב"מ מח ע"א ד"ה בלן וראש שם סי' ח, **ונתיבות** - מועיל, **לב"ח ט"ז והגר"א** - לא מועיל.

קנין מטלטלין - דעת **הרמב"ם** שהגוי קונה ומקנה במשיכה או בדמים. **הרמב"ן ורשב"א** סוברים שאינו קונה כי אם במשיכה. **הסמ"ע** כתב שלכו"ע ישראל קונה מגוי מטלטלין בדמים, **והש"ך** חלק עליו דמוכח בפ"ב דבכורות דישראל מגוי או גוי מישראל חד דינא אית להו, ושכ"כ כל הפוסקים.

ישראל מומר - כתב **החת"ס** (הובא בפת"ש סק"א) שדינו כישראל גמור לקנינים, כי אין בזה טעם אלא גזיה"כ, ורק בדברים שיש בהם טעם אמרינן דלאו "עמיתך" הוא וחשיב כאינו בן ברית.

לענין אופן מכירת חמץ - עיין בתשובה קודמת באורך.

לענין סודר בגוי - עיין סימן קצה תשובה 2. בפועל המנהג לעשות כמה קנינים במכירת חמץ.

סימן קצה

1. האם מועיל קנין סודר בעופות, פרחים או בהמות?

קי"ל דסודר מהני רק בכלי ולא בפרי, ולכן כותבים במנא דכשר לאפוקי פירי דלא עבדי חליפין (ב"מ מז ע"א). והשאלה תלויה בהגדרת "כלי" ו"פרי". בגמ' שם מו ע"ב מובאת דוגמא של החליף שור בפרה או חמור בשור, ומבואר דחשיבי פירי. כך גרס **רש"י** ולדבריו בעלי חיים הוו פירי, שכתב "פירי - כל דבר שאינו כלי". וכן דעת **העיטור** (מאמר שני יא ע"ד) שכתב ד"כלי" הוא דבר הנעשה בידי אדם, ו"פרי" נעשה בידי שמים.

אך **לר"ח ור"י והרי"ף** הגירסא "החליף **בשר** שור בפרה", אבל בעלי חיים בחייהם הוו כמו כלי, כי הגדרת "כלי" היא שיש בו שימוש לצורך האדם (ויש בהם שימוש לרכיבה ושאר דברים). וכ"כ **הרמ"א** דבהמה מיקרי כלי.

הר"ן בחידושיו (מו ע"א) כתב שפירות הם כל דבר ההולך ונרקב, משא"כ הראוי למלאכה כבע"ח ככלי דמו. ובב"י הסתפק בדעתו האם הגדרתו לגבי נרקב היא בדווקא, ונ"מ לגבי טלה. אמנם יתכן שלדעת הר"ן גם טלה נחשב ראוי למלאכה. ושוב כתב הב"י שמבואר בחי' תלמידי הרשב"א ובחי' הר"ן עצמו

ריש הזהב שעיקר החילוק הוא אם נרקב או לא, ומבואר שלדעתו זו ההגדרה העיקרית, וא"כ אינו סובר כתוס' והרי"ף, ע"ש. וכן **בקצה"ח** סי' קצ סק"ג מבואר שהר"ן הוא שיטה בפני עצמה. ע"ש.

הסמ"ע מחד הביא בסק"ח שהגדרת "פרי" כרש"י והעיטור - כל הנעשה בידי שמים, ומאידך פסק כהרמ"א לענין בהמה, ואדרבה הוסיף בסק"ז: "לאו דוקא פרה ושור דעושין בה מלאכה כגון חרישה וכיוצא בו, אלא אפילו טלה והדומה לו, **כיון שנהנין מהם** בעינם, דהטלה מגדלין לגדל עליו צמר וגוזזין אותה ולוקחין החלב והולדות עמהן, ודומים גם הם לכלי שעושים בו קנין חליפין, כיון שראוי הוא לעשות בו מלאכה, ומשו"ה סתם הטור [שם] ומור"ם ז"ל וכתבו בהמה, דמשמע כל בהמה". [**והש"ך** סק"ד בהג"ה העיר דצ"ע בסתירה זו בסמ"ע].

נמצא <u>שלענין בהמות ועופות</u> - לרש"י ועיטור א"א לעשות בהם חליפין, כי הם נעשו בידי שמים. לרוב הראשונים וכפסק הרמ"א אפשר בבהמות, כי יש בהן שימוש ואינם נרקבים. לסמ"ע גם בעופות אפשר, אא"כ מדובר בעופות שאין נהנים מהם כגון עופות טמאים או גוזלות קטנים שאינן מטילות ביצים וכדו' והכל לפי הענין. [ולפי הר"ן גם בכאלה אפשר, שהרי אינם נרקבים. ראה לעיל הדיון בדבריו].

<u>לענין פרחים</u> - לכו"ע א"א לעשות בהם חליפין, שכן נעשו בידי שמים ונרקבים ואין בהן שימוש. אמנם אם הכינו זר פרחים (כגון ששמים על הראש וכדו') נראה שנחשב כלי לדעת הרי"ף וסיעתו, כי יש בו שימוש והנאה.

2. האם בגוי שייך קניין סודר?

התוס' בקידושין ג ע"א כתבו שגוי קונה בחליפין, והוכיחו מהגמ' בקידושין ח עה"פ "מכסף מקנתו", שחליפין לא מועיל לגוי לקנות ע"ע, משמע שלשאר מילי מהני. והקשו ע"ז מהגמ' בכורות יד דקי"ל "מה עמיתך בחדא אף גוי בחדא", ומשמע שם שקנין גוי הוא רק במשיכה או בכסף ולא בחליפין. ותירצו התוס' שהגמ' עסקה שם רק ב"קנין החדש", אבל סודר פשיטא שקונה בשניהם. **הקצות** (סק"א) תירץ בדרך אחרת ע"פ המבואר בתשו' הרי"ף דהא דאיתא בגמ' שאין אונאה לחליפין הוא משום דבאונאה כתיב "וכי תמכרו **ממכר**", וחליפין לא הוי בכלל "ממכר", א"כ מיושב שהגמ' עסקה רק בקניינים שנקראים "ממכר" (שנאמר שם "עמיתך" וע"ז באה הדרשא שם), ולא בחליפין.

אמנם דעת **הש"ך** בסי' קכג (סק"ל) שגוי אינו קונה בחליפין, ודחה ראיית תוס' מקידושין ח', דאדרבה מדובר שם גם בישראל שאינו קונה ע"ע בחליפין, וזה החידוש בפסוק, אבל בגוי גם בעלמא אין חליפין כלל. ועוי"ל דקרא לגופיה אתי, דהיינו דין קניית ע"ע הוא גופא המקור שאין חליפין בגוי כלל.

ודוחה הקצות שם דחיית הש"ך, דאם אין חליפין בגוי כלל, מדוע צריך למעטו בפסוק מיוחד שנאמר לגבי גוי, הרי לש"ך זה גם בישראל והיה לתורה לכתוב דין זה גבי ישראל. ומש"כ דקרא לגופיה אתי, לטעמיה דהש"ך קשה ע"ז, שאם דין זה שייך גם בישראל איך אפשר לומר דלגופיה אתי ללמד שאין חליפין בגוי, הרי בישראל יש. ולכן מסקנת הקצות כדעת התוס' שיש קנין חליפין בגוי [פרט לקניית ע"ע שיש גזיה"כ].

3. האם אפשר לעשות קניין - א. בדבר שאסור בהנאה. ב. בפירות. ג. במטבע שנפסל?

בב"מ מז ע"א - ע"ב איתא: א"ר ששת בריה דר' אידי, כמאן כתבינן האידנא במנא דכשר למקניא ביה? "במנא" - לאפוקי מדרב ששת דאמר קונים בפירות [אלא כרב נחמן דפירי לא עבדי חליפין], "דכשר" - לאפוקי מדשמואל דאמר קונים במרוקא. "למקניא" - לאפוקי מדלוי, דאמר בכליו של מקנה, קא משמע לן למקניא - ולא לקנויי. "ביה" רב פפא אמר: למעוטי מטבע [כרב בדף מה ע"ב, ודלא כלוי שמכשיר], ורב זביד ואיתימא רב אשי אמר: למעוטי איסורי הנאה. איכא דאמרי: "ביה", אמר רב פפא: למעוטי מטבע. "דכשר" אמר רב זביד ואיתימא רב אשי: למעוטי איסורי הנאה. אבל מוריקא לא אצטריך. ע"כ.

מבואר שדבר שאסור בהנאה, פירות ומטבע - לא עבדי חליפין. וכן נפסק **בשו"ע** שא"א לקנות בפירי וכן באיסורי הנאה ובמטבע. ומדובר על מטבע תקין. ואע"פ שיכול לשקול כנגדו או לתלותו בשרשרת, אין זה עיקר שימושו, ועיקרו להוצאה ע"י צורתא, וצורתא עבידא דבטלה ולא סמכא דעתיה דהמקנה להקנות על ידו.

בהגרע"א כתב שניתן להתחייב ע"י פירות, דהיינו לתת לו פירות בתנאי שיתן לו כלי מסוים, שהקנין חל בכה"ג ויתחייב לתת לו הכלי המסוים הזה. כיון שעשה קנין על הפירות חייב לשלם דמיהם, וניתן להטיל תנאי שיפרע חובו בכלי מסוים דווקא.

לגבי מטבע שנפסל - **הרא"ש** פסק ע"פ הגמ' בב"מ מו ע"ב "תרגמא רב אחא" וכו', שניתן לקנות על ידו דהוי ככלי, שמשתמשים בו כתליון וכדו'. וכ"כ הטור והרמ"א.

ובסי' רג ס"א כתב השו"ע: "כל המטלטלין קונים זה את זה בחליפין וכו' שזהו קנין גמור שמועיל לכל הדברים, בין קרקע בין מטלטל (חוץ משטרות ועיין לעיל סימן ס"ו), בין בעלי חיים. ופירות נמי, אף על פי שאין קונין בהם נקנים בחליפין, **חוץ ממטבע שאינו נקנה בחליפין ולא קונה**". ובפת"ש הביא מתשו' חת"ס חו"מ סי' קנג דבאנקי צעטל [ניירות ערך/שטרות כסף - ?] נקנין בחליפין, כי אין גופן מטבע אלא שעבוד נכסי הקיסר ירום הודו, והם נקנין בחליפין, ע"ש. אולם בסי' קפ"ז שם כתב דבאנקנאטן אינם נקנין בחליפין [ואותה השיב באחרונה].

4. קניין סודר משמש בבית הדין למתן תוקף להתחייבויות שונות. הקניין מתבצע בסודר של בית הדין. הסבר כיצד מועיל קניין סודר ליצירת התחייבות ומה הטעם לשימוש בסודר השייך לבית הדין?

כתב **הרמב"ם** פ"ה ממכירה ה"ז: "הקנה אחד כלי למוכר כדי שיקנה הלוקח אותו הממכר, זכה הלוקח, ואע"פ שהקנה לו הכלי ע"מ להחזירו". וכ"פ **השו"ע** בס"ג. **במגיד משנה** ביאר שהמקור מקידושין ו ע"ב בדין מעמ"ל, כמסקנת הגמ' שם "בכולהו קני לבר מאשה". לכן, אם צד ג' מקנה את סודרו למקנה הקניין חל. ומובא **בעיטור** (מאמר ב סוף דף י"א) שאף שאין הסודר שייך לקונה מ"מ הוא יוצר קניין, דהא דאמרו בגמ' דניח"ל לקונה דלהוי מקנה קונה (ב"מ מז ע"א) נכון גם כאשר הסודר שייך לאדם שלישי.

והנה **בתוס'** קידושין כו ע"ב (ד"ה ה"ג) הביאו מחלוקת הראשונים האם ק"ס מהני שלא בפני הקונה, דעת רבינו שמעיה דלא מהני, ופלא גדול הוא בעיני ריב"ן שהרי מעשים בכל יום שקונים שלא בפני הקונה או המקבל מתנה. וכן נראה בש"ס שהעדים קונים עבורו כדאמר בב"מ מז ע"א "וקנינא מיניה במנא דכשר" וכו', משמע שאינו בפניו. וכן במקומות רבים איתא "וקנו בידו", משמע בכל מקום שהעדים רגילין לקנות מן המקנה לצורך הקונה ואם אין מועיל קנין העדים אלא בפניו למה עשאוהו עיקר והניחו קנין הקונה דמועיל לעולם אבל של עדים אין מועיל אלא כשיעשה בפני הקונה, וגם למה הורגלו לעשות בסודר של עדים כיון שאין מועיל כלום אלא בפני הקונה ואז הוא יכול לעשות כמו עדים. עכת"ד.

וכן דעת כל הראשונים כריב"ן וכמובא בפסקי **הרא"ש** (סי' לה, וכתב שם ראיות נוספות לכך) ובב"י. וכתב הרא"ש: ולכן הורגלו לעשות הקנין בסודר של עדים אפי' בפניו, כי ברוב הפעמים אינו בפניו. וכן הביא **הרמ"א** בס"ג. וכתב העיטור בשם **רב עמרם גאון** שבכוונה הנהיגו כך, כי לדעתו אם יתפוס הקונה את הסודר לא נוכל להוציא מידו [עי' נדרים מח ע"ב בפלוגתת רב נחמן ורב אשי האם יכול להחזיק בסודר, והר"ן פסק כרב נחמן דלא יכול, וכן הרא"ש, אך כתב שדינו כמעמ"ל שיכול להשתמש בו בינתיים עד שיחזיר וכ"פ רמ"א, ובתוס' קידושין שם פסקו כרב אשי שיכול להחזיק]. וראו בי"ד שבאים לידי מריבה ולכן הדריכו תמיד להשתמש בסודר של העדים שבזה אין המקנה מחציף פניו להחזיק בסודר ולא להשיבו.

לענין יצירת התחייבות שעושים בביה"ד ע"י סודר, **בנתיבות** סק"א כתב שהעדים זוכים לקונה את הסודר, ואז החפץ שייך לקונה והוי כליו של קונה, וכ"כ במחנ"א, והוכיח מדעת ר"ת שבהרשאה לגוי אין כותבים קנינא מיניה, וביאר כיון שזכין מדין שליחות ואין שליחות לגוי לא מהני הקנין עבורו ע"י עדים. לעומתו **בקצות** סק"ט ביאר דבכה"ג שעושה הקנין בסודר של עדים מהני מדין עבד כנעני (קידושין ז ע"ב) שאע"פ שאינו נותן כלום אלא נותנים עבורו, מהני, וא"צ שליחות לשם כך (אם מביע רצונו לקנות). ולכן מהני קנין סודר ע"י עדים בשבת ולא אמרינן דאשלד"ע, כי הקנין אינו בתורת שליחות כלל [אמנם מש"כ שסודר שנותנים העדים מעולם לא זכה בו הקונה, אינו מוסכם, עי' בב"י בשם תשו' המיוחסות לרמב"ן סי' קא שצריך להקנות לו, וא"כ הדק"ל דהוי מדין שליחות. קה"י קידושין סי' כט]. עיין גם לקמן תשובה 12.

5. סודר המונח על גבי השולחן הגבוה שלפני הדיינים - האם יש צורך להגביהו ג' טפחים מעל השולחן או די בהגבהה כל שהיא? הוכח את דבריך.

בב"מ ט ע"א איתא דהמגביה מציאה שמקצתה ע"ג עמוד ומקצתה ע"ג קרקע לא קנה ודלא כרבי אבהו הסובר שקנה. וכתבו **התוס'** שאם הוגבה מכוחו קנה (ולר' אבהו קנה הכל גם מה שלא הוגבה מכוחו, ובזה אין הלכה כמותו). וכן נפסק בסי' רסט ס"ה. כלומר שאם הסודר מונח על השולחן שכבר גבוה - והגביהו משם עוד, סגי בהכי.

והנה באופן כללי נחלקו הראשונים בדין קנין הגבהה אם בעינן ג' טפחים כדי שיצא מדין לבוד (**רש"י**, י"א קמא בשו"ע סי' קצח ס"ב) או דסגי בהגבהת טפח (**ר"ת**, י"א בתרא בשו"ע שם), וביאר **הסמ"ע** סק"ד דכיון שהוא בידו הוי ברשותו. ותמה **בנה"מ** סק"ג שאם הוא בתוך ידו א"צ כלל הגבהה, דידו קונה לו מטעם חצירו, אלא דעיקר הפלוגתא היא כשלא הגביה בידו אלא הוגבה מכחו. ועוד כתב הנה"מ דה"ה אם בולט מאויר למעלה כנגד ידו, ג"כ קונה כדין אויר חצירו, אבל אם בולט לצידי ידו, אינו קונה מדין ידו אלא מדין הגבהה, ובזה נחלקו אם בעינן ג"ט או סגי בהגבהת טפח, ועי' קצה"ח סימן שנא סק"א. ועי' אמרי בינה קונטרס הקנינים סימן ו שהאריך בהלכה זו. **ובחידושי הרי"ם** סימן קצח סק"ו כתב דדוקא בהגבהה מכחו נחלקו, אבל כשמגביה בידו לכו"ע א"צ ג"ט, וכתב שכן הוא בראי"ש עירובין פרק חלון.

והנה בנ"ד אם מגביהו מעל שלחן צריך שיגביה ג"ט מעל השלחן, ולא סגי בהגבהה מן הקרקע. וכתב **בפתחי חושן** (ח"ח פ"ו הערה יח) דנראה שאפילו מוציאו אל מחוץ לאויר השלחן, והוא עתה מוגבה מן הקרקע, לא מהני, וכן משמע מדין עמוד בסימן רסט. אמנם ציין **שבמנחת פתים** האריך בזה, ומשמע מדבריו שאם הוציאו מכנגד השלחן והוא מוגבה מהארץ ג"ט סגי בכך, ואף כשמגביה מעל השלחן אם השלחן גבוה מעל הארץ ג"ט כתב דתליא בפלוגתא, וצ"ע. ובשו"ת חלקת יואב אהע"ז סימן יג כתב שצריך הגבהה מעל השלחן ג"ט, אבל כשמוגבה מעל השלחן או מעל הקרקע, א"צ להגביה יותר, וכן נראה דעת האבנ"ז אהע"ז סימן קס וקסא.

ולענין ההכרעה בטפח או בג"ט - עי' או"ח סי' שסו בט"ז **ובביאור הלכה** על סעיף ט ובמ"ב שם שבעירוב הקלו דסגי בהגבהה טפח, אבל לקמן בסימן רסט גבי מציאה סתם השו"ע דבעינן ג' טפחים (ועי' בביהגר"א שם שזה כדעת רש"י). ובפתחי חושן כתב דאפשר דהתם בזוכה מהפקר שאין דעת אחרת מקנה. **ובחכמ"ש** כתב דהתם איירי שהוגבה מכחו, ולכן בעינן ג"ט, אבל בשאר זכיה מהפקר לכו"ע סגי בהגבהה טפח, **ובהגהות רע"א** סימן רעג כתב בשם התוס' ב"ק לחד תירוצא דאפילו לדעת הפוסקים דבעינן הגבהה ג"ט, בהפקר סגי בטפח, ע"ש.

אמנם **בכסף הקדשים** על סי' קצח ס"ב כתב שנראה שהדעה האחרונה עיקר דסגי בטפח (כמ"ש בסמ"ע סי' רג סקי"ט שהדעה המובאת אחרונה עיקר), ובפרט שרבינו תם בתרא לגבי רש"י, ולא חילק.

ועוד יש לדון מצד האחיזה בסודר:

בב"מ ז ע"א איתא שבגט אם יכול הבעל לנתקו ולהביאו אצלו אינה מגורשת, דבעינן כריתות וליכא. דעת הרשב"א והר"ן שבממונות חל הקנין גם אם יכול לנתקו, וכדמוכח בדף ט הנ"ל, דהא דרבי אבהו ברותא. ולכן לדעתם צריך שיחזיק שלוש על שלוש וקונה (כי מה שמחזיק הוי כלי בפ"ע), אבל לרמב"ם די בכך שיכול לנתקו ולהביאו אצלו כדי שיהיה קנין כדין גט, וא"צ שיחזיק שלוש על שלוש.

השו"ע פסק בסי' קצה ס"ד כהרמב"ם: "אף על פי שלא תפס המקנה כל הכלי, אלא מקצתו, ונשאר קצתו ביד הקונה, קנה בו; והוא שיאחוז ממנו שיעור כלי, שהוא שיעור ג' אצבעות. ואם אחז פחות מג' אצבעות, צריך שיאחוז בענין שיהא יכול לנתק כל הכלי ולהביאו אצלו". **והרמ"א** פסק כהרשב"א והר"ן דאין קנין בפחות מג' אצבעות.

והש"ך סק"ו העיר דדוקא לענין ק"ס ע"מ להקנות מהני לרמב"ם כשיכול לנתקו אצלו, אבל לענין שיקנה כל הכלי לא מהני לכו"ע, וכמבואר בסי' רסט ס"ה. ואפשר דדוקא במציאה לא מהני אבל במכירה דדע"א מקנה מהני כשיכול לנתקו כשאחז במקצתו. ולשון ראשון עיקר. ע"כ.

והנתיבות כתב דצ"ע, מנין לו להרמב"ם לחילוקים כאלו בלא הוכחה מהש"ס. וכתב ליישב קצת, דהרמב"ם אזיל לשיטתו (כמובא בסי' רעא ס"ב) בבהמת מציאה שקדם אחד ואחז במוסירה, שקנה האוחז המוסירה לבדו. וכתב הסמ"ע שם סק"ד הטעם משום דיכול לנתקו. והש"ך סק"ב תמה שהוא נגד הש"ס הנ"ל בב"מ ט' ע"א. וביאר הנתיבות, שהיה קשה ליה להרמב"ם בהא דאמר בש"ס [שם] בהגביה חציה מעל גבי קרקע דלא קנה, מדוע לא יקנה עכ"פ את החלק המוגבה מכחו שרוצה לקנותו ועשה בו קנין. וכן קשה במקח וממכר כשלא מכר לו רק החצי והלוקח הגביה החצי, מהיכי תיתי לא יקנה. ועל כרחך צ"ל הטעם משום דאוגדו ביד חבירו או ביד הפקר לא מהני ביה קנין, ולכך ס"ל להרמב"ם דכל שיכול לנתקו לא חשיב שוב אוגדו ביד חבירו, דהא בגט חשיב כריתות ביכול לנתקו [עיין שם ז' ע"א], והש"ס בב"מ דף ט' [שם] לא אמר דהא דר' אבהו בדותא הוא **רק על מה שרצה ר' אבהו לומר דקנה הכל** אף בהחלק שאינו מוגבה מכוחו ולא עשה בו קנין כלל, מטעם שיכול לנתקו ואז יהיה מוגבה, ונחשב כאילו כבר הגביה וכבר עשה בו קנין, וזהו ודאי לא מסתבר כלל.

ולפי"ז י"ל דהרמב"ם מיירי **שאחז פחות מג' בידו והמותר היה מוגבה מכחו, דכיון שהוא דבר מועט מאד מן הסתם הוא מוגבה מכחו כשאוחז מקצת בידו**. וכן בסימן רע"א במ"ש שהתופס במוסירה קונה המוסירה, היינו בהחלק שעשה בו קנין הגבהה. [והא דבאחד רכוב ואחד תפוס במוסירה דבסימן רע"א [סעיף ג'] פסק רב אשי [בב"מ שם] דלא קנה לא זה ולא זה, באמת השיטה מקובצת תמה שם דלמה לא יקנה התפוס במוסירה החצי. ותירץ, דקנין של אחד מבטל קנין חבירו, ע"ש. משום דאחד עשה קנין משיכה ואחד קנין הגבהה, אבל ודאי כשאחד תפוס במוסירה לבדו ואין מי שיבטלו, ודאי קונה מה שמוגבה מכחו]. **עכ"ד**.

6. בקניין חליפין אם תפס המקנה כל הכלי והתפיסה פחות משלוש אצבעות האם הקניין חל?

עיין תשובה קודמת.

7. האם מקבל הסודר יכול לתפוס את הסודר או חייב להחזירו?

עיין לעיל תשובה 4. ונחזור שוב: בנדרים מח ע"ב פליגי רב נחמן ורב אשי האם יכול לתפוס או לא. **הר"ן** (שם ד"ה אמרי) פסק כדעת רב נחמן שחייב להחזיר את הסודר, כי הקנין הוא רק ע"מ להקנות ולא קיבל זכות בסודר עצמו, ולכן גם אינו יכול להשתמש. **הרא"ש** גם הוא פוסק כרב נחמן אך ס"ל דדמי למתנה על מנת להחזיר ולכן מותר להשתמש. **התוס'** בקידושין ו ע"ב ושם כו ע"ב פסקו שיכול להחזיק בסודר, וכ"כ **העיטור והמרדכי** בשם רב עמרם גאון. **הרמ"א** בסי' קצה ס"ד פסק כהרא"ש.

ועי׳ **קצה"ח** כאן סק״ד שהפנה לדבריו בסי׳ קצ סק״ד שם הביא דברי הר״ן בקידושין ג ע״ב מדפה״ר דלא מהני קנין חליפין באדם חשוב כי ״על מנת להחזיר הוא״, ומזה למד הב״ח שבמעמ״ל לא מהני אדם חשוב. ודחה הקצות שהר״ן דייק לכתוב רק ״על מנת להחזיר״ ולא כתב ״מתנה״, כי יש להבחין בין מעמ״ל דמתנה גמורה היא בתנאי ושייך בה דין אדם חשוב, לבין חליפין שאינו מתנה כלל אלא ע״מ להקנות (שיור בעלמא) ולכן בזה לא מהני אדם חשוב [ובזה מבוארים דברי הר״ן כי היכי דלא ליסתרו אהדדי]. וכ״כ בקצרה בהגהות **אמרי ברוך** כאן.

8. לקח סודר שלא מדעת חבירו, האם מועיל הקניין? והאם בכלי שאול יכול לעשות קנין סודר?

כתבו **העיטור וריי״ו והרא״ש והר״ן** דאין מקנים בכלי אלא מדעת בעליו. וכתב **הרשב״א** בתשובה והובא בב״י, שאם אחז בכנף מעילו של חברו ועשה קנין, לא מהני, דאינו מדעתו ואין כאן כליו של קונה. וכן הביא רמ״א להלכה בס״ד. ועוד כתב הרמ״א בשם **המרדכי** בב״ב, שגם כלי שאול אינו עושה חליפין אא״כ השאילו כדי להקנות בו ומהני אפי׳ שנתן לו ע״מ להחזיר. [אמנם הב״י כתב שאין דרך בנ״א להקפיד ומותר גם בלי שנתן לו רשות, והד״מ הקשה עליו מתשו׳ הרשב״א הנ״ל].

9. אמר הקונה למוכר: קנה הסודר ואחר עשרה ימים אקנה אני את החפץ, האם מועיל?

עיין לעיל תשובה 7 האם צריך להחזיר הסודר למקנה, ושהלכה כרב נחמן שחייב להחזיר. ועוד איתא שם בגמ׳ בנדרים פלוגתא האם ניתן להקנות לאחר ל׳, או שכבר כלתה קניינו: לרב נחמן אפשר ולרב אשי לא. הר״ן שם מביא שנחלקו הראשונים כמאן הלכתא. **השו״ע** בסעיף ה׳ כתב בשם יש אומרים שהלכה כרב אשי דלא מהני בכה״ג: ״י״א שאין הקנין מועיל אא״כ מקנה לו החפץ הנמכר או הניתן, מיד, אבל אם אמר לו הקונה: תקנה סודר ותקנה חפצך לי לאחר שלשים, לא קנה, מפני שבשעה שיש לו לקנות כבר החזיר הסודר לקונה״. וכן הובא בהגה בסי׳ קצא ס״ד לענין שאר קניינים.

ובקידושין נט ע״ב - ס ע״א פליגי רב ושמואל בביאור דברי המשנה (שם נח ע״ב) אם לעולם או עד ל׳ יום ואחר ל׳ פקעי קידושי שני וגמרי קידושי ראשון, והגמ׳ סברה מתחילה שנחלקו על הדין של ״האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום, ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום - מקודשת לשני״, וביאר רב יוסף דלא היא, ופליגי במקרה המובא בסיפא: ״מעכשיו ולאחר שלשים יום, ובא אחר וקידשה בתוך שלשים יום - מקודשת ואינה מקודשת״, האם ספק קידושין לעולם או עד ל׳: ״לרב מספקא ליה אי תנאה הואי אי חזרה הואי, לשמואל פשיטא ליה דתנאה הואי״. [להלכה נפסק באה״ע סי׳ מ לחומרא כרב שצריכה גט משניהם מספק]. בהמשך (ס ע״א) מובאת דעת ר׳ יוחנן דשיורא הוי ולא תנאי.

והנה כתבו **התוס׳** קידושין סג ע״א (ד״ה כגון) וז״ל: ״וצריך לדקדק אליבא דר׳ יוחנן (שם ס, א) דאית ליה מעכשיו ולאחר שלשים שיורא, איך אנו קונין שום דבר לאחר זמן כגון שידוכים ושאר תנאים כיון דכבר הדרא סודרא למריה, ואומר הר״מ דשמא על מנת מהני וכו׳, ולכך טוב לומר על מנת״. וכן הובא בשו״ע סי׳ קצא שם וסי׳ קצה שם, שאם אמר לו: קנה על מנת שתקנה לי **מעכשיו** ולאחר שלשים יום, קנה. והוסיף הרמ״א ע״פ תה״ד בפסקים סי׳ קעג (הובא בב״י סוה״ס): ״ובסתם אמרינן דהוי מעכשיו, באופן המועיל, דודאי בכדי לא הוי עביד״.

וביאר **הסמ״ע** סקט״ו דלשון ״מעכשיו״ הוי שיור בקנין, וכאילו אמר ״מעכשיו יתחיל הקנין ולא יגמור עד לאחר ל׳ יום״, ולכן צריך להיות הסודר קיים אז ביד המקנה. ושאני מאומר ״על מנת״ דהוי תנאי שלא יקחנו עד אחר ל׳ יום, ולא שיור. ומן הדין על מנת בלא תנאי מעכשיו נמי מהני, אלא שתיקנו לומר ג״כ מעכשיו לפרסם הדבר שמקנהו לו מיד. וכ״כ ב״י. עכ״ד. בש״ך סק״ח תמה על הב״י והסמ״ע, שהרי הקונה אומר ״על מנת״ ולא המוכר, ומוכח בסי׳ קצא שם דבמעכשיו לחוד סגי, ועל מנת דנקט הטור סירכא דלישנא הוא.

ובקצות כתב דנראה דקי"ל כר' יוחנן דאמר שיורא, וכן נראה דעת התוס' שם שהקשו איך אנו קונין שום דבר ומשמע דאנן ס"ל כר' יוחנן, וכן נראה מדברי הטוש"ע סי' קצז ס"ז שכתבו: "ואם אמר לו קנה מעכשיו ולאחר שלשים קנה ואפילו היתה עומדת באגם" וע"ש. ומשמע דוקא באגם אבל לא ברה"ר, וזה כר' יוחנן דאמר שיורא [אבל לשמואל (שם נט ע"ב) דס"ל תנאה מהני אפילו עומדת ברה"ר בסוף שלשים]. ומ"ש בשו"ע (שם) שזה כמו שהקנה אותה עתה על תנאי, לאו דוקא, מדכתב דוקא אגם. ועיין שם בסי' קצז - דעת הרשב"א וריו"ו והמ"מ והש"ך והנתיבות דאגם לאו דוקא, והקצות סובר כסמ"ע והב"י שם דאגם דוקא.

ומ"ש הרמ"א בסוף סימן קצ"א במעכשיו ולאחר שלשים ונקרע השטר דמהני, כבר השיגו בט"ז (בסימן קצ"ז שם) כיון דקי"ל כר' יוחנן ולא כשמואל א"כ נקרע השטר לא מהני ע"ש. ואפשר דמיירי הרמ"א שהיה בפירוש דרך תנאי. ומה שהקשה הש"ך דהא על מנת הקונה קאמר ליה, שותא דמרן לא ידענא, דמה לי הקונה אמר או המקנה, ועיקרא דמלתא דהיכא דהוא בעל מנת ודאי תנאה הוי לא שיורא. עכ"ד הקצות.

ועוד בענין כלתה קנינו - עיין לעיל ס"ס קצא ובנו"כ. ובסי' קצז בקצות סק"ג ובנתיבות סק"ה. דעת הנתיבות שם שמעכשיו חל הקנין על הגוף ולאחר שלושים על הפירות. ע"ש. וקצרתי.

ועי' **פתחי חושן** קנינים פ"י הערה ד: "ולא מצאתי אם קנין סיטומתא מועיל לאחר ל', ומסברא נראה שאם הסיטומתא הוא רושם, והרושם קיים, ה"ז כשטר או כסף והם בעין, אבל סיטומתא כעין תקיעת כף דמיא יותר לק"ס ומשיכה שאינו מועיל לאחר זמן".

10. אם עשו קנין המועיל עד מתי יכולים לחזור בהם ולבטל את המקח? פרט בקנין סודר, משיכה, הגבהה, מסירה, קנין כסף, שטר, חזקה, קנין ד' אמות בסמטה, תקיעת כף - ומה הטעם? ומה הדין אם אחד עסוק באותו ענין והשני הפליג האם יכול לחזור בו?

בב"ב קיד ע"א איתמר קנין עד אימתי חוזר? רבה אמר כל זמן שיושבין, רב יוסף אמר כל זמן שעסוקין באותו ענין. וקי"ל הלכה כרב יוסף [בשדה ענין ומחצה].

לרמב"ם, רא"ש, ר"ן ורמ"ה - מדובר דוקא על קנין סודר (וזהו סתם "קנין" האמור שם בגמ'), אבל בשאר קנינים חוזר תוכ"ד בלבד (ולא כ"ז שעסוקים באותו ענין), כדאיתא בנדרים פז ע"א ובב"ב קכט ע"ב דתוכ"ד כדיבור חוץ ממגדף ועע"ז ומקדש ומגרש. ודוקא בסודר כיון שלא עושים בגוף החפץ, וא"כ עושים אותו פתאום בלי מחשבה מקדימה, הקלו בו שאפשר לחזור כל זמן שעסוקים באותו ענין. **בסמ"ע** סקי"ז כתב הטעם שכיון שהחפץ הנקנה אינו לפנינו לא מסתלק הקונה מהקנין מיד כמו בשאר קנינים שלוקח והולך לו. ותמה על **הע"ש** שכתב הטעם הראשון "מליבו". **הש"ך** סק"ט הוכיח שטעמו של הע"ש מובא בראי"ש, וטעם זה מוכרח. וכן **בקצות** סק"ו הצדיק דברי הע"ש, דלפי מ"ש הסמ"ע טעמא דקנין סודר משום שאינו כמו שיווי המקח, א"כ במתנה כבר נסתלק הנותן ומאי איכא למימר? והרי עיקר דינא דחזרה בסוגיא דב"ב שם הוא בענין מתנה (דפריך שם מ"שלושה שנכנסו לבקר את החולה" וכו' העוסק במתנה).

לדעת ר"ת - הגמ' בב"ב מדברת על כל סוגי הקנינים שאפשר לחזור כ"ז שעסוקים בא"ע.

לשיטת ר"י אלברגלוני - הגמ' איירי בסודר, אבל בכסף שטר וחזקה חוזר תוכ"ד, בהגבהה מסירה ומשיכה א"י לחזור כלל אפי' תוכ"ד. הב"י הביא דעה זו בשם "בעל דין החולק", ודחאה.

השו"ע בסעיפים ו-ז פסק כהבנתו ברמב"ם וסיעתו שבסודר חוזר כל זמן שעסוקים, ובשאר קנינים תוכ"ד. ועוד כתב בס"ח ע"פ גאון המובא **בעיטור**, שאם כתבו שטר או שהבהירו שלא יחזרו בהם, או שקיבלו דיינים לפשרה בקניין, אינם יכולים יותר לחזור בהם, אפילו עסוקים באותו עניין.

עיין **בערך ש"י** (חו"מ סי' כב; והובא באמרי יושר ח"ב סי' קצז אות א) שגם בקנין חצר וד' אמות בסימטא יכול לחזור תוכ"ד.

אמנם **בשו"ת ושב הכהן** (סי' יט; הובא בפת"ש סק"ו) כתב, שמלשון הרמב"ם בפט"ו מהל' מעה"ק ה"א מוכח דקנין מסירה וכיו"ב א"י לחזור אפי' תוכ"ד וכדעת ר"י אלברגלוני, שהרי כתב שא"א לחזור בהקדש אם הוציא בשפתיו, וקי"ל אמירה לגבוה כמסירה להדיוט, ומוכח דה"ה בקנין מסירה. ואין לומר דהטעם משום חומרא דהקדש, דא"כ הו"ל למימר הכי גם בחישב בליבו. וכן כתבו להדיא התוס' במנחות פא ע"ב ד"ה תודה מן, דמשו"ה אינו יכול לחזור בהקדש אפילו תוך כדי דיבור, משום דאמירתו לגבוה הוה כמסירה להדיוט. וה"ה במשיכה או הגבהה. והוסיף דלפ"ז אולי גם דעת הרא"ש כך, ומש"כ הרמב"ם שיכול לחזור תוכ"ד דיבר על כסף שטר וחזקה ולא על מסירה הגבהה ומשיכה. ונשאר בצע"ג.

הטלת תנאי תוכ"ד למעשה הקנין: בפת"ש סק"ז כתב בשם **הבית מאיר** סי' לח דכשם שיכול לחזור תוכ"ד, יכול גם להטיל תנאי תוכ"ד. **וט"ז ובית שמואל** שם חולקים, **ובשו"ת חמד"ש** הקשה על הבית מאיר דא"כ הוי מעשה קודם לתנאי ואיך מהני? ותירץ שהקפידא שיהיה תנאי קודם למעשה הוא בלשון התנאי בלבד. ע"ש. גם **בקצה"ח** (סק"ז) תמה על הט"ז, ודחה את ראייתו מב"מ י ע"א, שיש לחלק בין דע"א מקנה לזוכה מהפקר, ע"ש [ולכאו' נראה מהט"ז שסובר כר"י אלברצלוני ושו"ת ושב הכהן, ע"ש].

עי' **כסף הקדשים** סי' רא שבסיטומתא (תקיעת כף או נתינת פרוטה במקום שנהגו התגרים שקונה) אפשר לחזור אחר כדי דיבור כל שעסוקים באותו ענין, כמו בסודר, מאותו טעם שאינו בגוף המקח.

לגבי אחד עסוק באותו ענין והשני אינו עוסק - בכסף הקדשים בסי' קצה נטה לומר דיכול לחזור, ונשאר בצ"ע. ובאמת מסברא נראה שאותו אחד שעוסק יוכל לחזור מהטעם האמור בסודר, ואילו השני לא יוכל לחזור שכבר גמר ומקני.

11. האם שכירות קרקע נקנית בקניין סודר?

ברייתא בב"ק עט ע"א ובב"מ צט סע"א: "כשם שהקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה כך שכירות קרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה". ונחלקו הראשונים לענין קנין סודר. הטור הביא דפליגי רק לענין שאלה, ואילו בשכירות כתב בפשיטות שנקנית בסודר. אבל בב"י העיר שאותה מחלוקת קיימת גם לענין שכירות: **התוס'** בערכין דף ל ע"א (ד"ה לא ידענא) ששכירות קרקע אינה נקנית בק"ס, וכן שאלה וכן מעמ"ל, כיון דהוי כמו טובת הנאה דאינה ממון לקנות בחליפין. ובזה ביארו מדוע במעשה דר"ג וזקנים היו צריכים לקבל שכר זה מזה ולא נתנו במעמ"ל בקנין סודר. מוכח דלא מהני (וכ"כ בב"מ יא ע"ב ד"ה מקומו, ובקידושין כז ע"א). אבל **הרא"ש** (ב"מ פ"א סי' לא) חולק וס"ל שקנין סודר מועיל גם בשכירות ובשאלה.

בשו"ע סעיף ט הביא בסתמא דעת הרא"ש: "בדרכים שהקרקע נקנה בהם, שכירות ושאלת קרקע נקנין". משמע שגם בסודר. וכתב הרמ"א: "ואפילו במקום שכסף אינו קונה בלא שטר, כמו שנתבאר לעיל סימן ק"ן, מ"מ שכירות סגי לה בכסף לחוד (בית יוסף)". והשו"ע הביא בשם יש אומרים דעת התוס', דלא מהני ק"ס בשאלה ושכירות.

ובקצה"ח (סק"ח) כתב שנראה גם **מהרמב"ם** בפ"ב מהל' עבדים ה"א דס"ל כתוס', שכתב שם שע"ע נקנה בכסף ובשו"כ ובשטר, ולא הזכיר חליפין כמו שהזכיר בפ"ה שם לגבי עבד כנעני, משמע דס"ל דע"ע אינו נקנה בחליפין, ותמה המל"מ מה מקורו של הרמב"ם, וביאר הקצות דס"ל כתוס' כיון שהוא דבר החוזר לא עדיף ממעמ"ל ושכירות ושאלה ואינו נקנה בחליפין. [וכן ביאר הקצות בסוגיא דקידושין ח' לגבי "מכסף מקנתו" דע"ע אינו נקנה בתורת תבואה וכלים אלא בכסף, דהיא גופא קמ"ל דכל דבר שסופו לחזור א"נ בחליפין]. אמנם כתב הקצות דצ"ע בשיטת התוס', שהרי גוף קנין חליפין אתיא מגואל ובועז, והתם גואל יורש בשדה הוי וסופה לחזור ביובל.

והביא שמדברי **הרא"ש** (בב"מ שם) נראה דס"ל דאף להסוברים ששאלה א"נ בחליפין, מ"מ מעמ"ל נקנית בחליפין אע"ג דסופה לחזור, שכתב שם בתוך דבריו על מעשה דר"ג וזקנים דאכתי תיקשי אמאי לא נתן להם הקרקע בחליפין עד זמן ידוע [ויש לציין שבקצות סי' רב סק"א כתב שגם לענין **שכירות** סובר הרא"ש שלכו"ע נקנית בחליפין, ושאני שאלה משכירות, ע"ש].

[וצ"ע, דהקצות בסי' רמא סק"ד הוכיח נגד דעת הרא"ש הסובר דמעמ"ל הוי קנין בגוף החפץ וצריך הקנאה גמורה בחזרה, מדברי התוס' הנ"ל שכתבו דחליפין ל"מ במעמ"ל דהוי כטוה"נ, ומוכח שאין לו קנין ממש בחפץ אלא רק קנין גוף לזמן. והרי כאן הביא הקצות עצמו שהרא"ש כתב בהדיא דבמעמ"ל מהני לכו"ע. וזאת מלבד מה שיש לדחות גם אליבא דהתוס', דלעולם צריך הקנאה ויש קנין בגוף, אבל עכ"פ מיחזי כטוה"נ כי חייב להחזיר, ועיין].

והרא"ש גופיה סובר ששאלה ושכירות נקנים בחליפין (וכל שכן מעמ"ל) וכן סתמא דהשו"ע [ולהקצות יוצא דבר חידוש שהשו"ע לא פסק כהרמב"ם בזה אלא רק הביאו ביש אומרים. אכן אפשר לדחות ראיית הקצות בשיטת הרמב"ם ואכמ"ל]. וכן דעת הקצות עצמו שהכל נקנה בחליפין גם שאלה ושכירות וגם מעמ"ל, והוכיח כן מהגמ' ב"מ קג ע"א "משאיל כלי בטובו וכו' והוא שקנו מידו", ופירש"י דאם לא קנו מיניה א"צ להחזיר לו הכלי כשבא ליד המשאיל, ומשמע דמהני ק"ס לשאלה. ואפשר לדחות דהתם משתמש בו לעולם ולא הוי כמו טוה"נ. אך עדיין יש ראיה מהא דשאיל גרגותני, דכרי ואזיל כמה דבעי (שם בגמ', ונפסק להלן סי' שמא), ונאמר שם "קנו מיניה", ופלפל הקצות דודאי איירי בחליפין ולא בקנין אחר, ומוכח דמהני אע"פ שחוזר.

בנתיבות (סק"ד) דחה ראיות הקצות, דדוקא שאילת קרקע שלא נפחת ויש בו רק הנאת דירה ושימוש שאין בו ממש ואין לו קנין בגוף הקרקע, דמי לטוה"נ דא"נ בחליפין, אבל בשואל בטובו ובגרגותני שנפחת החפץ בשימוש (בלאי), הוי כאילו מקנה לו בגוף החפץ להשתמש בו ולחסרו ומהני חליפין. וסיים הנתיבות: "וכן עבד עברי שמקשה שם בקצה"ח, לא קשה, שהרי גופו קנוי וחשוב ממון בגוף החפץ". נראה כוונתו שזו הסיבה שצריך פסוק מיוחד למעטו מחליפין, דבלאו הכי היה נקנה כי יש קנין בגופו וכנ"ל, וממילא א"צ לומר כהקצות שזה המקור לכך שדבר החוזר א"נ בחליפין.

12. מקח שנעשה בשבת האם חל המקח? [כאשר מקח נעשה באיסור - האם חל? במקרים שחל, מדוע אין בזה בעיה של "אי עביד לא מהני"? ומה הדין בנשבע שלא למכור, האם המכירה חלה?]

שאלה זו שייכת גם לסי' רח וס"ס רלה [ולאו"ח סי' שלט], ונשיב על הענין בכללותו.

בסי' רח איתא ע"פ הגמ' **בב"מ** סה ע"א, שמקח שנעשה באיסור כגון בריבית המקח חל אם נתקיים באחד מדרכי ההקנאות כהוגן. והוסיף הרמ"א: וכן אם נשבע או נדר שלא למכור ועבר ומכר, ודלא כמ"ש **בהגהות מרדכי** שבועות (סי' תשפד) כתב שבנדר או נשבע המכר לא חל. ועי' ב"י וד"מ שדחו דבריו ממ"ש רב האי גאון והרא"ש (ב"מ פ"ה סי' יט) בדין מקח שנעשה בריבית שהמקח חל.

ותמה **הסמ"ע** סק"ג על ההשוואה בין ריבית לנדר ושבועה, דלכאו' יש להקשות הא קי"ל כרבא (תמורה ד ע"ב) דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, וגם דין מקח בריבית הוא מימרא של רבא שם בב"מ, ונמצאו דבריו סותרים. אלא ע"כ י"ל שבריבית המקח קיים כי האיסור חיצוני וכשמחזיר מעות הריבית הכל היתר, אבל בנשבע או נדר א"א בקיום המכר כי אם ע"י האיסור ולכן לא מהני, ונדחית קושיית הב"י והד"מ על הגמ"ר.

אמנם הקשה הסמ"ע על הגמ"ר דהתם בתמורה ו ע"א מוכח דאי עביד לא מהני רק באיסור הקדום אבל לא באיסור שבדה בעצמו, כפי שהוכיחו בתוס' שם ד"ה והשתא, ומבואר שם להדיא נגד הגמ"ר. וכן הקשה מהרשד"ם בתשובה סי' קמב. ויישב הסמ"ע שלדעת הגמ"ר דברי התוס' שם שינויא בעלמא וכו', ולא חיישינן להו לדינא. ולכן אין לחלק בין איסור לאיסור. בפרט לפי מה שמצינו בכתובות פא ע"ב דאפי'

במילי דרבנן אי עביד לא מהני, מסתברא דלא גרע איסור שבדה הוא והוא איסור דאורייתא מאיסור הקדום ואינו אלא מדרבנן. ולכן להלכה הכריע הסמ"ע כהגמ"ר (שהביאו הרמ"א ביו"ד סי' רל).

גם **הש"ך** הסכים עם הסמ"ע בעיקר החילוק שאם א"א בקיום המכר ללא האיסור - לא מהני, משא"כ כשהאיסור חיצוני וצדדי כריבית, מהני. ובזה ביאר הסוגיא בב"ק דף ע' (ונפסק בטוש"ע לקמן סי' שנ) בגנב ומכר בשבת דהוי מכירה אפי' נעשה המכירה באיסור דאורייתא כגון בהוציא מרשות לרשות. וכן מי שעבר על דברי חכמים והקנה בשבת המכר חל כמ"ש הראשונים (רי"ף ביצה כ ע"ב, רא"ש שם פ"ה ס"ב, מ"מ פ"ל מהל' מכירה ע"פ הירושלמי) וכן נפסק להלכה (רמב"ם פכ"ח מהל' שבת הט"ו טוש"ע סו"ס קצה וסו"ס רלה), וכן המלוה לחברו ביו"ט יכול לתבוע חובו (שבת קמח ע"ב וטוש"ע או"ח סי' תקכה ס"א) - דשאני בכל הני כיון דאפשר לעשות בהיתר, משא"כ בנשבע שא"א לעשות המקח בלא לעבור על האיסור. להלכה בדין נשבע ועבר על שבועתו מביא הש"ך שהב"ח ועוד פוסקים כתבו דהוי ספיקא דדינא וכן פוסק להלכה בעצמו (ומציין שכ"כ גם ביו"ד סי' רל סק"ד).

אבל **הט"ז** הקשה על הסמ"ע מדין מקח בשבת הנ"ל דמהני, ולדעתו הוי איסור שאינו חיצוני כי בשבת א"א כלל לעשות מקח ולפי חילוקו של הסמ"ע (והש"ך) מדוע המקח חל? לכן הרחיב הט"ז את יסודו של הסמ"ע דבעינן היכי תימצי כללי לעשות מקח זה, ולכן גם בשבת הוי איסור צדדי דאפשר לעשותו בהיתר בחול. וממילא חולק על הסמ"ע לענין שבועה או נדר, היות והוי דבר צדדי ואינו רעותא בעיקר מעשה המקח ולכן מהני [כפסק הרמ"א בחו"מ, ומה שפסק ביו"ד אינו עיקר להלכה], ורק מה שמתועב בעיני הקב"ה באיסור עצמי לא מהני.

ובקצה"ח סק"א תמה על חילוקם של הסמ"ע והש"ך, שבגמ' בתמורה ה ע"ב מקשים על שיטת רבא: "והרי הקדים תרומה לביכורים דרחמנא אמר מלאתך ודמעך לא תאחר, ותנן המקדים אע"פ שהוא בלא תעשה מה שעשה עשוי" - ומאי קושיא, הרי התם מצי עביד בהיתרא [שיכול לעשות התרומה אחר הביכורים]?

ובהמשך הביא דברי הסמ"ע שהקשה על הגמ"ר מהתוס' בתמורה שחילקו בין בדה האיסור מלבו לבין איסור הרובץ משמיא. ומיישב הקצות שכל חילוק זה אינו אלא לענין חזרה כאשר גירש אשה בעבירה (ע"ש בסוגיא ובתוס' ה ע"א ד"ה מיתיבי וד"ה אמר ובקצות שם, וקצרתי). ולפ"ז בנשבע שלא למכור דאמרינן אי עביד לא מהני המעשה בטל, שבאמת גם באיסור שבדה מלבו אי עביד לא מהני. [נמצא שלדינא הסכים הקצות להגמ"ר ולסמ"ע, ועיקר דבריו נסובים בביאור כוונת התוס' ומעתה לא יסתרו כלל לדברי הגמ"ר, וא"צ להכנס לדחוקים שכתב הסמ"ע. וע"ע בחכמת שלמה]

ובנתה"מ סק"ב הקשה עוד על הש"ך מהתוס' תמורה ד ע"ב (ד"ה רבא) שהקשו משוחט פסח על החמץ דלא מהני, והרי שם אפשר לעשותו בהיתר. והזכיר גם קושיית הקצות מהקדים תרומה לביכורים. וכתב שבאופן כללי קשה להבין בסברא חילוק זה.

ולכן יישב ע"פ מה שכתב גם בחוו"ד סי' א סק"ג, שהכלל דאי עביד לא מהני נאמר רק כשע"י ביטול המעשה יתוקן האיסור, הא לאו הכי - לא. ולכן בשוחט בשבת מותר באכילה, דסו"ס היתה נטילת נשמה וא"כ גם אם נאמר ששחיטתו פסולה עדיין האיסור עומד בעינו. ולכן מילה שלא בזמנה שנעשתה בשבת, מהני דהחבלה כבר נעשתה. ולכן במו"מ בשבת דהאיסור לא יתוקן גם אם יתבטל המקח [דהקפידא על "מעשה המכירה" ולא על "קיום המכירה"] - אי עביד מהני. וציין הנתיבות שכבר קדמו **מהרי"ט** (ח"א

סי׳ סט). וביאר שזו כוונת הש״ך במה שכתב ״שאפשר לעשות בהיתר״, דהיינו שקיום הדבר אפשר להתקיים בהיתר, ואין מבטלין דברי חכמים בכך במה שמקיימים מעשיו.[2]

[**הרחבה**: לענין גזירת מו״מ בשבת אין זה פשוט שהאיסור דוקא במעשה המכירה, אלא הדבר שנוי במחלוקת הראשונים. הרמב״ם בפכ״ג מהל׳ שבת הי״ב כתב גזירה שמא יכתוב, אבל רש״י בביצה לז ע״א בפירושא קמא כתב שיסוד האיסור מדין ״ממצוא חפצך״. ויש לדון שלדעת הרמב״ם עצם המו״מ נאסר [וזה מעוות לא יוכל לתקון כהנתיבות] אבל לרש״י דוקא פעולת הקנין, ואפ״ל גם איפכא, ועיין. וזו שאלה בכל איסורי שבת אם האיסור בפעולה או בתוצאה, וע״ע בנתיבות ר״ס קפב, בית מאיר אה״ע סי׳ ה סק״ד, שו״ת חת״ס או״ח סי׳ פד וח״ו בליקוטים סי׳ כד - שהאיסור בפעולה. ומאידך בשו״ת רע״א מהדו״ק סי׳ קנט - שבמו״מ האיסור בחלות הקנין ולכן אסור לעשות קנין בע״ש שיחול בשבת, כמ״ש בשו״ת מהר״י ברונא סי׳ קכא, והוכיח הגרע״א כדבריו מהגמ׳ ביומא יג ע״א. ומו״ח רה״י שליט״א האריך בכל זה ועוד בשיעורו.]

ובתשובת נו״ב (תניינא חלק אה״ע סי׳ קכט אות ד; הובא בפת״ש יו״ד סי׳ רל סק״א) נראה שהולך בדרך הסמ״ע והש״ך, שכתב שם דע״כ לא קאמר המרדכי אלא בנשבע שלא למכור לגמרי, שאז אין שום אפשרות למכור בלי לעבור על השבועה וא״כ גוף המקח נעשה באיסור, אבל אם נשבע שלא למכור בתנאי מסוים [כגון עד שיתייעץ עם פלוני] ועבר ומכר בלי קיום התנאי - המקח היה יכול להיות בהיתר, ואי קיום התנאי הוא איסור חיצוני ודמי לשוחט בשבת.

לסיכום: <u>מקח (או שחיטה) בשבת או בריבית</u> - חל. <u>נדר או נשבע שלא למכור ומכר</u>: ב״י, רמ״א בסי׳ רח וט״ז - חל. הגמ״ר, רמ״א ביו״ד סי׳ רל, סמ״ע, קצות (ונתיבות) - בטל.

ועי׳ **בחכמת שלמה** שחידש שגם לרבא דאעל״מ, היינו רק בדבר הרשות, אבל בדבר מצוה לכו״ע אי עביד מהני, ע״ש.

<u>וביחס לקנין סודר</u> דן בקצה״ח בס״ס קצה, הרי כותבים ״וקנינא מיניה״ כי משתמשים בסודר של עדים והם זוכים לקונה כמבואר בתוס׳ קידושין כו ע״ב (כפי שהארכנו בזה לעיל תשובה 4), והרי קי״ל אין שליח לדבר עבירה, והשליחות בטלה לגמרי כמבואר בתוס׳ ב״מ י ע״ב ד״ה דאמר לישראל, דאם כהן אמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה בטלו הקידושין. א״כ איך חל המקח בקנין סודר בשבת? [ואמנם דעת מהרי״ט ח״א סי׳ קטז דבאיסור דרבנן ישלד״ע, אך הוא עצמו הסתפק בזה, ובמל״מ פ״ב מרוצח ה״ב כתב שאפי׳ באיסור דרבנן אשלד״ע].

לכן מייסד הקצות שנתינת הסודר לעדים אינה בתורת שליחות כלל, שהרי הסודר אינו שייך לקונה אלא לעדים עצמם, וכל דין שליחות הוא רק כאשר החפץ שייך למשלח, וע״כ צ״ל שהקונה זוכה ע״י סודרם של העדים מדין **עבד כנעני** כמבואר בקידושין דף ז ע״א שגם לענין ממון קי״ל הכי, ולכן באומר ״הילך מנה ויהיה שדך קנוי לפלוני״ קנה, וקבלת המקנה גורמת לקנין. ולכן קנה גם בשבת אע״פ שעברו באיסור דרבנן. [לפ״ז אכתי צ״ע להרי״ף והרמב״ם שהשמיטו דין עבד כנעני במכר, כמובא לעיל סי׳ קצ]. וע״ע בקצות לעיל סי׳ קכג סק״ה.

ועי׳ **חידושי רבי שמואל** (קידושין סי׳ ג אות ג) שהוכיח מדברי הט״ז והסמ״ע בסי׳ קכג (סקכ״א), שחולקים על הקצות בזה וס״ל שחליפין בכלים של עדים מועיל מדין שליחות [א״ה: ולענ״ד כן יש להוכיח גם ממה שכתב בסי׳ דידן סקי״א ״בשליחותו אזלי״]. וס״ל שדין עבד כנעני התחדש רק בכסף ולא בקנין סודר, ודלא כהקצות. וע״ש בביאור יסוד מחלוקתם בגדר קנין סודר עפמ״ש הרשב״א בתשובה ח״ד סי׳ רב [האם הוא מדין כסף או מעשה קנין עצמאי כמשיכה וכדו׳], ואת קושיית הקצות דאשלד״ע יישב בדרך

---

[2] לכאו׳ לפי חילוקו של הנתיבות יוצא שדעתו להלכה כהגמ״ר שבנשבע המקח בטל, שהרי אם נבטל המקח יתוקן האיסור [ששם ודאי הכוונה על התוצאה]. ובחידושים סק״ג הביא דברי הסמ״ע, וציין שהט״ז מסיק שהמקח קיים, וציין לש״ך ולדבריו בביאורים. וצ״ע.

אחרת (אליבא דהט"ז והסמ"ע) שהקונה לא עשאם שלוחיו אלא מדין זכין, ודין זה הוא על עצם הזכיה ולא על מעשה זכיה בשבת דוקא, והוי כאילו שלחם לזכות סתם והם מעצמם זכו בשבת ולא אמרינן בזה אשלד"ע, ע"ש. ועי' **משפט ערוך** להגרז"נ גולדברג זצ"ל (בסי' זה ס"ג וסי"א).

<u>דינים ומקורות נוספים בענין מקח שנעשה באיסור</u>: מקח של קטן שנעשה שלא כהוגן לא מהני, שתקנו חז"ל שיקנה רק משום כדי חייו, ולא תיקנו שיחיה עצמו בדבר איסור (**שו"ת הר"ן** סי' מד; **רמ"א** סי' רלה ס"א; וע"ע **בקצה"ח** סי' סו סקכ"ט לענין קטן שמחל על שטר חוב שמכר). אבל בגדול נראה דמהני קנין דרבנן או קדושין דרבנן אפילו במקום איסור (**נתיבות** שם סק"ב. וציין ל**מל"מ** פ"ט מהל' זכיה ה"י. ע"ש).

ועי' **במחנ"א** (קנין משיכה סי' ב) **ובערך ש"י** (סי' רלה) **ובאמרי בינה** (דיני הלואה סי' סג אות לה). ועי' **תוס'** ע"ז (עב ע"א) דאי משיכה אינו קונה מה"ת אף בגזל אינו קונה, דבאיסורא לא תיקנו ליה משיכה, וכתב **בדברי חיים** (דיני אונאה סי' ו) שלפי"ז אם קנה במשיכה ואינה את המוכר אפשר דהמקח בטל, ומצדד לומר דאונאה לא חשיב כגזל, שהרי יכול להחזיר האונאה ויתקיים המקח בהיתר, ונמצא שאין האיסור אלא במחשבה, ושפיר קונה במשיכה, ע"ש. וע" **בתוס'** ב"מ (י ע"א, ד"ה ארבע אמות) דבגנבה לא תיקנו קנין ד"א, ו**בחתן סופר** (שער המקנה קנין ד"א) הסתפק לפ"ז האם קנין ד"א מהני בשבת. ועי' **שו"ת דברי מלכיאל** (ח"א סימן קג). מקורות אלו מ**פתחי חושן** (ח"ח פ"א הערה נו).

13. לפרש: "הע"ע בקש"מ בדל"ב" שכותבים בכל השטרות, לבארם ולפרש טעם כל דבר.

<u>פתרון ראשי התיבות</u>: העיד עדים בקנין שלם מעכשיו במנא דכשר למקניא ביה. ביאור הצורך בהם:

<u>העיד עדים</u> - נחלקו הראשונים אם ק"ס מצריך עדים. **הרמב"ם** פ"ה מהל' מכירה ה"ט כתב שאין צורך בעדים. וכן דעת תוס' ב"ב מ ע"א ד"ה קנין, ועוד. אמנם **הראב"ד** משיג על הרמב"ם שם וסובר שצריך עדים. וכן דעת רשב"ם ב"ב מ ע"א ד"ה קניין, תוס' שם קמד ע"א ד"ה כהלכתא, ועוד ראשונים. ומבאר הראב"ד (בשיטמ"ק ב"ב מ ע"א) דאע"פ שבשאר הקניינים שבממון אין צריך עדים לקיום הדבר אלא לשקרי, כיוון שבקניין סודר לא עושה מעשה בגוף הדבר הנקנה, בלי עדים נראה כחוכא וטלולא [וביארו האחרונים שלדעתו הקניין חל ע"י מעשה הקניין (בנוסף לגמירות דעת), וכיוון שלא עושה מעשה בגוף הדבר, צריך עדים כדי שיחשב למעשה]. אע"פ שהשו"ע פסק (קצה, א) כהרמב"ם שא"צ עדים, כותבים נוסח זה לרווחא דמילתא כהראב"ד.

<u>בקנין שלם מעכשיו</u> - עי' **רש"י** ב"מ מה ע"ב ד"ה משום, שביאר שהקנין צריך להיות בדבר "מסוים ושלם". ועוד, כותבים "שלם מעכשיו" להורות שכל הקנין בשלמותו נגמר עכשיו, לאפוקי מקנין לאחר זמן, כפי שנתבאר לעיל תשובה 9 דכלתה קניינו ולא מהני. ע"ש.

<u>במנא דכשר למקניא ביה</u> - כבר הבאנו לעיל תשובה 3 את דברי הגמ' בב"מ מ"ז שהיא המקור לנוסח זה, לאפוקי מחפצים שאין קונים בהם. ע"ש.

14. פרט ארבעה דברים שבהם קנין סודר שונה מיתר הקנינים.

א. <u>עד מתי אפשר לחזור</u> - התבאר לעיל תשובה 10 כדעת רוב הראשונים שיש חילוק בין סודר לשאר קניינים.

ב. <u>שכירות ושאלת קרקע ומעמ"ל</u> בסודר - התבאר לעיל תשובה 11 שלדעת התוס' לא קני, משא"כ בשאר קנינים מהני.

ג. לא ניתן לקנות <u>כסף</u> בקניין חליפין, אך בשאר הקניינים ניתן לקנות כסף. מבואר בב"מ מו ע"א ובשו"ע סי' רג ס"א.

ד. האם יש אונאה בחליפין - מבואר בגמ׳ ב״מ מו-מז שבחליפין אין תורת אונאה דאינם בגדר ״ממכר״. ועי׳ שו״ע סי׳ רכז, יט-כ.

ה. האם צריך עדים - התבאר לעיל תשובה קודמת שלדעת הראב״ד וסיעתו בחליפין צריך עדים לחלות הקנין, בשונה משאר קניינים (מהטעם המובא לקמן בסעיף ז).

ו. האם מהני קנין חליפין בגוי - מחלוקת תוס׳ וש״ך, הובאה בקצות סק״א. עיין לעיל תשובה 2.

ז. מהות הקנין בחליפין שונה משאר קניינים, שלא פועלים בגוף הדבר והקנין נעשה פתאום (כמבואר בסמ״ע סקי״ז וש״ך סק״ט). וכן סתם קנין ע״מ להחזיר הכלי הוא.

סימן קצה

1. א. קנה מטלטלים בכסף והמטלטלין היו מבוטחים האם מועיל קניין זה?

בב״מ מז ע״ב: אמר ר׳ יוחנן דבר תורה מעות קונות, ומפני מה אמרו משיכה קונה שמא יאמר לו נשרפו חיטיך בעליה. ולדעת ריש לקיש משיכה מפורשת מן התורה ע״ש. הלכה כרבי יוחנן כפי שהאריכו להוכיח **התוס׳** (שם מח ע״א) **והרא״ש** (שם סי׳ ח) וכן דעת **הרי״ף והרמב״ם ושאר פוסקים**.

נחלקו הראשונים במקום שאין חשש לשריפה האם לא פלוג רבנן או שהתקנה בטלה. בהגהות ראשונות **דמרדכי** פרק הזהב (סי׳ תמט) בשם **העיטור** (ח״א מאמר ב קנין, יא ע״ד) כתב דדוקא עליה דשכיחא בה דליקה אבל מכר לו חטים שבבית דלא שכיחא בהא דליקה מעות קונות, ומוכיח מהירושלמי פרק הזהב ה״ב ״מה בין כרם לבית, בית אינו מצוי ליפול כרם מצוי ליפול״. מבואר שהכל לפי הענין ודוקא בדאיכא למיחש לדליקה גזרו.

אבל **הב״י** כתב שאין נראה כן מדברי הפוסקים, וכן בדין שלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורים (שבת לה ע״ב). ועוד הוסיף בבדק הבית שיש לתמוה לגופם של דברים, כי הדליקה מצויה בבית כמו בעלייה ורבנן חדא מינייהו נקטו [ואכן יש להביא ראיה לב״י, שבטור כתב (בעמ׳ שנט) ״בבית המוכר״ ולאו דוקא בעליה]. **ובד״מ** כתב על דברי הב״י שאף אם הוא צודק בסברא, ״קשה לסתור דברי הירושלמי ופוסק מפורסם (העיטור) מכח סברא בעלמא״. וכ״כ **הב״ח**, והוסיף שגם לישנא דתלמודא דידן משמע הכי, דלא בחינם נקט ״בעלייה״. ואין ראיה ממה שלא הוזכר כן בפוסקים (נראה כוונתו לעמודי ההוראה), דמעשים בכל יום שאחד מן הגאונים הוציא דין חדש מכח הירושלמי או מן התוספתא ולא נזכר הדין בשום פוסק או גאון, ואין בנו כח לדחות הדין החדש כשיש לו ראיה ברורה. ומה שהקשה הב״י שהדליקה מצויה בבית כמו בעלייה, דוחה הב״ח, ״דבימיהם היו הבתים מאבנים והעלייה שעל גבה מעצים שלא יכביד וכמו שהוא גם כן בזמנינו על הרוב, ועל כן שכיחא דליקה טפי בעלייה מבבית״.

למעשה, **השו״ע** לא חילק בין המקומות ומשמע שבכל גוונא יש תקנה. אבל **הרמ״א** פסק כדעת העיטור וסיעתו [ונראה שכן דעת **הגר״א**], ואילו **הש״ך** סבר כהב״י שאין לחלק ושכן משמע מדברי הרמב״ם. ע״כ. [וכ״כ **בפלפולא חריפתא** ב״מ פ״ד סי׳ ה אות מ, ע״ש].[3] ומש״כ הש״ך שכ״כ הב״ח כהב״י הוא תמוה, שהרי הב״ח הכריע כירושלמי והעיטור, וכמובא לעיל [וכן העיר עליו במשפט שלום].

---

[3] ונראה שכן דרכו של הש״ך בכמה מקומות, שאין לנו לדון מדעתנו במה שלא אמרו חז״ל בין לקולא ובין לחומרא, וכגון בסי׳ שנו סק״ו: ״כיון דתקנת השוק היא תקנה ומדינא צריך להחזיר בחנם אין לך אלא מה שתיקנו והבו דלא לוסיף עלה ונקטינן דבגנב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק״, ובסי׳ שפו סקכ״ד לענין דינא דגרמי, שחולק על הרמ״א שם וסובר שאין לנו אלא מה שאמרו חכמים והבו דלא לוסיף עלה [אמנם שם נימק הש״ך הואיל ומדובר בקנס]. וע״ע בסי׳ סו סקצ״ז (ד״ה לפיכך נראה) שכתב ״דדין מעמד שלשתן הלכתא בלא טעמא הוא והבו דלא לוסיף עלה, ומנין לנו להוסיף בתקנת חכמים מה שלא נזכר בש״ס״. וכ״ה בסי׳ קכו סקע״ט. ועוד.

גם דעת **הסמ"ע** נראה כהרמ"א דבתקנה זו אזלינן בתר טעמא, שבשני מקומות כתב (סי' קצח סק"ז וסי' רא סק"ד) דהא דמעות אינם קונות מדרבנן הוא כשנתן דמי כל המקח, אבל כשנתן רק חלק משוויו - אין חשש דנשרפו חיטיך כי המוכר אחראי לשמור ולהציל כל זמן שלא קיבל הכל. ובזה ביאר מדוע בקנין סודר מהני ולא חיישינן לנשרפו חיטיך, וכן ביאר מדוע בסיטומתא לא חיישינן להכי, כי נותן רק פרוטה למוכר ולא כל דמי שווי המכר. ומשמע מדבריו שאם נתן כל המעות - אינו קונה גם בסיטומתא ובסודר [אלא למי שפרע].

ועי' **פת"ש** (כאן סק"ג) שרבים מהאחרונים (**נה"מ** סק"ד, **רע"א**, **חת"ס** ועוד) חולקים על הסמ"ע בשלושת הדינים הללו: בקנין מעות כשנתן חלק מהמעות ס"ל שלא קנה דלא פלוג, ומאידך בקנין סודר וסיטומתא קנה אפי' נתן כל המעות, כיון דבסתמא בקניינים אלו אין נותן כל המעות, לא תיקנו בהם רבנן. ע"ש שהאריך, וכתב שהחת"ס תלה בזה שני תירוצי תוס' בעירובין ס"פ חלון (ר"י וריב"ן). והכריע החת"ס דאין מוציאין מיד המוחזק [א"ה: ולכאו' עוד יש לתמוה ע"ד הסמ"ע דנתת דבריך לשיעורין, דמסתמא אם קיבל כמעט כל המעות כבר די לו בזה ולא יטרח להציל אע"פ שלא קיבל הכל ממש, ומי ידע לשער מהו הגבול בזה? וכנראה כוונתו שיש לבחון בכל מקרה האם יש אומדנא שהיה טורח להציל. ואכתי צ"ע].

בנתיבות (סק"ה) תמה על הרמ"א דלכאו' מפורש במשנה ב"מ מד ע"א דהכסף אינו קונה את הזהב משום דכספא טבעא, אע"ג שבמעות לא שייך לומר נשרפו מעותיך כמבואר בתוס' שם מג ע"א, ואפ"ה קי"ל דלא קני, ומוכח דלא פלוג. וע"ש מש"כ ליישב. וע"ע בכסף הקדשים שדן במקרים נוספים שלא שייך בהם החשש דנשרפו חיטיך.

הפת"ש (סק"ר) העיר דלפי הש"ך יוצא שגם אם יש <u>חברת ביטוח</u> ואין חשש נשרפו חיטיך, לא פלוג רבנן ולא חל הקנין במעות. עוד כתב הפת"ש שיש לחשוש שבעלי חברת הביטוח יפסידו [ונראה להוסיף שאם ישתמשו בביטוח הפרמיה תעלה וא"כ גם זה הפסד מסוים, ואולי יש גם השתתפות עצמית וכדו'], ולכן נשארה התקנה במקומה. מטעמים אלה נראה שגם לדעת רמ"א התקנה חלה. ונראה דסברת הפת"ש שהתקנה היתה שלא יהיה הפסד לאף אחד ולאו דוקא לקונה. וע"ש שכתב חידוש שלפ"ז לא יועיל גם תנאי של הלוקח (גם לסוברים דמהני תנאי - עי' להלן בתשובה לסעיף ג'), כי הקונה לאו בעל דברים דידיה אלא חברת הביטוח, והם לא התנו [לפ"ז אם הביטוח גם הסכים לתנאי יועיל].

ב. שכירות של מטלטלים האם נקנה בכסף?

דעת **הר"ן** (בחידושיו ב"מ מט ע"ב) כיון ששכירות שונה מקנין משום שהחפץ השכור נשאר בבעלות המשכיר, ואין לשוכר אלא זכות שימוש, ממילא המשכיר ידאג לחפץ ואחראי לו ואין חשש לטענת נשרפו חיטיך. אבל דעת **הנמוק"י** (נז ע"א מדפה"ר) בשם **הרשב"א** דלא פלוג, דשכירות ליומיה ממכר הוא, ולכן גם בכה"ג מעות אין קונות (אמנם עי' בנ"י ל ע"א שהזכיר דעת הר"ן ולא חלק עליו). [בענין שכירות קרקע יש בזה נתיבות יסודי בסי' קצב סק"ו ודיברנו מזה לעיל במקומו ואכמ"ל].

השו"ע כתב בסעיף ו' כדעת הר"ן בשם "יש אומרים". ובפת"ש סק"ח הביא מספר **מראות הצובאות** שהוכיח מדברי כמה ראשונים כדעת הנ"י, ובהם: רש"י ותוס' ורשב"א וראב"ד והעיטור, וא"כ לכה"פ הוי ספיקא דדינא. וכן תמה **בשער משפט** איך פסק השו"ע כהר"ן נגד כל הני רבוותא. וכתב ליישב שיש ספק בתקנתא דרבנן (אם חלה בכה"ג) ולכן מוקמינן לה אדאורייתא, ומעות קונות אפי' להוציא מיד המשכיר, דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי ודאי דאורייתא. אמנם בתשו' **נאות דשא** סי' צא חלק ע"ז, דגבי תקנות של התלמוד לא אמרינן הכי, כי דין תורה הן, וכל ספק בתקנת חז"ל עד התלמוד הוי כמו ספק בדין והלכה בזה דהמע"ה.

ועי׳ **בהגרע״א** וכן **בדו״ח** לב״מ עט ע״ב שתמה על שתי השיטות - הרי סוגיא ערוכה היא (ב״מ שם) ״השוכר את החמור ומת בדרך נותן לו שכרו של חצי הדרך״, ומבואר שתשלום שכירות הוא רק על מה שנהנה בפועל, וא״כ בנ״ד ששכר מטלטלין במעות ולא משך, איך שייך לומר שמא יטען המשכיר נשרפו, הרי בכה״ג לא יהיה לשוכר שום הפסד, שהרי לא יצטרך לשלם שכרו כלל [וא״צ להגיע לטעם שכתב הר״ן והשו״ע ש״כיון שהגוף שלו טרח ומציל״]. ונשאר בצע״ג.

ג. חז״ל הפקיעו קניין מעות. מה הדין כשהתנה שיקנו המעות?

אם התנו בהדיא דמעות קונות כתב **הב״י** שנראה לו שקנו ואין בזה תקנת חכמים, כדאמרינן בקידושין כו ע״א במקום שכותבים שטר שאם אמר בעינא בכספא בלא שטר קונה (וכנפסק בסי׳ קצ ס״ח). **הרמ״א בד״מ** פקפק, דשאני התם שלא היתה תקנה אלא מנהג המקום, ויכול להתנות על זה, אבל כאן שיש תקנת חכמים צריך לומר טעם אחר, שהואיל והתקנה לטובתו ואמר אי אפשי, שומעין לו. ולכן לדינא הסכים עם הב״י. ואכן דין זה הובא בהגהת הרמ״א בשם ב״י.

אבל **הש״ך** (סק״י) חולק על זה וס״ל דלא מהני תנאי, דהתם בסי׳ קצ מדינא קונה אלא שבמקום שכותבים שטר לא סמכא דעתיה, וא״כ היכא דסמיך סמיך. משא״כ הכא כיון שתיקנו חכמים דמעות אינם קונות לא פלוג. וראיה מכתובות נ״ו שדעת ר׳ יהודה דבמתנה על תקנת חכמים תנאו בטל גם בדבר שבממון, שעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה. וא״א להתנות לעשות קנין מדבר שאינו קנין אלא רק במקום ששייך מחילה, וכאן לא שייך. וכתב שמצא להדיא בריטב״א קידושין כה ע״ב כדבריו.

ופלא שהש״ך לא הזכיר שכבר בד״מ שם דחה את סברת הב״י מטעם זה, אך כאמור כתב להצדיק דברי הב״י לדינא, שהדין דין אמת מטעמא אחרינא, שהתקנה נתקנה לטובתו והאומר אי אפשרי בתקנ״ח שומעין לו. וגם **הב״ח** כתב סברא זו להדיא. וכן דעת **הסמ״ע** (סקי״א) **והגר״א** (סק״ח) **והנתיבות** (חידושים סקי״ז) **ושער משפט** (סק״ב, הוזכר בפת״ש סק״ז).

וגם **הקצה״ח** (סק״ג) סובר כך, אבל מטעם אחר, דהנה אמרו בגמ׳ רפ״ב דבכורות דאפי׳ למ״ד משיכה אינה קונה בגוי, מ״מ אם התנה לדון בדיני ישראל מהני. ומוכח שכל מידי דהוי קנין באיזה מקום מהני תנאה בהכי.

לסיכום, בדברי הפוסקים נאמרו שלושה טעמים מדוע תנאי מועיל: **א.** ב״י - כשם שמועיל תנאי על קנין כסף במקום שכותבים שטר. **ב.** ד״מ ועוד - האומר אי אפשי בתקנ״ח שומעין לו. **ג.** קצה״ח - אם מועיל קנין במקום אחר מועיל תנאי.

2. מה הדין בראובן שמכר לשמעון מטלטלים ונתן הלוקח את הדמים או מקצתם ולא משך, וחזר בו אחד מהם, ואמר המוכר ללוקח בוא וטול מעותיך ונגנבו או נאבדו, ברשות מי נגנבו או אבד?

בב״מ מט ע״א: ״ההוא גברא דיהיב זוזי אשומשמי, לסוף אייקר שומשמי, הדרו בהו ואמרו ליה: לית לן שומשמי, שקול זוזך. לא שקיל זוזיה, איגנוב. אתו לקמיה דרבא. אמר ליה: כיון דאמרי לך שקול זוזך ולא שקלית - לא מבעיא שומר שכר דלא הוי, אלא אפילו שומר חנם נמי לא הוי״. - אמרו ליה רבנן לרבא: והא בעי לקבולי עליה מי שפרע! - אמר להו: הכי נמי. - **אמר רב פפי אמר לי רבינא:** לדידי אמר לי ההוא מרבנן ורב טבות שמיה, ואמרי לה רב שמואל בר זוטרא שמיה, דאי הוו יהבי ליה כל חללא דעלמא לא הוי קא משני בדבוריה. בדידי הוה עובדא, ההוא יומא אפניא דמעלי שבתא הוה, והוה יתיבנא ואתא ההוא גברא וקאי אבבא. אמר לי: אית לך שומשמי לזבוני? אמרי ליה: לא. - אמר לי: ליהוו הנך זוזי בפקדון גבך, דהא חשכה לי. - אמרי ליה: הא ביתא קמך. אותבינהו בביתא, ואיגנוב. אתא לקמיה דרבא,

אמר ליה: כל הא ביתא קמך, לא מיבעיא שומר שכר דלא הוי - אלא אפילו שומר חנם נמי לא הוי. - אמרי ליה: והא אמרו [ליה] רבנן לרבא: איבעי ליה לקבולי עליה מי שפרע? - ואמר לי: לא היו דברים מעולם״.

וכתב **הרי״ף** שרב פפי ורבינא חולקים על לישנא קמא וסוברים שלא היה אומר רבא בכה״ג שאפי׳ שומר חנם לא הוי. אכן לא מבואר מה ההלכה. ודעת **רב האי גאון** דכיון דמצי לאפוקינהו להני מעות דהא להכי יהבינהו ניהליה ה״ל כהלואה גביה ואפילו אמר ליה תא שקול זוזך ולא אתי ואיתניסו מחייב בהו ואף על גב דמשלם בעי לקבולי מי שפרע. וכן דעת הרי״ף שכל זמן שלא קיבל מי שפרע הוי כשואל וחייב אפי׳ באונס.

ואם קיבל עליו מי שפרע - דעת **הרמ״ה** שעדיין חייב באונסים, דעת **הרשב״א** שאם הוציא המעות חייב אף באונסים אך אם לא הוציא הוי שומר חינם. [ועי׳ **בהגרע״א** שחילק בין מעות שמופקדים אצל שולחני או חנוני, שאפשרות השימוש בהם הופכת אותו לש״ש, לבין נידון דידן שאע״פ שיכול להשתמש, אך כשהמקח בטל אבדה זכות השימוש והוי שומר חנם].

לדעת **הרמב״ם** אם לא הוציא את המעות - אם המוכר חזר בו, הוי ש״ש, כי הלוקח יכול לעכב בידו עד שיקבל מי שפרע. אם הלוקח חוזר בו - הוי שומר חנם.

הקצות סק״ד הביא דברי **התוס׳** ב״מ מג ע״א (ד״ה מאי איריא), דלר׳ יוחנן דדבר תורה מעות קונות, אע״פ שתיקנו משיכה משום גזירה דנשרפו חיטין, אבל המעות עצמם נשארו כדין תורה וקנאן המוכר. אבל לר״ל דמעות אין קונות מדאו׳, אין המוכר רשאי להשתמש בהם עד שימשוך הלוקח.

להלכה, **השו״ע** בסעיף טו פסק כהרמב״ם כשלא הוציא את המעות: ״הנותן דמי המטלטלים או מקצתן, וחזר בו הלוקח וא״ל המוכר: בוא וטול מעותיך, הרי המעות אצלו כמו פקדון, ואם נגנבו או אבדו אינו חייב באחריותן. אבל אם חזר בו המוכר ואמר ללוקח: בא וטול את שלך, הרי המעות ברשותו וחייב באחריותו, אפילו מאונסים גדולים, עד שיקבל עליו מי שפרע ויאמר לו אח״כ [דייק הב״י ברמב״ם שקודם יקבל מי שפרע ואח״כ יאמר]: בוא וטול את שלך, ואז אי איתנהו בעין הנך זוזי ממש דיהיב ליה לוקח, פטור״.

בקצה״ח (סק״ה) לענין חזר בו המוכר שחייב באחריותו אפי׳ באונסים, כתב שיש לחלק בין שומר לבין גזלן ולווה, שחיוב השבה הוא רק בגזלן דכתיב ביה ״והשיב״, וכן בלווה דמלוה להוצאה ניתנה ורובץ עליו חיוב פירעון. אבל בשומרים אין חיוב השבה כלל, וכל היכא דאיתיה לפקדון - ביד בעלים הוא [א״ה: עי׳ רא״ש פסחים פ״א סס״י וכדעת רבינו יונה שם, ועי׳ שו״ת שאג״א סי׳ פג שהאריך בזה, ולעיל בקצות סי׳ קפט], ולכן יכול לומר השומר ״בא וטול את שלך״. והוכיח מהנימוקי יוסף ב״ק ד ע״ב מדפה״ר בהא דתני ״יביא עדודה לבית דין״, ע״ש. וכ״ש היכא דהפקדון בעין. [ועי׳ **בביאור הגר״א** סקכ״ג בתוך דבריו שכתב כדברי הקצות בזה, וע״ש היטב שהאריך בביאור כל פרטי הסוגיא].

וכשהוציאם וייחד אחריהם תחתיהם וקיבל מי שפרע הביא בשם יש אומרים קמא את דעת הרשב״א - ״שחזרו הלואה וחייב, אפילו באונסים, עד שיבאו לרשות לוקח״. ובשם יש מי שאומר הביא דעת הרמב״ן: ״שאפילו הוציאם, כיון שקבל עליו מי שפרע ונותנם לו, אף על פי שלא רצה הלוקח לקבלם, פטור״. וטעם מחלוקתם דפליגי אם נתינה בע״כ שמה נתינה (**ב״י**, **נתיבות** סק״ו). אמנם עיין **בביאור הגר״א** (סקכ״ג) שהוכיח דקי״ל נתינה בע״כ הוי נתינה וא״כ אין מחלוקת לדינא בין הדעות [אף דמשמע מהמ״מ והטור דפליגי]. והשו״ע כתב בלשון י״א כי לא נזכר בדברי הרשב״א להדיא מקרה זה [שהמוכר קיבל מי שפרע ונותנם ללוקח], אבל באמת מודים לדעה אחרונה שנתינה בע״כ שמה נתינה ופטור המוכר בכה״ג כשנתן ולא רצה הלוקח לקבלם.

וכתב **הנתיבות** שם: ונראה ברור דאם אמר הלוה "טול שלך" ואמר המלוה "יהיה בידך פקדון", דפטור, כיון דטול שלך כנתינה דמי והלה נתרצה, הרי נתינה **בריצוי** לכו"ע הוי נתינה, ולא פליגי רק בנתינה בעל כרחו כנ"ל [וכאמור להגר"א גם בנתינה בע"כ ליכא פלוגתא]

סיכום ההלכה מתוך **פתחי חושן** (ח"ח פ"ג): **לח.** קנה בקנין כסף ולא משך, כבר נתבאר בפרק ב שהחפץ באחריות המוכר. ולענין דמי המקח שביד המוכר, נראה דעת רוב הפוסקים שמותר לו להשתמש בהם, ולכן נעשה עליהם שומר שכר, ויש אומרים שחייב אפילו באונסין, ולאחר שנשתמש בהם לכו"ע חייב אף באונסין. **לט.** חזר בו הלוקח מן המקח ואמר לו המוכר בא וטול מעותיך, יש אומרים שנעשו המעות פקדון אצל המוכר ודינו כש"ח עליהם. **מ.** אמר המוכר ללוקח אני חוזר מן המקח בוא וטול מעותיך, כל שלא קיבל מי שפרע, עדיין המעות באחריותו, ולאחר שקיבל מי שפרע, אם המעות שקיבל הם בעין ואמר לו טול מעותיך פטור, אבל אם הוציאם, אף על פי שייחד מעות אחרים תחתיהם חייב עד שיחזירם ליד הלוקח, ויש אומרים שאם ייחד מעות אחרים ואמר לו טול מעותיך פטור.

3. הקונה מטלטלין בקנין כסף דמן התורה קונה, רק מדרבנן אינו קונה - ויש מי שפרע, האם לגמרי בטל הקנין כסף, או שבטל רק לאחר קבלת מי שפרע?

ז"ל **בעל המאור** בבא מציעא כח ע"ב מדפי הרי"ף: "כתב **הרי"ף** ז"ל שמעינן מהא דכמה דלא משכי לוקח לזביניה ואיתניס דלמוכר איתניס. ולי לא נראה כן שאם נאנס או נאבד או נשרף דליתיה בעולם כיון דקי"ל דמעות קונות מדבר תורה אינו יכול לחזור בו אלא כל זמן שהוא קיים".

א"כ יש מחלוקת רי"ף ורז"ה: לרי"ף - כיון שהמקח התבטל וחזרו בהם, ההפסד של המוכר. לבעה"מ - כיוון שקניין המעות מדאו', הרי שהמקח חל, ורק אם חזרו מהמקח כשהחפץ קיים המקח בטל. מבואר מהרי"ף שהמקח בטל גם בלי מי שפרע, כי המשיכה לבדה גומרת הקנין, ואילו לרז"ה קנין מעות חל ורק לאחר קבלת מי שפרע המקח בטל.

ובאופן כללי נחלקו האחרונים האם עקרו לגמרי קנין כסף או לא. י"א דאע"ג דעקרו רבנן לקניין כסף מ"מ אם קידש המוכר בכסף זה אשה חוששין לקדושין כיון דמן התורה הוי קניין והמעות שלו [סמ"ע] ויש חולקין בזה דבענייני קניינים כל מה דתקנו רבנן הוי כדין תורה, וכ"כ הב"י באה"ע סימן כ"ח לעניין מעמד שלשתן [ע"ש בב"ש סק"ג], וכן משמע להדיא בירושלמי דמעשר שני פ"ד הל' ג' [וכ"מ מרש"י ב"מ צו ע"ב ד"ה נמעלו]. אמנם כשמותר למוכר להשתמש במעות ודאי קדושיו קדושין, ולאחר שקבל אחד מהם מי שפרע פשיטא דאין קדושיו קדושין [**נה"מ** סק"ב].

4. האם בזמננו כסף קונה במטלטלין לגמרי?

כבר דנו לעיל האם התקנה חלה במקום שאין חשש לנשרפו חיטיך או דלא פלוג (תשובה 1 סעיף א), וכן בענין התנו שיקנה בכסף לבד (תשובה 1 סעיף ג; ועי' גם בקצות סי' קצד סק"ב), במחלוקות הראשונים והאחרונים בזה. ושייך כמובן גם לענין הביטוח.

ועוד יש לדון שקונה לגמרי מדין <u>סיטומתא</u> שנהגו לתת פרוטה ובכך קונים, עי' סי' רא, ולעיל סי' קצ תשובה 1. וכ"כ בשו"ת חת"ס (יו"ד סי' שיד) במה שנוהגים הסוחרים בקנין כסף מהני מן התורה (ועי' בפת"ש בסי' רא סק"א). לדעת הסמ"ע רק בלא נתן כל המעות, אבל לדעת הרבה אחרונים אפי' נתן הכל, עי' בכל זה לעיל תשובה 1 סעיף א, ולהלן סי' רא תשובה 1 סעיף א.

וכן מצד <u>דינא דמלכותא</u> - עי' שו"ת לבושי מרדכי (ר"מ וינקלר תלמיד הכתב סופר; יו"ד מהדו"ת סי' קל) שהביא דברי החת"ס הנ"ל וכתב דה"ה לענין דינא דמלכותא, ועוד כתב: "והנה קנין כסף אם הוא מנהג סוחרים, י"ל לכו"ע מועיל לפי"ד האחרונים במחנה אפרים [הל' קנין מעות סי' א'] והקצוה"ח בסי' קצ"ד

[ס"ק ב'] דבהתנה מהני קנין כסף, כמ"ש הרמ"א [חו"מ סי' קצ"ח ס"ה], וכמו שהביאו מדברי הגמ' מס' ע"ז [נ"ג ע"א] גבי הלוקח גרוטאות כסף דמוקמינן במס' בכורות דף י"ג [ע"ב] בקבל עליו לדון בדיני ישראל, אלמא דמהני התנו. ובהרי"ט אלגזי [י' ע"ב ד"ה שוב ראיתי] הקשה, דהוה ליה לתקן קנין זה בניקל דיקנו לו בכסף ולהתנות. ותירץ דדילמא יחזור מקבלתו בתוך כך, והשתא דנוהגין בקנין כסף הוה קנין שנוהגי הסוחרים דלא מצי להדורי, שפיר י"ל דהוה קנין מן התורה".

ועי' גם בלבושי מרדכי ליקוטי תשובות סי' קעט שהאריך בדרכי הקניינים בזמן הזה וכתב שם: "וידוע כי המובחר שבקנינים אצל הסוחרים וכל כן אצל דינא דמלכותא, **נתינת כסף**, וק"ו בסלוק כל מחיר המקח", וכתב הרבה ראיות מפי סופרים וספרים. והביא שכ"כ בתשובת חינוך בית יהודה סי' קכד, במשפט שלום למהרש"ם סי' רא ס"ב. וע"ע בלבושי מרדכי מהדורא תליתאי סי' כב.

אמנם **בדרישה ובסמ"ע** ר"ס רא משמע דלא מהני, וכ"כ **בשו"ת מהר"ם שיק** (חו"מ סי' מא): "הנה מי שאומר דמעות קונה מצד סיתומתא לא אמר כלום ולא שמעתי דבר זה מעולם, ומה דאיתא בש"ע סי' ר"א פרוטה לסיטומתא כבר ביאר בשמ"ק ב"מ פ' איזהו נשך דהיינו דלא סגיא ולית לה צורתא ונותנין זה בתורת קנין סודר, ומנהג זה לא ראינו מעולם, ואפילו התנו כ' הש"ך בסי' קצ"ח סק"י דלא מהני וחולק על הרמ"א". וע"ע **בדבר אברהם** ח"א סי' א ענף אות ג שג"כ ס"ל דסיטומתא מהני כחליפין שגם הוא בשורשו מנהג הסוחרים, ועי' גם שם בח"ב סי' י בזה. ועי' כסה"ק ר"ס רא.

5. מה דין קידש אשה בכסף במקרה שלא נעשתה משיכה בחפץ, ולחילופין בחפץ שנקנה במשיכה בלבד בלא כסף?

רש"י בב"מ מח ע"א (ד"ה קאי באבל) כתב: "משום דברים שבאו על כך לכלל מעשה, אבל מעות לא קנו מדאורייתא, ונפקא מינה לענין איסורא, כגון אם קידש בו את האשה, לרבי יוחנן הוו קדושין, דמדאורייתא קנייה, ודידיה הוא, לריש לקיש לא הוו קדושין". וכ"כ **הטור** כאן. ומבואר שלהלכה מקודשת בכסף ללא משיכה, דבקידושין אזלינן בתר קנין המועיל מן התורה [ועי' באבני מילואים סי' כח סקל"ג שמוכח מכאן דרש"י ס"ל דקנין דרבנן לא מהני מדאו', ושוב פקפק בזה, ע"ש. ועי' בסמוך]. וכ"כ **בפרישה** (ובסמ"ע סק"ג) שאם קידש אשה במעות שקיבל מן הלוקח כאשר טרם משך, מקודשת, דלחומרא לא עקרו בתקנתם דין תורה ולענין זה הכסף שייך לו לגמרי [ודייק כן בלשון הטור, ובאמת איתא כן להדיא בפירש"י הנ"ל, כמו שהעיר הגרע"א]. **ובנתיבות** סק"ב וכן **בהגהות רע"א** בשם פני יהושע כתבו דלמאן דס"ל דמותר להמוכר להשתמש בהמעות, מטעם דחז"ל לא עקרו קנין המעות של המוכר, כמו שכתבו התוס' ב"מ דף מג ע"א ד"ה מאי איריא, ודאי דגם בלא טעם זה קידושיו קדושין. ומ"מ אחר שחזר בו וקיבל עליו מי שפרע ודאי דאינו יכול לקדש בו אשה, שהמעות גזל בידו.

עוד כתב בהגהות רע"א שאם קידש אשה בכלי ולא משך עדיין רק שהקנה לה בקנין, הדבר תלוי באשלי רברבי אם לאחר תקנת חכמים אינה מקודשת או דאזלינן בתר דין תורה באיסור.

ובפת"ש (סק"א) הביא מדברי **הדגול מרבבה** דלפי דברי הסמ"ע יוצא שאם קנה במשיכה לחוד וקידש בו אשה ובא אחר וקידשה, נימא שצריכה גט משניהם, דלא עקרו חכמים בתקנתן דין תורה שהוא לחומרא דמשיכה לא קניא, ועיין באה"ע סימן כ"ח בבית שמואל סק"ג וסק"ו [לענין קידש אשה בחוב על פה במעמד שלשתן שהוא קנין דרבנן: דעת **הב"י** שם דהוו קידושי תורה ומשום דהפקר ב"ד הפקר, ואילו דעת **רבינו ירוחם** (חלק חוה נתיב כ"ב ח"א) דלא הוו קידושי תורה, דקנין דרבנן לא מהני לדאו', וכ"פ הרמ"א שם]. אך כתב שבתשובתו (נו"ב) האריך בביאור דבר זה שאין הדבר כן, ואם קנה במשיכה יכול לקדש בו אשה מן התורה.

ובקצה"ח (סי' קצד סק"ג וסי' רז סק"א וסי' רלה סק"ד) כתב כדעת הב"י דקנין דרבנן מהני לדאורייתא, ועוד האריך בזה באבני מילואים סי' כח סקל"ג, ע"ש. ושם כתב לנידון דידן שקנה לוקח חפץ במשיכה

ולא נתן מעות ומקדש בו אשה - שיש לחלק: אם מקדשה בתורת כסף אינה מקודשת מן התורה כיון דמן התורה לא זכה בו לוקח ואינו כסף דידיה מן התורה, אבל אם מקדשה בהנאה שנתן לה הרי זו מקודשת מן התורה כיון דהנאה זו שוה פרוטה. ע"ש עוד.

ובשו"ת **בית אפרים** חו"מ סי' ח (הובא בפת"ש סי' רלה סק"ד) כתב, שכל מה שנאמר בפוסקים דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, אין הדברים אמורים אלא כל זמן שהחפץ ההוא שהקנין נתפס בו מדרבנן הוא בעין, אבל אם הקונה מוציא החפץ ההוא מידו במכירה או נתינה לאחר, פשיטא שהלוקח מידו הוא קונה מדאורייתא, דלא גרע תקנתא דרבנן שתיקנו שיקנה מיאוש ושינוי רשות, ואפילו בקטן שי"ל דמה בכך הרי אין יאוש שלו מועיל, מ"מ פשיטא דלא עבדו רבנן תקנתא כה"ג, שתקנה זו קלקלה שהלוקח אינו לוקחו על מנת כן שלא יהא בו רק קנין דרבנן, והרי זה המוכר התירו לו חז"ל להוציאו ולמוכרו לכתחלה, וכו', ע"ש שהאריך. וגם בסימן ס"א שם פלפל בענין זה עם הגאון מליסא ז"ל ע"ש.

עוד הביא הפת"ש שם מתשובת **חתם סופר** (יו"ד סי' שיד) שהאריך אם קנין דרבנן מועיל לדאורייתא, וכתב לחלק בין קנין דרבנן שנתקן לקולא כגון יאוש כדי וכדומה **וכגון קנין כסף בלא משיכה** שהפקיעו חכמים ומ"מ עדיף לקיים קנינו בכסף לחוד, **זהו לכו"ע אינו מועיל לאיסור דאורייתא**. ואמנם תקנתא דדבריהם דמצוה לקיים דבריהם כגון מזונות הבנות (יבמות סז ע"ב) דאם יש בת עם הבן בנכסים מועטים מאכילים העבדים תרומה משום דאכלי בתקנתא דרבנן, זהו מועיל בודאי כדאורייתא ממש ומאכיל תרומה להעבדים. אך מעמד שלשתן שעדיין לא הגיע ליד הזוכה, או קטן זוכה לאחרים ועודנו בידו, בהא פליגי הראשונים כנ"ל, ע"ש.

סימן קצט

1. מי שהיה חייב לחבירו מחמת הלוואה או מכר, ומכר קרקע או מטלטלין, האם קונה למי שפרע או לגמרי (האם מלווה נחשבת ככסף לעניין קניין וקידושין)?

הרי"ף על הגמ' ב"מ מו ע"ב (כז ע"ב מדפיו) יש דמים שהם כחליפין וכו', למד שאם ראובן מכר לשמעון במנה וקנה המטלטלין ונתחייב בדמים ואח"כ היו לשמעון מטלטלין אחרים למכור ואמר לו ראובן מכור אותם בדמים שיש לי בידך מדמי המכר הקודם ואמר לו הן - נקנים המטלטלים לראובן בכל מקום שהם ואע"פ שלא משך ולא הגביה, דהוי מילתא דלא שכיחא ולא גזרו ביה רבנן שמעות אין קונות. וכ"כ **הרמב"ם והרא"ש** ונפסק **בשו"ע** סי' קצט ס"ב. וביאר **המ"מ** והובא בסמ"ע (סק"ב) שעשו חז"ל כאילו המכר הראשון בעין והחליפו עם הדבר שמוכר לו עתה.

אמנם כתבו הראשונים, שדוקא בחוב כזה שנוצר מהמכר, ולא בחוב דעלמא (הלואה רגילה) שהוא מצוי. [ועי' **הגרע"א** שמדברי תוס' ב"מ סב ע"ב (ד"ה הרי) נראה דלא ס"ל הך חילוק].

הר"ן הקשה כיצד קונה בדמים אלו בכלל, הרי קי"ל דמקדש במלוה אינה מקודשת וה"ה למכר (קידושין מז ע"א) דמלוה להוצאה ניתנה. ולכן ביאר שהקנין בהנאת מחילת מלוה ולא במחילת המלוה, וכ"כ הרמ"א שם דמיירי שאמר לו "מכור לי בהנאת מחילת הדמים שיש לי אצלך" ולא "בדמים שיש לי בידך". וזו שיטת רוב הראשונים.

אכן דעת **הרמב"ם** שאפשר לקנות במלוה עצמה (ובסמ"ע סק"ג ביאר שכן דעת השו"ע), בקרקע קנה לגמרי ובמטלטלין למי שפרע [כתקנת חז"ל שמעות אין קונות]. וכעת ניגש לבאר ענין זה בהרחבה:

בקידושין מז ע"א איתא דהמקדש במלוה אינה מקודשת, ושם בגמ' מבואר שה"ה למכר. הרמב"ם פסק להלכה (פ"ה מהל' אישות הי"ג) דבאשה אינה מקודשת במלוה, ומאידך פסק לענין מכר (הל' מכירה פ"ה

ה״ד ופ״ז ה״ד) דמהני במחילת מלוה. וכמובן הדברים תמוהים מנא ליה לחלק בהכי. המ״מ כתב שאפשר שגם דעת הרי״ף ור״ח כהרמב״ם. רוב הראשונים חלקו על הרמב״ם ובהם הראב״ד, הרמב״ן והרשב״א והרא״ש והר״ן ופסקו שגם במכר לא מועיל.

כאמור בשו״ע יש משמעות כהרמב״ם בסי׳ קצט ס״ב [עי׳ בסמ״ע סק״ב-סק״ג], וכן הביא דעתו ביש אומרים קמא - בסי׳ רד ס״י [וכתב ויש חולקים]. הרמ״א בשני המקומות הביא את שיטת החולקים.

<u>מהו מקורו של הרמב״ם שמלוה מועילה במכר?</u>

א. המגיד משנה כתב שמקורו של הרמב״ם מהגמ׳ קידושין כ״ח וב״מ מו ע״ב בסוגיית יש דמים שהן כחליפין שמשמע שם שאפשר לקנות במחילת מלוה.

ב. בקה״י (קידושין סי׳ ח; ושו״ר במרומי שדה ב״מ סג ע״א שקדם לו בביאור זה) כתב שהמימרא בקידושין מז היא שיטת רב, וס״ל בסוף ב״ב דשעבודא לאו דאורייתא, לעומת זאת בקידושין כ״ח וב״מ מ״ו בסוגיית יש דמים, היא שיטת ר״נ, והתומים הוכיח בסי׳ לט שרב נחמן סובר שעבודא דאורייתא. ואם המקדש במלוה אינה מקודשת מיירי במלוה על פה, יוצא שאין שום זכות ממונית בנכסי הלוה, ואין כאן נתינת תמורה שהרי שעבודא לאו דאו׳ לדעת רב. אבל הרמב״ם פסק דשעבודא דאורייתא כידוע (עי׳ ש״ך ר״ס לט), ולכן פסק כר׳ נחמן בסוגיות הנ״ל דאיכא שעבוד נכסים וזו זכות ממונית, ויש תמורה למכר.[4]

[אלא שביאור זה צ״ע, כי הרמב״ן פוסק דשעבודא דאורייתא (ע״ש בש״ך ובקצות סי׳ לט), וא״כ יוצא שהרמב״ן שסובר שמלוה לא מועיל במכר פוסק כאן דשעבודא לאו דאו׳ ודבריו סתראי.]

ג. ביאור נוסף המובא באחרונים, ע״פ החילוק בין סילוק להקנאה: יש לחקור האם מחילה זו חלות והקנאה וא״כ כשמוחל על חוב צריך דעת מקנה להקנות ודעת קונה לקנות, ולפי צד זה הוי דבר העובר מיד ליד, ולכן לא יועיל בעל כרחו של לווה. מאידך אפשר לומר שמחילה היא סילוק ולא חלות. וכ״כ במחנ״א. בשערי ישר ש״ה פ״ה ביאר הבנה זו שיש הבדל יסודי בין מלוה לחפץ ממש, שאם החליט שאינו מעונין בחפץ שלו - מציאות החפץ לא התבטלה, אך אם החליט שאינו רוצה בחוב, החוב בטל, כי חוב הוא זכות גבייה, שעבוד, ויכול לוותר על זכותו, ואין זו העברת בעלות. [וגם אם שעבודא דאו׳, סו״ס אין נתינה]. ומעתה - לדעת רוב הראשונים במכר לא מהני במחילת חוב, דהוי סילוק ואין כאן נתינה. אבל לרמב״ם צ״ל דמחילה היא הקנאה ממש ולכן מהני במכר.

ד. וע״ע **בחידושי הפלאה** סי׳ קצג (ולכאורה דבריו שייכים לסי׳ קצט או רד) שכתב ראיה לרמב״ם דמלוה קונה במכר, מדאמרינן באיזהו נשך (סג ע״א) ״דתני רבי אושעיא: הרי שהיה נושה בחבירו מנה, והלך ועמד על גורנו, ואמר: תן לי מעותי שאני רוצה ליקח בהן חטין. ואמר לו: חטין יש לי שאני נותן לך, צא ועשאן עלי כשער של עכשיו. הגיע זמן חטין למכור, אמר לו: תן לי חטין, שאני רוצה למוכרן וליקח בהן יין, אמר לו: יש לי יין שאני נותן לך, צא ועשאן עלי כשער של עכשיו... כולם, אם יש לו - מותר, אין לו - אסור. ומאי לקח - לקח בהלואתו״. משמע דקונה אע״ג דהוי מלוה. עכ״ד ההפלאה. ובאמת עי׳ **בתוי״ט** שם (פ״א מ״א) שדייק גם ברש״י שכתב שיש מי שפרע, שסובר כרמב״ם שמלוה קונה [ולכן במטלטלין יש מי שפרע]. אמנם **בחי׳ הגרע״א** שם דחה שלרש״י מדובר בהנאת מחילת מלוה ולא במלוה [ובהפלאה

---

[4] ובמרומי שדה שם למד גם בשיטת רש״י דס״ל כהרמב״ם בזה, וכתב: ״ובזה מיושב מה שפירש״י בקדושין דף ו׳ ב׳, אמר אביי המקדש במלוה אינה מקודשת, דקיחה משדה עפרון גמרינן דיהיב מידי בשעת קדושין כו׳. ואינו מבואר למאי פירש״י הכי ומה לי אי משדה עפרון או מדכתיב אין כסף. **אלא קשה לרש״י אמאי אין מקדשין אשה במלוה והרי במכר קונין.** וס״ל לרש״י דאביי ס״ל שעבודא דאורייתא, דלא כשי׳ התוס׳ בגיטין דף נ׳ א׳ ד״ה כיון, וא״כ אמאי אין מקדשין אשה במלוה. משו״ה פירש״י **דשאני אשה דגמרינן משדה עפרון** דיהיב לה מידי כו׳״. ונראה כוונתו כהבנת האחרונים (אבנ״מ ועוד) המובאת לקמן. ובאמת כ״כ להדיא בספרו העמק שאלה סי׳ קלב אות טז, ע״ש.

הנ״ל ג״כ העלה אפשרות כזו אך דחה דלא משמע כן, ותו דא״כ הרי מעות בעין; ובמרומי שדה שם האריך להוכיח שבאמת רש״י סובר כהרמב״ם, ועי׳ גם בחת״ס שם].

ועוד כתב ההפלאה בסי׳ קצ ס״ה ראיה לרמב״ם מהגמ׳ בקידושין כו ע״א שהגמ׳ לא מתרצת את קושיית רב המנונא על שמואל מהברייתא דשדי מכורה לך וכו׳ דהתם לא מהני משום דהוי מלוה, מוכח דמלוה מהני במכר. ע״ש.

וכל זה איננו שווה לנו לבאר מדוע חילק הרמב״ם בין קידושין למכר, שאם היה לו מקור או טעם שבמכר קונה, גם בקידושין צריך להועיל. ונאמרו בזה כמה ביאורים:

<u>מדוע חילק הרמב״ם בין קידושין למכר?</u>

א. הנתיבות סי׳ קצט סק״ב מבאר דהנה דעת אביי (פסחים ל ע״ב) דבעל חוב למפרע הוא גובה, ולכן בדאקדיש וזבין מלוה, חל למפרע. ואיך יתכן שיכול להקדיש או למכור דבר שעוד לא גבה? אלא, כשמלוה כסף והלווה משתעבד - יש אומדנא שהכסף ניתן בתורת קנין, וכאילו אמר ״קנה ממני מעכשיו לכשאגבך״, כלומר שאם הקרקע תבוא לידֵי גביה, הכסף יהיה תשלום עליה. א״כ כאשר מוחל חוב איגלאי מילתא שהכסף ניתן מראש בתורת קנין. ואע״פ שהלכה כרבא שמכאן ולהבא הוא גובה, מ״מ כאשר הלווה מודה שלא עמד בזמן הפירעון כתבו כמה ראשונים (והובא בשו״ע קג, ו בשם י״א) שרבא מודה דהבעל חוב גובה למפרע. והטעם, שבכה״ג מודה רבא לאומדנא.

נמצא לפ״ז דמש״כ הרמב״ם שמכר מהני במחילת חוב, כי יש כאן נתינת מעות. והרמב״ם איירי רק אחר זמן פירעון. אבל בקידושין כתב דלא מהני במלוה, כי שם לא שייך ביה גוביינא. [והא דאיתא בקידושין מ״ז שבמכר לא קנה, מיירי ג״כ באופן דלאו גוביינא הוא], ומיושבים דברי הרמב״ם עם הסוגיות. וע״ע בנתיבות סי׳ שדמ סק״א.

ב. באבן האזל פ״ז ממכירה מבאר ע״פ הפלוגתא אם קנין כסף הוי כסף שיווי או כסף קנין (ע״ל סי׳ קצ), האם נתינת המעות היא עצמה הקנין או שהקנין הוא יצירת החוב אצל המוכר [״כסף החוזר״ כהגדרת הגר״ש שקאפ בקונ׳ גדרי קנין כסף אות ב, קידושין סי׳ ב ועוד]. והרמב״ם סובר שבמכר הוי כסף שיווי אבל בקידושין לא שייך לומר דהוי שיווי אלא קנין. לכן מלוה לא תיחשב כנתינת מעות בקידושין דבעינן קנין, אבל נחשבת ככסף שיווי כקבלת תמורה דמהני במכר.

ג. באבני מילואים סי׳ כח סקט״ז, **ברכת שמואל** קידושין סי׳ ד, **קה״י** שם, **או״ש** פ״ה ממכירה הכ״ד ועוד, ביארו שהרמב״ם סובר שמחילת חוב הוי כסף גמור כי עצם החוב הוא כסף והוי הקנאה גמורה, ומקורו במשנה שקלים פ״ד מ״ד שאם הקדיש לבדק הבית דברים הראויים לקדושת מזבח, משלמים לאומנים את החפצים ככסף עבור מלאכתם, ואח״כ הגזברים קונים מהם את החפצים והכסף מתחלל על שכר האומנים. והנה קי״ל ששכר האומנים הוא מלוה (תמורה ט״ז) וא״כ איך אפשר לחלל על לוה? מוכח שמלוה היא כסף לכל דבר. אך בקידושין לא מהני כי צריך גדר מיוחד שיש בו הנאה דוקא, כמו שדייק הרמב״ם לכתוב בהלכות אישות שם ״ואין כאן דבר קיים ליהנות בו״. באו״ש שם ביאר שזהו טעם החילוק גם בדין מעמ״ל דבקידושין לא מהני ובמכר מהני. וכן בקידושין מדין ערב ובדין אדם חשוב, כתב הרמב״ם שיש לה הנאה ולכן מועיל, וכן בפ״ד הי״ט מאישות כתב שאם קידש בתבשיל או בירק שאינו מתקיים, אם לא היה שו״פ במקום זה אבל שוה במק״א אינה מקודשת, כי עד שתגיע לאותו מקום יתקלקל, משמע שאם יתקיים מקודשת. מבואר גם לאידך גיסא שאע״פ שאינו נחשב כסף לענין מכר דאינו שו״פ, בקידושין מהני דסו״ס הנאה איכא.

ויש ביאורים נוספים, ודי בזה כעת.

<u>לסיכום:</u> לרמב"ם מלוה הוי ככסף, ובקרקע קנה לגמרי ובמטלטלין מקבל מי שפרע אם חוזר (וכן מבואר בדעתו בסי' רד ס"י - יש אומרים קמא). ואילו לראב"ד וסיעתו לא קונה כלל במלוה כשם שלענין קידושין לא מהני, אלא רק בהנאת מחילת מלוה מהני.

2. אדם שסיכם עם חבירו להשכיר רכבו, ומכר הרכב לאחר, ומי מהם רוצה לחזור בו, מתי יש איסור בדבר?

שאלה זו שייכת גם לסימן רד. לכאורה כוונת השאלה שהקונה או המוכר רוצים לחזור בהם אחרי המכירה. לשם הבהירות נקרא להם בשמות: בעל הרכב הראשון - ראובן, השוכר הפוטנציאלי - שמעון, הקונה - לוי.

לגבי השלב הראשון, אם ראובן סיכם עם שמעון בדברים שישכיר לו רכבו ולא עמד בדיבורו, יש בזה משום מחוסרי אמנה כמבואר בב"מ מט ע"א ונפסק בשו"ע סי' רד ס"ז.

אמנם אם כבר מכר את הרכב ללוי בקנין המועיל א"א לבטל המקח ואין כאן שאלה [ולא נראה שצריך לקנות מהקונה בחזרה, ומ"מ אין זה תלוי בדעתו].

אם עשה רק קנין כסף כשמכר ללוי - מקבל עליו מי שפרע אם חוזר. ואם כן נראה שעדיף להיות ממחוסרי אמנה מאשר לקבל מי שפרע שהוא חמור יותר (קללה בבי"ד). מאידך אם לוי חוזר במקרה של קנין כסף לבד - יש מי שפרע על לוי (דדין מי שפרע בין על הלוקח בין על המוכר כמבואר בר"ס רד), ועל ראובן אין כלום ואז ישכיר לשמעון כמובטח ואין לו שום איסור.

אמנם נחלקו הראשונים כאשר יש סיבה לחזרה כגון <u>שהתייקר השער</u>, האם הוי מחוסר אמנה אם חוזר בכה"ג. בב"מ מט ע"א איתא מעשה ברב כהנא שמכר כיתנא והיה שינוי שער, ואח"כ מובאת המחלוקת בדין דברים האם יש בהם מחוסרי אמנה והלכה כר' יוחנן שיש בהם, וא"כ מבואר שגם בשינוי שער יש בעיה לחזור, וכן דעת **הראב"ד ותוס' ורי"ו ורוב הראשונים**. אבל דעת **הרז"ה ובעל העיטור והרא"ש** שאין בזה איסור והוכיחו שיטתם מכמה סוגיות. להלכה, **הרמ"א** בסו"ס רד הביא דעת הרז"ה בתחילה, ואח"כ בשם יש אומרים דעת רוב הראשונים וכתב "וכן נראה עיקר", שגם בכה"ג יש איסור. אולם **הב"ח** נסתפק בזה לדינא כיון דבירושלמי מפורש כרז"ה והרא"ש [ועי' באורך במאור ובמלחמות ובכתוב שם לראב"ד]. והובא בש"ך ובנתיבות.

וא"כ בנידון דידן יתכן שיש לדמותו לשינוי שער - שמצא קונה לרכב. ועי' גם בפת"ש סי' רז סק"ה בשם חת"ס (חו"מ סי' קב), הובא להלן שם תשובה 1. ולהלכה נראה שהוא ספיקא דדינא אם יש בו משום מחוסרי אמנה [ומ"מ כאמור כאשר יש מול זה ודאי מי שפרע אם יחזור בו ממכירת הרכב, ודאי לא יחזור בו משום ספק מחוסרי אמנה].

<u>ושוב נלע"ד</u> לדמות נידון זה למבואר במסכת ע"ז (עב ע"א) ונפסק **בסי' רו** ס"א, שאם הבטיח לחבירו שכאשר ימכור את השדה, היא מכורה לו במאה (אפי' אמר מעכשיו דלא הוי אסמכתא), ועשו קנין על כך, ולבסוף מכר לשני ביותר ממאה - השני קנה, דזוזי אנסוהו. וה"נ יתכן לומר שכאשר מצא קונה במקום שוכר, הוי כזוזי אנסוהו. וכל שכן הכא שלא עשו קנין אלא סיכום בדברים בעלמא.

ועוד שכתב **בנה"מ** שם סק"א שאם אמר לשון "אמכור לך", תליא במחלוקת המבוארת **בסימן רמ"ה** סעיף ד' אי מהני מעכשיו בלשון אתן. ובנידון דידן יש לדון גם מצד זה, שאם סיכם עמו להשכיר בלשון כזו, תלוי באותה מחלוקת. [ועיין סימן רו תשובה 1]

אמנם כתבו **מהרי"ק וריב"ש**, שכל זה מיירי שאמר בלשון "כשאמכור אמכור לך" וכו', אבל אמר: "לא תמכור אלא לי", או שהתנה בפירוש שאף אם יתנו לו יותר ממה שקצב ימכור לו, תנאו קיים. והביאו הרמ"א בהגה. ועוד כתב מהרי"ק, ששכירות כמכירה לענין זה (ועי' בשער משפט שם סק"א). וא"כ גם

בנ״ד אם סיכם איתו בפירוש שישכיר רק לו תנאו קיים [אכן יש לדון שאולי התכוון שלא ישכיר אלא לו אבל יוכל למכור אם ירצה, והכל לפי הענין].

3. נכנם לחנות בערב שבת ושילם למוכר כסף ליין או לחלות ולא הגביה, ואח״כ בא אחר והגביה לפני הגבהת הראשון, מי זכה? ציין מקור ונמק.

תנן בחולין פג ע״א ״בארבעה פרקים בשנה משחיטין הטבח בעל כרחו״, ואלו הם: ערב יו״ט האחרון של חג, וערב יו״ט ראשון של פסח, וערב שבועות וערב ר״ה. שהכל צריכים בשר בימים אלו והעמידו חכמים דבריהם על דין תורה. וכתב **מהרי״ל** (הובא בד״מ ובהגה סי׳ קצט ס״ג), שהוא הדין לאדם שנתן מעות על יין לקידוש בערב שבת דאסור למוכר לחזור הואיל והוא דבר מצוה. והוסיף **בקצה״ח** סק״ב: וכן הנותן פרוטה לנחתום על חלת לחם לשבת, דמקדשים נמי על הפת והוי דבר מצוה. אם כן בנ״ד הראשון ששילם כסף זכה, דבכה״ג לא תיקנו שמעות אינן קונות שכן לדבר מצוה ודאי מעונין שהמעות יקנו.

וביאר **הגר״א** (סק״ו), שאע״פ שלענין עירוב פליגי רבנן על ר״א (בעירובין פא ע״א-ע״ב), שלר״א מעות קונות דדמי לארבעה פרקים, ולחכמים לא [והלכה כמותם, עי׳ רמב״ם פ״ו מהל׳ עירובין ושו״ע או״ח שסט], וא״כ רואים שלא אמרו כן על כל דבר מצוה - מ״מ שם אינו חובה כמו יין לקידוש.

אמנם **בהגהות רע״א** ציין למג״א (סי׳ שסט ס״א) שהקשה מסוגיא דעירובין הנ״ל דמוכח התם דלא כמהרי״ל וכ״פ הרמב״ם כנ״ל, וא״כ יכול לומר קים לי ויכול לחזור. ועוד ציין לשו״ת **מוצל מאש** סי׳ מב. וע״ש במוצל מאש שבאמת כתב להלכה שהעמידו חכמים דבריהם אפילו במקום מצוה, וכל התקנה בד׳ פרקים לא היתה משום מצוה אלא ״רק משום תקנת העולם שכולם צריכים לבשר, ואילו היה משום צד מצוה לא הוה שתיק מינה״, ובהמשך הוכיח מעירובין שם שלרבנן אפי׳ במקום מצוה מעות אין קונות.

ודיון זה דומה לדין התנו שיקנה במעות [עיין לעיל סימן קצח תשובה 1 סעיף ג], שכתבו הד״מ והב״ח ועוד אחרונים שהתנאי מועיל, שאם אומר אי אפשי בתקנ״ח שומעין לו. וה״ה הכא אפשר להרחיב לכל דבר מצוה שמעונין שמעות יקנו. והרמ״א בזה לשיטתו.

ולפ״ז הש״ך שחלק שם וסבר דל״מ תנאי, יחלוק גם כאן (אף שלא העיר כלום על הרמ״א) ויסבור שבמה שמצינו בפירוש בחז״ל אמרינן הכי (בד׳ פרקים), אבל א״א להוסיף מדעתנו. ואכן יש לציין שגם הגר״א שם אע״פ שחילק בין סוגיא דעירובין ליין לקידוש, אך בסוף דבריו כתב ״ומ״מ דברי מהרי״ל אינו מוכרח״, ואולי התכוון לסברת הש״ך שאין לנו להוסיף מדעתנו על מה שאמרו חכמים, ולא אמרו כן על כל דבר מצוה, אלא רק על ד׳ פרקים בשנה.

נראה אם כן שהדבר לא יצא מכלל מחלוקת, ולדעת הגרע״א יכול לומר קים לי ויכול לחזור. וצ״ע.

4. הבא דוגמאות שמעות קונות.

א. כאמור בתשובה קודמת יש זמן שמעות קונות: ״בארבעה פרקים בשנה משחיטין הטבח בעל כרחו״ (חולין פג ע״א), ואלו הם: ערב יו״ט האחרון של חג, וערב יו״ט ראשון של פסח, וערב שבועות וערב ר״ה. שהכל צריכים בשר בימים אלו והעמידו חכמים דבריהם על דין תורה.

ב. כאמור שם - דעת מהרי״ל ורמ״א שהוא הדין לאדם שנתן מעות על יין לקידוש בערב שבת דאסור למוכר לחזור הואיל והוא דבר מצוה. דעת הקצות שגם הנותן פרוטה לנחתום על חלת לחם לשבת, דמקדשים נמי על הפת והוי דבר מצוה (והבאנו דעת החולקים). ונוסיף כאן דברי החת״ס בחידושיו כאן, שגם לענין קניית בשר לפורים, לפמ״ש המג״א סי׳ תרצו שמחויב לאכול בשר, לא גרע מיין לקידוש. והא דלא חשיב ליה בד׳ פרקים כי היו רגילים בעגלים דוקא ולא בפרה (ב״מ עח ע״ב), אבל לענין העמדה על

דין תורה לא גרע מיין לקידוש [לענ"ד דברי החת"ס יהיו מוסכמים גם לפי המוצל מאש שהזכרנו, שהרי שייכא הסברא שהכל צריכים לבשר, אכן לדעת הש"ך שאין להוסיף מה שלא תיקנו צ"ע.]

ג. ב"מ מט ע"ב שו"ע קצח ס"ה: כאשר היה ביתו של הלוקח מושכר למוכר - לא חששו לטענת נשרפו חיטיך שהרי הוא מצוי אצל ביתו ויכול להציל.

ד. ע"פ ב"מ יא ע"ב במעשה דר"ג וזקנים, שו"ע שם: וכן השוכר המקום שהמטלטלים מונחים שם באחד מדרכי קניית השכירות, קנה המטלטלים וא"א לחזור. ובתנאי שהחצר משתמרת לדעתו או שעומד בצד שדהו.

ה. כתב בערוה"ש סי' קצח ס"ד: יראה לי דאם המקח <u>אינו תחת יד המוכר</u> ולא תחת יד אנשי ביתו או שכירו ולקיטו, אף שגם <u>אינו תחת יד הלוקח</u> כגון שמכר לו עצים על שפת הנהר או ביער או סחורה המונחת במקום אחר תחת יד רשות אחר ג"כ מעות קונות, דבזה ג"כ לא שייך שהמוכר לא יטריח להציל כיון שאינו תחת רשותו כלל ולא תחת רשות המושכר לו ולא תחת יד ב"ב ושכירו.

ו. במקום שאין חשש דליקה - דעת העיטור ע"פ ירושלמי, וכ"פ הרמ"א שם, שמעות קונות. והב"י והש"ך כתבו שאין חילוק כזה ושכן משמע ברמב"ם [עיין לעיל סימן קצח תשובה 1 סעיף א]. וה"ה לגבי מקרה שיש לו ביטוח - עי' פת"ש שם סק"ו [ובתשובה הנ"ל בהרחבה].

ז. כאשר התנו בהדיא שמעות יקנו - לרוה"פ מועיל ולש"ך לא [עיין שם סעיף ג].

ח. דעת הר"ן והובא בשו"ע שם ס"ו דשכירות מטלטלים נקנית בכסף, דליכא למיחש לנשרפו חיטיך כי הגוף שלו. אמנם בפת"ש סק"ח הביא מהאחרונים שהרבה ראשונים חולקים ועכ"פ הוי ספיקא דדינא [הרחבנו בזה לעיל סימן קצח תשובה 1 סעיף ב].

ט. ב"מ מז ע"א - כאשר נתן מעות אכסרה (לא דקדק לידע מנינם ומשקלם), נקנה מיד בכסף, כי הוא דבר שאינו מצוי ולא גזרו ביה רבנן. וכן נפסק בשו"ע סי' קצט ס"א. ואפי' אם הלוקח ידע מנינם והמוכר לא ידע - י"א שקנה (כך דייק הב"י בפירש"י ותלמידי הרשב"א שם, והובא בהגה. ועי' סמ"ע).

י. הרי"ף על הגמ' שם מו ע"ב יש דמים שהם כחליפין וכו', למד שגם כשראובן מכר לשמעון במנה וקנה המטלטלין ונתחייב בדמים ואח"כ היו לשמעון מטלטלין אחרים למכור ואמר לו ראובן מכור אותם בדמים שיש לי בידך מדמי המכר הקודם ואמר לו הן - נקנים המטלטלים לראובן בכל מקום שהם ואע"פ שלא משך ולא הגביה. כי גם זה אינו מצוי. [אמנם בחוב רגיל של הלואה לא מהני, כי הוא מצוי. ועי' סמ"ע סק"ג ונתיבות סק"ב].

יא. מקרה הפוך (<u>ביטול</u> מקח ע"פ ד"ת): בגיטין נב ע"א איתא שיתומים או אפוטרופוס שלהם שמכרו מטלטלים במשיכה בלי כסף - אזלינן בתר דין תורה שמעות קונות ואין משיכה קונה ויכולים לחזור בהם. וכ"נ בשו"ע סו"ס קצט. אבל בשאר החלוקות (שהוזל והתייקר וכדו') דינם כשאר בני אדם דאין מעות קונות, ע"ש בגמ'. [אמנם ליתומים עצמם אין מי שפרע כשחזרו בהם - עי' סי' רלה ס"ד].

יב. כתב הרמ"א שם ע"פ ר"ן ומרדכי, שבהקדש וצדקה קונה במעות לכל ענין, ולכן אם נתן דמים להקדש על המקח ונתייקר אין ההקדש יכול לחזור בו. אמנם דעת הקצה"ח סק"ג שכל זה בהקדש של תורה, אבל בהקדש דידן דהיינו לעניים ובצדקה, דינם כנכסי יתומים דאין להם דין הקדש גמור (דנשבעים עליהם ויש בהם דין ריבית ואין בהם דין נדיב לב ועוד), וא"כ אין להם דין הקדש אלא למעליותא, וממילא אם התייקר יכולים לחזור. וכן הוכיח מהתוס' ומרדכי ורשב"א ור"ן. [וע"ע בסי' רמג ס"ב ובנו"כ].

יג. סיטומתא או סודר קונה לגמרי אע"פ שנתן כל המעות לדעת הרבה אחרונים (עי' פת"ש סי' קצח סק"ג ושם בתשובה 1 סעיף א), ודלא כהסמ"ע (שם סק"ז, ובסי' רא סק"ד).

סימן ר

1. נכנס דבר הפקר לחצר המושכרת מי קונה בקנין חצר - השוכר או המשכיר?

בגמ׳ בסוף פרק השואל (קא ע״ב) תנן: ״המשכיר בית לחבירו וכו׳, הזבל של בעל הבית, ואין לשוכר אלא היוצא מן התנור ומן הכירים בלבד״. ובגמרא (קב ע״א): ״במאי עסקינן? אילימא בחצר דאגיר ליה לשוכר, ותורי דשוכר - אמאי של בעל הבית? אלא בחצר דלא אגירא לשוכר, ותורי דמשכיר - פשיטא! - לא צריכא, **בחצר דמשכיר, ותורי דאתו מעלמא**. מסייע לרבי יוסי בר חנינא דאמר חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו. מיתיבי זבל הקולט מן האויר הרי הוא שלו ואם איתא לדרבי יוסי בר חנינא קולט מאויר אמאי הרי הוא שלו? אויר חצרו הוא! אמר אביי במדביק כלי בשולי פרה. רבא אמר אויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי״.

הרמב״ם (פ״ו מהל׳ שכירות ה״ה) הבין שלמסקנא אפי׳ בחצר המושכרת ודר בה השוכר, הזבל המגיע מעלמא שייך למשכיר. אולם **רש״י והראב״ד** חולקים ומבארים שהכוונה לחצר דלא אגירא, אבל אם מושכרת - הזבל דמעלמא שייך לשוכר. וכן משמע **בטור** שכתב ״השכיר לו בית בחצר״, שאז הזבל של המשכיר, אבל אם השכיר לו החצר עצמה - הזבל של השוכר (עי׳ ב״ח).

בשו״ע (סי׳ שיג ס״ג) פסק כהרמב״ם (אע״פ שבב״י תמה עליו דשכירות ליומיה ממכר והיה לשוכר לקנות), **שהחצר** קונה למשכיר זבל הבהמות דאתי מעלמא, אע״פ שהשוכר גר בה (ורק בזבל שעשו בהמותיו של השוכר, שייך לשוכר).

והקשה **הסמ״ע** סק״ה שהרי בהלכות אבידה בסי׳ רס ס״ד פסק השו״ע ע״פ תשובת הרא״ש (כלל א סימן א), שכאשר המשכיר והשוכר דרין ביחד ונכנס לתוכו צבי שבור זוכין בו שניהם דהוו כשותפין בחצר. וזה כדעת רש״י וראב״ד וטור (ובאמת עי׳ ב״ח סי׳ שיג שביאר פסק הטור ע״פ תשובת רא״ש זו שהובאה בסי׳ רס), וסותר למה שפסק בסי׳ שיג. [ואכן בש״ך שם סקט״ו פוסק להלכה ע״פ תוס׳ ואגודה, כמ״ש בסי׳ שיג שהמשכיר לבדו זוכה].

ובנתיבות בפתיחה לסי׳ ר (וכן במקומות נוספים) תירץ, דאע״ג דקי״ל דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, מ״מ חצר המושכרת אינה קונה לשוכר אלא מדעתו, כאשר אמר שיקנה לו חצירו השכור לו. אבל כשבאה מציאה לחצר שלא מדעתו - בעה״ב קנה. והטעם, דאמנם החצר נקראת ידו כי משתמש בה, וכמ״ש הר״ן בחידושיו לב״מ יב ע״א ובנ״י ה ע״ב מדפי הרי״ף, אבל כיון שגוף החצר שייך למשכיר - גדר השוכר הוא כ״שוכר יד בעל הבית״, ודינו כדין שוכר פועל דהוי כשוכר ידו למלאכתו (סי׳ ער ס״ג), וקי״ל שמציאת פועל שייכת לבעה״ב, דלאו להכי אגריה [וכמו בת קטנה שמציאתה לאביה, דכיד אביה דמיא]

משא״כ בסימן ר״ס דמיירי בצבי שבור וגוזלות שלא פרחו, ובכה״ג כתב הסמ״ע בסי׳ רסח דבעינן שיאמר שיקנה לו שדהו, וכן מבואר (בסי׳ ער שם בהגה) דאם שכר פועל לכל מלאכה שיצטרך והראהו ללקט מציאות דהמציאה של בעה״ב, ועיין בטור [שם סעיף ד׳] דה״ה בעבדו העברי כשהראהו ללקט מציאות, והוא מטעם דיד פועל ועבדו כיד בעה״ב, וקנה אפילו למאן דאמר המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו כמבואר בב״מ דף י׳ [ע״א] ע״ש. משו״ה בשכירות בית וחצר, כשראה מציאה שנכנסה להחצר ואמר תקני לי, הוי ממש כהראהו ללקט מציאות, דמה לי אם שכר ידו של בעה״ב והראהו ללקט מציאות דהוא של השוכר, וה״נ אם שכר חצירו של בעה״ב דהוי כשוכר ידו של בעה״ב וראה את המציאה הנכנסת ואמר יקנה לי שדי, הוי ממש כהראהו ללקט מציאות דהמציאה של השוכר, ואתי שפיר הא דנקט בסימן ר״ס צבי שבור. ובזה יישב הנתיבות עוד עניינים.

אבל להיפך, כשחצירו של לוקח מושכר למוכר, והחפץ מונח בחצר המושכר - אין החפץ נקנה ללוקח המשכיר מחמת שמונח בחצירו המושכר למוכר, דלא נקרא "חצירו של המשכיר" שיקנה החפץ על ידו, דדוקא לגבי מציאה דלאו אדעתא דהכי אגריה נקרא החצר חצירו של המשכיר כיון שלא שכרו השוכר לזה, משא"כ לשאר חפצים ששכרו השוכר לאלו החפצים ואדעתא דהכא אגריה, נקרא "חצרו של השוכר" ביחס אליהם. וה"ה לענין שאלה. ודלא כמ"ש בתשובת **מהרי"ט** (ח"א סי' סה) שהמשכיר קנה בכה"ג. **ובמחנ"א** הל' קנין חצר סי' חולק עליו מטעם אחר, שבכל הקנאה בעינן הוצאה מרשות לרשות, וכיון שהחצר שכורה למוכר - עוד לא יצאו החפצים מרשותו. עכת"ד הנתיבות שם.

ועוד יש ליישב סתירת פסקי השו"ע ע"פ מה שכתב הנתיבות בסי' קצב סק"ו לחלק בין שני אופני שכירות (וכבר כתבנו מזה לעיל שם ובסי' קפט), שאם עשה קנין גמור כנעל גדר ופרץ קנה גוף לפירות והוי כחצרו לזכות במציאה, אבל אם לא עשה קנין גמור קנה רק זכות שימוש ותו לא.

2. האם יש קניין חצר בהקדש? מה דינו של המוצא מציאה בבית הכנסת?

מקור דין יד להקדש בב"ב עט ע"א: "כל הראוי למזבח ולא לבדק הבית וכו' מועלין בהם ובמה שבתוכן, כיצד הקדיש בור מלא מים, אשפה מלאה זבל, שובך מלא יונים וכו', מועלין בהם ובמה שבתוכן. אבל הקדיש בור ואח"כ נתמלא מים, אשפה ואח"כ נתמלאת זבל וכו', מועלין בהם אבל לא במה שבתוכן", **ופירשב"ם** דלא אלים רשות הקדש לקנותו, דבהדיוט אתרבי קנין מ"ואם המצא תמצא בידו", אבל לא בהקדש. וכ"כ **תוס'** שם, והוסיפו דאין דין חצר להקדש דחצר משום יד ואין יד להקדש. ומזה למד **באגודה** (ריש מסכת מעילה) והובא **במג"א** (סי' קנד סקכ"ג) שהמוצא דבר בביהכנ"ס זכה בו.

ובתוי"ט (מעילה פ"ג מ"ו) הקשה מדוע לא יועיל חצר בהקדש מדין שליחות, כמ"ש דכהנים שלוחי שמים, וא"כ גם כאן כשהגזבר עומד בצד בית הכנסת או ההקדש יועיל חצר. ודוחק לומר שהגזבר עצמו שליח ואין שליח עושה שליח. וצ"ע. ובספר **צאן קדשים** כתב דאישתמיטתיה להתוי"ט דברי התוס' קידושין כ"ג ויומא י"ט שכתבו דלא איפשטא הבעיא אם כהני שלוחי דידן או שלוחי דרחמנא, וא"כ הם גם שלוחי דידן ולכן לא יועיל שהגזבר עומד בצד ההקדש להקדיש את הנמצא בתוכו שלא מדעת בעלים.

ובקצה"ח (סי' ר סק"א) תמה על הצ"ק, שאמנם לגבי כהנים עלה בספק כיון שמקריבים לבעלים יש צד שהם שלוחי דידן, אבל גזבר ודאי שלוחא דרחמנא הוא [ומה שהביא התוי"ט מכהני הוא רק לראיה ולדוגמא שיש מושג שליחות כזה]. ועוד תמה שגם אם נאמר שהם שלוחי דידן, אכתי בדבר הפקר אמאי לא יקנה [ובמשנה מבואר שגם מים שמגיעים מן שמיא אינם קדושים], והדרא הקושיא.

ולכן תירץ הקצות קושיית התוי"ט עפ"ד **התוס'** (גיטין כא ע"א) **ושיטמ"ק** (ב"מ יב ע"א) שרק לענין קנין חצר שלא בפניו [במידי דזכות הוא לו] אמרינן בפ"ק דמציעא דחצר משום יד ולא גרע משליחות, אבל בשאר דברים בעינן דומיא דידה. ולכן חצר מהלכת לא קנה כלל ולא אמרינן שיהיה כשליח המהלך, כי בכה"ג אינה דומה ליד. משא"כ בחצר שאינה מהלכת, אע"פ שאינה משתמרת, חצר לה רק השימור אבל במהותה דומה ליד. ממילא מיושב שבהקדש היות ואין תורת יד כלל - גם חצר ליתיה ואפי' משום שליחות.

ואילו **בנתיבות** (בפתיחה לסי' ר) תירץ קושיית התוי"ט ע"פ שני טעמים: **א.** יסודו של **הר"ן** בחידושיו לב"מ יא ע"ב דבממון בעינן שלוחו של בעל הממון (והובא גם בנ"י שם, ה ע"ב מדפי הרי"ף). **ב.** במציאה הוי חב לאחריני. ולא מהני שליחות אלא רק מטעם יד, ואין יד להקדש ולכן לא קונה.

הקצות מביא מדברי הרמב"ן (ב"ב שם) שביאר הסוגיא שם באופ"א [בתירוצו השני], שבאמת הקדש קונה את המים והזבל וכו' אלא דאין מעילה בזכייתה, כי דין מעילה רק בהקדש שהוקדש בידי אדם [דע"א מקנה] ולא ממילא [מים או זבל שנכנסו מאליהם וכיו"ב]. ומדבריו עולה שיש חצר להקדש.

והקשה הקצות על שיטת הרמב"ן מהמשנה בשקלים (פ"ז מ"ב) "מעות שנמצאו לפני סוחרי בהמה לעולם מעשר, בהר הבית חולין", ובירושלמי שם אמרינן דבהר הבית לא חיישינן לתרומת הלשכה דחזקה אין כהן מוציא מעות משם עד שהוא מחללן על הבהמה. וקשה, מדוע המעות הנמצאות בהר הבית אינן הקדש מדין קנין חצר? ותירץ עפמ"ש הראשונים בסוגיא דמצא בגל (ב"מ כה ע"ב) דלא זכי כאשר אתי לחצר קודם יאוש, וה"ה הכא.

ולפ"ז גם לרמב"ן אם בא קודם יאוש לביהכנ"ס, הקדש אינו זוכה.

אבל לפי הביאורים האחרים שכתבו שם הראשונים, דאין חצרו זוכה שלא מדעתו בדבר שאינו רגיל לבוא וכ"כ הרמ"א סי' רסח ס"ג, א"כ בחצר דהקדש לא שייך האי טעמא, דשלא מדעת כמדעת דמי כמבואר בב"ק כ ע"ב וברש"י שם דדעת שכינה איכא, הדק"ל על הרמב"ן מדוע המעות חולין בהר הבית? לכן צ"ל שהראשונים הללו סוברים כרשב"ם ותוס' דאין חצר להקדש.

[ועי' בקצות סי' קצח סק"ב ביאור נוסף בסוגיית מצא בגל, בשם תוס' חיצוניות המובא בשיטמ"ק, דאין חצר קונה אלא שהיתה שלו קודם שבאה המציאה ולא להיפך, וכדעת הש"ך שם. וגם לפי זה אין יישוב לדין מעות בהר הבית לפי רמב"ן, וגם כאן לדרכו של הקצות צ"ל שתוס' חיצוניות סוברים כרשב"ם].

בהמשך העיר הקצות מדוע האגודה הגדיר את ביהכנ"ס כחצר הקדש ולא כחצר השותפין, כמ"ש הריב"ש (סי' רה) ע"פ נדרים מו ע"ב, ובכה"ג קונים השותפים כפי שנפסק בסי' רס ס"ד. ובהדיא תניא בב"מ כא ע"ב "המוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות הרי אלו שלו". ומוכרחים לומר שאין זה מדין שכתב האגודה שאין חצר להקדש, אלא מהסיבות שכתבו הראשונים גבי מצא בגל - שבכה"ג חצר אינה זוכה לשותפין ולכן המוצא זוכה.

ובנתיבות שם תירץ כיון ששיעבדו הקהל את הבית לצורך הקדש של ביהכ"נ לא גרע מחצר המושכר להקדש, שהרי חצר המושכר קונה לשוכר [עי' בהמשך דבריו שביאר הגדרים בחצר המושכר] והגזבר יד הקדש הוא ורוצה לזכות לצורך הקדש, ודעת שכינה איכא.

עוד הוכיח **הקצות** נגד שיטת הרמב"ן משבועות כד ע"ב, ע"ש. והסתפק בהדיוט שאומר "יזכה חצרי להקדש" אם מהני. והוכיח שמועיל, מנדרים לד ע"ב בככר המונחת בד' אמותיו ואמר ככר זה להקדש, שמועלין בו, והרי קנין ד"א הוא מתורת חצר. וע"ש עוד בכל דבריו.

ובנתיבות בפתיחה הקשה דהא מצינו שיש יד להקדש כמבואר בש"ך סי' רנה סק"ו דאין שאלה בהקדש באתי ליד גזבר, כי הגזבר קונה במשיכה, ומשמע שהגזבר יד הקדש, וכהרמב"ן.

<u>ולכן ביאר שאין כל מחלוקת בין הרמב"ן ליתר הראשונים</u>, דבמציאה כו"ע מודו דאין יד כי לא מהני שליחות כנ"ל [ע"פ שני הטעמים שכתב הנתיבות דבעינן שלוחו של בעל הממון, ודחב לאחריני], ומש"כ הר"ן בנדרים שם גבי ככר של הפקר שאני התם דהדיוט מזכה ושייך גביה מיגו דאי בעי זכי לנפשיה.

והרמב"ן מיירי בבור שנתמלא וכדו' שבכל אלו אינו חב לאחריני דאי לאו בורו של הקדש לית כאן מים, וההקדש גורם למים שיבואו וכן בכולם שם. וגם בהפקר אין צורך לשליחות של בעל הממון [שהרי אין בעל ממון]. ולכן יש בכה"ג יד להקדש.

ומיושבת המשנה בשקלים בדין מעות בהר הבית, כי במציאה מודה הרמב"ן דאין יד כנ"ל. וכן דחה שאר קושיות וראיות הקצות באותו דרך סביב שתי הנקודות הנ"ל [שלוחו של בעל הממון וחב לאחריני], ע"ש ותרווה צמאונך.

לסיכום: <u>לקצות</u> - לרוב ככל הראשונים אין חצר להקדש, ולרמב"ן יש. <u>לנתיבות</u> - לכו"ע אין יד להקדש במקום שיש בעיה של חב לאחריני ושליחות של בעל הממון, ובהפקר יש יד להקדש לכו"ע.

3. כליו של אדם, באיזה מקום קונים לו? והאם משיכה בכליו של מוכר קונה?

בב"ב פד ע"ב - פה ע"א: "**מתני'**. המוכר פירות לחבירו, משך ולא מדד - קנה, מדד ולא משך - לא קנה; אם היה פיקח - שוכר את מקומן... **גמ'**. א"ר אסי א"ר יוחנן: מדד והניח על גבי סימטא - קנה. א"ל ר' זירא לרבי אסי: שמא לא שמע רבי אלא במודד לתוך קופתו" וכו', ע"ש בסוגיא. ובהמשך: "רב ושמואל דאמרי תרוייהו: כליו של אדם קונה לו בכל מקום, חוץ מרה"ר; ורבי יוחנן ור"ש בן לקיש דאמרי תרוייהו: אפילו ברה"ר. אמר רב פפא, לא פליגי: כאן ברה"ר, כאן בסימטא, ואמאי קרו לה רה"ר? שאין רה"י. ה"נ מסתברא, דא"ר אבהו א"ר יוחנן כליו של אדם קונה לו בכל מקום שיש לו רשות להניחו; יש לו רשות - אין, אין לו רשות - לא, ש"מ".

ועוד שם (פה ע"ב): "בעא מיניה רב ששת מרב הונא: <u>כליו של לוקח ברשות מוכר</u>, קנה לוקח או לא?", והגמ' מאריכה בראיות ודחיות, ומסיימת (פו ע"א): "ת"ש, דרב ושמואל דאמרי תרוייהו: כליו של אדם קונה לו בכל מקום; לאתויי מאי? לאו לאתויי רשות מוכר! התם דא"ל: זיל קני". מבואר שכליו של לוקח ברשות מוכר קנה אם אמר לו המוכר זיל קני.

התוס' והרא"ש הקשו שלעיל בדברי ר' זירא נראה שבסמטא צריך למדוד דוקא. וביארו ששתי הדרכים אפשריות - או מדידת המוכר לכלי של הקונה או שיאמר לו המוכר זיל קני.

אמנם דעת **הרמב"ם** שהעיקר כדמשמע מדברי רב ושמואל שכליו של לוקח קונים בכל מקום שיש לו רשות להניחם, אפי' לא מדד ולא אמר זיל קני.

לגבי ההלכה בספק של רב ששת על כליו של לוקח ברשות מוכר - **לר"י מיגאש, רמב"ן, רמ"ה, ר"ן, רא"ש וטור** - זו בעיא דלא איפשיטא, דמספקא לן אם הכלי בטל אצל הרשות או הרשות בטלה לגבי הכלי, ומספיקא לא קנה. **לרי"ף ורמב"ם** לא קנה בתורת ודאי ולא מספק [וכתב רמב"ן שהרי"ף גרס שהכלי לא בטל לרשות וכן להיפך]. ועי' נפקא מינה בין השיטות בתשובה הבאה.

השו"ע (ס"ג) פסק כהרמב"ם שבכל מקום שיש לו רשות להניחם קנה ואפי' לא מדד ולא אמר זיל קני. **הרמ"א** פסק כתוס' ורא"ש שרק ברשות לוקח קנה בכל גוונא, אבל בסמטא אין כליו קונים אלא אם מדד או אמר זיל קני. ברשות המוכר מוסכם שאינו קונה אא"כ אמר לו זיל קני. וברה"ר לא מהני כלל אפי' ע"י אמירת זיל קני.

אם מדד הלוקח ולא המוכר - **לראב"ד** לא קנה, **לרבינו יונה** קנה. הטור לקמן כתב שקנה מדין משיכה (דבשעת המדידה משכן), ואפי' בלא כלי. וכן הביא הרמ"א בסעיף ז.

<u>כליו של מוכר אפילו ברשות לוקח</u> - משמע שם בסוגיא וכן למד ר"י מיגאש והמגיד משנה דלא מהני, כי גם בזה מספקא לן כנ"ל. וכ"נ **בשו"ע** בס"ה. ודעת **רבינו יונה והרא"ש** שבכה"ג אפי' אמר לו המוכר זיל קני לא קנה, וכ"פ **הרמ"א** שם. ושאני מכליו של לוקח ברשות מוכר, כי שם הכלי של הלוקח וכשהמוכר אומר "זיל קני" מגלה דעתו שנותן לו רשות להניחו ברשותו, אבל כאן הכלי אינו שלו ואינו נקנה לו בדיבורא בעלמא (רבינו יונה, ע"פ ביאור **הסמ"ע** סקי"א). **ובנתיבות** סק"י כתב שלהרמב"ם קנה, כדמוכח מדין מדידה המבואר בס"ז, בכליו של מוכר ברשות לוקח, שאחר שגמר למדוד כל הכור קנה וא"י לחזור, דמדידה הוי כאילו אמר "זיל קני" [ולרמ"א שכתב שכאן לא מועיל, יחלוק גם שם].

<u>משיכה בכליו של מוכר</u> מועילה, דהיינו שאם מדד המוכר ונתן לתוך כליו ומשכו הלוקח בפניו קנה, ואפי' לא אמר לו "משוך הכלי לקנות מה שבתוכו". שו"ע ס"ו ע"פ **תוס'** (ב"מ פה ע"ב ד"ה לא), **ורא"ש** (סי' טו וס"ס טז) **ור"ן** ושאר פוסקים. וכן מוכח מהגמ' ב"ב שם שהעמידה דברי הברייתא שברשות מוכר לא קנה עד שיוציאנה מרשותו, בכלי של מוכר, משמע שמשיכה מועילה. וכן מהגמ' ב"מ ט ע"ב דדוקא

במשיכת הבהמה לא מהני לקנות כלים שעליה (עיין לקמן סי׳ רב תשובה 4) ומשמע שבכליו של מוכר מהני. וכל זה דלא כדעת יחיד המובאת בחי׳ הרמב״ן וע״ש שדחאה.

ובסי׳ רב סט״ו נפסק בשו״ע: ״אמר לו משוך קופה זו ובמשיכתה קנה מה שבתוכה, קנה מה שבתוכה אע״פ שלא קנה הקופה״. **ובנתיבות** שם (סק״ו) כתב דמשיכה מהני בכליו של מוכר, וזה דלא כתוס׳ ב״מ ט ע״ב (ד״ה משוך) שכתבו דלא מהני עד שיאמר לו בפירוש שיקנה מה שבתוכו. ע״כ. ודברי הנתיבות נפלאו ממני, שהרי בשו״ע איתא להדיא כתוס׳ שצריך לומר בפירוש [וע״ש בסוגיא בב״מ]. וכן העיר במנחת פתים. שו״ר בשו״ע מהדו׳ פריעדמאן (מורשה להנחיל) שמחקו תיבת ״דלא״, וניחא.

4. כלי בתוך כלי העומדים בחצרו של הלוקח, החיצון של המוכר והפנימי של הלוקח והפירות נמצאים בפנימי, אם קנה הלוקח את הפירות?

בשו״ע אה״ע סי׳ קלט כתב על מקרה דומה ביחס לגט ע״פ גיטין עט ע״ב, שאם הגיע לאויר הקופה הפנימית אינה מגורשת, ואם נח על צידה של הפנימית מגורשת. בד״א כשהיתה מוטה על צידה ואין לה שולים, אבל אם יש לה שולים - אפי׳ נח בקרקעיתה אינה מגורשת, שכלי האשה ברשות הבעל אינו קונה לה גט אא״כ אינו מקפיד על מקומו. ע״כ. **ובבית שמואל** (סקי״ג) ביאר דמיירי בקרקע שלה כמ״ש הר״ן (גיטין מא ע״א מדפה״ר), ואפילו הכי אינה מגורשת, דאם מדובר שהכלי בקרקע אחרת אינה מגורשת בכל גוונא, דכלי אינו קונה אפי׳ בסימטא. ומזה למד לנידון שאלתנו, שכלי של לוקח הנמצא בתוך כלי של המוכר ועומד על גבי קרקע של הלוקח, אינו קונה.

אמנם **בקצה״ח** בסי׳ דידן (סק״ו) חולק על הב״ש בתלת:

א. מ״ש שכלי של לוקח אינו קונה אפי׳ בסימטא - הרי בגמ׳ ב״ב פה ע״א מבואר שקונה בסימטא כי יש לו רשות, וכ״פ הרמב״ם ושו״ע ס״ג (כמובא בתשובה הקודמת). וגם לתוס׳ ורא״ש וטור דס״ל שאינו קונה אא״כ מדד או אמר זיל קני, זה משום שבדבר שמחוסר מדידה צריך דעת מוכר, אבל בדברים שלא שייך בהם מדידה כמו גט כו״ע מודו שקונה בסימטא.

ב. מ״ש בשם הר״ן דמיירי שהכלי בקרקע שלה - הר״ן התכוון גם לסימטא ולאו דוקא לקרקע שלה, אלא לכל מקום שיש לה רשות. וכן מבואר להדיא בחידושיו לגיטין עח ע״א.

ג. מה שלמד מזה לענין קנינים - תלוי במחלוקת הרמב״ם כנגד הרא״ש וסיעתו (עיין תשובה קודמת) בהבנת ההכרעה לגבי כליו של לוקח ברשות מוכר: **לרמב״ם** ההלכה שלא קנה היא בתורת ודאי ולא מספק, וכן בכליו של מוכר ברשות לוקח. כלומר שלהלכה צריך שני תנאים כדי לקנות - כליו של לוקח וברשות לוקח. אבל **לרא״ש** הטעם שלא קנה בכליו של לוקח ברשות מוכר הוא מספק האם הרשות מבטלת את הכלי או לא, וכן לענין כלי של מוכר ברשות לוקח מספקא לן כנ״ל לאידך גיסא. ולכן כתב הטור דאי איתרמי תרוויהו בחד לוקח וחד מוכר, שמקנה לו אותו דבר בכליו של לוקח ברשות מוכר וגם בכליו של מוכר ברשות לוקח - קנה ממה נפשך, דאם רשות מבטל כלי קונה בכלי המוכר, ואם רשות לא מבטל כלי קונה בכלי הלוקח. וא״כ בנידון דידן בכלי של לוקח בתוך כלי מוכר ברשות לוקח - לרמב״ם לא קנה, אבל לרא״ש כל שכן שקנה: אם רשות מבטל כלי - קונה לו רשותו, ואם לא - קונים לו כליו.

ומסיים הקצות ומחדש שאפי׳ לרמב״ם אפשר דקנה בכה״ג כיון דאיכא תרתי, כליו של לוקח וגם רשותו, אע״ג שבאמצע מפסיקים כליו של מוכר קנה. ומ״מ ההלכה כהרא״ש וסיעתו שהוא בתורת ספיקא, שכן דעת הרבה ראשונים, ולכן להלכה קנה.

5. א. באיזה מקום קונות ד' אמות של אדם? ומדוע הוצרך לקנין משיכה?

במציעא י ע"ב "ראה את המציאה ונפל עליה וכו' אר"ל משום אבא כהן ברדלא, ד' אמות של אדם קונות לו בכל מקום", וטעם התקנה דלא ליתו לאינצויי. ומבאר שם **רב ששת**, ש"בכל מקום" לאו דוקא אלא בשדה דעלמא או בסיטמא או בצידי רה"ר דלא דחקי בהו רבים, אבל ברה"ר או בשדה חבירו לא. [ובב"י תמה למה השמיט הטור דרך קנין זו. אכן הטור כתבו בסי' רמג סעיף כו, עי' **ש"ך** (סק"ד). ועי' **כנה"ג** (הגב"י אות כא) שהב"י ידע זאת אך תמה למה הטור לא הזכירו כאן. ועי' גם סי' רסח ס"ב].

וטעם הצורך בקנין משיכה כתב **הר"ן** בחידושיו שם, דלא אמרו ד' אמות אלא כשעומד ונתנו לו בד' אמותיו, אבל אם קדם הכלי לא זכו לו כי מקום הכלי קנוי לבעל הכלי. וכ"כ **תלמידי הרשב"א והנ"י** (ה ע"א מדפה"ר).

ובש"ך (סק"ה) כתב תירוץ נוסף [לדעת החולקים על חילוקו של הר"ן - עיין לקמן בתשובה לסעיף ג], דהוצרכו למשיכה בסימטא חוץ לד' אמות, כגון שמושכו בחבל. ועוד חילוק יש, שבמשיכה הוי קנין דאורייתא, וקנין ד' אמות הוא מדרבנן.

ובנתיבות (סק"ד) כתב עוד תירוץ פשוט, שהוצרכו לתקן משיכה למקרה שהמוכר עומד ג"כ בתוך הד' אמות, דאין הלוקח קונה בכה"ג, ובמשיכה קונה.

ב. האם יש חילוק בין הפקר למתנה?

מדברי **רש"י** שם (ד"ה קונות לו) משמע שדין זה רק בזוכה מן ההפקר דשייכא ביה טעמא דלא ליתו לאינצויי, אבל במכר ומתנה לא. וכן כתב בחי' הר"ן בשם "הראשונים". וכן משמע **בתוס'** (י ע"א, ד"ה ארבע אמות), ע"ש ובש"ך סי' רמג סק"ט.

אבל **הר"ן** עצמו כתב שבירושלמי דגיטין פ"ח ה"ג משמע דכל שכן במתנה דאיכא דעת אחרת מקנה. והא דא"ר יוחנן בגיטין עח ע"ב "לגיטין אמרו ולא לדבר אחר" אין הכוונה לקנין ד' אמות, ע"ש. וכ"כ **הרא"ש** ב"מ שם סי' כח. **הרמ"א** בסוף סעיף א כתב בשם יש אומרים שד' אמות קונות במכר כמו במציאה (כהר"ן והרא"ש). וכן דעת הגר"א ורע"א בסי' רמג, והגרע"א הוכיח כן גם מהבבלי בגיטין שם.

ג. מה הדין בקדם אדם לכלי או כלי לאדם?

ראה לעיל סעיף א' **שהר"ן ותלמידי הרשב"א ונ"י** חילקו, דדוקא שקדם הוא לכלי קנה אבל קדם הכלי לאדם לא קנה. וכתב הב"י שמדברי **הרא"ש** נראה שאין חילוק. ובסמ"ע סק"ג ציין שגם **התוס' ורבינו ירוחם** לא חילקו, ומדסתם הרמ"א משמע דלא חילק. **ובש"ך** (סק"ה) כתב שדוקא במתנה ומכר חילקו הר"ן, אבל במציאה לכו"ע אין חילוק, כדמוכח בב"מ י סע"א [ובקצה"ח ביאר סק"ד דברי הש"ך - ראה להלן סעיף ד].

ד. ומה הדין בגיטין וקידושין - אם קדמו הגט והקידושין לד' אמות שלו?

בקצה"ח (סק"ד) דן בדברי הר"ן ותלמידי הרשב"א הנ"ל, וביאר שיטתם ע"פ תוס' (קידושין כה ע"ב) שהקשו בהא דמשיכה קונה רק בסימטא, ומסירה רק ברה"ר - למה מסירה אינה קונה בסימטא, וכי מצוות הן שמבטלות זו את זו? ותירץ רבינו חיים כהן, שסימטא היא רה"י והקודם זכה, וסתמא דמלתא המוכר קדם והביא בהמתו לשם, וא"כ מקום בהמתו הוי כחצרו, ולא מהני מסירה ברשות מוכר, אבל משיכה מועילה כי עקר ממקומו הראשון. ובזה מבואר כיון דד' אמות קונות רק בסימטא, וכל הקודם זכה - לכן צריך שהאדם יקדם, כי אם הכלי קדם נעשה רשות מוכר ותו לא מהני ד"א. ובזה מבוארים דברי הש"ך שבמציאה והפקר לכו"ע קנה אפי' קדם הכלי.

ומכל זה למד הקצה"ח שבגיטין וקידושין שמועיל ד' אמות אפי' ברה"ר משום תקנת עגונות כמו שנפסק בשו"ע אה"ע (סי' ל ס"ד), א"כ מהני אפי' קדם הכלי, דלענין זה לא חשיב רשות בעלים. ואמנם לענין גט יש בעיה בקדם הגט של "טלי גיטך מע"ג קרקע", ולא מועיל, אבל בקידושין שאין בעיה ב"טלי קידושיך מעג"ק", אם זרק לה כסף קידושיה ברה"ר ואח"כ באה לתוך ד' אמות של הקידושין - מקודשת.

בנתיבות (סק"ד) חולק על הקצות, דלפ"ז אפי' בקדם הבעל עצמו לתוך ד"א ברה"ר ואח"כ באה האשה, יכול לזרוק לה קידושיה, ובהדיא אמרינן בגיטין עח ע"א "וליחזי הי מינייהו קדים", ומוכח שחכמים נתנו לרה"ר דין סימטא בין לבעל ובין לאשה, וכשם שהבעל יכול לבטל קניין ד"א של האשה ברה"ר, כך יכולים כליו ומעותיו המונחים ברה"ר לבטל קנין האשה.

6. מוכר שמכר ללוקח תבואה שהיתה עמוסה על בהמותיו והלוקח הכנים את הבהמות לביתו כשהם עמוסות ופסקו הדמים והתחיל המוכר או הלוקח למדוד את התבואה ואחד מהם חזר בו, האם כל הפעולות הנ"ל נקראים משיכה, וחזרה אינה חזרה, או לא?

תנן בפרק הספינה פה ע"א: "המוכר פירות לחבירו, משך ולא מדד קנה, מדד ולא משך לא קנה", ופירשב"ם: מדד ולא משך - כגון שמדד בכליו של מוכר והניח ע"ג סימטא, אבל מדד ונתן לתוך כליו של לוקח קנה. ועוד נאמר שם (סע"ב): "אמר רבא, ת"ש: משך חמריו ופועליו והכניסן לתוך ביתו, בין פסק עד שלא מדד ובין מדד עד שלא פסק - שניהן יכולין לחזור בהן; פירקן והכניסן לתוך ביתו, פסק עד שלא מדד - אין שניהן יכולין לחזור בהן, מדד עד שלא פסק - שניהן יכולין לחזור בהן". ומפרש בגמ' טעמא, דאם פסק סמכא דעתיה, לא פסק לא סמכא דעתיה. ופירשב"ם דמי יימר שיתקיים המכר, שמא המוכר יעלה בדמיהם והלוקח יזלזל בדמיהם שהרי אינם קצובים.

מבואר שאם המוכר מדד ודאי לא קנה, אא"כ פירקן והכניסן לתוך בית הקונה. דעת **הראב"ד** שאפי' אם הקונה מדד לא קנה, כי לא התכוון למשיכה אלא למדידה בעלמא. אבל דעת **הטור** שאם מדד לוקח קנה.

להלכה, <u>לענין מדד מוכר</u> - בשו"ע ס"ח נפסק: "הכניס הלוקח את החמורים לביתו עם התבואה שעליהם, אותה משיכה אינה כלום, אפילו אם פסק הדמים ומדד המוכר על החמורים, <u>לא קנה</u>".

<u>ולענין מדד לוקח</u> - השו"ע הביא דעת הראב"ד בשם יש מי שאומר: "שאפילו מדד לוקח על החמורים, <u>לא קנה</u>, שלא נתכוין למשיכה ולקנות במדידה זו, דלמדידה בעלמא נתכוין". והרמ"א כתב דעת הטור: "ויש חולקין וסבירא להו דאם מדד לוקח <u>קנה</u>, וכמו שנתבאר", והכוונה למבואר בסעיף ז דמדידתו הוי כמשיכה.

במל"מ (פ"ד ממכירה ה"ה) הקשה על הטור, שביו"ד (סי' קלב) כתב הטור לענין יין נסך: "היה גוי מודד הגביהו תחלה לקנותו קנאו", ובב"י שם ביאר דאעפ"י שהגביהו בשעה שהוא מודד לא קנה מפני שאותה הגבהה לא היה לקניה אלא למדידה, ומבואר כהראב"ד, וא"כ דברי הטור סתראי.

הקצות (סק"ז) הפנה לדבריו בסי' ערה סק"ד. שם הוכיח מדברי הראשונים שבדעת אחרת מקנה ל"צ כוונת קניין של הזוכה [אא"כ מתכוון כוונה נגדית שלא לקנות]: בסוגיא <u>בגיטין כ ע"ב</u> באותו זקן שהיה מלוה לכל בני הכפר אמרינן דלא בעינן ספר המקנה כי הזקן ידע לאקנויי. והקשה **הרשב"א**, הרי הלווים לא ידעו שהקנה להם, ודמי לעודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו של קנה, ותירץ דדעת אחרת מקנה שאני. וכ"כ **הראב"ד** (הובא בנ"י ב"ב כב ע"א מדפה"ר) גבי רב ענן דשקיל בידקא בארעא (<u>ב"ב מ ע"א</u>), דאילו ידע המזכה אע"ג דלא ידע הזוכה (רב ענן), קנה. ולא דמי לעודר בנכסי הגר, דהכא איכא דעת אחרת. מבואר שכאשר דעת אחרת מקנה א"צ כוונת זוכה ולכן העודר במתנה וכסבור שלו היא, קנה. [ודלא כמ"ש **מהר"י מינץ ועבודת הגרשוני וצמח צדק** לענין בכור בהמה, שאם הגוי משך הבהמה בלא כוונת קנין לא מהני לפוטרה מבכורה, ע"ש באורך בקצה"ח].

והקשה הקצות א"כ מדוע ביו"ד סי' קלב כתב הטור שצריך שיגביה למטרת קנין? ותירץ עפמ"ש בסימן רלה סק"ד מדברי הרמב"ם (פכ"ט ממכירה הי"א) דהא דמהני דעת אחרת מקני גבי קטן שיזכה מן התורה היינו משום דזכין לאדם שלא בפניו, ואף על גב דאין אדם זוכה בשלו לחבירו אלא ע"י אחר, היכא דהמקבל עושה הקנין אלא שהוא מחוסר כוונה מהני ליה דעת אחרת מקנה מצד זכיה, שזוכה שלא בפניו ע"ש, וא"כ בגוי אפשר לומר דלא מהני דעת אחרת מקנה כיון דאין זכיה לגוי. ובזה מיושבת קושיית המל"מ, דהא בגוי הא בישראל דמהני דעת אחרת ומשום זכיה. ועיין מ"ש בסימן רל"ה סק"ד שם דגם במקח שייך זכיה כל שרוצה לקנותו ובגוי לא מהני זכיה.

אמנם העיר הקצות דאף שנתיישבו דברי הטור, אך נמצאו דברי הראב"ד סותרים, שבענין מדידה כתב שהגבהה שלא למטרת קנין לא מהני, ואילו בהא דרב ענן כתב כהרשב"א דא"צ כוונת זוכה. וכתב הקצות שאולי תרי ראב"ד נינהו.

ובנתיבות בסי' דידן (סקי"ד) הביא את הסתירה בראב"ד [וציין שכן הקשה במחנ"א הל' קנין מעות סי' טו], וכתב לבאר בשני אופנים:

א. אם המקנה מתכוון להקנות ועשו קנין מעליא (כהא דרב ענן וכהא דאותו זקן בכפר) - כו"ע מודו דא"צ כוונת זוכה, אבל בנידון דמדידה נתרצו שניהם בפיסוק דמים וא"כ אין שום סברא לומר שבמדידה זו נתכוון להקנות כשם שבלוקח אמרינן שלא נתכוון לקנות במדידה ועדיין חפץ שיהיה יכול לחזור. [יש לציין שבקצות עצמו שם בסי' ערה כתב חילוק דומה ביחס לדברי הרשב"א בחידושיו לב"ב עו ע"ב (שנפסקו בסי' קצח ס"ח) בהא דמסירה קונה ברשות הרבים ומשיכה דוקא בסימטא וז"ל, ואף על גב דמסירה בכלל משיכה, משום דכיון שמשך גלי אדעתיה במשיכה ניחא ליה דליקני במסירה לא ניחא 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 כרחו, וכיון דגלי אדעתיה דבמסירה לא ניחא ליה דליקני אלא במשיכה אינו קונה בעל כרחו במסירה].

ב. ועוד יש לחלק בין מתנה למכר. במתנה סגי בדעת אחרת מקנה, דפשיטא שהמקבל היה רוצה לקנות וא"צ כוונה חיובית. אבל במכר - שמא הלוקח אינו רוצה, ולכן בעינן כוונת קנין דווקא.

ולענין קושיית המל"מ על סתירת דברי הטור כתב **הנתיבות** (סקט"ו) עפ"ד **מהרי"ט** (חו"מ סי' קמא), דרשותו קונה לו שלא מדעתו [ועודר בנכסי הגר שאני דהוי מעשה קנין ובעינן דעת דווקא]. וא"כ הכא כשמדד פסק הטור שקנה גם בלא כוונה, משום שהגבהה מטעם ידו וכחצרו היא, כי ידו היא גם רשותו וקנה שלא מדעתו כשהוא ניעור (אמנם ישן לא קונה בידו כי אינו משתמר, משא"כ בחצר המשתמרת שקונה אפי' ישן), ומבואר בב"מ יא ע"ב שהטעם שקונה שלא מדעתו הוא משום דלא גרע משליחות. אבל גבי יין נסך מיירי בגוי שאין בו שליחות, וא"כ כל דין חצר הוא רק מטעם יד כמ"ש הר"ן ב"מ שם, וקונה רק מדעתו, ולכן כתב הטור שהגבהה הראשונה שהיתה למדידה לא הועילה לקנות.

סימן רא

1. **א. מהו קניין סיטומתא והיכן נזכר בש"ס? האם מועיל להעביר בעלות? מה התנאי שהתנה הרמב"ם שיחול קנין סיטומתא? האם מועיל קניין זה מן התורה או מדרבנן? וכן האם מועילה סיטומתא בדבר שלא בא לעולם ובדבר שאינו קצוב?**

מקורו וענייננו: איתא בב"מ עד ע"א: "אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא קניא. למאי הלכתא? - רב חביבא אמר: למקניא ממש, רבנן אמרי: לקבולי עליה מי שפרע. והלכתא: לקבולי עליה מי שפרע. ובאתרא דנהיגו למקני ממש - קנו".

במהות סיטומתא **פירש"י**: "חותם שרושמין החנונים על החביות של יין, שלוקחין הרבה ביחד ומניחין אותו באוצר הבעלים, ומוליכין אותן אחת אחת למכור לחנות, ורושמין אותם לדעת שכל הרשומות נמכרות". **והראב"ד** (הובא בשיטמ"ק) ביאר בצורה דומה: "חותם כגון שמכר לו חבית של יין או שק מלא פירות ולא נתן מעות ולא משך אלא שסגר את חביתו וקשר את שקו ועשה זה חותמו". [וכן **בביהגר"א** סק"א ציין ל**תרגום יונתן** על הפסוק "ותאמר חותמך" (בראשית לח, יח) - שמתרגם "סיטומתך"]. **הריטב"א** כתב בשם רבינו פינחס שהוא כעין מטבע שאין עליו צורה והסוחרים נותנים אותו לסימן כשקונים, וכשנהגו שקונה מועיל בתורת חליפין (ולא הוזכר בפוסקים חידוש זה שסיטומתא בתורת חליפין, אמנם עי' בדבר אברהם שנביא לקמן שכתב כך ומדברי הריטב"א נראה ראיה לדבריו). ולא בעי בהאי מנהגא תנאי בני העיר אלא מנהג בעלמא שאין מנהג זה מבטל הלכה בכלום. **ורבינו חננאל ורבינו חיים** פירשו (הובא בתורא"ש ובפסקי הרא"ש סי' עב): "כדרך שנהגו הסוחרים בגמר המקח תוקע כפו לכף חבירו ובזה נגמר המקח". **והב"ח** הביא שנהגו במסירת מפתח, ורובא דרובא נהגו בתקיעת כף. ובסמ"ע סק"ד "שמכין זרועותיהן זה על זה" ולא תקיעת כף ממש (עי' בפרישה). והוסיף **הרא"ש** בפסקיו שם: "וכל כיוצא בזה דאיזה דבר שנהגו לגמור המקח כגון במקום שנוהגים שנותן הלוקח מטבע אחד למוכר ובזה נגמר המקח".

דין סיטומתא הובא **ברמב"ם ובשו"ע**, שאם מכר בדברים בלבד ופסקו הדמים ורשם רושם וכדו' מקבל מי שפרע, ואם מנהג המדינה שקונה קנין גמור - קנה. וכן דברי הרא"ש דה"ה בנותן פרוטה למוכר וכו', הובאו בשו"ע ס"ב [ולא חשו בזה לנשרפו חטיך כי לא קיבל כל דמיו. סמ"ע. וכ"כ בסי' קצח סק"ז. משמע שאם קיבל כל המעות קנה רק למי שפרע. ועי' בפת"ש סי' קצח סק"ג שהרבה אחרונים חולקים, וכתבנו מזה לעיל שם תשובה 1 סעיף א].

<u>התנאי שכתב הרמב"ם:</u> בפ"ז ממכירה (ה"ו-ה"ז) כתב, שכל זה בתנאי שפסקו הדמים (כמו בשאר קניינים, דבלאו הכי לא סמכא דעתם. ב"י) וכן שרשם לפני המוכר או שאמר לו המוכר "לך רשום על מקחך", שבזה גמר להקנותו. וכ"פ השו"ע שם (ומקורו בפ"ג דב"ב ופ"ה דב"ק). **ובסמ"ע** סק"ג כתב דאפילו אמר לו סתם זיל קני והלך ורשמו אפילו שלא בפניו, אם דרך אותו מקום לקנות ברשימה קנה בזה, ולא אמרינן שדעת המוכר הוה שיקנה דוקא בקנין גמור.

<u>דינים נוספים</u>

בתשובת הרא"ש כלל יב סי' ג (הובאה בכנה"ג) כתב דסיטומתא קניא דוקא כשנעשה <u>מעשה</u> כמו רושם החביות או תקיעת כף וכיו"ב, דהוי במקום סודר (גם מכאן מוכח כהדבר אברהם דלקמן). אבל <u>דיבורא</u> בעלמא לא, ואפי' אי נהוג - מנהג גרוע הוא ולא אזלינן בתריה (עי' תוס' ב"ב ב ע"א ד"ה בגויל). עכ"ד הרא"ש. אבל **כמה ראשונים** (מהר"ם ורבינו יחיאל המובאים במרדכי גיטין סי' שסג, ובב"י יו"ד סי' רסד) חולקים וס"ל <u>דאפי' בדיבור</u> בלא מעשה אזלינן בתר המנהג. וכן נטה לומר בכסף הקדשים מדעתו.

<u>בקרקע</u> - **הב"ח** כתב שדוקא במטלטלין סיטומתא קונה ולא בקרקעות, דדוקא במטלטלין דאיכא מו"מ טובא ואין פנאי להזמין עדים ואין פנאי למשוך וכו', לכן נהגו לתקוע כף וכיו"ב. **הש"ך** (סק"א) כתב שצ"ע לדינא, בפרט שהולכים אחר המנהג וא"כ אין לחלק. וכתב הש"ך דאפשר שהב"ח רק כתב שלא <u>נוהגים</u> בזה בקרקע, אבל באמת היכא דנהוג [כגון רישום בטאבו[5]] מודה דמהני [ובאמת כך מדויק בלשון הב"ח

[5] "ועי' שו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' צ"א שכתב בטעמו של הב"ח שלא מהני סיטומתא בקרקע משום דלא עדיף קנין סיטומתא דאינו אלא מנהג בעלמא מקנין כסף שהוא מה"ת, והרי גם בכסף אינו מועיל במקום שנהגו לכתוב שטר ומשו"ה גם סיטומתא לא מהני רק במטלטלי דלאו בני שטרא נינהו, אבל בקרקע לא קנה עד שיכתוב את השטר, משום דלא סמכא דעתי', ע"ש. **ולפי"ז לענין רישום בטאבו** אם נאמר כאמור דקונה משום סיטומתא, הרי אין בו חסרון של סמיכת דעת שהרי עיקר סמיכת דעתו הוא רק ע"ז שנרשם בספרי האחוזה, וי"ל לפי"ז דגם הב"ח יודה בזה, אף שחסר ברישום בטאבו דין שטר מפני שאיננו ספר המקנה". **הגרי"ש אלישיב** בקובץ תשובות חלק א סימן רו.

שכתב "נראה דאין **מנהג** אלא במטלטלין... אבל בקרקע **אין מנהג**" ואיירי במנהג הנפוץ בזמנו]. **וכן מבואר בדברי מהרש"ל** שכתב שה"ה לענין שכירות הבית וקנין הבית, רואים דמהני בקרקע. **ובכסף הקדשים** הוכיח דמהני תקיעת כף בקרקעות באתרא דנהיגי, אמנם באתרא דנהיגי למכתב שטרא לא מהני. ועי' **הגהות אמרי ברוך שבשו"ת ב"י** (סי' צ) כתב כהב"ח. ועי' **במנ"ח** (קומץ המנחה סי' קלב) שמפורש בדברי **הרא"ש** (ב"מ פ"ק סי' לח) דמהני סיטומתא גם בקרקע. וע"ע **בפת"ש** סי' שטו סק"א, **ושו"ת אחיעזר** ח"ג סי' מ אות ד.

הנתיבות (סק"א) כתב דסיטומתא לא מהני <u>לקניית מטבע</u>, שהרי כתבו הפוסקים שאין דרך לזכות במטבע כי אם אגב קרקע. ועוד, שהר"ן כתב דצורת מטבע דמי לאותיות דאין להן קנין. [ומכל שכן במקום שאין מנהג ברור לקנות מטבע בסיטומתא, אין לדמותו למנהג בדברים אחרים]. וה"ה בשטרות (עי' פתח"ח קנינים פ"י הערה ו).

בהגדרת הקנין כתב **בכסף הקדשים** שאינו ע"פ הנהוג במשפטים [כלומר דא"צ שיהיה תוקף משפטי בערכאות וכדו'] אלא ע"פ הנהוג בין הסוחרים. ומה שנוהגים לשתות בעת ביצוע עיסקה אין זה סיטומתא אלא רק בבחינת "ונשבע לחם ונהיה טובים", שתהיה עין טובה ביניהם, ע"ש. ועוד האריך בכמה פרטי דינים [דמהני בגוי, ועוד].

ובחכמת שלמה כתב ש"האנדשלאג עם אדרוף" [תקיעת כף עם דמי קדימה] ודאי קונה קנין גמור שכן המנהג בין הסוחרים לגמור קנין [וכ"כ **מהרש"ם** במשפט שלום סי' רא ס"ב, ושכן הסכים עמו בעל **שואל ומשיב**], "ומה שאחד מתעקש שרב אחד פסק להיפך - הבל יפצה פיהו", שרב אחד לא יכול לקבוע מנהג והוא לגרמיה הוא דעביד. ע"ש בראיותיו.

בפתחי חושן (קנינים פ"י הערה ג) כתב דנראה דהולכין אחר מנהג הסוחרים באותו ענין, והיינו בכל מסחר לפי מנהגו, שאם נהגו סוחרי פירות במנהג זה, אין זה מנהג לסוחרי עצים וכדומה. וכן נוהגים היום במסחר היהלומים לסגור עסקים באמירת "מזל וברכה" וכו'. ובזמננו אפשר שיש לדון שאם כתב לו חשבונית, שהוא כעין סיטומתא, שאין דרך לחזור, וכן נראה מדברי כמה אחרונים שכתבו דשלוס צעטיל חשיב סיטומתא, ועי' שו"ת מהרש"ם ח"ג סימן שעד שמסתפק בזה. ע"כ מפתחי חושן.

<u>תוקפו - מדאורייתא או מדרבנן</u>

בנתיבות (סק"א) כתב שהוא קנין דרבנן, שלא יתכן שקנייני דרבנן אחרים גרועים ממנהג שנהגו הסוחרים [עי' כעי"ז בר"ן ריש נדרים לענין כינויים למ"ד לשון שבדו חכמים, דלא גרעה הסכמתם ז"ל מהסכמת האומות]. **ונ"מ** לענין קידושין [ראה להלן תשובה 2]. וכ"כ **הרמ"א** בתשובה סי' פז.

אולם **בחת"ס** (חו"מ סי' יב, יו"ד סי' שיד) ס"ל שהוא קנין דאורייתא ממש, ועדיפא מקנייני דרבנן שתוקנו שלא ברצון הסוחרים ורק מטעם הפקר ב"ד נגעו בה, ובקניינים כאלה יש מח' לענין קידושין (וראה עוד לקמן תשובה 2), אבל בסיטומתא הוא קנין דאו' גמור לכל דבר וענין. וכן מבואר ב**תשובה המיוחסת לרמב"ן** (סי' רכה) שקנין ממנהג הוא דאו' ופוטר מן הבכורה. עכ"ד החת"ס. וכדבריו נקט בפשיטות גם **בשערי ישר** ש"ג פ"ג. ועי' גם **בדבר אברהם** ח"א סי' א (ענף א אות ג), שהאריך להוכיח דסיטומתא מהני כחליפין, שגם זה מנהג שנהגו הסוחרים ושניהם נלמדים מהפסוק "לקיים כל דבר". וע"ע שם סי' י בזה [ולכאו' ראיה לדבריו מלשון הרא"ש בתשובה שהבאנו לעיל "דהוי במקום סודר"]. **ובכסף הקדשים** הסתפק בזה.

[ועיין גם בשו"ת **רדב"ז** ח"א סי' תקג שכתב **שכל הקניינים שתיקנו רבנן** מועילים מדאורייתא, "דעל סמך זה נושאים ונותנים בני העולם ולא גרע מהמנהג דאמר רשב"ג מנהג מבטל הלכה וקי"ל כוותיה". ונפק"מ גם לענין קידושין וכדו' שהכל חל מדאו', ע"ש]

בפד"ר (ח"ד עמ' 316) תלו מח' זו בדיון לענין קנין מטבע בסיטומתא (עי' לעיל) שהנתיבות שכתב דלא מהני במטבע לשיטתו אזיל שהוא דרבנן ולא תקנו במטבע, והחת"ס שסובר שהמנהג קובע מדאו' יסבור שאם נהגו במטבע מהני. וכתבו שלהלכה אין להוציא מיד המוחזק נגד דעת הרמ"א והנתיבות.

סיטומתא בדשלב"ל

בתשובת רע"א (מהדו"ק סי' קלד) וכן בקיצור בהגהותיו לשו"ע, הביא **ממהרש"ל** ביש"ש (פ"ח דב"ק סי' ס) דדוקא בדבר שבא לעולם מהני סיטומתא. הוכחתו **מהגהות מרדכי** סוף פרק ר"א דמילה (סי' תעב-תעג) דלא מהני לקחת מוהל בקנין סיטומתא בטרם לידת התינוק. וכ"כ **רדב"ז** (ח"א סי' רעח), **וקצות** (סק"א)[6] **ונתיבות** (סק"א).

אולם **בתשובת הרא"ש** (כלל יג סי' כ) מבואר דסיטומתא מהני גם בדשלב"ל אם מנהג העולם לעשות כן. [והובא בהגרע"א, ונשאר בצ"ע לדינא]. ובתשובת **חתם סופר** חו"מ סי' סו ג"כ הביא דברי הרא"ש שמועיל, ודחה הראיה מהגמ"ר כי שם מדובר שלא נהגו לידור לקחת המוהל לפני הלידה, אבל במקום שנהגו מהני. ועוד כתב החת"ס דכל שכן דמועיל באסמכתא, דהא טעמא דלא קני משום דלא סמכא דעתיה, ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה וקני.

מבואר ברא"ש ובחת"ס שעיקר הבעיה בדשלב"ל היא חוסר בסמיכות דעת ולכן אם יש גמ"ד [שזה גופא כל עניינו של הסיטומתא שכך המנהג] מהני. והסוברים דלא מהני יתכן שהבינו שהחסרון בקניית דשלב"ל הוא שאין לקנין על מה לחול וא"כ דין סיטומתא כשאר הקניינים.

[והעיר הפת"ש (סק"ב) שבפשט דברי הגמ"ר לא משמע כהחת"ס, וכן בתשו' רדב"ז לא הבין כך, ע"ש. ובאמת עיינתי בהגמ"ר ומפורש להיפך מהבנת החת"ס. וז"ל: "מי שנדר לחבירו להיות בעל בריתו או למול בנו צריך לקיים לו ואף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ הואיל **ומנהג בני אדם** שנודרים ביניהם זה לזה ומקיימין גם כאן צריך לקיים וראיה מדאמרינן בב"מ [דף עד א] האי סיטומתא קניא פי' רושם חביות כו' עד ובאתרא דקנו ממש קני הסיטומתא בשביל שכך נהגו **ה"נ כך נהגו**. וצריך לעיין **ומיהו ר' יחיאל היה אומר דאם הוא מתנה בעודה מעוברת אין כלום** דהוי דבר שלא בא לעולם דלא דמיא לסיטומתא דהתם בא לעולם ומועיל בה קנין הילכך מועיל המנהג להחשיבו כקנין גמור אבל דבר שלא יועיל קנין כמו בדבר שלא בא לעולם **לא מצינו שיועיל בו המנהג** להחשיבו כקנין גמור עכ"ל התשב"ץ". ומבואר שמדובר שכך היה המנהג ואפילו הכי סובר רבינו יחיאל דלא מהני. וצ"ע. גם בפד"ר ח"ה עמ' 270 אות ו נקט הגר"ע הדאיה כהבנת החת"ס, והדברים תמוהים.]

בשו"ת **תשורת ש"י** (סימן מב) כתב שאפילו נהגו הסוחרים לקנות בכסף גם בדשלב"ל, לא נעשה קנין מכח מנהג, שלא אמרו קנין סיטומתא אלא בדבר שאינו מועיל בשום מקום ואפ"ה נהגו כן, דחשיב כאילו התנו לקנות בכך. אבל בקנין כסף בדשלב"ל, שהוא קנין במקום אחר, אין זה אלא מנהג בטעות. הובא בפתחי חושן (קנינים פ"י הערה ז).

סיטומתא בדבר שאינו קצוב

לגבי שאר קניינים או שעבוד נחלקו הרמב"ם ויתר הראשונים האם מועיל בדבר שאינו קצוב. **לרמב"ם** (פי"א מהל' מכירה הט"ז) לא מהני דהוי כאסמכתא שאינו יודע מה קונה ולא גומר בדעתו לקנות. ועי' בכס"מ שם וכן בב"י לעיל סי' ס שכתב ראיה לרמב"ם. **לשאר הראשונים** הקנין מועיל כמבואר בכתובות קא ע"ב לענין המתחייב לזון את בת אשתו חמש שנים, ועוד ראיות. בשו"ע סי' ס ס"ב הביא דעת הרמב"ם וכתב: "וחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד, והכי נקטינן", וע"ש בש"ך (סקי"ב) שהביא

---

[6] וציין לדבריו בסי' קכו סק"ג [וחזר על זה גם בסי' רנג סקי"א, ע"ש]. ועי' **בשו"ת יבי"א** ח"ו חו"מ סי' ו אות ו (וסימנך: **ווי** העמודים) ששם מדויק מדברי **רש"י** גיטין יג ע"ב שסובר ג"כ דלא מהני סיטומתא בדשלב"ל. ע"ש, וזה דיוק נפלא של מרן הגרע"י זצ"ל מבין השיטין בקצות, ע"ש.

כמה פוסקים שכתבו דאפשר לומר קים לי כהרמב"ם, והוא חולק עליהם וס"ל דאין לומר קים לי כדעת יחיד (וכ"כ באוסף פסקי דין של הרה"ר לא"י, ח"א עמ' קנא שכן המנהג),[7] ועוד האריך בזה בכמה עניינים, ואכמ"ל. גם בסי' קלא סי"ג ובסי' רז סכ"א הביא השו"ע מחלוקת זו (וראה סי' רז תשובה 17 שם הארכנו יותר בענין זה].

אולם לגבי סיטומתא - דעת **הרדב"ז** (ח"ד סי' קלו, מובא בכנה"ג כאן בהגב"י סקנ"ה) שאם מנהג הסוחרים להתחייב בדבר שאינו קצוב, הדבר מועיל גם להרמב"ם. וכ"כ **במשפטי שמואל** (סי' ל). אבל **מהרש"ך** ז"ל (ח"א סי' עא וסי' קא) כתב: "אך אני ראיתי פעמים רבות כיוצא בזה ויורו היורים באמת ובתמים שיכול המוחזק לומר קים לי כהרמב"ם ז"ל ורבותיו" ומבואר דס"ל שגם בסיטומתא לא מהני בדבר שאינו קצוב לרמב"ם.

ואע"פ שלענין דשלב"ל סובר הרדב"ז שלא מועיל, נראה דעתו שדוקא שם שהחסרון בחפצא שאין מועיל בו קנין (כפי שביארנו לעיל שאין לקנין על מה לחול לשיטה זו), לכן גם סיטומתא לא מועיל. אבל בדבר שאינו קצוב אין החסרון בחפצא כי אפשר לקצוב ולהקנות, אלא החסרון בגברא שמקנה בדבר שאין לו קצבה ולא סמכא דעתיה (כמו שמפורש בד' הרמב"ם שהבעיה היא אסמכתא), ובזה מועילה סיטומתא שהרי יש גמירות דעת כי כך נהגו (כסברת החת"ס גבי דשלב"ל שיסודו הוא בגמירות דעת). ודו"ק.[8]

ב. האם בקנין שמועיל בדינא דמלכותא, יש לו עדיפות לענין תוקף הקניין?

בתשובת החת"ס (יו"ד סי' שיד) בענין תוקף סיטומתא כתב דדינא דמלכותא בזה הוא מן התורה בלי ספק. וכן בנתיבות סק"א, שאמנם לענין דשלב"ל כתב דלא מהני (כנ"ל בסעיף הקודם), אבל הביא **מתשובת רש"ל** (סי' לו) שכתב שבחכירה מהני שטר אף שהוא דבר שלא בא לעולם כיון שהוא מנהג ודמי לסיטומתא, ע"ש, וכתב דאפשר כיון דשם הוא ג"כ מדינא דמלכותא, ע"ש. ומוכח מדבריו שדינא דמלכותא עדיף וקונה אף בדשלב"ל. [וכמדומני שכן ראיתי בפס"ד של הגרי"ש אלישיב זצ"ל]

2. אם קידש אשה בדבר הנקנה בסיטומתא, האם מקודשת מהתורה או מדרבנן (האם קנין דרבנן מהני לדאורייתא במקום שצריך להיות שלו)?

למ"ד שסיטומתא דאו' (עיין לעיל תשובה 1 סעיף א) מקודשת מדאו'. למ"ד דרבנן - תלוי במחלוקת ב"י ורבינו ירוחם באה"ע סי' כח, וכבר כתבנו בזה לעיל (סי' קצח תשובה 5). ועי' קצה"ח סי' רלה סק"ד ונתיבות שם. **בחת"ס** (יו"ד סי' שיד) כתב, דאע"פ שהוא עצמו סובר שסיטומתא דאו' ופשיט"ל שמקודשת מן התורה, אך גם אם ניקח בחשבון את שיטת הנתיבות שסיטומתא דרבנן, לכה"פ מצד ספק ספיקא יש לומר שמקודשת מדאו': ספק אם סיטומתא דאו' ואת"ל דרבנן שמא קנין דרבנן מהני לדאו'.

3. חוזה מכירה הנהוג היום, האם קונה על פי דין תורה, או האם זקוקים לקניינים נוספים?

בקרקע קנה מדין שטר, אם נכתב כדיני שטר [עי' סי' קצא]. וגם במטלטלין נראה שקונה מצד <u>סיטומתא</u> לסוברים שהוא קנין דאו' [ואף שכתב הב"ח דלא מהני בקרקע, כבר הבאנו דברי הש"ך שבמקום שנהגו מועיל לכו"ע]. ואפי' לדעת הסוברים דסיטומתא דרבנן, שהרי <u>מדינא דמלכותא</u> ודאי מועיל, וזה חזק יותר מסיטומתא כמבואר לעיל בתשובה 1 סעיף ב. ועיין אריכות בספר **עמק המשפט** דיני חוזים והסכמים ובספר **פתחי חושן** קנינים פ"ד הערה ד.

---

[7] ועי' **בשו"ת יבי"א** (ח"ג חו"מ סי' ד אותיות ג ואילך) שהעלה הצדדים השונים בזה, וכן דן היות ומרן השו"ע פסק דלא כהרמב"ם אולי א"א לומר קי"ל כנגד דעתו. אך מסקנתו דבכה"ג אמרינן קים לי נגד דעת מרן, וגם אפשר שהמנהג לומר קי"ל כרמב"ם קדם למרן, ועוד דהשו"ע הזכיר דעת הרמב"ם. ולכן להלכה אין מוציאין מיד המוחזק.

[8] נמצא לפ"ז שדברי מהרש"ך תמוהים. ועי' ביבי"א (ח"ט אה"ע סי' כז אות י) שג"כ כתב להשוות בין דשלב"ל לדבר שאינו קצוב. וצ"ע שהרי בדברי רדב"ז מפורש לא כן.

ויש לדון גם מצד בעיה של אסמכתא בחוזים הנהוגים במנהג המדינה, בין בחוזי מכר בין בחוזי שכירות (עי׳ פתחי חושן שם פרק כא הערה כה ד״ה ובזמנינו), ולפי ההלכה צריך לכתוב דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי (עי׳ סי׳ רז תשובה 15). ויש גם בעיות של דין בערכאות שאסור ע״פ התוה״ק, וכן איסורי ריבית (על פיגורים בתשלום וכדו׳, שאסור לעשות אחוזים או קנס המתרבה אלא אפשר לעשות קנס של סכום שרירותי קבוע). ולכן יש להשתמש בחוזה כשר מבחינה הלכתית [אפשר להוריד ברשת חוזים של מכון משפטי ארץ, מכון כת״ר, עמק המשפט וכדו׳].

4. היכי תימצי שאם נתן לו פרוטה על המקח יקנה יותר משאדם יתן לו את כל הכסף?

כך מבואר בדברי הרא״ש בפסקיו [שהובאו לעיל בתשובה 1 סעיף א] שהיכא דנהוג לתת פרוטה וכדו׳ קונה לגמרי, והובא בשו״ע ס״ב. ועי׳ לעיל [שם, וכן בסי׳ קצח תשובה 1 סעיף א] מדברי **הסמ״ע** שבכה״ג קונה מדאו׳ ולא תיקנו חז״ל שמעות אינן קונות אלא כשנתן לו כל דמי שוויו של המכר. נמצא שנתינת פרוטה מהני לקנות לגמרי, משא״כ נתינת כל הכסף שתיקנו חכמים שלא יועיל. וע״ש שהבאנו מה שהעירו עליו האחרונים.

סימן רב

1. בקנין אגב קרקע, האם מהני תלוש ולבסוף חיברו?

הקדמה כללית קצרה: סוגיות הגמ׳ לגבי תלוש ולבסוף חיברו [להלן: תולב״ח] - בע״ז מז ע״ב ובחולין טו ע״ב. ועי׳ גם ב״ב סה ע״ב לגבי צינור שחקקו ולבסוף קבעו. בסי׳ צה ס״א (לענין שבועה) הרמ״א הביא שתי דעות האם הוי כמטלטלין (עיטור וטור) או כקרקע (מרדכי), והכריע כדעה אחרונה, ולכן כתב שאם שאל בית ונשרף פטור. וכן כתבו הפוסקים שם שלענין שבועה אפשר לומר קים לי כהמרדכי דהוי כקרקע.

ובקצה״ח דן בזה בארבעה מקומות: סי׳ צה סק״ג [לענין הגדרת בית, כתב שאפשר לדחות ראיות הש״ך שכתב שבזה לכו״ע הוי כקרקע, די״ל שבדאו׳ דינו כמטלטלין. אמנם בסו״ד כתב לדינא כהש״ך שכן משמע בפוסקים, ע״ש], סי׳ ערה סק״א [לענין מחזיק בנכסי הגר והיו בתוכם מטלטלין, עי׳ בסמוך], סי׳ שיז סק״ג וסי׳ שלט סק״א [שלענין איסור דינו כתלוש, ולכן לענין בל תלין בשכר קרקע יש להחמיר בזה אפי׳ להסוברים דבקרקע אין בל תלין, ע״ש].

ובסי׳ צה שם כתב בתוך דבריו: ״והא דבית נקנה בכסף ובשטר ובחזקה (לפי הצד שמדאו׳ הוי כתלוש - כמטלטלין), כבר כתב במגן אברהם בסימן תרל״ז (סק״ז)[9] דהוי משום אגב, ע״ש (כלומר שקונה הקרקע שתחת הבית בכסף בשטר ובחזקה, ואת הבית שהוא כמטלטלין אגב הקרקע). ואף על גב דלא אמר לו אגב, כיון דמונחין על הקרקע א״צ לומר אגב לדעת הרמב״ם (פ״ג ממכירה ה״ח -ה״ט) ושו״ע בסימן ר״ב (סעיפים א-ב; ראה להלן תשובה 4). עוד י״ל, דהוי מתורת חצר דכיון דקונה הקרקע קונה הבית שעליו בתורת חצר״.

וכן בסי׳ ערה שם כתב הקצות, לדעת המג״א הנ״ל שבית דינו כתלוש, מוכח דהפקר נמי נקנה בתורת אגב, כיון דמוכח בש״ס (ב״ב נג ע״ב) דבית נקנה בחזקה בנכסי הגר. וגם שם העלה את האפשרות השניה

---

[9] לענין סוכה שבנה ראובן בקרקע של שמעון, ובא שמעון וגזלה מידו. המג״א דן שם בשיטות הראשונים, ובתוך דבריו כתב: ״וקשה למ״ד בח״מ סי׳ צ״ה דבית לאו כמחובר לקרקע הוא, ע״ש בהגה. ועיין בש״ך שם שהרבה להשיב עליו, וכל קושיותיו יש לדחות, **די״ל כיון דהקרקע נקנית בכסף בשטר ובחזקה נקנה הבית עמו, דמטלטלים נקנה אגב קרקע** וה״ה לאינך, ע״ש כי אין כאן מקומו. אך מכאן הוא קשה...״

שכתב בסי׳ צה, שהבית נקנה בתורת חצר כיון דקונה הקרקע שתחתיו בחזקה. והוסיף שהדבר אפשרי לפי מ״ש בסי׳ רב סק״ג דמהני חצירו ומתנתו באין כאחד ודלא כהש״ך [עיין להלן תשובה 4].

לפי שיטת המג״א נמצא שתולב״ח דינו כמטלטלין, שהרי בית נקנה אגב קרקע שתחתיו, ולכאורה א״א להקנות אגבו מטלטלין אחרים.

אבל **הגרע״א** בהגהותיו לסי׳ רב (ס״ב) הוכיח דמהני להקנות אגב תולב״ח, מהגמ׳ בב״ק קד ע״ב (וכ״ה בב״מ מו ע״א): ״כי הא דרב פפא הוה מסיק תריסר אלפי זוזי בי חוזאי, אקנינהו ניהליה לרב שמואל בר אבא אגב אסיפא דביתיה, כי אתא, נפק לאפיה עד תואך״. ופירש״י: ״אסיפא דביתיה - מפתן ביתו, **דמחובר לקרקע הוא וכקרקע הוא** כך שמעתי. ל״א סיפא דביתיה סוף בית הקנה לו זוית אחת״. מוכח שלענין קנין אגב, תולב״ח (מפתן הבית) הוי כקרקע. ועוד ציין לרש״י בסוכה לא ע״א ד״ה מחלוקת. וע״ש שכתב: ״הא דפסיל ר׳ אליעזר כגון שתקף את חבירו בחזקה, והוציאו **מסוכתו הבנויה בקרקעו** של נגזל, וכל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע״. משמע באופן כללי (בלי קשר לאגב) דהוי כמחובר. [גם **בשער המלך** פ״ג מהל׳ אישות ה״ג בסוף דבריו הזכיר דברי רש״י בב״ק הנ״ל, וכתב דצ״ע].

ולכאו׳ דברי רש״י סותרים את שיטת המג״א הנ״ל. ברם אפשר לומר ששני הדברים נכונים, דהיינו שהבית עצמו נקנה אגב קרקע שתחתיו שדינו כתלוש, וגם אפשר להקנות אגבו מטלטלין. ושוב מצאתי **בשו״ת הרי בשמים** (ח״א סי׳ ד) שכתב כן להדיא, וז״ל: ״מדי שוטטו רעיוני בענינים האלה נתקשיתי בדברי רש״י ז״ל בב״ק ק״ד ע״ב... וקשה, דהא רב פפא גופיה קאמר בחולין ט״ז ע״א דלכ״ע תלוש ולבסוף חברו הוי תלוש ע״ש, וא״כ האיך הוי ר״פ מקני ליה אגב אסיפא דביתיה הא לדידיה גופי׳ לא הוי כקרקע [נ״ב: עש״ך ח״מ סי׳ צ״ה סק״ח, שכ׳ דהא דבית הו״ל ככותל בנין, הוא רק לענין איסורא, אבל לגבי ממונא הו״ל כקרקע וא״ש. אמנם במג״א סוס״י תרל״ז חולק ע״ד הש״ך]. ואפשר דלענין קנין אגב שהוא רק מדרבנן אמרי׳ דהוי כקרקע וצ״ע״. ומבואר כמו שכתבנו, שגם לשיטת המג״א שבית נחשב כמטלטלין ונקנה אגב קרקע, מ״מ נחשב גם כקרקע ואפשר להקנות מטלטלין אגב הבית.

והרב מרדכי חיימוב שליט״א הראני **בביאור הגר״א** סי׳ צה סק״י שכתב שלענין מכר אמרינן דתלוש ולבסוף חברו הוי כמקרקעי, כיון שמוכר בעין יפה מוכר. ע״ש. [טעם זה אפשר ליישבו גם עם המג״א, אולם צ״ע בסברא]. ועוד אמר שאפשר להוכיח דין זה מדברי **הרשב״א** בתשובה שהביאם הרמ״א בס״ז, שאפשר להקנות אגב מקומות של בית הכנסת. מבואר דתלוש ולבסוף חברו הוי כקרקע לענין אגב. ולענ״ד יש לדחות שהכוונה לקרקע שתחת המקומות [דהרי הכסאות עצמם ודאי הוו תלוש].

2. האם צריך דוקא לשון אגב? ומה הדין אם אמר לו קני המטלטלין עם הקרקע?

בקידושין כו ע״א: ״נכסים שאין להם אחריות [נקנים עם נכסים שיש להם אחריות]. מנהני מילי? אמר חזקיה, דאמר קרא: ויתן להם אביהם מתנות וגו׳ עם ערי מצורות ביהודה. איבעיא להו: בעינן צבורים או לא?״ והגמ׳ מביאה ראיות לכאן ולכאן עד שמוכיחה (שם כז ע״א) דלא בעינן צבורים.

ומיד מובא ספק נוסף: ״איבעיא להו: מי בעינן אגב או לא? ת״ש: דקתני כל הני [הראיות לענין צבורים, ועי׳ להלן] ולא קתני אגב. ולטעמיך, קני מי קתני? אלא עד דאמר קני, הכא נמי עד דאמר אגב. והלכתא: צבורים לא בעינן, אגב וקני בעינן״. ופירש רש״י על הספק השני: ״אגב - שיאמר לו קני קרקע וקני מטלטלין אגבה״.

דעת **הרמב״ם** (ע״פ הבנת הר״ן) שדוקא באינם צבורים בעינן שיאמר אגב, אבל בצבורים לא בעינן אגב. וכן נוטה לשון **הרי״ף** וכ״כ **הב״י** (וביאר הכרח הרמב״ם לבאר כך, ע״ש). אבל **הראב״ד והר״ן והרא״ש** סוברים שגם בצבורים בעינן אגב. **השו״ע** ס״ב פסק כרמב״ם **והרמ״א** כראב״ד.

הסמ"ע (סק"ד) כותב שאם המטלטלים צבורים בחצר המשתמרת - לכו"ע א"צ לומר אגב, שהרי נקנים מדין חצר. אך **הש"ך** (סק"ג) חולק, דמוכח בדברי הר"ן והמ"מ שאפי' בחצר המשתמרת לא מהני צבורים לפטור מאמירת "אגב". והטעם, שקנין חצר מהני רק כשהוא כבר חצרו וקונה בה, אבל הכא חצרו ומתנתו באים כאחד ולא מהני.

הקצות (סק"ג) מציין לדבריו בסי' ר סק"ב, שם הוכיח מדברי הגמ"י ושיטמ"ק שבדעת אחרת מקנה אין צורך בחצר המשתמרת כלל (אפי' לדעת מקנה). וכתב שלדברי הש"ך דלא מהני באין כאחד יש אמנם מקור בשיטמ"ק (בסוגיית מצא בגל, הביאו הקצות בסי' קצח סק"ב), אבל בכמה סוגיות בש"ס מבואר לא כך, כגון בב"מ יא ע"א בר"ג וזקנים וכו', ומקומו מושכר לו, ומבואר דמהני אע"פ שחצרו ומתנתו באים כאחד. וכן מוכח שם ט ע"ב שהגמ' מכריעה שאם אמר משוך בהמה לקנות כלים שעליה קנאה אם היא כפותה. ומשמע שהעובדה שחצרו ומתנתו באין כאחד לא פוגעת בקניין. גם **במחנה אפרים** בהלכות קניין חצר (סי' יד) חולק על הש"ך, וכן הקשה **בשו"ת נובי"ת** (או"ח סי' סג), ועי' **קה"י** (ב"מ סי' כז).

גם **בנה"מ** (סק"א) תמה על הש"ך, "וכדי לא לאשוויי לאדוננו בעל הש"ך לטועה בדבר משנה" עשה אוקימתא בש"ך, שבוודאי מודה הש"ך שאם היה בפני המוכר מהני, דחצרו כידו וכו', אלא מירי שנתרצו בפיסוק דמים ואמר לו לך חזק וקני, ובכה"ג אם אמר לו אגב, החזקה מועילה אפי' שלא בפניו גם למטלטלים, אבל אם לא אמר לו אגב - החזקה מועילה רק לקרקע, ומה בכך שהמקום נעשה חצרו והו"ל כאילו הגביה את המטלטלים בידו, הלא גם הגבהה מועילה רק בפני המוכר או אם א"ל לך משוך וקני והכא לא אמר לו כך. [ועי' אולם המשפט מה שתמה על זה].

ובנו"ב שם תירץ באופ"א, דאם עיקר קנין הקרקע הוא רק בשביל לקנות המטלטלין, מועיל, אבל כשרוצה לקנות גם הקרקע וגם המטלטלין - בזה לא מהני באין כאחד. וכ"כ בספרו **דגמ"ר**. עפת"ש סק"ב.

עוד נחלקו הקצות והנתיבות האם מהני קנין אגב בזוכה מן ההפקר: לדעת **הקצות** בסי' ערה סק"א (והזכירו גם כאן סק"ב) אליבא דהרמב"ם דבצבורים לא בעינן שיאמר אגב, א"כ בכה"ג מועיל גם מן ההפקר [שא"צ באמירת המוכר], ובראייתו מדברי **רש"י** ב"ק קיח ע"א (ד"ה פרה רבוצה), שכתב לענין גזל שדה מחברו והיתה פרה רבוצה שם, שקנה מטעם אגב.

אבל **הנתיבות** (כאן סק"ב) חולק, שהפסוק שממנו נלמד קנין אגב נאמר במתנה דוקא, שיש דע"א מקנה [ומש"כ רש"י בב"ק שם, אפ"ל דמיירי בקנין חצר (ודוחק, שרש"י כתב "אגב"). או שאכן מדובר באגב אבל יש שם דע"א מקנה, דסתם גזילה יאוש בעלים, והוי כנותן מתנה לגזלן לדעת התוס' ב"ק סט ע"א (ד"ה כל). ועוד, דניחא לנגזל שיקנה כדי שיתייב באונסין. אבל בהפקר גמור לא מהני אגב].

לשון "עם" - בגמרא שם (כו ע"ב) מייתי למיפשט בעיא דאי בעינן צבורין מתרי עובדי דאיתמר בהו שהיה אומר קרקע זה לפלוני "ועמו" מאה צאן ומאה חביות, ומייתי נמי מחד עובדא ומחד מימרא דלא אידכר בהו לא אגב ולא עמו, ואח"כ בנוגע לספק האם בעינן למימר "אגב", איתא: "תא שמע דקתני כל הני ולא קתני אגב", ופירש **רש"י** (כז ע"א): "דקתני כל הני **ועמו** מאה צאן, ולא **אגבן** מאה צאן", ודייק הר"ן דס"ל לרש"י ש"עם" אינו כ"אגב", וכיון שהגמ' הכריעה ד"אגב" בעינן - אגב דוקא ולא "עם". וכנראה סברתו שצריך דוקא לשון שברור בה שיש עיקר ויש טפל.

אבל **הרא"ה** כתב ד"עם" הרי הוא כ"אגב", וכי איבעיא לן אי בעינן אגב או לא, היינו שיש צד שלא צריך לומר כלום, אלא רק "קנה קרקע ומטלטלין", וכי אמרינן תא שמע דקתני כל הני ולא קתני אגב אין מדובר על הברייתות שנאמר בהן "עם" אלא על הברייתות שלא נאמר בהם שום לשון. וא"כ כשמסקנת הגמ' שצריך לומר אגב - אין זה שולל אמירת "עם" וסגי גם בהכי [וכנראה ס"ל שגם ב"עם" ברור שהמטלטלין נטפלים לקרקע].

הרמ"א בס"ב הביא שיטת רש"י בשם יש אומרים, ושיטת הרא"ה בשם יש חולקים.

הלבוש הכריע לקולא כדכתיב "ויתן להם אביהם וכו' עם ערי מצורות שביהודה", שזהו לשון המקרא לקנין זה (ו"אגב" הוא לשון חכמים). **ובסמ"ע** סק"ו כתב דלא דק, דלפ"ז מה בכלל הספק בגמ' אם בעינן אגב או לא - הרי בפסוק כתוב "עם"? אלא מוכרח שהגמ' סברה שאין במשמעות הכתוב לתאר את לשון הקנין אלא רק לתאר את המעשה שאירע שם (שהקנה את המטלטלין עם הקרקעות), וא"כ להלכה שנפשטה הבעיא שצריך לומר אגב - היינו דוקא אגב וכרש"י. ולכן הכרעת הסמ"ע כדעת רש"י שצריך "אגב" דוקא.

אמנם **בט"ז** ביאר דברי הלבוש [וכך כנראה למד הרא"ה], שהספק בגמ' היה אחר: האם "עם" הוא לשון הפסוק של תיאור המעשה וא"כ לא צריך לומר כלום (לא אגב ולא עם), או שהפסוק מצטט את לשון הנותן שאמר "עם". ויוצא שלשני הצדדים א"צ לומר "אגב" דוקא. וזו שיטת הרא"ה והלבוש. אך להלכה כתב הט"ז שאין שומעין להרא"ה נגד רש"י, בפרט להוציא ממון עי"ז.

3. קנין אגב קרקע מתי מהני והאם צריך שהמטלטלין יהיו צבורין בקרקע או לא?

החלק הראשון של השאלה מאוד כללי, ונפרט כמה פרטי דינים בקנין אגב:

קנין אגב מועיל בין במכר בין במתנה, בין שהאחד במכר והשני במתנה. **שו"ע** ס"א.

רי"ו כתב שמועיל גם אם הקרקע בשכירות והמטלטלין במתנה, והובא **ברמ"א** ס"א בשם י"א. **בש"ך** סק"ב כתב שדין זה פשוט ומוכח בש"ס ב"מ יא ע"ב וקידושין כז ע"ב, ותמה למה הרמ"א הביאו בשם י"א. וה"ה לענין קרקע בשאלה ומטלטלין במתנה מועיל, כדמוכח בתוס' (ב"מ שם ד"ה מקומו) ובפסקי הרא"ש (שם סי' לא). ותמה הש"ך, מדוע יש סוברים שלא קונה בשאלה כמובא בדברי רי"ו, ולמה יגרע שאלה משכירות?

והקצות (סק"א) יישב, דשאלה שונה משכירות כדאשכחן לענין חליפין שהרא"ש כתב שבשכירות (ומעמ"ל) מהני, ורק בשאלה י"א שלא מהני (הובא לעיל סי' קצה תשובה 11), ומובנת דעת המחלקים ביניהם. וגם מש"כ הש"ך להוכיח מהרא"ש בב"מ יא ע"ב דמהני, אינו ראיה, דמפרש לה מטעם חצר ובזה לכו"ע מועילה שאלת חצר כדי לקנות בה, אבל בתורת אגב אפשר דלא מהני (וכן דחה **בהגרע"א**). ועפת"ש סק"א **שבדגמ"ר** דחה גם הוכחת הש"ך מהתוס' בקידושין, ואדרבה יש ראיה לסתור. וגם הוכחתו מהתוס' והרא"ש בב"מ דחה כהקצות והגרע"א.

הקנה שדה לאפוטרופסים ומטלטלים ליתומים קנו. **רשב"א** ע"פ הגמ' בקידושין כז ע"א דר"ע יד עניים. שו"ע ס"ד. וה"ה בגבאי צדקה. **ר"ן** ורמ"א שם.

בהמה נחשבת כמטלטלים לענין אגב. ס"ה. אבל עבדים צריכים להיות בתוך הקרקע. ע"פ **ב"ק** יב ע"א **ורא"ש** שם סי' יד, ונפסק בס"ח. מטלטלים אינם נקנים אגב עבדים וכן להיפך, דעבדא כמטלטלי במידי **דרבנן** (אמנם עי' קצות סק"ה שמדברי הנמוק"י ב"ק לד ע"ב מדפה"ר נראה שקנין אגב **מדאו'**), **אא"כ** המטלטלים ע"ג העבד והוא כפות, שאם החזיק בעבדים קנה המטלטלים. כך מבואר בב"ק שם ונפסק בשו"ע ס"ט. **ולרש"י ותוס' ובה"ג ורא"ש** צריך שיהיה גם ישן, שיהא משומר לדעת האדון [משא"כ כשניעור יש לו דעת בפ"ע], והובא בשו"ע בשם י"א [ועי' בהגרע"א שהקשה סתירה בפסקי הרא"ש].

אין קרקע נקנית אגב קרקע. **תוס'** ב"ק יב סע"א, מרדכי ועוד. שו"ע ס"ו. קרקע כל שהוא מקנים על גביו מטלטלים הרבה. משנה פ"ג דפאה מ"ו. שו"ע ס"ז. וא"צ לסיים הקרקע שמקנה על ידה, ומקנים אגב ד' אמות אפי' שאין יודעים שיש לו, וכן אפשר להקנות אגב מקומות של ביהכנ"ס (רשב"א, רמב"ן, רמ"א שם).

דיני עציץ - עי׳ גיטין כב ע״א. ס״י - סי״ב. דעת **הב״ח** שאם משך העציץ קנה גם בזרעים ודלא כהר״ן ותוס׳, **ובש״ך** סק״ח כתב שדברי הב״ח תמוהים. ועי׳ גיטין ז ע״ב פלוגתת רש״י ור״ת לענין של חרס ושל עץ באיזה מהם אינו נקוב הוי כנקוב (והובא בהגה סי״ב).

שאר הדינים נתבארו בשאר התשובות בסימן זה, ועי׳ גם בסימן ר סוף תשובה 3.

לענין צבורים - ראה תשובה קודמת דקי״ל דלא בעינן צבורים, ומח׳ הרמב״ם וראב״ד האם צריך לומר ״אגב״ גם בצבורים או רק כשאינם צבורים, ודברי שאר הפוסקים בזה.

4. חמור טעון פירות והם של הפקר ובא אחד ומשך את החמור על מנת לקנות גם הפירות אם קנה את הפירות? מה הדין אם בא אחר כך אחֵר והחזיק בפירות למי שייכים הפירות לראשון או לשני, והאם יש בזה הבדל בין זוכה מהפקר לקונה מחבירו?

בב״מ ט ע״ב: ״בעי רבי אלעזר: האומר לחבירו משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה מהו? - לקנות? מי אמר ליה קני? - אלא: משוך בהמה זו וקני כלים שעליה, מהו? מי מהניא משיכה דבהמה לאקנויי כלים, או לא? - אמר רבא: אי אמר ליה קני בהמה וקני כלים מי קני כלים? חצר מהלכת היא, וחצר מהלכת לא קנה. וכי תימא כשעמדה, והא כל שאילו מהלך לא קנה - עומד ויושב לא קנה. והלכתא - בכפותה״. [לענין עצם קנין בהמה כפותה - בנ״י כתב שהוא ספק כיון דלאו דרכו בכך, וברא״ש וטור מבואר שקנה. **הגרע״א** סי׳ קצז ס״ג].

מבואר שאם אמר לחברו ״משוך בהמה **לקנות** כלים שעליה״ - לא קנה, שהרי לא אמר לו ׳קנה׳ (בלשון ציווי). ואם אמר ״משוך **וקנה** בהמה וכלים שעליה״ - קנה הכלים רק אם הבהמה כפותה, כי אם אינה כפותה חצר מהלכת היא ולא קנה. ומשמע שאם א״ל ״משוך בהמה זו וקנה כלים שעליה״ והבהמה כפותה - נשאר בספק. וכן באינה כפותה ואמר לו לקנותה וגם כלים שעליה. וכ״פ **הרמב״ם** (מכירה פ״ג הי״ג-הי״ד) שאם לא הקנה לו את הבהמה עצמה, לא קנה את הכלים שעליה אפילו בכפותה. עוד סוברים הרמב״ם ותלמידי הרשב״א שבלשון המועיל שקנה בכפותה, ה״ה במציאה ובהפקר ולא רק במכר.

אבל **לרא״ש** (סי׳ כד) וטור, דברי הגמ׳ אמורים רק במכר, ובזה לא קנה באינה כפותה משום שעלה בספק ואיכא חזקת מרא קמא. אבל במציאה והפקר דליכא מרא קמא, קנה אפי׳ אם הבהמה אינה כפותה. ודעת **הר״ן** בחידושיו שם, שגם במכר אי תפס לא מפקינן.

השו״ע בסי״ג הביא דעת הרמב״ם בסתם, ודעת הרא״ש ביש מי שאומר.

לענין השאלה השניה - לרמב״ם פשיטא שהשני זוכה, אבל **הרא״ש** לשיטתו כתב (בפ״ק דב״מ שם, וכן שם בסי׳ יז ובסי׳ לב) לגבי מציאה והפקר, דאם אחר בא לתפוס מידו מוציאין ונותנים לראשון שהוא מרא קמא, כי בהפקר לא מועילה תפיסה. והביאו **הסמ״ע** סקכ״ג.

והקשה **הש״ך** בתקפו כהן (סי׳ יט) ממ״ש הרא״ש בב״ב (פ״ג סי׳ ס) לענין מחזיק בנכסי הגר, שהגמ׳ הסתפקה במחזיק שדה אחת לקנותה יחד עם המצר ועם שדה אחרת, או החזיק במצר לקנות שתי שדות, ועלה בתיקו. וכתב הרא״ש שכיון שעלה בספק - אם בא אחר והחזיק קנה השני. משמע שבהפקר מועילה תפיסה. **ותירץ** הש״ך דשאני גבי שדות הגר שהראשון לא היה מוחזק מעולם, ומספקא לן אם מעשהו מועיל, ולא מחזקינן לה ברשותו מספק. וכ״כ **מהר״ם מינץ** סי׳ עז.

אך אח הקצות **בקונטרס הספיקות** (כלל ח אות א) הקשה על זה, שהרי גם גבי בהמה לא היה מוחזק ותפוס, כי תפיסה שאין עמה קנין אינה מועילה, ומאי שנא?

ותירץ **הקצות** (סק״ז), שבתפיסה וקנין לכל דבר יש יתרון: תפיסה עדיפה מקנין - דמהני אפי׳ בחצר שאינה משתמרת [דסברא הוא ולא בעי׳ קרא כמו בקנין], משא״כ בקנין בלי תפיסה. ואילו קנין עדיף

מתפיסה - דבקנין לא אזלינן בתר המוחזק העיקרי אלא שניהם שווים, משא"כ בתפיסה בלי קנין שהולכים אחרי העיקרי. ולפ"ז במציאה והפקר כשמושך בהמה זו לקנותה וכלים שעליה - כיון שקנה הבהמה, אע"ג שלא קנה את הכלים דחצר מהלך הוא, היינו משום דאינו דומיא דידו, אבל סו"ס מיקרי "מוחזק", משא"כ בנידון דנכסי הגר שהחזיק באחת בלבד. ולפ"ז ביאר שדברי הרא"ש נאמרו בדווקא על מקרה זה של "משוך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה", שאז הבהמה רשותו ומהני תפיסה בכלים. ודלא כהב"ח שכתב שדבריו מוסבים גם על הדין המובא בסי"ד "משוך בהמה זו וקנה כלים שעליה". אבל לענין מכר לא מהני תפיסה זו, אע"פ שתופס ברשות, כי בכה"ג בעינן תפיסה הראויה לקנין, היינו שהבעלים התפיסו לו על דעת שיהיה שלו, ולא למטרת שאלה ופקדון וכדו'. לכן כשתפס תפיסה שאינה ראויה לקנין, אמנם הוי מוחזק ותפוס, אבל לא הוי ברשות בעלים שהוא מרא קמא, ולא עדיפא משאלה ופקדון שלא מהני תפיסה. עכ"ד הקצות.

אכן יש להעיר ש**בפרישה** כתב ע"פ נוסחת רא"ש ישן כדברי הב"ח, שדברי הרא"ש שבהפקר קנה - נאמרו גם באמר לו "משוך בהמה זו לקנות כלים שעליה", שקנה אפי' באינה כפותה (ודלא כהרמב"ם והשו"ע שאינו קונה אפי' בכפותה). וכך נקט **הגר"א** בביאוריו (סקי"ז) בדעת הרא"ש. ועי' גם **בקיצור פסקי הרא"ש** (לרבינו בעל הטורים) שכתב להדיא כך. ולפ"ז דברי הרא"ש שייכים גם לסי"ד, ותירוצו של הקצות צ"ע [כי יוצא שהרא"ש ס"ל שתפיסה מועילה גם כשלא קנה הבהמה כלל].

***

הואיל ואיירינן בקנין אגב ועסקנו בדין תפיסה שמדובר בו גם לעיל בס"ג, אכתוב דרך אגב את המקורות בענין תפיסה בספק ממון (בספיקא דדינא) - האם מהני או לא (ע"פ הגהות רע"א כאן ס"ג):

- במקורות הבאים כתב השו"ע שתפיסה מהני בכה"ג, והרמ"א חולק וסובר שלא מהני: רב, ג; שפח, א; שם, ז; שצ, ב; שם, ז (ושם כתב הרמ"א שאפי' ס"ס לא מהני); סו"ס שצא; תי, יב; תיד, א.
- במקורות הבאים הרמ"א סתם כהשו"ע ולא הגיה או שכתב בפירוש דתפיסה מהני: רמח, יא-יב; שמו, יא; שסב, ו [וע"ש בסמ"ע סקי"ג וש"ך סק"ג, ובט"ז]; סו"ס שסג. וכן ביו"ד רסז, לט.

5. מקנה בהמה וכלים שעליה כאחד לחבירו באיזה אופן קונה?

עיין בתשובה הקודמת ביאור כל הענין לפרטיו.

סימן רג

1. הקנה בחליפין מעות ומטלטלים ביחד, מה הדין בזה? וכן אם הקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם?

בב"מ מ"ז פליגי אמוראי האם אפשר לקנות מעות בחליפין, להלכה קי"ל בסי' רג ס"א שאי אפשר: "כל המטלטלין קונים זה את זה בחליפין וכו' חוץ ממטבע שאינו נקנה בחליפין ולא קונה".

ובב"ב קמג ע"א איתא "את וחמור, רב נחמן אמר קנה מחצה, ורק המנונא אמר לא אמר כלום, ורב ששת אמר קנה הכל". להלכה נפסק בסי' רי ס"ג כדעת רב נחמן שקנה מחצה.

ודנו הראשונים (מובא **במרדכי** ב"ב סי' תרה) באחד שהקנה לחברו בחליפין קרקעות ומעות ומטלטלים בבת אחת - האם יש לדמותו לנידון זה, ושלוש שיטות בדבר: **יש אומרים** דלא קנה כלום (ופוסקים כדעת רב המנונא בקני את וחמור), **ויש אומרים** שקנה הכל, דמיגו שחל הקנין על הקרקע והמטלטלין חל נמי אמעות (ולא דמי לדרב המנונא). ולדעת **רבינו שמחה** קנה את המטלטלים ולא את המעות, וראייתו: דאי

לא תימא הכי, הא דאמר בפ״ק דקדושין נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות בכסף ובשטר ובחזקה ומבואר בגמרא דבעינן אגב, ומדוע צריך אגב ולא יקנה המטלטלין במגו דחייל אקרקע? ומה שרצו לדמותו לקני את וחמור, לא דמי, דחמור לאו בר קנין הוא אבל מטבע נקנה במשיכה והגבהה ובתורת חצר. עכ״ד. **הרמ״א** כאן ס״י הביא את שלוש השיטות כסדר הזה.

בסמ״ע (סקי״ט) תמה שבסי׳ רט ס״ד לענין מקנה דשלב״ל עם דבר שבא לעולם כתב הרמ״א רק דעה אחת - שקנה הדבר שבא לעולם ולא קנה הדשלב״ל. וביאר הסמ״ע, כיון דרבינו שמחה ס״ל דקנה מטלטלים אף דלא קנה מעות, וסתר דעות הראשונות בדברים של טעם, והביאו המרדכי באחרונה, הרמ״א בסי׳ רט הביא רק את דעתו כי כך הלכה. אמנם כאן כתב שלוש הדעות כי עוסק במקור הדין והעתיק כל לשון המרדכי, ומ״מ הביא דעת רבינו שמחה באחרונה וזו הוכחה שכך הלכה. [ועוד האריך בזה הסמ״ע לבאר באופן אחר, ע״ש].

ברם **בביאור הגר״א** (סקמ״ב) חולק. והקדים לתמוה, הרי קי״ל (בסי׳ רי ס״ג) באומר קני את וחמור דקנה מחצה כרב נחמן, וא״כ מדוע בכלל הזכיר הרמ״א השיטה הראשונה הסוברת שבקני את וחמור לא קנה כלום? ובכלל - כל השקלא וטריא של המרדכי שם היא רק אליבא דרב המנונא (כפי שהבאנו לעיל) ואנן קי״ל כר״נ. ולכן ביאר, דהנה בקידושין נ״א איתא דחמש נשים שקדשם כאחת אינן מקודשות, דדמי לקני את וחמור שלא קנה כלום. והקשו הראשונים איך פסקה הגמ׳ כרב המנונא, הרי קי״ל כרב נחמן בדיני? הרי״ף ועוד ראשונים כתבו שהלכה כרב נחמן בב״ב ודלא כסוגיא דקידושין שם, אבל בה״ג ורמב״ם חילקו בין הסוגיות, שבקידושין מיירי שכלל כולן <u>בדיבור אחד</u> ולכן לא קנה כלום לכו״ע, אבל בב״ב לא כלל בדיבור אחד ובזה פליגי אמוראי והלכה כר״נ שקנה את הדבר הראוי לקנין.

וא״כ לבה״ג ורמב״ם ניחא, שבנידון דידן ס״ל לדעה ראשונה במרדכי שאע״פ שבקני את וחמור הלכה כר״נ, אבל כיון שכאן (קרקע מטלטלין ומעות) כלל הכל <u>בדיבור אחד</u> [כפי שכתב המרדכי ״בבת אחת״, וכ״כ רמ״א ״ביחד״] - לא קנה כלום.

ומעתה קושיית רבינו שמחה נדחית, כי מעתה י״ל שגם בסוגיא דפ״ק קידושין צריך אגב משום שאינו כולל הכל בדיבור אחד ובזה כו״ע מודו דלא קנה במיגו. ולכן צדקו דברי רמ״א שהביא כאן את דעות החולקים, היות ולא דמי לקני את וחמור [אמנם את הדעה האמצעית דוחה הגר״א מהלכה]. ואילו לגבי דשלב״ל הביא רמ״א רק דעה אחרונה, כי שם לא כלל הכל בדיבור אחד [שהרי הדבר שאינו בעולם אינו לפנינו], כו״ע מודים שקנה הדבר שבא לעולם כר״נ שקנה מחצה.

נמצא שלדעת הגר״א בחליפי מעות ומטלטלים אין הכרעה, אבל בדשלב״ל הלכה כרב נחמן.

הפת״ש הביא שבשו״ת **נו״ב** (מהדו״ק חו״מ סי׳ כה עד סי׳ כח) עסק בשטר שלם זכר שלא נכתב בלשון הודאה על חוב ידוע, ומבואר שם דס״ל דהוא ספיקא דדינא אם הלכה כרב המנונא או כרב נחמן, ואין להוציא מיד המוחזק. ולענין קושיית הסמ״ע שבסי׳ רט הביא הרמ״א רק דעת רב נחמן, יישב ממש כדרכו של הגר״א ונתנבאו בסגנון אחד [אלא שהגר״א כדרכו כתב בקיצור וברמזים והנו״ב האריך לפרש הדברים. ובפת״ש לא הזכיר שהגר״א והנו״ב הלכו באותה דרך].

והוסיף הנו״ב עפ״ד **המ״מ** (פ״ט מהל׳ אישות ה״ב) **והר״ן** (קידושין כב ע״א מדפה״ר), שבנ״ד הקונה אין דעתו לקנות זה בלא זה ולכן הביא דעת הי״א שלא קנה כלום, אבל בדבר שאינו ברשותו עם דבר שברשותו, כיון שזה עדיין אינו בעולם וזה ישנו, והוא מקנה לו מעכשיו, ויודע הלוקח שאחד מהם אינו בעולם ובשום ענין לא יהנה בו עכשיו, לא שייך לומר שאינו רוצה לזכות בזה בלא זה. משמע מהנו״ב שספיקא דדינא דוקא כאן, אבל בסי׳ רט ההכרעה שקנה הדבר שבא לעולם. אבל מציין הפת״ש שמדברי

הנו״ב שם בסי׳ כ״ה מבואר דגם בנידון דסי׳ רט הוא ספיקא דדינא מטעם דיש פוסקים כרב המנונא, ע״ש עוד שהאריך.

בנתיבות (סק״ח) ציין שהמחלוקת בין שלוש השיטות היא רק בקנין סודר, שבחליפי שניהם מקנה את הסודר ושייך לומר מיגו וכו׳, אבל בחזקה אין קנין של האחד תלוי בחבירו כלל. ובזה אפשר לישב קושית המרדכי הנ״ל מקנין אגב, די״ל דמשכחת לה כגון שקנה קרקע בחזקה. אך קשה קושיא אחרת על השיטה שקנה הכל, מהא דמקשה בב״מ (מו ע״א) למאן דס״ל דמטבע נקנה בחליפין, מהך דהיה עומד בגורן, וא״כ עדיין קשה, אפילו למ״ד דמטבע אין נקנה בחליפין, מ״מ ליקני לו המעות עם דבר אחר בקנין סודר, דיקנה הכל.

2. א. כיצד נקנה מטבע שאינו ברשותו? פרט מטבע שבעין ושאינו בעין.

כתב **הרמב״ם** (פ״ו מהל׳ מכירה ה״ז) והעתיק לשונו **בשו״ע** (ס״ט): ״המטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא על גבי קרקע, כגון שקנה הקרקע ועל גבו המעות, או שישכור את מקום המעות, כיון שזכה בקרקע בכסף או בשטר או בחזקה או בקנין זכה במעות, והוא שיהיו אותן המעות קיימין כגון שיהיו מופקדין במקום אחד, אבל ראובן שהיה לו חוב על שמעון והקנה ללוי קרקע ועל גבה חוב שיש לו אצל שמעון, נראה לי שלא קנה החוב״.

וביאר **הב״י**, דכיון דקיימא לן דאין מטבע נקנה בחליפין, לא בחליפי קנין סודר ולא בחליפי דשוה בשוה, נמצא שאין דרך לקנותו בשום אחד מהחליפין. ומכל מקום נקנה הוא אגב קרקע כדאמרינן בריש הזהב (מו ע״א) דרב פפא הוה ליה תריסר אלפא זוזי בי חוזאי אקנינהו לרב שמואל בר אחא אגב אסיפא דביתיה.

והקשה הב״י שהרי מטבע נקנה גם במשיכה כדין מטלטלין? ותירץ דהכי קאמר הרמב״ם: אין מטבע יכולין לקנותו באופן שיזכה בו קודם שיבוא לידו, ואם נגנב או אבד לקונה אבד - רק באופן של קנין אגב, משא״כ במשיכה נתחייב במעות ואם אבדו משלם אחרים תחתיהם. אי נמי הכי קאמר: שאר מטלטלין אם רוצה ליתנם לאחר במתנה או לזכותם לו שיהיו כשלו יכול לזכותם לו על ידי קנין סודר אבל המטבע אין לו דרך שיזכה בו מקבל המתנה או הזכות אלא על גב קרקע. [ולכן בשו״ע הוסיף על לשון הרמב״ם מילה אחת וכתב ״המטבע אין דרך שיזכה בו מעתה מי שאינו ברשותו״, וכו׳. ועי׳ סמ״ע סקט״ז].

ובפת״ש סק״ג הביא **שבשו״ת חכם צבי** (סי׳ טז) כתב דרך נוספת לזכות במטבע - והיינו בקנין אודיתא, כמדצינו בב״ב קמט גבי איסור גיורא, ולהלכה מהני גם בבריא דלא כהחולקים בזה (עי׳ גם בקצות סי׳ קצד סק״ג, מובא בסי׳ קצד תשובה 2). וע״ש עוד.

ולענין מטבע שאינו בעין - דהיינו קנין חוב אג״ק, הבאנו שהרמב״ם ושו״ע כתבו דלא מהני, אבל **במרדכי** (ב״ק סי׳ קכו וכתובות סי׳ ריט) הביא דעות שקונה, והביאו **הש״ך** (סק״ג) ונשאר בצ״ע לדינא.

ולכו״ע יכול לקנות חוב במעמד שלושתן כמבואר בסי׳ קכו (ועי׳ גם בקצות הנ״ל), וכן ע״י שימכור לו או יתן לו במתנה את שטר החוב כמבואר בסי׳ סו בדיני מכירת שטרות.

ב. מה הדין אם הקנה בקנין אחד שני דברים, ועל אחד מהם הקניין אינו חל, האם יקנה את השני?

עיין לעיל תשובה 1.

3. ראובן ערך הסכם גירושין עם אשתו ובאחד הסעיפים מופיע שהבעל מתחייב להעביר לה הדירה שעתיד לקבל מחברת עמידר, וההסכם קיבל תוקף פסק דין. לאחר הגירושין תובעת האישה את האיש לקיים את התחייבותו הנ"ל והאיש טוען שבזמן ההסכם הדירה לא הייתה כלל בעולם, ולכן לא קנתה. מה הדין?

לכאורה הנידון שייך לתשובה 1 לענין מקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם, דלא מהני לדשלב"ל. אמנם יתכן והקנין מועיל מדין סיטומתא ויש הסוברים דמהני גם בדשלב"ל, ובמקום מנהג מהני גם בקרקע. עי' לעיל סי' רא תשובה 1 סעיף א בהרחבה. וגם לדעות דלא מהני, הבאנו שם שבמקום דינא דמלכותא יש לזה תוקף לכו"ע. וכן האריכו פוסקי זמננו (עי' בכמה פד"ר) לענין קניית דירה "על הנייר" דמהני עכ"פ כשעשו חוזה על כך עם פיסוק דמים וכו', ויש לדון גם בזה בנ"ד.

אכן בפשטות אין צורך לכל זה, שהרי לגבי התחייבות קי"ל (לעיל סי' ס ס"ו ולקמן סי' רט בהגה ס"ד) שאפשר להתחייב גם על דשלב"ל, וא"כ ההתחייבות חלה וחייב לקיים דבריו.

ולענין לשון ההתחייבות - עי' גיטין מ' בדין אתננה לו, ודעת הרמ"ה דלא מהני אפי' כתב ע"ז שטר, ודעת הרשב"א שחייב. **השו"ע** הביא שתי הדעות בסי' רמה ס"א-ס"ב (וגם בהגה בסי' רג ס"א). הרמ"א שם הכריע ע"פ מהרי"ו כדעת הרמ"ה דקנין אתן לא מהני, וכתב שמשום כך נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה. **הסמ"ע** שם תמה מה יועילו החדשים שגם הם בקנין אתן, וביאר שעושים אותם ב"מעכשיו" דמהני לטור (שם ס"ה). ומדוע לא עשו באופן זה כבר בתנאים הראשונים? כיון שבאותו זמן אינם רוצים להקנות ולהשתעבד ממש פן יחזרו בהם, ולכן עושים קנין שאינו מחייב (ומ"מ אם חוזרים בהם חייבים קנס ולא הוי אסמכתא כי זה תשלום נאות על הבושה), אבל בשעת החופה כבר מתכוונים להתחייב לגמרי וקונים באופן המועיל.

ועוד כתב **הרמ"א** בסי' רג ס"א [על דברי השו"ע ביחס לדבר שאין בו ממש שאין קנין מועיל בו דהוי קנין דברים], שאם התחייב לחברו שיעשה לו שטר מחילה הוי קנין דברים, דשטר מחילה אינו אלא סילוק, אבל מאידך הביא ד' **הרשב"א** בתשובה, שאם עשו קנין שיחזיר לחבירו את כל זכויותיו מהני. **הט"ז** תמה שהרי הרמ"ה ומהרי"ו חולקים על זה דקנין אתן לא מהני, וכאמור כך פסק הרמ"א בסי' רמה? [וכן העיר **הגר"א** סק"ט] וכתב דאפשר שבכה"ג שקנה להחזיר זכויות מהני לכו"ע.

עכ"פ בנ"ד צריך שההתחייבות זו תהיה באופן המועיל. ומן הסתם אם יש "פסק דין" על זה כמובא בשאלה - מדובר בהתחייבות כדת וכדין.

אלא שיש עוד לדון אולי הוי אסמכתא כיון שתלוי בדעת אחרים, וכדעת **התוס' והרמ"א** (סי' רז סי"ג) "כל מה שאין בידו ותלוי ביד אחרים, כגון שא"ל: קנה לי יין ממקום פלוני ואם לא תקנה תחייב לי בכך וכך, דזה אינו תלוי בו דדילמא לא ירצו למכור לו, הוי אסמכתא בכל ענין ולא קני". אמנם אם כבר חתם חוזה על הדירה וכדו' ובוודאי יקבל את הדירה לא שייך לומר דילמא לא ירצו לתת לו ולא הוי תולה בדעתם.

ואמנם שיטת **הרמב"ם** שבכל תולה בדבר שיקרה הוי אסמכתא גם אם בידו לגמרי וכדו' [עי' בהרחבה בסי' רז תשובה 3], וכ"פ השו"ע סי"ג. אמנם לדעתו אם עשו קנין מעכשיו מהני כמבואר שם סי"ד, ועוד קי"ל (שם סט"ו) שאם קנו על האסמכתא בבית דין חשוב קנה אם התפיס זכויותיו ואינו אנוס (ולרמ"א אף אם לא התפיס זכויותיו). והרמ"א שם הביא שתי דעות בגדר בית דין חשוב: לרא"ש כל ג' דבקיאי בדיני אסמכתא, למרדכי ב"ד חשוב שבעיר או מומחה לרבים (ומהריק"ש כתב: י"א גדול הדור וי"א שהוא סמוך. הגרע"א). ובנידון השאלה לכאו' מדובר בבי"ד חשוב גם לדעה המחמירה, ולכן אין בזה אסמכתא. ובר מן דין, ע"ש **בנה"מ** סקי"ז שבתנאים שאינם בדרך קנס א"צ קנין בב"ד חשוב לכו"ע [גם לרמ"א המחמיר שם בסי"ד], וסגי בקנין מעכשיו. ועוד שפס"ד זה מחייב בדינא דמלכותא, וי"א שאסמכתא קניא אם כך הוא

דינא דמלכותא (רמ״א שם סט״ו בשם הרשב״א[10]). וכבר כתבנו שנראה שלרמ״א בכלל לא הוי אסמכתא בכה״ג, אך אפי׳ את״ל דהוי אסמכתא, אין כאן שום חשש.

נושא נוסף בסי׳ זה - האם אדם יכול לחייב עצמו על חפץ מסוים בלי קבלת אחריות המחילה את החיוב על גופו: מחלוקת קצה״ח סק״ב ונתיבות סק״ו. הובאה לקמן סי׳ רו תשובה 1, ע״ש.

סימן רד

1. לוקח שנתן הכסף למוכר עבור החפץ ועדיין לא משך, ונמצא שיש כאן אונאה בשתות, והמתאנה רוצה לחזור בו אף שהמאנה מוכן להחזיר לו דמי אונאה, האם יש לחייבו במי שפרע?

הבאנו לעיל ר״ס קצח דקי״ל כר׳ יוחנן דבר תורה מעות קונות אך חז״ל חששו שיאמר לו המוכר נשרפו חיטיך בעלייה ולכן תיקנו שמשיכה קונה (ב״מ מז ע״ב). אמנם אמרו במשנה (מד ע״א) שאע״פ שאם נתן מעות יכול לחזור בו, אבל מי שפרע מאנשי דור המבול ודור הפלגה [ובגמ׳ שם מח ע״א הוסיפו ״ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים״ ועי׳ במפרשים] הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדיבורו. ואם התברר שיש אונאת שתות - נחלקו האחרונים: לדעת **הב״ח** בסי׳ רכז - המתאנה יכול לחזור בו ללא קבלת מי שפרע [אבל המאנה צריך לקבל עליו מי שפרע], אבל **הש״ך** (סי׳ רד סק״ב) סובר שגם בנסיבות אלו יש להחזיר את האונאה ולקיים את המקח, ואם אחד הצדדים חוזר בו - עליו לקבל מי שפרע. שתי הדעות הובא **בהגרע״א** סי׳ רכז ס״ב.

2. מה הדין אם נתן כסף על קרקע במקום שכותבים שטר ואחד מהם חזר בו, האם יש לחייבו מי שפרע?

עיין לעיל סימן קצ תשובה 5.

3. הבטיח לחבירו לתת לו מתנה, ולא נתן. האם הוא נקרא מחוסר אמנה?

בב״מ מט ע״א: ״דברים, רב אמר: אין בהן משום מחוסרי אמנה, ורבי יוחנן אמר: יש בהם משום מחוסרי אמנה״. ונפסק כרבי יוחנן בשו״ע ס״ז שהנו״נ בדברים ראוי לו לעמוד בדיבורו וכו׳ אע״פ שאינו חייב במי שפרע מ״מ ה״ז ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו.

ושם מקשה הגמ׳: ״ומי אמר רבי יוחנן הכי? והאמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: האומר לחבירו מתנה אני נותן לך וכו׳ מותר לחזור בו״, ומתרצת הגמ׳ שמדובר במתנה מרובה, דלא סמכא דעתיה ולא האמין שיתן לו מתנה זו בלא קנין, ולכן אין בזה משום מחוסרי אמנה. אבל אם הבטיח מתנה מועטת ולא עמד בדיבורו, הרי זה ממחוסרי אמנה. וכ״נ **בשו״ע** ס״ח.

ומ״מ אם מת נראה דאין מוטל על היורשים ליתן לו המתנה. **הגרע״א**.

אם רבים אמרו לאחד ליתן לו מתנה, כתוב **בהגהות שניות דמרדכי** שאינם יכולים לחזור אפי׳ במתנה מרובה (כלומר שאם חזרו הוו ממחוסרי אמנה), משום דבכה״ג סמכא דעתו [שכל אחד מביא מעט]. והובא **בשו״ע** בס״ט.

ולקמן סי׳ רמג ס״ב: ״ואם המקבל עני, אינו יכול לחזור בו (ואפילו בעשיר יש בו משום מחוסר אמנה) אם היא מתנה מועטת״. וע״ש בסמ״ע (סק״ה) שהרמ״א מתקן דברי השו״ע, דבעני אינו יכול לחזור אפי׳ במתנה מרובה, דצדקה הוי כנדר, עי׳ יו״ד סי׳ רנח סי״ב, ובעשיר רק במועטת כמבואר בסי׳ דידן.

---

[10] וכשיטת הרמ״א גם בסי׳ סח ס״ב. אכן לשו״ע בסי׳ סח שם לא מהני, וע״ש בב״י שדעת הרמב״ם דשתי הלישנות בגיטין י ע״ב פליגי אהדדי ואין הלכה כשמואל אלא כל״ב, ע״ש.

דרך אגב נוסיף את דברי **הקצה"ח** סק"ג. ראיית הגמ' שם שבמתנה מועטת סמכא דעתיה: "דאמר רבי אבהו אמר רבי יוחנן: ישראל שאמר לבן לוי: כור מעשר יש לך בידי - בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר. אי אמרת בשלמא לא מצי למיהדר ביה - משום הכי רשאי, אלא אי אמרת מצי למיהדר ביה - אמאי רשאי? אישתכח דקא אכיל טבלים". ופירש"י: משו"ה רשאי שיש לו לסמוך עמ"ש שארית ישראל לא יעשו עולה, ולא יתננו ללוי אחר דהיא מתנה מועטת.

וקשה: במה קנה אותו לוי, הרי לא זכה בו עדיין? ובשיטמ"ק כתב בשני אופנים: א. איירי במכירי לויה דחשיב כאילו בא לידו. ב. רא"ש: דלא גרע מנותן רשות לחברו שיתרום מכריו על תבואה שלו.

והקצות הקשה על שני התירוצים: א. אי מיירי במכירי לויה מה הראיה לדין מתנה מועטת ומחוסר אמנה, הרי הוי זכיה גמורה וקנין שלם. ב. על התירוץ השני קשה שהרי המעשר אינו שלו ויש לו בו רק טוה"נ, וגם למ"ד טוה"נ ממון אבל גוף התבואה אינו שלו, ואיך יכול ליתן רשות לתרום משל אחרים.

ולכן תירץ הקושיא באופ"א עפמ"ש **הרא"ש** בפירושו לנדרים לד ע"ב בשם **היראים** דהיכא דהיה לפניו ככר של הפקר ואין אדם סמוך לו ורק הוא יכול לזכות, יכול להקדישו כי בידו לזכות. וא"כ ה"נ כיון דודאי לא יחזור הוי כבידו לזכות, ו"בידו" מהני לכל דבר. [ועי' דו"ח להגרע"א ב"מ מט ע"א מה שהקשה ע"ז]. וע"ע בקצה"ח סי' רז סוף סק"ט וסי' רעח סקט"ו.

סימן רה

1. א. חמסן שחטף חפץ מחבירו ונתן לו את דמיו, האם דינו כמו שאנסוהו שממכרו ממכר? ב. אם סבור אתה שיש חילוק ביניהם ציין מהו החילוק ובמה הם שונים.

בב"ק סב ע"א: "א"ל רב אדא בריה דרב אויא לרב אשי, מה בין גזלן לחמסן? א"ל: חמסן יהיב דמי, גזלן לא יהיב דמי. א"ל: אי יהיב דמי חמסן קרית ליה? והא"ר הונא תלוה וזבין זביניה זביני? לא קשיא, הא דאמר רוצה אני, הא דלא אמר רוצה אני". מבואר למסקנת הגמ', שאם אנסו ונתן דמים והנאנס לא אמר רוצה אני - הוי חמסן, אבל אם אמר רוצה אני - לא הוי חמסן. לכאורה בשני המקרים המכר חל, והחילוק הוא רק האם האדם העושה כן נחשב חמסן או לא ונפקא מינה לענין פסול לעדות (עי' סנהדרין כה ע"ב) ולשבועה (עי' שבועות מה ע"א). ועי' תוס' ב"מ ה ע"ב (ד"ה בלא דמי) שפסול חמסן מדרבנן.[11]

אבל **בנתיבות** (סק"א) מבאר שיש גם חילוק מהותי בענין חלות המכר. ונקדים שהב"י והפרישה כתבו שדברי הגמ' שבתליוהו וזבין אמר רוצה אני, לאו דוקא, וה"ה בשתק הוי כאומר רוצה אני. ותמה הנתיבות שדבריהם דחוקים בלשון הש"ס. ועוד הביא כמה קושיות של מהרש"ך, והכריע הנתיבות שבאונס הגוף או אונס ממון - אמרינן דבהאי הנאה שנפטר מהאונס ע"י שהסכים למכור, גמר ומקני, ובכה"ג אומדנא דמוכח ואנן סהדי שמקנה בלב שלם וא"צ אמירת רוצה אני וכהב"י והפרישה. וכמ"ש הרשב"א וריטב"א בקידושין נ ע"א דמהני אפי' להתיר אשת איש באומדנא כזו.[12] אבל בחמסן שלא אנסו בשום אונס, רק שחטף החפץ ונתן דמיו, וע"י המכירה לא נפטר המוכר משום אונס - לא שייך לומר דאגב אונסיה גמר ומקני וליכא אומדנא שיתרצה, ולכן בכה"ג צריך שיאמר רוצה אני בפירוש, ואם לא אמר - המכר לא חל. נמצא שבחמסן האונס הוא עצם הכפייה שחוטף בע"כ, ואילו בתליוהו וזבין יש אונס של איום חיצוני

---

[11] ועי' בקצה"ח סק"ו שכתב שגם בתליוהו וזבין הוי "חמסן מיקרי", אך פשוט שכוונתו שם לומר דהוי חטא ואיסור (לאפוקי ממש"כ החו"י, עי' בתשובה הבאה) ולא לדמותו ממש לחמסן, שהרי מפורש בגמ' שיש להפריד בין הדבקים.

[12] וכמ"ש הקצה"ח בכמה מקומות (ע"פ מהרי"ט ועוד) דדברים שבלבו ובלב כל אדם הוו דברים: סי' יב סק"א, סי' קפא סק"א, סי' רנ סק"ה, סי' רסט סק"א, סי' שמח סק"ד. אבני מילואים סי' כז סק"ט, תשובת נחלת שבעה סי' פא, ועוד רבים.

שאם לא ימכור ייענש, ובזה המכירה מוכיחה על גמירות דעת גם בלא אמירת רוצה אני. וכתב הנתיבות ראיה לזה מהגמ׳ בב״ב מז ע״ב ורשב״ם שם ד״ה לקח מסיקריקון, ע״ש.

[ובגט בכפיית בית דין, צריך שיאמר רוצה אני כדי שהגט יחול, כידוע מד׳ הרמב״ם פ״ב מהל׳ גירושין ה״כ, ואע״ג שהגמ׳ משווה גט למכירה (וכאמור במכירה לא בעינן רוצה אני בתליוהו וזבין), הדמיון הוא רק לענין דאגב אונסא גמר ומגרש, אבל לעצם חלותו בגט בעינן גם ריצוי בלב, משא״כ במכירה.]

לפ״ז מבאר הנתיבות ענין נוסף, דהנה (והובא גם בסמ״ע סק״א) הוכיח שנחלקו הראשונים במקרה שמכר שלא ברצונו אבל לא ידוע שנאנס - **לרי״ף ורמב״ם** המכר חל, דסו״ס קיבל כסף וגמר ומקני אע״פ שאינו ברצונו, ואילו **לרא״ש והטור** המכר לא חל, דבעינן דוקא אונס כדי שתהיה גמירות דעת, ולא סגי בקבלת זוזי. וביאר הנתיבות שיטת הרא״ש עפמשנ״ת, שבאונס יש אומדנא דמוכח דגמר ומקני ולכן א״צ לומר רוצה אני, אבל כשאין אונס ידוע אלא רק קבלת זוזי, לא סגי בהכי בלא אמירת רוצה אני. ובסו״ד כתב שנראה לפרש כן גם ברי״ף ורמב״ם ושו״ע, ודלא כהבנת הפרישה, ע״ש.

וכן לענין הצורך בעדים, שהרמב״ם כתב דאגב אונסיה גמר ומקני אפי׳ אם לא לקח הדמים בפני עדים וסגי בהודאה בפני עדים, וכ״פ השו״ע בריש הסימן, אבל הראב״ד והטור והרמ״א פסקו שהמכר חל רק אם העדים ראו נתינת המעות ולא סגי שהודה בפניהם שקיבל מעות. ע״ע בנתיבות (סק״ב).

2. ראובן מכר לשמעון חפץ, ולפני שמכר מסר מודעה בפני שני עדים שהוא מוכרו מחמת אונס, ולאחר זמן בא שמעון ותבעו לראובן ורוצה לבטל את המכר הואיל ונודע לו שראובן מסר מודעה ובאונס מכר לו, וראובן משיב אבל מסרתי מודעה לפני המכר, אך עתה כבר השלמתי עם המכר מה הדין?

במסירת מודעה על מכר קי״ל דצריכים העדים לידע בעצמם שהוא אנוס ולא שיסמכו על פיו, ואז המכר בטל. וכל מודעה שלא כתוב בה כך אינה מודעה. **בשו״ת חוות יאיר** (סי׳ מ; הובא **בקצה״ח** סק״ו **ובפת״ש** סק״ג) כותב שכאשר מסר המוכר מודעה כשרה כנ״ל, לא רק הוא יכול לבטל המקח, אלא גם הקונה יכול לחזור בו ולבטל המכר אף במקום שהמוכר רוצה לקיים המקח. וטעמו, דהוי מקח טעות, דאילו ידע שהמוכר יכול לחזור בו לא היה קונה ממנו. ולא דמי להא דקי״ל גבי אונאה (סי׳ רכז ס״ד, ס״י-סי״א) שאין המאנה יכול לחזור בו אם המתאנה רוצה בקיום המקח, שלא יהא חוטא נשכר, דשאני התם שבא להרוויח מצד החטא (האונאה), משא״כ הכא שביטול המקח אינו מצד החטא (שאנסו למכור), שהרי מצד זה המכר חל, אלא ביטול המקח הוא מצד מעשהו של המוכר (שמסר מודעה וביטל המקח).

אבל בקצה״ח שם פקפק על חילוקו של החו״י בין אונאה לדהכא, שהרי גם כאן הוי ״חוטא נשכר״, דאע״פ שהמכר חל בתליוהו וזבין, מ״מ הוי חטא ואיסור כמו חמסן, אלא שהמכר חל כי נתרצה.

[יש להעיר שהקצות הבין שלדעת החו״י אין כלל מעשה חטא בתליוהו וזבין, ולכן כתב עליו מה שכתב. ולכאו׳ המעיין בלשונו של החו״י יראה שודאי מודה שיש איסור, אלא ״שאין ביטול המקח מצד החטא והוא מה שאונסו״, כלומר שה״שכר״ לא בא לקונה ע״י חטאו אלא כתוצאה ממסירת המודעה (וכמו שכתבנו לעיל בהבנת דבריו). ומה שכתב החו״י ״שהרי קי״ל תליוה וזבין זביניה זביני״, לא בא לומר שאין זה חטא (כפי שכנראה הבין הקצות מלשון זו), אלא נימק דבריו שחטא זה לא גרם לביטול מקח כי ההלכה היא שהמקח חל למרות האונס. ומ״מ גם לפי הבנה זו בחו״י אפשר לדחות חילוקו, דסו״ס נהנה בעקיפין ממעשה האונס שלו, שהרי בגלל האונס נמסרה המודעה, ונמצא חוטא נשכר. ודו״ק].

עכ״פ לדינא מסכים הקצות לחו״י, כיון שאם המוכר מסר מודעה המכר לא חל מעיקרא, וממילא יכול גם הקונה לחזור כיון שלקח החפץ שלא מדעת בעלים (שההסכמה בטלה ע״י המודעה). וביחס לקושיא מסי׳ רכז, מבאר הקצות שבאמת אין שום הבדל בין הדינים, שהרי גם שם קי״ל (ס״ד) שהמאנה אינו יכול לחזור דוקא כשהמתאנה רוצה בקיום המקח, אבל אם המתאנה חזר בו - גם המאנה יכול לחזור, דהכל נתבטל.

וה״ה בנ״ד שעצם מסירת המודעה הוי כחזרה של המוכר, וממילא בטל המקח לגמרי כנ״ל. [אגב, ע״ש בס״ד בהגה שיש סוברים שאם לא נגמר המקח שניהם יכולים לבטל, אא״כ נתרצה המתאנה וכו׳, וע״ש בנו״כ ואין כאן מקומו].

וע״ע **בפת״ש** סי׳ קצ (סק״ה) לענין קנה בכסף בלא שטר במקום שכותבים שטר דלא קנה, שהביא מתשו׳ **רשמי שאלה** (סי׳ נב) שכתב כסברת הקצות כאן, שגם המוכר יכול לחזור בו, והוכיח דהיכא דלא נגמר המקח מצד אחד, גם השני יוכל לחזור, ע״ש.

3. הדין שתליוהו וזבין הוי זבינא, ותליוהו ויהיב לא הוי מתנה. א. מה הדין בתליוהו ועשה פשרה או מחילה?

כתב **הרמב״ם** שאם אנסוהו לעשות פשרה דינו כמכר והפשרה חלה, ואילו אנסוהו למחול דינו כמתנה והמחילה אינה חלה. ונפסק בשו״ע ס״ג. וביארו **הב״י והסמ״ע** (סק״ט) שפשרה דומה למכר כי כל אחד מוחל על חלק ומקבל חלק והוי כקונה ומוכר, משא״כ מחילה שהיא חד צדדית, הוי כמתנה ולא כמכר ולכן המקח בטל. [הגרע״א הביא מתשו׳ **בית שלמה** סי׳ י, די״ל שכל זה בתובע שנתרצה בפשרה לקבל חלק מתביעתו, אבל לא בנתבע שנתרצה בפשר ליתן קצת לתובע, דזה לא דמי למכר, ע״ש וצ״ע].

הש״ך (סק״ה) ציין לסי׳ יב סי״א שם נפסק שאם ראובן הפחיד את שמעון ועשה פשרה בקנין וביטול מודעה, יכול לחזור בו. משמע שחוזר בו ללא מודעה כי ממילא בטלה. וקשה, הרי כאן נפסק שפשרה דינה כמכר, ובמכר צריך מודעה?

ונאמרו כמה יישובים לקושיא זו:

א. בתשובת הרשב״א (ח״ג סי׳ קב) תירץ (וכ״כ **הב״י והב״ח** סי׳ יב), שדוקא בתובע שאינו יודע אם צודק בתביעתו, אמרינן דהוי כאילו כ״א מוכר לחברו כל זכות שיש לו בתביעה זו באותו סך שמתפשרים ביניהם, וא״כ הוי כמכר. אבל שם בסי׳ יב ידוע שאין לנתבע שום זכות בדין אלא שהפחידו ואיים עליו ולכן עשו פשרה, ובכה״ג הוי כתליוהו ויהיב והכל היה מחמת אונס וא״צ במודעה. גם **הקצוה״ח** כאן (סק״ב) תירץ בדומה לזה, דהכא מיירי בדין מסופק שאין ידוע להיכן נוטה, או בדבר שיש הכחשה ועסק שבועה ביניהם, וה״ל תורת פשרה, אבל בסימן י״ב מיירי שהיה הדין ברור כו׳. וציין שכ״כ **מהרי״ט** (ח״ב חו״מ סי׳ צח).

בנתיבות (סק״ט) כתב דלכאורה יש להקשות על חילוקו של הרשב״א, שגם בדין מסופק שאנסוהו לפשרה, אם יתברר אח״כ שהדין עם הנאנס, הוי כתליוהו ויהיב, וכמו שמצינו בסי׳ יב סי״ד שאם הסכים לפשרה ואח״כ באו עדים לטובתו, הפשרה בטלה. אמנם י״ל דהכא שאני שמתחילה היה לו ספק אם הוא צודק וא״כ כשאנסוהו להתפשר גמר ומקני בגלל ספק זה.

אמנם כתב הנתיבות שלכאורה נראה ברמב״ם שכל דין פשרה כמכר הוא רק לענין מודעא בלא אונס, וא״כ גם פשרה בדין מסופק הוי כמכר רק לענין זה, אבל לענין אונס בלא מודעא לא דמי למכר, כי יכול לומר שהיה ברור לו שהדין עמו, ודלא כהרשב״א ומהרי״ט. אך סיים הנתיבות שמבטל דעתו בפני הפוסקים שכתבו שבדין מסופק פשרה כמכר לכל דבר.

ב. בבאר היטב בהג״ה (וכן בפת״ש סק״ה) מובא תירוץ **מהר״ר עוזר** שבאמת בפשרה א״צ מודעה, ומש״כ שדינה כמכר היינו רק לענין שהעדים צריכים לדעת שהוא אנוס ושמחמת האונס מכר.

ג. בשו״ת חמדת שלמה (חו״מ סי׳ יג, מובא בפת״ש הנ״ל) כתב שתליוהו וזבין זביניה זביני רק כאשר הוציא מרשותו באותה שעה ממון או שקידש או גירש שהמעשה נגמר תיכף, אבל אם אנסוהו ליתן שטר חוב או לחייב עצמו בדבר מה, לא מהני, כיון שנאנס ליתן רק ׳התחייבות׳ ולא דמי לעשיית מעשה בפועל, לא גמר ומקני. והביא ראיה לחילוק זה מ**הגמ״י** סוף הלכות שבועות. ולפ״ז יישב הקושיא מסי׳ יב ע״פ

אוקימתא, דהתם מירי שעדיין לא נתן אלא רק נתחייב, ולכן א״צ מודעה כדי לבטל, אבל כאן מדובר שכבר נתן או שהפשרה היתה על דבר ידוע ומיד בשעת הפשרה החזיק השני, ולכן הוי כמכר. ושו״ר שכ״כ מדנפשיה **בכסף הקדשים** (ריש ס״ג), וע״ש עוד דינים.

לסיכום: <u>תליוהו ומחל</u> - בטל. <u>תליוהו ונתפשר</u> - לרשב״א וסיעתו: אם הדין היה מסופק הפשרה חלה כמכר, ואם היה ברור שהדין עמו ונאנס להתפשר, הפשרה אינה חלה וכדין מתנה. למהר״ר עוזר: בפשרה א״צ מודעה אם העדים יודעים מהו האונס ושמחמתו עשה הפשרה. לחמדת שלמה וכסה״ק: פשרה כמכר רק אם בשעת הפשרה עשה מעשה, אך אם רק נתחייב הוי כמתנה ואינו חל.

הנתיבות (שם) כותב חילוקי דינים נוספים בפשרה: <u>א</u>. אם כפה אותו גם על הסכום שיקבל בפשרה, לא מהני, דהא אפי׳ במכר אם אנסו לקבל פחות משוויו, בטל המקח (כמבואר בס״ד). <u>ב</u>. אם הנתבע הודה בכל התביעה אחר הפשרה, הפשרה בטלה דהוברר דהוי כמתנה. <u>ג</u>. אם אחרי הפשרה הודה הנתבע בחלק שנתחייב בפשרה, וכעת רוצה התובע להשביעו בשאר כטענה שמחמת אונס נאלץ להתפשר, כתב הרא״ש בתשובה (כלל עב סי׳ ה) שאינו יכול להשביעו [וע״ש שלכאו׳ צ״ע בזה ובמה שביאר דעת הרא״ש].

בחכמת שלמה (על הרמ״א סי״א) כתב דאע״פ שפשרה כמכר, היינו רק במוסר מודעא על גוף הפשרה דדמי למכר שכל אחד נותן ומקבל כנ״ל, אבל אם כבר נעשתה פשרה ע״פ דין ולא רצה אחד לקיימה והכריח באונס את הצד השני לוותר לו עוד, המותר הוי כעין מחילה שדינה כמתנה. ע״ש.

ב. באם מסר מודעה על מתנה וגט בלא אונס האם מועיל מודעה, ומה הדין במכר? האם יש הבדל במתנה בין אונס קל ואונס גדול?

<u>לענין מכר</u> - עיין לעיל תשובה 1 סעיף א במח׳ הראשונים המובאת בסמ״ע (סק״א) אי בעינן אונס דוקא כדי שהמקח יחול, או דסגי בחוסר רצונו למכור. וע״ש בדברי הנתיבות. ומ״מ לענין מודעא נפסק בשו״ע ס״א ע״פ הגמ׳ ב״ב מ ע״ב ומח ע״ב, שצריך שידעו שהיה אנוס. **בסמ״ע** (סק״ז) ביאר שהכוונה שהאונס לא סר בשעת מכירה, ואילו **בנתיבות** (סק״ו) כתב שמעשים שבכל יום שמכשירים שטרי מודעות שנכתבו לפני שטרי המכירה, והרי לפי הסמ״ע פסולים דאימור בשעת מכירה נתרצו. אע״כ דלא בעינן כולי האי, ודוקא באונס לחוד בעינן שידעו העדים שהיה אנוס בשעת מכירה, אבל כשמסר מודעא די לנו שבאותה שעה היה אנוס, ושהמוכר עדיין מפחד מאותו אונס עד שעת המכירה. עכ״פ יוצא שבמודעא על מכר לא מהני ללא אונס.

<u>לענין מתנה וגט</u> - קי״ל תליוהו ויהיב לאו זביניה זביני, ולכן גם אונס בלי מודעא מבטל הנתינה (ועי׳ **נתיבות** סק״ח). ועוד נפסק (ס״ב) דא״צ להכיר אונסו, כי די בכך שלא רצה לתת כדי לבטלה, וא״צ אונס דווקא. וכן מבואר בס״ו שבמתנה הולכים אחר גילוי דעת הנותן שאינו רוצה להקנות בכל לבו. וכ״ה בסי׳ רמב ס״א.

ולענין מודעא בלי אונס, הנה מקור הדברים במסכת ב״ב (מ ע״א-ע״ב) איתא: ״אמרי נהרדעי, כל מודעא דלא כתיב בה אנן ידעינן ביה באונסא דפלניא, לאו מודעא היא״, ופריך: ״מודעא דמאי, אי דגיטא ומתנתא גילוי מלתא בעלמא היא״. והקשה **הרמב״ן** בחידושיו (שם ע״ב), מדוע בכלל צריך מודעא בגט ומתנה, הא קי״ל (גיטין לב ע״א) שיכול לבטל לאחר ששלח הגט גם בלא אונס. וביאר **רשב״ם** והסכים עמו הרמב״ן, שקודם כתיבת הגט א״א לבטלו ע״י מודעה ללא שהמודעה היתה באונס, דאם לא נאנס אנן סהדי שגמר בלבו לגרש ולא מהני ביטול.

אמנם שיטת **הרמב״ם** (פ״ו מגירושין הי״ט) שאפשר למסור מודעה גם ללא שנאנס, כגון שאמר ״כל גט שאכתוב מכאן ועד עשרים שנה בטל הוא״. וכותב רמב״ן שיתכן שגם לרמב״ם היינו בסתמא, שמניחים שנאנס כשהודיע מודעא זו, אבל אם מפרש שאינו אנוס ורוצה לבטל, הגט לא בטל. [ועוד ביאר רמב״ן

בלשון הרמב"ם, שבאמת אם אמר "בטל הוא" מבוטל כמ"ש הרמב"ם, אבל "אנוס אני" - הגט כשר, שהרי לא ביטלו בפירוש, וגילוי דעתא בגיטא לא מהני (גיטין לד ע"א)]. אבל מדברי **הרשב"א** (ב"ב שם ד"ה מודעא) **והרא"ש** (שם סי' לב) **והב"י** (כאן סי"ב) נראה, דאפילו ידוע שאינו אונס מועילה המודעא בגט [דלא כרשב"ם ורמב"ן], משום דלא גרע מביטול וסגי בלי אונס כלל, ופירשו את קושיית הגמ' שם "אי דגיטא ומתנתא גילוי מלתא בעלמא", שהכוונה שגילה דעתו שאינו רוצה בקיומו של גט ומתנה, ובאמת א"צ אונס. ואילו רשב"ם ורמב"ן הבינו ש"גילוי מלתא" הכוונה גילוי על האונס ולא על רצונו לבטל, ולכן הוקשה להם אמאי צריך אונס וכו'.

וא"כ דברי השו"ע בס"ב וס"ו הנ"ל הם כשיטת הרשב"א וסיעתו, וכן ביאר **הסמ"ע** (סק"ח).

ובקצה"ח (סק"ה) כתב ליישב קושיית הרמב"ן באופ"א, עפמ"ש תוס' בב"ב שם (ד"ה מחאה) שבמודעא הקלו דמהני אע"ג דהוי מפי כתבם, כדי להציל הנאנס מיד אונסו. ולפ"ז י"ל שכאשר לא נאנס אלא רק אינו מעוניין - יש בעיה של מפי כתבם, כי בכה"ג לא הקלו. וזו קושיית הגמ' "גילוי מלתא בעלמא הוא", שבוודאי נאנס ומהני מפי כתבם. ולפ"ז כשידוע שלא נאנס ואין עדים שמעידים בעל פה [אלא יש רק מודעא בכתב] פסול משום מפיהם ולא מפי כתבם [וע"ע בקצות סק"א].

ועי' גם בדבריו (סק"ח) נפק"מ נוספת במח' הראשונים הנ"ל לענין ביטול מודעה, שכתב **הרמ"א** בסי"א ע"פ **הרא"ש** (ב"ב פ"ג סי' נא) דאי לא ידעינן אונסיה מהני ביטול מודעא אף במתנה. וביאר הקצות טעמו, דבמכר היכא דביטל המודעא חזר הדין דתליוהו וזבין זביניה זביני, אבל במתנה אע"פ שביטל המודעא המתנה עדיין בטלה, משום דסו"ס היה אונס, וממילא היכא דלא ידעינן מאונסו וכל ביטול המקח הוא רק מחמת המודעא [כשיטתם דלעיל דבמתנה וגט מהני מודעא אפי' בלא אונס], כשביטל המודעא המתנה קיימת. אבל לרשב"ם ורמב"ן שפירשו "גילוי מילתא" על האונס, דאי לא נאנס למה יהיב, א"כ אפי' לא ידעינן מאונסו לא מועיל ביטול המודעה, דאמרינן מסתמא היה אונס בדבר והמתנה בטלה. וע"ע בקצה"ח מה שביאר דברי רשב"ם שם.

ובאמת **בנתיבות** (סק"ז) הקשה על שיטת רשב"ם, דא"כ במתנה לא יועיל לעולם ביטול מודעא לקיים המקח, שהרי לשיטתו אין מודעא בלי אונס, וא"כ גם אם ביטל המודעה - סו"ס נשאר האונס, ובחד מינייהו סגי לבטל המתנה [שאם ידעו באונסו א"צ מודעא, ואם יש מודעא ודאי היה אונס]? ותירץ שגם במתנה מצאנו מקרה שיש אונס ובכל זאת צריך גם מודעא, והיינו באונסא דנפשיה כההיא עובדא דב"ב מ ע"ב: "ההוא גברא דאזל לקדושי אתתא, אמרה ליה: אי כתבת לי כולהו נכסיך הוינא לך וכו', התם מוכחא מילתא דמחמת אונסא הוא דכתב לה" וכו' ע"ש. ומבואר שבאונסא דנפשיה בלא מודעא לאו כלום הוא אפי' במתנה [וע"ל סי' רמב ס"י]. ולכן בכה"ג גם הרשב"ם מודה שמועיל ביטול מודעא לבטל המקח. ודלא כמ"ש הקצות (סק"ה) שלרשב"ם אם ידעינן שלא נאנס אין כותבים מודעא, וגם דלא כמ"ש (סק"ח) שלרשב"ם לא מהני ביטול מודעא בגט ובמתנה.

סיכום דין מודעה בלא אונס על מתנה וגט - להבנת הקצות: לרשב"ם ורמב"ן (ורמב"ם - לרמב"ן בדרך אפשר) לא מהני, דאנן סהדי שגמר לגרש [ולקצות עצמו לא מהני משום דהוי מפי כתבם]. לרשב"א רא"ש וב"י (ופשט הרמב"ם) מהני. להבנת הנתיבות: לכו"ע מהני.

הבדל בין סוגי האונס במתנה - אמנם קי"ל דמתנה באונס בטלה, אבל מאידך איתא **בגיטין** נה ע"ב דשלוש גזירות גזרו וכו' הילכך קמייתא ומציעתא כיון דקטלי אגב אונסיה גמר ומקני. ופירש רש"י: "הילכך אגב אונסיה כי אמר ליה שא קרקע זה והניחני אקנייה ניהליה בלב שלם וקיימא לן תליוהו וזבין זביניה זביני". ומשמע שגמר ומקני בלא דמים. וקשה, הא קי"ל תליוהו ויהיב לאו זביניה זביני?

ותירץ **הב"י** שבאונס חמור שאם לא היה נותן היו הורגים אותו, דאגב אונסיה גמר ומקני אפי' בלא דמים, משא"כ בשאר אונסים לא גמר ומקני בלא זוזי. והקשה, הרי **בכתובות** לג ע"ב משמע דיסורין חשיבי אונס גדול ממיתה. ועוד שלפ"ז נצטרך לחלק בין אונס נפשות לאונסים אחרים, ולא משמע כן בגמ' ובפוסקים.

ותירץ שלושה תירוצים:

א. עפמ"ש **הרשב"א** בגיטין שם (ד"ה מתני'): "ואף על גב דקיימא לן כרב הונא דאמר תליוהו וזבין זביניה זביני שאני התם דקא יהיב דמי ואגב אונסיה עם קבלת מעות גמר ומזבין, ומיהו בהרוגי המלחמה אף על גב דלא יהיב דמי אין בו דין סקריקון דאגב אונסייהו גמרי ומקני הואיל והפקיר אותם המלכות להריגה ואינם מקוים לשוב לנחלתם עוד". נראה מדבריו דכיון שלא קיוו לשוב לנחלתם הוי כאילו קבלו דמיהם, וגמרי ומקני.

ב. כשהאנס אומר "תן לי קרקע זו ואי לא קטילנא לך" ודאי לא גמר ומקני אלא אם כן נתן לו דמים, אבל כשהאנס רוצה רק להורגו (כמו שהיה באותה גזירה) והוא נותן לו קרקע כדי שיניחנו, ודאי דגמר ומקני אף בלא דמים, כי פדה נפשו תמורת הקרקע. [ועי' מל"מ פ"ב מהל' גירושין ה"כ משה"ק ע"ז].

ג. הא דלא גמר ומקני באונס מתנה היינו כשאפשר לו לתבוע את האנס לדינא אחר זמן, דעשויין בעלי זרוע ליפול ודעתיה למתבעיה למחר ולא הקנה לו. אבל בשעת הגזירה לא רואים את האור בקצה המנהרה ולכן מתייאש וגמר ומקני אגב אונסיה גם בלי נתינה דמים. ואפשר שזו גם כוונת הרשב"א.

מעתה נמצא, שבשעת הגזירה יש חילוק בין אונס מיתה לאונס אחר [בכפוף לתירוצים הנ"ל]. וכ"כ **במרדכי** (גיטין רמז שצה) בשם **מהר"ם** בתשובה [וזה ממש כתירוץ השלישי של הב"י, ע"ש]. אמנם שיטת **ר"ת** שם דבכל גוונא ע"י מיתה גמר ומקני ולאו דוקא בשעת הגזירה, ע"ש. ועוד כתב שם במרדכי דדוקא כשהאנס הוא גוי המאיים בהריגה, אבל ישראל המאיים להרוג את חברו ישראל אינו אונס, לפי שאין ישראל שופכי דמים והם מגזימים ואינם עושים. והובא בסי' רלו ס"א בהגהת הרמ"א.

ועי' **בחכמת שלמה** ריש הסימן שכתב דין זה דבאונס מיתה אפי' במתנה זביניה זביני, ותמה מאוד על הפוסקים ראשונים ואחרונים שהשמיטו דין זה שהוא ש"ס מפורש וכו', וכן תמה על הש"ך ביו"ד (סי' רלב סקמ"א) שכתב "וצ"ע להקל באונס מיתה שהוא מבורר" וכו', למה לא הביא מן הש"ס וכו'. ולא זכיתי להבין תמיהתו, שהרי בב"י האריך בזה ככל הכתוב לעיל (וגם בנתיבות סק"ח הובא בענין אחר, ע"ש). ואולי כוונתו למה לא הובא בשו"ע ובנו"כ. ובאמת בהמשך שִׁיעֲר שהושמט משום דאינו שייך אלא בשעת הגזירה, כמ"ש במרדכי בשם מהר"ם [ובב"י כנ"ל]. אלא שהמשיך לתמוה שבמרדכי מובא שם חילוק אחר, שבאונס מיתה קנה כאשר נתן לגזלן מיד, אבל כשלא נתן לא מיד לא גמר ומקני אפי' באונס מיתה. וחילוק זה שייך בכל זמן ועת, ותמה הח"ש למה הושמט [וכתב דאין לומר שנכלל בדין סיקריקון המובא בסי' רלו, כי שם מיירי שמתיירא להרוג, דאמר למחר תבענא ליה בדינא. וסיים: "ואפשר כיון דלא שכיח הוא לא כתבוהו" ע"ש]. ולענ"ד הטעם פשוט שלדעת הב"י חילוק זה אינו עיקר אלא החילוק האחרון שכתב בעצמו, ובפרט שנראה שזו גם כוונת הרשב"א [החילוק הראשון] וכמו שנתבאר.

[באווירת חג מתן תורתנו הסמוך ונראה, עי' **במל"מ** (רפ"י מהל' מכירה) שהקשה על דברי המרדכי בדין אונס מיתה במתנה, מהא דאמרינן בשבת (פח ע"א) כפה עליהם הר כגיגית, מכאן מודעא רבה לאורייתא, והיינו משום דהו"ל כמו תליוהו ויהיב. וקשה, דהא התם היה פחד אונס של מיתה, ובכה"ג גמר ויהיב, ונשאר בצ"ע. ועי' בזה **בחת"ס** (עה"ת שמות יט, יז; בחידושי הש"ס שבת שם ד"ה ויתיצבו, גיטין נה ע"ב ד"ה לא היה, ב"ב מז ע"ב ד"ה ונ"ל; ובשו"ת ח"ג סי' קיב, ח"ז סי' כה) שתירץ עפ"ד הרמ"א (ראה לקמן בתשובה לסעיף ד) דדוקא תליוהו ומכר המכר חל, אבל תליוה לקנות לא מהני, והטעם דכל מוכר עצב ואנוס

הוא (ברכות ה ע"א), אבל לוקח דבעינן תחלת הקנין רצון, לא מהני ע"י כפיה ואונס.[13] והנה לגבי מתן תורה איתא בברכות שם עה"פ "כי לקח טוב נתתי לכם תורתי אל תעזובו", שהקב"ה מוכר ושמח, וא"כ ישראל בבחינת קונים ולא בבחינת מקבלים, וכפי המבואר דתליוהו וקני לא מהני כיון דבעינן תחילת קנינו ברצון, א"כ אפילו ע"י אונס מיתה לא מהני, וא"ש דאיכא מודעא רבה לאורייתא.

ומדבריו יוצא חידוש גדול, שלרמ"א בתליוהו וקני לא מהני אפי' אונס מיתה, ואילו להחולקים על הרמ"א (עיין לקמן שם) מועיל כל אונס כמו בתליוהו וזבין.

וע"ע בזה **בחכמת שלמה** על סי"א, חידוש דין דאם נתרצה למכור לחברו איזה דבר, ובטרם גמר הקנין במעשה נתיירא הלוקח פן יחזור המוכר והתחיל לאונסו לגמור המכירה וכך עשה המוכר, דנחשב אונס. ומ"מ במכר באמת אין נפק"מ כי צריך מסירת מודעא תחילה וכו' ע"ש, אבל נפק"מ במתנה או בהתרצה למכור פחות משוויו וכו' ע"ש כל דבריו].

ג. מהי הגדרת תליוהו? פרט!

לגבי מֻכָּר קי"ל ע"פ מעשה דפרדיסא (ב"ב מ ע"ב) שכל סוג של אונס הוי אונס, בין אונס הגוף בין אונס ממון. ואם הפחידו כתב **רב האי גאון** דממעשה דפרדיסא משמע דהוי אונס והובא **בשו"ע**, אבל **הרמ"א** כתב בשם **מהרי"ק** (שורש קפו) דגזים ולא עביד. ולדעתו לא דמי לפרדיסא, דהתם לא היה צריך לעשות שום מעשה שכבר הקרקע בידו. ועי' ביהגר"א (סקי"א). **ובהגרע"א** הביא מש"כ בשו"ת **רבי בצלאל אשכנזי** (סי' טו), שכתב שרוב ככל הראשונים עמודי ההוראה סוברים דאפי' באונס ממון סגי בהפחדה בלבד (רב האי, ר"ח, רמב"ם, ריטב"א, רמ"ה בעל העיטור, רמב"ן, ר"ן, מ"מ), ואם יחיד חולק (מהרי"ק) אין שומעין לו. **ובנתיבות** (סקי"ב) תמה על הרמ"א, שבדברי מהרי"ק משמע שמודה שאם הפחידוהו ומסר מודעא שהפחדה זו היא אונס בעיניו, דמיקרי אונס. וא"כ אין חולק במכר [דבעי מודעא] דהוי אונס.

ועוד כתב הנתיבות בשם **מהרח"ש**, שאם הפחידו להביאו בערכאות של גוים לכו"ע לא הוי אונס, דדוקא במפחידו בדבר דברי היזיקא כגון במלשינות וכיוצא, אבל ערכאות לא ברי היזיקא, שלא כל המביאים בערכאות נוצחים והרבה עשו ולא הצליחו, ע"ש. וכ"כ **בבני חיי** (הובא בבאה"ט סקי"ג) בשם **לחם רב** (סי' לז), דה"ה היכא דגזים דבר דמורה היתרא, כגון בפלוגתא דרבוותא דהמוחזק זוכה מטעם קים לי, והוא מפחידו שיוליכנו בערכאות וכו'. ועוד כתב בשם **מקור ברוך**, דהכל לפי ראות עיני הדיין אם המגזם הוא גבר אלים ומוחזק בכך לאנס הבריות ויש כח בידו לעשות כן והוא רגיל בכך לא אמרינן בכיוצא בזה עביד איניש כו'.

ועוד מבואר בסי"ב ע"פ מעשה דפרדיסא, שדוקא באונס דאתי ליה מאחריני בטל המקח, אבל באונס דאתי ליה מנפשיה, כגון מי שמוכר מפני שהוא דחוק למעות, לא הוי בגדר תליוהו. ואפילו באונס דאתי ליה מאחריני, דוקא שאנסוהו למכור, אבל לא אנסוהו למכור אלא ליתן מעות, ומחמת שלא היו לו המעות הוצרך למכור, לא הוי אונסא, וזביניה זביני.

ד. מה הדין בתליוהו לקנות?

כתב **בעל העיטור** שכל דין "תליוהו" הוא באנסוהו למכור, דאמרינן אגב אונסיה גמר ומקני ; אבל אנסוהו לקנות, אינו קנין. והובא בהגהת **הרמ"א** סי"ב [וראה טעם החילוק לעיל בתשובה לסעיף ב מדברי החת"ס].

ותמהו האחרונים באה"ע סי' מב (**ח"מ** סק"א, **ב"ש** סק"א ; עי' גם **הגרע"א** כאן) מדברי הרמב"ם והמ"מ (פ"ד מאישות ה"א) דמשמע דאין חילוק בין קונה למקנה. ובאמת שם בשו"ע הובא בסתם דתליוהו וקדיש

---

[13] וכן ביאר בשו"ת **רבי עזריאל הילדסהיימר** (ח"ב סימן קנה).

מקודשת, ומבואר שגם אם נאנס לקנות מהני. עוד הקשה **בשער משפט** (סק״ד) שהרי פשרה כמכר ושם יש גם מוכר וגם קונה, וכן הוכיח **מהרשב״א** (קידושין ב ע״ב ד״ה תנא) דאי אגב אונסיה גמר וזבין כ״ש דגמר וקני, ע״ש.[14] גם **בביאור הגר״א** כאן (סקל״ב) כתב שכל הפוסקים חולקים על העיטור.

ובנתיבות (סקי״ח) תירץ ששם הובאה שיטה זו רק משום חומרא דקידושין, אבל לענין מקח וממכר סובר הרמ״א דלא מהני וכדעת העיטור. וגם **הקצות** לעיל סי׳ ט (סק״א) נקט כהרמ״א, ע״ש.

ועוד כתב הנתיבות שבאנסוהו למכור, אע״פ שקיבל מטלטלין חלף המכירה ולא מעות, גמר ומקני, כי יכול למכור השוה כסף בעד מעות והוי כקיבל דמים. ואין לומר שהנאנס לא קנה את החפץ שקיבל בגלל סברת העיטור, משום דכל המוכר בעד שוה כסף בתורת דמים אין לו קנין בגוף החפץ, רק שנעשה בחיוב על הלוקח, כמבואר בב״מ דף מ״ה [ע״ב] דהזהב מחייב את הכסף, ועיין בסימן ר״ג סעיף ג׳ בט״ז שם, וכיון דאין להנאנס קנין בגוף החפץ, לא שייך גביה לומר אנסוהו לקנות, רק אנסוהו למכור דגמר ומקני.

ולפ״ז אם האנס ייחד לו החפץ ואנסו ואמר לו מכור לי באלו, דאז דין חליפין יש לו כמבואר בסימן ר״ג (שם בהג״ה), משו״ה כמו שהנאנס אינו קונה החפץ דהוי אנסוהו לקנות (לעיטור ורמ״א, שהנתיבות סובר שכך הלכה), גם האנס אינו קונה, וכעין שאמרו בסימן ר״ג (שם).

ועוד נראה דאפילו נתן לו האנס רק משכון בעד הדמים קנה, דהא אפילו נתחייב לו הדמים קנה להרבה פוסקים כמבואר בסעיף א׳ בהג״ה, ובנתן משכון נראה דכו״ע מודים דהוי כקיבל זוזי.

ונראה דהאונס את חבירו לקנות, אף שהלוקח הנאנס יכול לבטל המקח, מ״מ האונס אינו יכול לבטל המקח, דדמי להא דסימן ר׳ סעיף י״א דאין המוכר יכול לחזור בו, וה״נ הוי כתולה הקנין ברצון הקונה. ע״כ מהנתיבות.

ובחכמת שלמה כתב שדוקא אם אנסוהו לקנות במעות אינו קנין, אבל לקנות [לקבל] במתנה הוי קנין [ולענין להקנות קי״ל בדיוק להיפך - שבמכר מהני ובמתנה לא].

ה. האם יש חילוק בין אנסוהו אחרים לאונסיה דנפשיה?

מבואר לעיל סעיף ג. וראה גם סעיף ב מדברי הנתיבות סק״ז.

4. אדם שנאלץ למכור מחמת עלילה ואח״כ נתבטלה, אימתי המקח בטל, ומה דין פירות שאכל הקונה, והאם הכסף שקיבל או השטר יכולים להועיל לאחר ביטול העלילה? ומה הדין אם המעות עדיין ברשות המוכר ונתרצו לקיים המקח?

הכל שייך לסי׳ קצ. כתב **הרמ״א** שם (סי״ח) שאם העלילו עליו, וכדי להבריח מכר נכסיו וקיבל המעות ואח״כ בטלה העלילה, המכר בטל. ואפילו אם אח״כ התרצו במקח עליהם לעשות שטר חדש, כי השטר הראשון הוא שטר מוקדם. ע״כ. ועוד הוסיף **הסמ״ע** (סקל״ב) שאפילו אם עשו קניין כסף, לא מהני לקנין.

---

[14] נראה טעמו כמ״ש בגמ׳ (ברכות ה ע״א) ״מוכר עצב ולוקח שמח״, וכן (ב״מ נא ע״א) ״אמרי אינשי זבין אוביד״ [ועי׳ **רש״ש** נדרים מג ע״א דבסחורה העומדת לימכר יש למוכר הנאה ושמח, ובזה אפשר ליישב קו׳ הגר״א בקול אליהו אגדות הש״ס דלא מצינו שהמוכרים עצבים]. וא״כ הכא שנאנס למכור הוא עצב, ואפ״ה המכר חל, כל שכן באנסוהו לקנות. ואולי יש מקום לחלק בין קרקע למטלטלין, עי׳ **מור וקציעה** או״ח סי׳ רכג ד״ה בנה בית חדש). ועיין לעיל בתשובה לסעיף ב שמדברי החת״ס מתיישבת קושיא זו, דאדרבה כיון שלוקח שמח, מוכרח להיות ברצון גמור בלא אונס כלל ולכן תליוהו וקני לא מהני. ומדבריו עולה חידוש לדינא כמ״ש שם.

וראה **פת"ש** (סק"ח) **שהבית מאיר** באה"ע סי' צ ס"ז העיר **שבתשב"ץ** (ח"א סי' יג) שהוא מקור דין זה (והובא גם בב"י סי' קץ) מפורש, שאם מעות הקניין עדיין בידי המוכר, הקניין יוכל לחול כעת [וכתב דאולי צ"ל ברמ"א "ולא קיבל המעות"]. ועי' גם **בשער משפט** (סק"ג).

עוד כתב **הסמ"ע** שם (סקל"א) שטעם הדין הוא כדין אשה המברחת נכסיה מבעלה שמכרה נכסיה קודם נישואיה, שאם אח"כ מת בעלה המקח בטל שלא עשתה כן אלא כדי להבריח ממנו (כמבואר באה"ע שם). אבל **הנתיבות** (סקט"ו) כותב שאין לדמות הדינים זל"ז, כי דין מברחת קיים רק אם מכרה כל נכסיה, ועוד ששם המקבל אוכל פירות, ואילו בנ"ד כתב הרשב"ץ (והובא בב"י) שצריך לחשב בפירות. לכן כותב הנתיבות דמיירי כעין עובדא דהתשב"ץ שם, שהשטר היה אמנה ואחרי שיצאו העדים המוכר החזיר לו את התשלום ולכן גם מובן שהקונה צריך להחזיר את הפירות שאכל, משא"כ במברחת שהתכוונה לתת במתנה את הפירות שיאכל בינתיים, כמ"ש **הרא"ש** (כתובות פ"ח סי' ב).

***

ענין נוסף בסי' זה: שטר מודעא שאין בו זמן ולא ידעינן אם נעשה קודם המכר או לאחריו - **הרמ"א** (ס"ט) כתב שהמודעא כשרה, דמאחר דידעינן באונסיה מסתמא המודעא קדמה למכר. וביאר **הסמ"ע** (סקכ"ד) דמוקמינן עדים על חזקתם שלא היו חותמים אחר המכירה. **ומהרי"ט** (ח"ב סי' מג; הובא **בפת"ש** סק"ח) מפקפק על טעם זה, דלא מצינו שהם צריכים לחקור אם עדיין לא מכר, ומעידים על האונס בלבד. ולכן ביאר שהיות ויש ספק אימתי נעשתה המודעא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה. וכ"כ **הב"ח**. וכתב בתשו' **שיבת ציון** (סי' קיא) שבמכר שאין לו קול כמטלטלין וכדו' צודק מהרי"ט, אבל בקרקעות שיש להם קול צדקו דברי הסמ"ע.

ובקצה"ח (סק"ז) כתב דנפק"מ בין הטעמים, בפשרה: לסמ"ע - המודעא כשרה והפשרה בטלה, דמוקמינן לעדים אחזקתם שחתמו קודם הפשרה. לב"ח - המודעא פסולה והפשרה קיימת, דאוקי ממונא בחזקת הנתבע. ומדברי **הפת"ש** הנ"ל עולות עוד נפקותות: **א.** האם העדים צריכים לחקור אם עדיין לא מכר - לסמ"ע כן, לב"ח לא [כמשנ"ת]. **ב.** שיבת ציון (שם): האם דין זה שייך גם במתנה - לסמ"ע כן, לב"ח לא [ולפ"ז דייק השיבת ציון שהרמ"א סובר כטעם הב"ח, ולכן נקט רק מכר. ובפת"ש פקפק בזה, ע"ש]. **ג.** כשהעידו בע"פ ולא כתבו המודעא ולא ידעו הזמן - לסמ"ע לא מהני מודעא כזו, לב"ח מהני דסו"ס ידעינן באונסיה ומסתמא מסר קודם לכן.

סימן רו

1. אם אמכור שדה זו הרי היא מכורה לך ומכר לאחר - האם קנה הראשון?

ראה גם לעיל סימן קצט סוף תשובה 2, וכאן נרחיב יותר.

איתא **בע"ז** (עב ע"א): "ההוא גברא דאמר ליה לחבריה: אי מזבינא לה להא ארעא - מזבינא לך במאה זוזי, אזל זבנה לאיניש אחרינא במאה ועשרין, אמר רב כהנא: קנה קמא. מתקיף לה רב יעקב מנהר פקוד: האי זוזי אנסוהו! והלכתא כרב יעקב מנהר פקוד". וכן כתבו הפוסקים **ובשו"ע** ס"א, שאם הבטיח לחבירו שכאשר ימכור את השדה היא מכורה לו במאה ועשו קנין על כך, ולבסוף מכר לשני ביותר ממאה - השני קנה, דזוזי אנסוהו. ואפי' אם אמר לראשון "מעכשיו", מ"מ השני קנה.

אמנם כתבו **מהרי"ק** (שורש כ) **וריב"ש** (סי' קמה) שכל זה מיירי שאמר בלשון "כשאמכור אמכור לך" וכו', אבל אמר: "לא תמכור אלא לי", או שהתנה בפירוש שאף אם יתנו לו יותר ממה שקצב ימכור לו,

תנאו קיים ולא אמרינן דזוזי אנסוהו. וכן הביא **הרמ"א** בהגה. ועוד כתב **מהרי"ק**, ששכירות כמכירה לענין זה (ועי' **בשער משפט** סק"א).

ואם אמר לראשון "מכורה לך מעכשיו במאה" ועשו קנין ומכר לשני באותו מחיר - קנה הראשון ולא השני. מדוע צריך לומר "מעכשיו"?

א. **הב"י** כתב דאל"ה הוי קנין דברים, וא"כ גם כשהשני נתן אותו מחיר לא קנה הראשון. ב. **בדרכי משה** כתב שללא מעכשיו הוי אסמכתא. ג. **הסמ"ע** (סק"א) דחה את שני הטעמים וביאר דאם לא אמר מעכשיו יש ריעותא בכך שגילה דעתו שלא יתחיל הקנין מיד. להבנת הסמ"ע המכירה מתמשכת ולכן צריך מעכשיו. ד. **בנתיבות** (סק"א) כתב שאם אמר רק "אמכור לך", ודאי שצריך לומר מעכשיו, למ"ד דלא מהני "מעכשיו" בלשון "אתן" (כמובא בסי' רמה). וגם אם אמר "מכורה לך" כלשון השו"ע, והכוונה "כשאתרצה למכור" [ודלא כהבנת הסמ"ע שהמכירה מתמשכת], מ"מ צריך לומר מעכשיו כי מדובר בקנין סודר החוזר לבעליו כמבואר בסי' קצה ס"ה. ועי' **ב"ח** שקדמו להנתיבות בזה. **ובקצה"ח** (סק"ב) הביא ג"כ טעם זה וכתב דנראה דאפי' בכסף ושטר אם אינו מקנה מעכשיו הו"ל כאומר לאחר ל' יום שיכול לחזור תוך ל', וקנה השני.

<u>לשון חיוב בלא "מעכשיו"</u> - **בקצה"ח** (סק"א) הביא תשובת הריב"ש הנ"ל שאם התנה עם הראשון שימכרנו לו בסך מסוים ושלא ימכרנו לאחר אפי' ביותר מהסך הזה, קנה הראשון, כפי שהביא הרמ"א. **ובמל"מ** (פ"ח מהל' מכירה ה"ז) הקשה על לשון הריב"ש איך מהני לשון "שימכרנו", הרי צריך לומר "<u>מכורה לך</u>" (בלשון הווה שלא תהיה בעיה של "אתן", עי' לעיל) וכן לומר "<u>מעכשיו</u>" (מהטעמים שהוזכרו לעיל). ואמנם כתב **מהר"א ששון** (סי' קלג) דבלשון חיוב מהני לשון "מכורה לך" גרידא, אבל המל"מ דחה סברא זו דאדרבא איפכא מסתברא, דבלשון חיוב לא מהני כלום ואפי' מכרה לשני במחיר שקצב לראשון קנה השני. ודוחה הקצות קושיא זו, דכיון שכתב שטר בלשון חיוב שימכרנו לפלוני, יש לו דין שטר ממש וגובה ממשעבדי, ולכן מועילה לשון זו כדי להוציא מיד השני. ומ"מ להלכה כתב שדברי השו"ע נראין עיקר דבעי מעכשיו, דאע"פ שבאופן עקרוני מועיל שטר חיוב כנ"ל לגבות ממשעבדי, אבל בנ"ד לא מהני לשון חיוב כאשר אין חיוב אחריות שיחול החיוב על גופו [דהיינו שאם יאבד חייב לשלם], וכמו שכתב **מהרי"ט** (חו"מ סי' פא) והביאו הקצות גם לעיל בסי' רג סק"ב, דאם אין בו חיוב אחריות לפרוע ממקום אחר רק חיוב על הדבר שרוצה ליתן הו"ל קנין דברים וע"ש. ה"נ כיון שאין בזה חיוב אחריות לא הוי חיוב כלל.

אמנם **הנתיבות** בסי' רג סק"ו (וכאן סק"ב בקצרה) חולק וסובר שאפשר להתחייב על חפץ מסוים אפי' אם לא קיבל אחריות על גופו, וכמבואר בסי' ס ס"ו שיכול לחייב עצמו בדשלב"ל, ועוד ראיות. ודחה הראיה מדברי מהרי"ט דהתם לא קיבל ע"ע שום חיוב כלל ולכן לא מהני, ע"ש. ועי' גם בדברי הנתיבות כאן סק"א שכתב בפשיטות כמהר"א ששון דמהני לשון חיוב בלא אמירת מעכשיו.

סימן רז

1. ראובן המתגורר במדינת הים החליט לעלות להשתקע בארץ ישראל. טרם צאתו ציוה לחלק את רוב רכושו למוסדות צדקה. לאחר ששהה בארץ מספר חודשים כבדו עליו חבלי הקליטה והחליט לחזור למקומו באותה מדינה. האם יוכל לחזור בו ולבטל את דבריו הראשונים?

בקידושין מט סע"ב: "ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל, ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי; אמר רבא: הוי דברים שבלב, ודברים שבלב אינם דברים". מאידך איתא שם (נ ע"א): "ההוא גברא דזבנינהו לניכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל [רש"י: ופריש ליה דאדעתא דהכי עביד], סליק

ולא איתדר ליה; אמר רבא: כל דסליק אדעתא למידר הוא, והא לא איתדר ליה. איכא דאמרי: אדעתא למיסק, והא סליק ליה".

ובכתובות צז ע"א איתא: "זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, הדרי זביני". וכתבו התוס' (ד"ה זבין): "וכגון שגילה דעתו בשעת המכר דאמר דליזבן תורי קא זבין להו, דאי שתק הוו להו דברים שבלב".

מבואר שאם מכר בסתמא ללא גילוי דעת מפורש הוי דברים שבלב והמכר חל. אך אם פירש שמוכר כדי לעלות ולא עלה, המכר בטל אע"פ שלא עשה תנאי מפורש, דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד (**תוס'** קידושין מט ע"ב ד"ה דברים, וראה בתשובה הבאה שיטות נוספות בראשונים). ואם אמר שמוכר על דעת לעלות לא"י ועלה ולא איתדר - ללישנא קמא המכר בטל כי מכר על דעת לדור שם ולא דר, וללישנא בתרא המכר חל דמכר על דעת לעלות והרי עלה. **הרי"ף והרמב"ם** לא הכריעו במקרה זה, **והרא"ש** (פ"ב דקידושין סי' טז) **והטור** פסקו כלישנא בתרא דהמכר אינו בטל.

בשו"ע ס"ג נפסק: "מי שמכר חצרו או שדהו, ופירש בשעת המכירה שהוא מוכר כדי לילך למקום פלוני, או מפני המטר שנמנע, כדי לקנות חטים בדמיו, ה"ז כמוכר על תנאי" וכו'. ובס"ד כתב השו"ע: "אבל המוכר סתם, אף על פי שהיה בלבו שמפני כך וכך הוא מוכר, ואף על פי שנראים הדברים שלא מכר אלא לעשות כך וכך (כמו במקרה השני), ולא נעשה, אינו חוזר, שהרי לא פירש, ודברים שבלב אינם דברים. ואף על פי שקודם מכירה אמר שהוא מוכר על דעת לעשות כך וכך, כיון דבשעת המכירה לא אמר, אינו חוזר". אמנם כתבו **התוס'** (קידושין שם) **והרא"ש** בתשובה (כלל פה), והביאם **הרמ"א**, דאי איכא אומדנא דמוכח, דאנן סהדי שמכר ע"ד לעלות לא"י, נתבטל המקח אפי' שלא אמר מאומה.

והנה **הטור** כתב: "ואם פירש בשעת המכר על דעת לדור במקום פלוני והלך לשם וצר לו המקום מלדור שם, המקח קיים כיון שעלה". ותמהו האחרונים (**דרישה**, **ש"ך** סק"ד, **ט"ז**) שבגמ' נאמר "אדעתא למיסק" אבל אם פירש "לדור" ולא דר לכאורה משמע שהמכר בטל. והש"ך נשאר בצ"ע. ועי' בדרישה מש"כ לבאר. והט"ז כתב שט"ס בטור וצ"ל "על דעת לילך לדור במקום פלוני" שהעיקר ההליכה והרי הלך ולכן המכר חל וכלישנא בתרא בגמ'. ועפ"ז כתב בסו"ד: "מי שמוכר ביתו ואומר שרצה לעשות איזה פעולה במקום פלוני, והלך ולא מצא שם לעשות כן, דהמקח בטל אף על פי שהלך כיון שלא הזכיר ההליכה. ועוד נראה, שאם אמר לילך ולדור, הוה הדירה תנאי מחדש, ואז גם הדירה מעכבת המקח, משא"כ באומר לילך לדור, דמשמע ההליכה לצורך דירה, אז הדירה אינה כתנאי, ועכ"פ אף על פי שהיתה כונתו בלי ספק ג"כ עליה, מ"מ הוי דברים שבלב ואינם דברים, רק גילוי מילתא בפירוש בעינן".

וע"ע **בפת"ש** (סק"ד) בשם **חת"ס** (חו"מ סי' ע) שביאר דברי הטור בדומה לדרישה ודלא כהט"ז, שהטור למד בגמ' דאפי' פירש להדיא "לדור" הוי דינא הכי דהמכר חל, ואע"פ שבגמ' נאמר רק "למיסק", היינו משום דמעשה שהיה כך היה, אבל באמת הכוונה "לדור" ומירי שמצא דירה בדוחק גדול וזהו "לא איתדר", ונחלקו הלשונות בגמ' אם הוי בכלל דירה. ובאמת אם לא מצא כלל דירה, אה"נ דהמכר בטל. וסיים החת"ס שלשאר הפוסקים שלא כתבו כהטור, אם אמר סתם "לעלות" הכוונה לדור, ובכה"ג אם לא מצא אלא ע"י הדחק ההלכה שהמקח קיים (כלישנא בתרא), אבל אם אמר להדיא "לדור", כיון דאמר מילתא יתירא (שהרי יכול היה לומר סתם "לעלות") ודאי כוונתו לדירה ברווח, ואפי' אם מצא דירה ע"י הדחק המקח בטל [משא"כ לטור גם בכה"ג המקח חל].

דוקא קרקע או גם מטלטלים - שיטת **רש"י** דהא דמהני גילוי דעת בעלמא הוא רק במוכר קרקעות, אבל במטלטלין בעינן תנאי גמור ככל משפטי התנאים. כך דייק **הרא"ש** בפסקיו שם מדברי רש"י שכתב "לנכסיה - מקרקעי" [כך מפורש ברא"ש, וכ"כ הב"ח והדרישה, ותמהו על הב"י שכתב שלא נמצא כן

ברש״י לפנינו[15]). והובא בטור שם. ובב״י כתב שכן משמע בדברי **הרמב״ם** (פי״א מהל׳ מכירה ה״ח[16]) ושכ״כ **התוס׳** (כתובות צז ע״א ד״ה זבין)[17] **והמרדכי** (כתובות סי׳ רנד בשם **הר״ח**, ע״ש. ועי׳ בהגהות והערות אות כז). וטעם החילוק כתב הרא״ש, לפי שאין דרך אדם למכור קרקעותיו שהוא מתפרנס מהם אם לא היה בדעתו לעקור דירתו מכאן, אבל אם מכר כל מטלטלים שלו, אפילו אם גילה דעתו בשעת מכירה שמוכר אדעתא למיסק המכר קיים. וכ״כ **בביהגר״א** סק״י, דדוקא בקרקע שייך אנן סהדי שכתבו התוס׳, ולא במטלטלים. וכ״כ **הרמ״א** בס״ג כרש״י דדוקא בקרקעות, אבל במטלטלין צריך תנאי ממש.

אמנם **בפת״ש** (סק״ה) מביא בשם **שו״ת פרי תבואה** (סי׳ לא), שדין זה דלא מהני גילוי דעת במטלטלין הוא רק מחמת שהוא ספק [שלפעמים מוכר אפי׳ אם דעתו להישאר, אבל לפעמים מוכר רק על דעת לעלות], ולכן המכר חל כי הלוקח מוחזק והמע״ה. וכן מוכח להדיא **בהגה״א** כתובות (פי״א סי׳ ט) ובמרדכי הנ״ל ובטור [שכתב ״**שפעמים** אדם מוכר״ וכו׳]. ולכן פסק בעובדא דהמוכר מוחזק דאין מוציאים מידו מספק. וגם **החת״ס** (חו״מ סי׳ קב) דן בראובן שמכר כלי כסף שלו והיה ידוע שמטרתו לקנות בדמים אלו יורת בישול של יין שרף, וגם אמר כן בשעת המכירה, והקונה של כלי הכסף כבר שילם הכל אך טרם משך, ואדהכי מת אחיו של ראובן והוריש לו יורה כזו. וכתב החת״ס שבוודאי יכול המוכר לחזור בו: א. כי הקונה רק שילם וטרם משך, וא״כ לא התבצע קניין. ומחוסר אמנה או מי שפרע לא שייך כאן כי הוי כתרי תרעי כמבואר בס״ס רד [אמנם יש להעיר שהרמ״א שם הביא שי״א דאפי׳ בתרי תרעי הוי מחוסר אמנה וכתב שכן נראה עיקר. והב״ח שם הסתפק לדינא ע״ש, ועי׳ סי׳ קצט תשובה 2]. ב. ועוד, אפילו אם היה קניין גמור, כיוון שהשו״ע לא הבדיל בין קרקע למטלטלים ורק הרמ״א הזכיר חילוק זה, יכול המוחזק לומר קים לי כשו״ע.

ובעל פת״ש בספרו **נחלת צבי** כתב לתמוה על החת״ס: א. מש״כ דבתרי תרעי אין מי שפרע תמוה, שברמ״א שם מבואר כן רק לענין מחוסר אמנה, אבל מי שפרע איכא גם בתרי תרעי. ב. מש״כ שלשו״ע אין חילוק בין קרקע למטלטלין, אינו נראה, דמשמעות השו״ע כרמ״א, שהרי כתב ״חצרו או שדהו״ כלשון הרמב״ם, ושינה מלשון הטור שהעתיק סתם ״נכסיה״. וכן מבואר בב״י שכתב שמהרמב״ם משמע כרש״י, וכוונתו לדייק כן מלשון זו ״חצרו או שדהו״ בדווקא. ומ״מ להלכה מסכים הנ״צ לחת״ס שדין זה הוא מתורת ספק, והיכא שהמוכר מוחזק א״א להוציא מידו וכמ״ש הפרי תבואה.

ויש להעיר לכאורה מדברי **העטרת צבי** שהובאו בנתיבות (סוף סק״א) שעכשיו נוהגים דבמטלטלין לא בעינן תנאי כפול. וכ״כ הנתיבות גם בסי׳ רמא (סקי״א) בשם **בית הלל** (אה״ע סי׳ לח ס״ג) ושאר אחרונים. ולפ״ז לכאורה סגי בגילוי דעת כמו בקרקע וכל הדיון הנ״ל אך למותר. אמנם נראה שהכוונה היא שא״צ משפטי התנאים כתקנם, אבל לשון תנאי בעינן. וצ״ע [ועי׳ **שו״ת מהרש״ם** (ח״ג סי׳ שז) שרמז לזה קצת]. ושוב מצאתי כן להדיא **בחת״ס** (חו״מ סי׳ קב והובא בפת״ש סוף סק״ו) דאפי׳ למ״ד דלא בעינן תנאי כפול, עכ״פ צ״ל בלשון ״אם אעלה לא״י יהיו החפצים מכורים״, אך הכא לא אמר לשון ״אם״, אלא ״אני

---

[15] ולענ״ד בוודאי ראה הב״י שהרא״ש דייק כן ברש״י, וכמ״ש ״אבל הרא״ש כתב כן בשמו״, אבל כוונתו שהבנת הרא״ש בפירש״י אינה מוכרחת, דאפשר לפרש מש״כ ״מקרקעי״ כמו שכתב **מהרש״א** שם, דלולי דברי הרא״ש אפ״ל דרש״י דקדק לכתוב כן משום דאילו הוו מטלטלין ע״כ הלוקח הוה מוחזק בהו, דאם לא כן בלאו הכי יכול לחזור ולא הוו זביני זבינא, וא״כ מאי דחי לקמן התם משום דלחומרא והיינו דמספקא לן וא״כ הכי נמי הכא אית לן למימר דהמע״ה ושפיר קאמר דהוה זביני זבינא אבל בקרקע ניחא דלא הוה זביני זבינא דכיון דספיקא הוה קרקע בחזקת בעליה ולא הוה זביני זבינא. עכ״ד. ועי׳ **בקרבן נתנאל** על הרא״ש שם (אות ק) שציין למהרש״א והצדיק דברי הרא״ש, דאכתי מצי רש״י לפרושי במטלטלין והמה עדיין ביד המוכר, ונ״מ לקבולי עליה מי שפרע. ולכן הדיוק במקומו עומד דדוקא מקרקעי ומטעם שכתב הרא״ש.

[16] נראה שהב״י דייק כן ממש״כ הרמב״ם שם: ״מי שמכר חצירו או שדהו״, ושינה מלשון הגמ׳ ״נכסיו״ [ועי׳ בכס״מ שם]. ועיין להלן בסמוך בדברי הנחלת צבי.

[17] לא כתבו שם להדיא החילוק בין קרקע למטלטלין, אך כתבו: ״ויש דברים שאינו מועיל בהם גילוי דעת עד שיתנה כגון אם היה מוכר מלבושיו אדעתא למיסק לארץ ישראל דזהו דבר שאין רגילין למכור אדעתא דהכי התם ודאי אין מועיל גילוי דעת״ וכו׳. והב״י הבין שזה גופא החילוק בין מטלטלין לקרקע ומטעם שכתב הרא״ש לחלק ביניהם שהוא טעם התוס׳.

מוכר משום שאני רוצה לעלות לא״י, ו״משום״ לאו לשון תנאי הוא, ולא אתינן עלה אלא מאומדנא דחז״ל דאי לאו הכי לא היה מוכר והוי כאילו התנה, ובזה סבר רש״י אין לנו אלא קרקע אבל מטלטלין כו׳. וחילוק זה בין ״אם״ ל״משום״ מבואר בשו״ת מהריב״ל ח״ג סי׳ צא. עכ״ד.

ובבאה״ט (סק״ח) כתב דמשמע בב״י שכל החילוק בין קרקע למטלטלים הוא לגבי מוכר, אבל בלוקח אין חילוק ומהני ג״ד גם במטלטלין. וכ״כ **בתשובת שער אפרים** (סי׳ קמ). ולכן פסק שם בלוקח שגילה דעתו בשעת גמר המקח שקונה חפץ בשביל איש אחד ולא התנה בפירוש שאם לא ירצה האיש ההוא ליקחנו שיחזור לו החפץ ועדיין לא נתן מעות ואח״כ לא רצה האחר ליקח החפץ, דהמקח חוזר וצריך המוכר לקבלו אם לא נתן הלוקח המעות עדיין. אבל **בפת״ש** (סק״ו) האריך טובא לבאר שדבר זה שנוי במחלוקת בין רבינו יונה לרבינו חננאל כמובא בטור סי׳ רל ס״ה, ותורף דברי הפת״ש: בלוקח מטלטלין - לדעת ר״ח ותוס׳ (כתובות מז ע״ב) וטוב״י ושער אפרים (הנ״ל) וחת״ס (חו״מ סי׳ ע) - מהני גילוי דעת [וכן דעת הרמ״ה אם התנה שלא יתן הדמים עד שיוליכנו למקום פלוני, ע״ש], ולדעת רבינו יונה לא מהני [וע״ע בזה בסי׳ רל תשובה 1]. בלוקח קרקע - לנתיבות (סק״ג) מהני ג״ד אפי׳ לדעת רבינו יונה.[18] לחת״ס והפת״ש - לא מהני ג״ד אפילו לדעת ר״ח וסיעתו.

מתנה - עוד יש לדון שכאן מדובר במתנה (שציווה לחלק רכושו לצדקה), והביא **הרמ״א** בסעיף ד׳ שיש אומרים דבמתנה דברים שבלב הוו דברים [ומקורו ב**פסקי ריא״ז** (ב״ב פ״ט סי׳ קפ) ומובא בשלטי גיבורים כתובות נו ע״א]. ופירש **הסמ״ע** (סק״י) הטעם, דדוקא במכר דקיבל מעות מסתמא גמר ומקני אם לא דפירש, משא״כ במתנה דהוא בחנם, דאומדן דעת כל דהו מבטל המעשה ואמרינן ביה דלא גמר בדעתו ליתנו לו בחנם. ועי׳ **בכסף הקדשים** דמשמע שגם במטלטלין הדין כן אע״פ שבמכר גילוי דעת לא מהני, במתנה מהני אפי׳ דברים שבלב.

נמצא להלכה שאם מדובר במכר - אם מכר בסתמא המכר חל, ואם התנה ככל משפטי התנאים שמוכר על מנת לדור שם - פשיטא שיכול לבטל דבריו, ואם רק גילה דעתו בלא תנאי - אם אמר בפירוש ״לדור״, לטור המקח חל דסו״ס מצא דירה בדוחק [אם זו הכוונה ״כבדו עליו חבלי הקליטה״], אבל לשאר פוסקים הוי לטפויי מילתא והמכר בטל כמ״ש החת״ס, ואם לא אמר ״לדור״ המכר חל. ולגבי מטלטלין - כשלא אמר לשון תנאי אלא רק גילוי דעת, אם הקונה מוחזק המכר חל, ואם המוכר מוחזק אין מוציאין מידו.

והנה בנידון השאלה שלא עשה שום קנין רק ציווה לחלק רכושו לכאו׳ פשיטא שיכול לחזור בו בכה״ג שלא איתדר בא״י. אכן יש לדון לפי הסוברים דבצדקה אמירתו כמסירתו להדיוט,[19] וא״כ הוי כמעשה קנין. ועי׳ גם בסי׳ דידן סי״ט בהגהת הרמ״א שאם נדר איזה דבר באסמכתא לצדקה או להקדש, קונה (ועי׳ בסמ״ע סקנ״ו המקור במרדכי; ועי׳ שו״ת בית מאיר סי׳ א בתשובתו להגרע״א). אמנם מצד גילוי הדעת, כיון שמדובר במתנה, הרי גם בנתינה גמורה קי״ל דדברים שבלב הוו דברים, והכל בטל בכל גוונא וה״ה בצדקה אפי׳ אם נאמר דכמסירתו להדיוט, כנ״ל.

---

[18] ע״ש שכתב שאם דירתו במקום אחד וכבר קנה בית או חנות במקום אחר ואמר שקונה כי דעתו לעקור לשם, ולא אסתייעא מילתא, המכר בטל, דאין לך אומדנא גדולה מזו, דודאי אין דרך אדם לקנות קרקע במקום אחר אם לא שרצונו לקבוע דירתו באותו מקום, ע״ש. [וזה צ״ע, דבזמננו אולי קונה כדי להשכיר כפי שמצוי לרוב. אכן במכר דירתו וקנה במקום אחר וא״כ כעת יש לו רק דירה אחת, יתכן שזו אומדנא דמוכח. וגם בזה יש לפקפק שמא התכוון לשכור דירה באותו מקום ולהשכיר הדירה שקנה במקום האחר.]

[19] אמנם בקצה״ח נוקט דלא אמרינן הכי, עי׳ בדבריו בכמה מקומות: כו, א; סו, ב; פז, כא; ריב, ד-ה; רמב, א; רנב, ה; רנה, ב; רנז, א; רנח, א; רצ, ג; שא, א; שנג, א. וראה גם להלן סימן ריב תשובה 3.

2. אימתי אין אנו צריכים למשפטי התנאים כדי לבטל מקח ואימתי גם דברים שבלב הוי דברים?

ראה בתשובה הקודמת, ונוסיף מעט בשיטות הראשונים. ראינו ע"פ הגמ' בקידושין ובכתובות, שכאשר גילה דעתו א"צ תנאי. ונחלקו הראשונים בטעם הדבר: **לרשב"ם** (הובא בתוס' קידושין שם) הצורך במשפטי התנאים הוא רק באיסורים ולא בממונות. **לר"ן** - מיירי שכפל התנאי אלא שהגמ' לא כתבה זאת. **לרש"י ותוס'** - כאשר יש אומדנא לכוונתו א"צ תנאי כפול. התוס' כתבו עוד, שבאומדנא דמוכח דברים שבלב הוו דברים וא"צ אפי' גילוי דעת כמו שטר מברחת (כתובות עט ע"א) וההיא דמי שמת (ב"ב קלב ע"א, קמו ע"ב) הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו, שאין מתנתו מתנה, בידוע שאם היה יודע שבנו קיים לא היה כותב. וכאמור כן הביא הרמ"א בס"ד. וכן הביא שבמתנה דברים שבלב מהני כאמור בתשובה הקודמת.

בפת"ש סק"ט (במהדורות השו"ע הישנות חסר סק"ח) הביא מ**תשובת חוות יאיר** (סי' סט) על לוי שרצה לקנות בית משמעון, ושמעון רצה 500 ולוי רצה לתת 300. אמר לו לוי במרמה שכבר רצה נפתלי לתת 350 וסירב ונשבע בנקיטת חפץ שאפי' אם מישהו יתן לו 400 לא ימכור. לוי השתכנע מהנחישות וקנה ב-410. אח"כ התברר שמחיר הבית הרבה יותר נמוך, וכן שנפתלי כלל לא היה שם באותו יום והכל שקר. לוי תבע את שמעון לדין, וטען שמעון שאמר זאת כדי להשביח מקחו וזה דרך התגרים [א"ה: עי' בטור סכ"ד כעין זה בשם תשו' הרא"ש, ובב"י שם, הובאו בקצה"ח סק"ד ובנה"מ סק"ח], ולגבי השבועה שלא יתן בפחות מ-400 טען שזו שבועת אמת. ופסק החו"י שאם כבר קיבל שמעון הדמים המקח חל, אבל אם לוי טרם שילם, נראה שיש כאן אומדנא דמוכח שלא התכוון לקנות אם היה יודע שפלוני לא היה שם באותו יום להציע מחיר גבוה וכו'. אמנם הפת"ש מציין **שהט"ז** (סי' שלב סק"ד) כתב שמעשים בכל יום שהמוכר משקר וטוען שכבר הציעו לו מחיר גבוה עבור החפץ ולא רצה כי המחיר עוד יותר גבוה, וכי בשביל זה נבטל המקח? וצ"ע.

3. א. מה נקרא אסמכתא? כתוב שלוש דעות הראשונים שכתב הב"י.

ההלכה דאסמכתא לא קניא כדעת רבי יהודה (ב"מ מח ע"ב; ב"ב קסח ע"א) וכרב נחמן (ב"מ סו ע"א) ודלא כרבי יוסי (ב"ב שם) ורב הונא (ב"מ שם) הסוברים שקונה.

בהוראת תיבת 'אסמכתא' נחלקו ראשונים: יש מפרשים שסומך בדעתו שאותו התנאי שבאי קיומו תלה את ההתחייבות, יקויים, וממילא לא תבוא ההתחייבות לידי מימוש (רש"י סנהדרין כה ע"ב; רשב"ם ב"ב קסח ע"א), ויש מפרשים שמסמיך את חברו, היינו שמבטיחו שיסמוך עליו, שאם לא יקיים תנאו יתן לו כך וכך (עי' רש"י ב"מ מח ע"ב וסו ע"א; תוס' ב"מ סו ע"א וב"ב קסח ע"א; רא"ש נדרים כז ע"ב), ויש מפרשים שסמך את ההתחייבות בתנאי של מעשה ידוע (רמב"ם פי"א מהל' מכירה ה"ב).

בהגדרת אסמכתא שאינה קונה נחלקו הראשונים כמובא בב"י לאורך הסימן [ועי' גם בפרישה אות יג שערך סיכום למקרים השונים]:

א. מדברי התוס' (סנהדרין כד ע"ב-כה ע"א, ד"ה כל; ב"מ עד ע"א, ד"ה הכא) עולה, שיש לחלק בין כמה מקרים: **1.** כאשר הדבר <u>תלוי בידו, ולא גזים</u>, כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא (ב"מ קד ע"א), לא הוי אסמכתא. **2.** אבל אם <u>תלוי בידו והגזים</u>, כגון שאמר "אם אוביר וכו' אשלם אלפא זוזי", הוי אסמכתא. **3.** כאשר הדבר <u>תלוי גם באחרים</u> [לשון הב"י "בידו קצת ולא לגמרי"] הוי אסמכתא אפי' לא גזים, כמו חמרא דזולשפט (ב"מ עג ע"ב), שאדם אמר לחבירו אם תקנה לי את היין הזה במחיר זול במקום פלוני אתן לך כך וכך, כיוון שהסכמת מכירת היין בזול תלויה באחרים, הוי אסמכתא. **4.** כאשר <u>אינו תלוי בידו כלל</u>, למשל משחק בקוביא, שהדבר תלוי במזל ולא במשתתפים, לא הוי אסמכתא אע"ג דגזים.

ב. תלמידי הרשב"א (ב"מ עג ע"ב) כתבו שגם כאשר בידו לגמרי ולא גזים (מקרה 1 דלעיל) הוי אסמכתא, חוץ ממקום שנהגו כך כההיא דאם אוביר ולא אעביד דבכה"ג דורשים לשון הדיוט ועשאוהו כתנאי בי"ד.

וכ״כ הר״ן בחידושיו (ב״מ עג ע״ב ד״ה התם; ב״ב קסח ע״א ד״ה ולא) בשם רב האי גאון [ע״פ ביאור הב״י (עמ׳ נג) בשיטתו, ע״ש].[20]

ג. הרמב״ן (ב״מ קד ע״א ד״ה ועוד) מחלק בין שני מקרים בלבד: כאשר התנאי תלוי במתְנה - אין זו אסמכתא, ואילו כאשר אינו תלוי רק בו - הרי זו אסמכתא. והסכים עמו בחי׳ הר״ן (ב״ב קסח ע״א ד״ה ולא). ובנמוקי יוסף (סנהדרין ד ע״ב ד״ה גמרא) כתב בשמו להיפך, ותמה ע״ז הב״י, וע״ש במש״כ (בעמ׳ נח; ועי׳ הגהות והערות שם אות פו). ועוד כתב הב״י ממשמעות הרמב״ן והר״ן שאפילו במקרה של בידו ולא בידו, שהוא אסמכתא, דוקא אם לשון התנאי היתה על מה שבידו, היינו שהוא יקנה היין, אבל אם לשון התנאי היתה על האחרים, היינו שאם המוכרים לא ימכרו לו היין ישלם ההפסד, אינה אסמכתא. אבל תלמידי הרשב״א אינם מחלקים בכך, שכיון שדבר המצוי הוא לקנות, הרי זה תמיד כתולה בדעת עצמו.

ד. שיטת ר״י מיגאש (ב״ב קמ ע״ב ד״ה האומר) **והרמב״ם** (פי״א מהל׳ מכירה ה״ב ואילך) שכל קניין שתלוי בדברים שעדיין לא אירעו ולא נאמר בלשון התנאי שהדבר יחול מעכשיו, הוי אסמכתא. רק קניין מוחלט שחל מיידית או התחייבות שתחול מיד אינם אסמכתא. לדבריו אפי׳ בדבר שבידו ולא גזים הוי אסמכתא. וכן דבר שאין בידו כלל נמי הוי אסמכתא, וגבי משחק בקוביא שאינו אסמכתא יש טעמים אחרים שכתבו הראשונים, עי׳ בב״י [כגון מש״כ ר״ת בספר הישר דדמי לשנים שהתערבו ביניהם (עי׳ שבת לא ע״א) שכ״א רוצה לקנות וגמר ומקני]. ועוד ביאר הב״י אליבא דהרמב״ם, שמה שהקשו בגמ׳ בב״מ עג סע״ב מאי שנא חמרא דזולשפט דהוי אסמכתא מ״אם אוביר״ וכו׳ דלא הוי אסמכתא, ותירצו ״התם בידו הכא לאו בידו״, אין הכוונה שבידו לא הוי אסמכתא (כפי שלמדו משם התוס׳), דאדרבה בסנהדרין שם משמע דבידו הוי אסמכתא טפי, אלא הכוונה כדברי רב האי גאון הנ״ל שגם אם אוביר וכו׳ הוי אסמכתא אלא דמתקנתא דרבנן דבריו קיימים, ודוקא שם תקנו כי הוי בידו, משא״כ בחמרא דזולשפט שאינו בידו לא תקנו רבנן.

ה. בספר החינוך (מצוה שמג) כתב, שכל עוד אין קנס אין זו אסמכתא, ולכן בההיא דאם אוביר אשלם אלפא זוזי, כיון שהתחייב לשלם קנס הוי אסמכתא ולא קניא. וביאר הב״י שלדעה זו בהכי גופא פליגי אמוראי במשחק בקוביא, האם אסמכתא הוי רק בקנס וא״כ משחק בקוביא אינו אסמכתא, או אפי׳ שלא בקנס. וכ״כ **הרשב״א** בחידושיו (ב״ב שם, ד״ה עוד) ובתשובה (ח״א סי׳ תתקלג) וכתב שזהו ״ענין שכל הלכות אסמכתות תלויות בו, אין יוצא ממנו אפילו דבר״. ובב״י הוכיח שכן דעת **רש״י** (ב״מ סו ע״א ד״ה אני) **ור״ת** (ב״מ עד ע״א תוד״ה הכא) **וסמ״ג** (עשין פב) **והרא״ש** בתשובה (כלל עב סי׳ ג). [ויש שהבינו בדברי רש״י (ב״מ סו ע״א ד״ה אני) דדוקא באמר מילתא יתירתא הוי אסמכתא, והב״י כותב דאין זה מוכרח, ע״ש (בעמ׳ נח-נט)].

ב. כמו מי פסק מרן וכמו מי פסק הרמ״א?

השו״ע העתיק לשון הרמב״ם [ועי׳ בב״י סוף הסימן, **שהנמוק״י** (ב״ב עח ע״א ד״ה גמ׳ אמר) כתב כלל בדיני אסמכתא - ״הכלל הגמור שכולל כל השמועות״, ותמה עליו הב״י (עמ׳ פו) שאותו כלל אינו כהרמב״ם, ״ומי זה יכלול כלל ויתן סימן ולא תיחשב בעיניו דעת הרמב״ם להזכירה כלל בהיותו עטרת תפארת הפוסקים״ וכו׳]. ואילו **הרמ״א** (סי״ג) הביא שיטת התוס׳.

---

[20] ומקורו **בשו״ת גאונים קדמונים** סי׳ פו. **ובאבן האזל** (פ״ח מהל׳ שכירות הי״ג) הקשה, דב׳משפטי התנאים׳ שבסוף ספר המקח והממכר כתב רב האי להדיא כתוס׳ דאם אוביר לאו אסמכתא הוא מדינא ולא מתקנתא. ע״ש. וכן העירו באנצ״ת ערך אסמכתא הערה 27. וצ״ע.

ג. לפי זה, האם סעיף בחוזה מכירה ולפיו מי שיבטל את העסקה יתחייב לצד השני 10% מסכום העסקה תקף, או שהוא אסמכתא, ומדוע?

לשו"ע אם עשו על כך קנין מעכשיו לא הוי אסמכתא. **לרמ"א** בכל מקרה לא הוי אסמכתא כיון שתלוי בידו ולא גזים. [יש לדון מדין ריבית כיון שכפוף לסכום העסקה ואכמ"ל].

4. אם נתן ערבון לחבירו ואמר לו: אם אחזור בי הערבון מחול לך, והמוכר אמר: אם אחזור בי אכפול ערבונך, וחזר אחד מהם, האם יש בזה דין אסמכתא?

בב"מ מח ע"ב פליגי ר' יוסי ור' יהודה האם אסמכתא קניא. המקרה שם הוא נידון השאלה, שראובן נתן ערבון לשמעון כאשר עשו מקח ביניהם, ואמר לו שאם יחזור בו מהמקח ערבונו מחול לו, ושמעון אמר שאם הוא יחזור בו יכפול לו ערבונו. לדעת רבי יוסי אסמכתא קניא והתנאים חלים. לר' יהודה קנה רק כנגד ערבונו. לדעת **הרמב"ם** (פי"א מהל' מכירה ה"ד) - ר' יהודה חולק רק על כפל הערבון, אבל לגבי הערבון עצמו מודה שהתנאי חל. וטעמו, היות והמוכר תפוס בערבון לא הוי אסמכתא ויכול הצד השני למחול. אך לדעת **רש"י והראב"ד ורא"ש** ר' יהודה סובר שגם לגבי הערבון עצמו הוי אסמכתא ולא קני. **השו"ע** (סי"א) פסק כהרמב"ם, **והרמ"א** כהחולקים.

בפת"ש (סקי"ד) הביא **משו"ת נו"ב** (מהדו"ק חו"מ סי' לא) שיכול הנתבע לומר קים לי כהרמב"ם והשו"ע דלא הוי אסמכתא במחילה כשהחפץ הנמחל תחת ידו. אמנם בנידון דידיה שם בתשובה היה תפוס רק בשטר חוב ולא בחפץ, ובכה"ג לא הוי מחילה, ע"ש. ועוד, אפי' אם נאמר דהוי מחילה, מ"מ בעינן קנין לכה"פ, דאע"פ דמחילה א"צ קנין, היינו במחילה להדיא כמבואר בסי' יב (ס"ז, ובסמ"ע סקט"ו).

5. הסבר מהו ההבדל בין התניית תנאים בהסכם מסחר או קידושין לבין דין אסמכתא, ובאיזה אופן ניתן להמנע מבעיית אסמכתא לא קניא?

בתנאים רגילים קי"ל שיש להתנות כתנאי בני גד ובני ראובן [תנאי כפול, הן קודם ללאו, תנאי שיכול לקיימו, תנאי קודם למעשה]. ועי' תשובה 2 שיטות הראשונים אימתי א"צ למשפטי התנאים.

<u>לענין תנאים בגיטין וקידושין</u> קי"ל דאין בתנאים אלו ["אם לא באתי" וכדו'] אסמכתא, מכמה טעמים:

א. החינוך (מצוה שמג, הובא לעיל תשובה 3 סעיף א) ביאר לשיטתו, שכאשר מתנה אם את תעשי כך וכך אין זה בדרך קנס ולא הוי אסמכתא. ואפילו כשמתנה על עצמו "אם לא באתי" וכדו', שלכאורה הרי זה כמתנה בדרך קנס, אין זו אסמכתא, שמשום שלא תישאר עגונה כשלא יבוא לזמן שקבע הוא מתנה תנאי גמור ולא בדרך קנס (תשו' **הרשב"א** ח"א סי' תתלג).

ב. להסוברים שגם שלא בתורת קנס הוא אסמכתא, בגו"ק לא הוי אסמכתא כי ענינים אלה אדם מקפיד עליהם, ואם לא שגמר וגירש או קידש לא היה מתנה (**תלמידי הרשב"א**, וכ"כ הב"י בדעת **הרמב"ם**).

ג. אין אסמכתא אלא במקום שיש לומר שמתוך הכרח שהוא צריך לאותו דבר התנה, ולא גמר והקנה, כגון במכירה שמתוך שהוא צריך למעות, והלה לא רצה לתת לו אלא אם כן ימכור לו שדהו התנה, וכן בפרע מקצת חובו, שאין הלה רוצה להאריך לו הזמן אלא אם כן יתנה שאם לא יפרע לזמן פלוני יחזיר לו שטרו, וכל כיוצא בזה, אבל בגיטין וקדושין שמדעת עצמו הוא עושה, אם אינו גומר לגרש ולקדש, למה הוא עושה כן? (**ריטב"א** על הלכות נדרים לרמב"ן ט ע"א מדפיו (עמ' מה בעוז והדר), **ר"ן** סוף ב"ב).

<u>וביחס לשאר הסכמים ותנאים במסחר</u>, יסוד החילוק עולה משאלת הראשונים והאחרונים: למאי דקי"ל אסמכתא לא קניא, מדוע בתנאי בני גד ובני ראובן לא היה זה אסמכתא?

א. הרמב"ן בפרק גט פשוט (ב"ב קסח ע"א ד"ה הכי) כתב דאסמכתא היינו במתנה על עצמו, כגון אם לא נתתי לך מכאן עד שלשים יום החזר לו שטרו, אי נמי אם אוביר ולא אעביד אשלם, וכן ההיא דנדרים (כז ע"א) אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלן זכוותאי. אבל המתנה על אחרים - אם תעשה כך וכך או לא תעשה, או שאמר אם באת מכאן ועד יום פלוני או אם לא באת - זה אינו קרוי אסמכתא, דכיון שהסכימו לכך גמרו והקנו, וכך היה בתנאי בני גד "אם לא יעברו ונתתם" (במדבר לב, כט) בין שהתנאי בקום עשה בין שהתנאי בשב ואל תעשה, וזהו דרך כל תנאים שבתלמוד בדיני ממונות.

ב. הרשב"א שם (ד"ה עוד) כתב דאסמכתא הני מילי כשאינו רוצה שיתקיים המעשה אלא מתנה על דרך קנס (כהחינוך, כמובא לעיל תשובה 3), שאין דעת המתנה שיתקיים המעשה. אבל המתנה עם חבירו אם תעשה כך אתן לך כך, הרי דעתו בקיום המעשה ולאו אסמכתא היא, והיינו תנאי בני גד "אם יעברו ונתתם", שדעתם של משה וישראל היתה שיעברו ושתנתן להם ארץ הגלעד. וכ"כ **הסמ"ע** (סק"ו וסקי"ז) תירץ, שאם עיקר כוונת המוכר להקנות אלא שרוצה שיקיים התנאי, לא הוי אסמכתא, ולכן תנאי ב"ג וב"ר מהני. אבל אם עיקר כוונת המוכר היתה קיום התנאי אך אינו רוצה לקיימו בלי המכירה - הוי אסמכתא. ודייק כן ברמב"ם. וכ"כ **הב"ח**.

ג. הב"י ביאר בדעת **הרמב"ם**, שתנאי בני גד קיים אף על פי שהוא בלשון "אם" ולא בלשון "מעכשיו", משום דהתם החזיקו קודם שיקיימו התנאי, וכמ"ש הרמב"ם בפי"א ה"ג שאם החזיק הקונה בשדה או במטלטלין, אף על פי שלא אמר מעכשיו אין כאן דין אסמכתא.

ד. הב"ח (אות יח, ובסי' רמא אות טז) תירץ דהא דאסמכתא לא קניא הוא מדרבנן, אבל מדאו' אסמכתא קניא לכו"ע. הב"ח הוכיח זאת מדין ערב דמהני. אבל **הש"ך** (סקי"ח) כתב שדבריו דברי נביאות, ושאני ערב דבהאי הנאה דמהימניה גמר ומקני כמבואר בסוף ב"ב (קעג ע"ב). **הקצה"ח** (סק"א) כתב שדברי הב"ח דברי חכמה, וכבר כתב כן **המרדכי** (ב"ק סי' מו; ויש לציין שכבר העתיקו בד"מ) בשם רבינו נתנאל מקינון, דאסמכתא מהני מדאו' כדכתיב "אנכי אערבנו", וזה ממש כהוכחת הב"ח מערב. והנה נחלקו הפוסקים בענין אסמכתא (הובא ברא"ש פסחים פ"ב סי' י) בישראל שהשכין חמצו לנכרי קודם פסח והתנה עמו שאם לא יפדנו יהיה שלו, וכן להיפך נכרי לישראל, להסוברים דהוי אסמכתא דלא קניא יש להקשות דהא מן התורה אסמכתא קונה וא"כ במקרה השני הו"ל חמצו של ישראל? מתרץ הקצות דכיון דכבר אמרו חכמים דלא קנה אזלינן בתר דרבנן, וכמ"ש הב"י באה"ע סימן כח בקידשה בחוב ע"י מעמד שלשתן דהוי קידושי תורה [ודלא כרבינו ירוחם שם; וגם במקומות אחרים פסק הקצות כהב"י (עי' למשל קצד, ג; רלה, ד)]. גם **בנתיבות** (סקט"ו) הביא את המקור במרדכי, ומה שהקשה הש"ך דערב גמר ומקני בההיא הנאה דמהימן ליה, י"ל דמסתבר להמרדכי דסברת גמר ומקני לא מהני רק אי אמרינן דאסמכתא קניא מדאורייתא דמהני לדחות הדין דרבנן, אבל אי מדאורייתא קנין ספק לאו קנין כלל הוא, לא מהני סברת דגמר ומקני, דהא מ"מ לאו קנין הוא. **ומהרי"ט אלגאזי** בספר ארעא דרבנן (סי' עא אות א; הובא בפת"ש סקט"ו) כתב שכדברי הב"ח מפורש להדיא **ברש"י** שבועות מז ע"א ד"ה משחק בקוביא, שכתב "מדאורייתא לאו גזלן הוא". וראה שם בפת"ש בשם חת"ס שקישר נידון זה למח' רמב"ם וראב"ד (יובא לקמן תשובה 10 סעיף ג).

ה. עוד כתב **הב"ח**, שתנאי דב"ג וב"ר נעשה בבית דין חשוב, ול"ה אסמכתא כמבואר בסט"ו.

ו. עוד כתב **הב"ח** שתנאי דב"ג וב"ר היה במעכשיו [לרמב"ם דמהני, שו"ע סי"ד].

<u>דרכים להימנע מאסמכתא:</u>

א. ע"י קנין מעכשיו - דעת הרי"ף בשם גאון כפשט הסוגיא בב"מ סו ע"ב דמהני אם אמר מעכשיו ובקנין. וכ"כ הרמב"ם כמובא בתשובה 3 סעיף א. וכ"פ השו"ע בסי"ד. אבל הרמ"א שם הביא שיטת תוס' ורא"ש

ומרדכי (ב"מ שם) דמהני רק אם קנו בב"ד חשוב ומעכשיו, כדמוכח בנדרים כז ע"ב דאסמכתא קניא רק בקנין בב"ד חשוב (עי' בתשו' הרא"ש שמובאת לקמן תשובה 15). ולשיטת הרמב"ם וסיעתו, שם בנדרים צריך ב"ד חשוב כי מירי שהתפיס זכויותיו, שכיון שחייבוהו לעשות כן מוכרחים לב"ד חשוב כדי להוציא ממון, אבל בסתמא די בקנין מעכשיו בלי ב"ד (ר"ן בשיטת הגאון). ועוד ביאר הר"ן שאם הודה בב"ד אנן סהדי שאינו משטה ומצד זה לא היה צריך קנין, אבל כדי שחברו יקנה צריך קנין. **הסמ"ע** (סק"מ) הוכיח דבקנין סודר בב"ד חשוב א"צ לומר מעכשיו, דבסתמא הוי מעכשיו (וכ"כ לקמן סקנ"ג). אבל **הט"ז** כתב דבעינן תרוויהו - בב"ד חשוב ומעכשיו, וכפשט דברי רמ"א. **בנתיבות** (סקי"ז) ביאר דמוכרחים לומר דמש"כ הרמ"א דבעינן ב"ד חשוב הכוונה רק באסמכתא שהיא בדרך קנס, אבל בתנאים דעלמא שאינם בדרך קנס פשיטא דמהני "מעכשיו" שלא בבד"ח, שהרי כל הש"ס מלא מזה [מעמ"ל (קידושין ו ע"ב, סוכה מא ע"ב, ב"ב קלז ע"ב), לכשתגנב ותרצה ותשלמני וכו' (ב"מ לד ע"א) ועוד], ע"ש. כתב **מהריק"ש** (הובא בהגרע"א) די"א שאם כתב בשטר זמן הוי כמעכשיו, דזמנו של שטר מוכיח עליו. והאומר "על מנת" - לרמב"ם הוי כ"מעכשיו" כמו שמצאנו בשאר מקומות, והובא ברמ"א שם. אמנם הרשב"א בתשובה (ח"א סי' תתקיז; שם סי' אלף קמט) סובר שכאשר האסמכתא בדרך קנס, לשון "על מנת" לא הוי כ"מעכשיו", דדוקא בקיום מעשה אמרינן דהוי כמעכשיו כמ"ש בקדושין ובגטין דהמעשה חל תיכף והתנאי מתקיים והולך, משא"כ בקנס. הביאו הרמ"א שם.

ב. ע"י תקנת חכמי ספרד שכתב הרמב"ם ונפסק בסט"ז, דהיינו שמקנים מראש שכ"א מהצדדים חייב לשני סכום מסוים, וחברו מוחל לו מעכשיו באם יעשה כך וכך. הרמ"א כתב שנהגו לעשות שני שטרי חוב נפרדים ונותנים לשליש, ע"ש. וזה מועיל אף להסוברים דלא מהני מעכשיו שלא בבי"ד חשוב ולכן המציאו תיקון זה (לח"מ, סמ"ע, הגר"א). או שמעכשיו מהני רק בהקנאה ולא בהתחייבות ולכן עושים כך (מהריט"ץ ועוד).

ג. ע"י שבועה נדר ותקיעת כף לא הוי אסמכתא. **מרדכי** (ב"ק סי' מה) בשם מהר"ם, משום דרוב השבועות והנדרים במקרא בנוסח "אם" ומועילות. נפסק להלכה בשו"ע סי"ט. וכתב הרמ"א שה"ה אם כתב בשטר שקבל עליו בחרם חמור ובשבועה דאו', ודלא כריב"ש (סי' שפז) שחולק. ראה הרחבה בתשובה 11.

ד. במקום שיש בושה או דבר האבד כגון החוזר בו בשידוכין וכדו', הקנס לא הוי אסמכתא כי הוא תשלום על הבושה או על ההפסד (סט"ז). ראה הרחבה לקמן תשובה 7.

ה. קנין בבי"ד חשוב אם התפיס זכויות ולא היה אנוס בקיום התנאי [בהגדרת ב"ד חשוב נח' הראשונים, עי' גם לעיל סימן רג סוף תשובה אחרונה]. סט"ו.

ו. אם השלישו משכונות זה כנגד זה במשפטי הגויים ובשטרותיהם קנו מדינא דמלכותא (רשב"א, רמ"א סט"ו).

ח. כתב "דלא כאסמכתא" - עיין לקמן תשובה 15 האם מועיל ובאיזה אופן.

6. אם אמר אם אוביר ולא אעבוד בשדה אשלם במיטבא, האם זה נחשב אסמכתא?

מבואר לעיל תשובה 3 דלא הוי אסמכתא. ע"ש בטעמו.

7. קנסות שנהגו להתחייב בשידוכין מפני מה אין בזה משום אסמכתא? ומה הדין במשרתת או מורה או קבלן שקיבלו ביצוע משימה והתחייבו שאם יחזרו בם ישלמו סכום גדול, האם יש בזה אסמכתא והאם צריכים קנין?

קנסות בשידוכין לא הוי אסמכתא מפני שזהו תשלום על הבושה שמבייש את חברו כאשר מבטל את השידוך. **תוס'** ב"מ סו ע"א (ד"ה ומניומי). **רא"ש** נדרים פ"ג סי' י', ובתשובה כלל לד סי' ב. **הגה"א** ב"מ

פ״ה סי׳ כט. **ריי״ו** במישרים ני״ז. **מרדכי** ב״מ סי׳ שכג וסנהדרין סי׳ תרצא. **הגמ״י** פי״א מהל׳ מכירה אות ח בשם **סמ״ג** (עשין פב) **ורש״י** (ספר האורה סי׳ קמא) **וראבי״ה**. וכן הובא **בשו״ע** סט״ז. וכתב הסמ״ע סקמ״ז שאפי׳ אם הגזים בסכום גדול, ״הבושה היא כל כך דבר גדול שכדאי הוא להפסידו עבור זה כל כך ויותר מזה״. ובתוס׳ שם וכן במרדכי בב״מ שם כתבו עוד טעם דהוי כסיטומתא (ב״מ עד ע״א) שכך המנהג, ע״ש. ובמרדכי שם בסי׳ שכג כתב טעם אחר: ״שהרי נותנין זה כנגד זה והוי כמו משחק בקוביא״.

קנס שכיר או קבלן - אם כשיחזרו בהם יהיה זה דבר האבד, לא הוי אסמכתא. כן מבואר **בתוס׳** (ב״מ שם) דה״ה אם קבל עליו המלמד בשעה שהשכירוהו קנס אם יחזור בו ולא נמצא מלמד אחר מזומן, אין זה אסמכתא דלא חשיב גזום כיון שמפסידו [והוי פסידא דלא הדר], והוי כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. גם זה מובא בשו״ע שם.

קנין - כתב **הרמ״א** (על קנס השידוכין הנ״ל) שצריך קנין על קנס זה, וכתוב שמקורו במרדכי. אבל **הש״ך** (סקכ״ד) כתב דכל אחד מהצדדים גמר ומקני גם בלי קנין, והוכיח כן מדברי הראשונים שכתבו שדין זה דומה ל״אם אוביר ולא אעביד״ שגם שם א״צ קנין, וכתבו כן גם גבי מלמד דא״צ קנין. וכ״כ **הנתיבות** בחידושים (סקנ״ד). וכ״כ הש״ך בסי׳ שלג (סקמ״ט) דמדברי המרדכי והתוס׳ פרק איזהו נשך והגהת אשר״י (ב״מ פ״ה סי׳ כט) ואגודה (שם אות פ״ח) והגהת מיימוני (פ״ח משכירות אות ג ופי״א ממכירה אות א) מבואר דבמלמד ושידוכין כ״ע מודו דלא בעי קנין, דמדמי לאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא.

ובקצה״ח סק״ז כתב כהרמ״א שצריך קנין, כיון שבאמת אין כאן תשלום בושת גמור שהרי לא ביישו בגופו כדאיתא בב״ק צא ע״א, ומבייש בדברים פטור ואפי׳ רקק בבגדיו פטור (סי׳ תכ סל״ח). והוא דכתב הרא״ש ב״ק שם (סי׳ טו) שבושת בדברים חמורה מבושת חבלה, היינו לענין תקנה וקנס לבעלי הלשון, ולא שייך הכא. אלא כל הבושה שכתבו הראשונים כאן היא רק בגלל שהתחייב בקנין בכך כדי לסלק האסמכתא שיהיה גמר ומקני. וכן גבי אוביר ולא אעביד נמי אין בו משום חיוב דלא הוי אלא מניעת ריוח ואינו חייב בזה, אבל אם מתחייב עצמו בכך מהני לסלק אסמכתא כיון שהפסיד על ידו ולכן גמר ומקני. וכ״כ התוס׳ (ב״מ פב ע״א ד״ה לא; שבועות מג ע״ב ד״ה מתני) גבי אבד קתא אבד אלפא זוזי, דמירי במפרש ולא הוי אסמכתא כיון שחבירו הפסיד על ידו ע״ש, ואף על גב דמזיק אינו חייב אלא בכדי שויו, אלא כיון דעכ״פ הפסיד לחבירו גמר ומקני בכל חיובו, והתם אינו צריך קנין לכך דמחילה א״צ קנין ואינו אלא לסלק אסמכתא. ומה שהוכיח הש״ך מהראשונים שא״צ קנין מההשוואה לאם אוביר וכו׳, מדובר שם שכותב כן בשטר, והוי כמו קנין (כמבואר בסי׳ מ ס״א שיכול לחייב עצמו בשטר אע״פ שאינו חייב). וכן מבואר בנמוק״י (ב״מ סא ע״א מדפי הרי״ף) שהתנאי דאם אוביר מהני רק בקרקע משום תנאי בי״ד [עיין לעיל תשובה 3] ומבואר דחיוב זה רק בשטר או בתנאי בי״ד, וא״כ גבי שידוכים דליכא תנאי ב״ד ודאי בעינן קנין או שטר. וכן לגבי מלמד מש״כ הפוסקים דא״צ קנין נראה דמיירי דהתחיל במלאכה דהו״ל קנין בשכיר ומהני תנאי בדברים, דכל ענין שכירות לא בעי קנין.

8. מי שנאלץ למכור נכסיו כדי להבריח ואחר כך נתבטלה הסיבה האם המקח בטל והאם משנה אם מכרו בכסף, בשטר, ומה הדין באם המעות עדין ברשות המוכר ונתרצו לקיים המקח.

שייך לסי׳ קצ, והשבנו על כך לעיל סי׳ רה תשובה 4.

9. אשה שהתחייבה בהסכם הגירושין שאם תתבע מזונות מבעלה עבור הילדים תשלם לבעל כל הפסדיו שיהיו לו בגלל תביעת המזונות. אחר הגירושין תבעה אותו האשה שישלם מזונות ונאלץ לשכור עורך דין וגם הפסיד שכר יום עבודתו הקבועה, האם חייבת האשה לשם לו הפסדיו הנ״ל?

מצד אסמכתא - בפשטות מדובר בבי״ד חשוב ובקנין מעכשיו (עי׳ לעיל השיטות באריכות) וא״כ הוי תנאי המחייב כפי שנתבאר לעיל. ועוד לשיטת התוס׳ והרמ״א אם בידו ולא גזים לא הוי אסמכתא כלל.

אכן יש לדון מצד אומר "אתן", שנחלקו הראשונים אם מועיל לחייב כשעשו כן בקנין: לרשב"א כן, והביאו השו"ע בסי' רמה ס"ב בשם י"א. לרמ"ה לא, וכ"פ מהרי"ו והרמ"א שם ס"א וס"ב. אמנם אם עשתה קנין מעכשיו מהני כמבואר שם.

10. א. האם אסמכתא אינה קונה הוא מדאוריתא או מדרבנן?

ראה לעיל תשובה 5 מדברי הב"ח וש"ך וקצה"ח, ובתשובה זו סעיף ג.

ב. באיזה אופנים אפשר לסלק דין אסמכתא (מנה לפחות 3 היכי תמצי שיש בהם כדי לבטל אסמכתא) (האם קנין מעכשיו מועיל לסלק אסמכתא?)

ראה לעיל תשובה 5.

ג. האם בגוי יש דין אסמכתא?

כתב **הראב"ד** (פ"ד מהל' חמץ ומצה ה"ה) לענין נכרי שהלוה ישראל על חמצו או להיפך וא"ל קני לך אם לא אפרע לך, שאין דין אסמכתא לנכרי, ולכן אפי' לא אמר מעכשיו קנה. והביאו **הרא"ש** פסחים פ"ב סי' י (מוזכר **בקצה"ח** סק"א), וכתב שכ"כ **בעל העיטור**. וביאר **המג"א** (סי' תמח סק"ד) שהגוי גמר ומקני כיון דבדיניהם לא הוי אסמכתא [וכן נראה בדברי הרמ"א בסי' דידן סט"ו, שבערכאות מהני אסמכתא, ע"ש].

אבל **הרמב"ם** בהלכות חמץ ומצה שם חולק ע"ז, ועי' **במגיד משנה** שם שלראב"ד במשכון יש דין אסמכתא ובגוי אין, ולרמב"ם להיפך. והובא בב"י או"ח שם. ובמג"א (שם סק"ב) כתב שכן דעת רוה"פ.

בתשובת חתם סופר (חו"מ סי' סו אות ג; מובא בפת"ש סקט"ו) תלה מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדין תוקף קנין אסמכתא [עיין לעיל תשובה 5 בדברי הב"ח ושאר אחרונים]: הראב"ד סובר שקונה מדאו' ורק מדרבנן לא קניא, ולא תקנו בגוי כלל. אך בדעת הרמב"ם אפ"ל שאמנם גם הוא סובר דקניא מדאו', אך דוקא בישראל הקונה מגוי לא תקנו דלא מהני, כיון שבדיניהם גמר ומקני לא יפסיד הישראל. אבל גוי מישראל לא קנה באסמכתא, דהשתא מישראל הפקיעו בתקנת חכמים, מכל שכן מגוי, כמ"ש הט"ז ביו"ד סימן קלב סק"ח לענין קנין כסף. ומסיים כמ"ש המג"א שלרוה"פ יש דין אסמכתא לגוי.

ד. מהו תיקון חכמי ספרד?

ראה לעיל תשובה 5.

11. אם התחייב באסמכתא ונשבע לקיים את התחייבותו, האם שבועה מוציאה את חסרון האסמכתא וחייב גם מדין התחייבות. מה נפקא מינה בין חיוב מדין שבועה ובין חיוב מדין אסמכתא?

כתב **במרדכי** (ב"ק סי' מה) בשם **מהר"ם** דנדר ושבועה ותקיעת כף מהניא אפילו באסמכתא, דרובן על ידי "דאי" הן, כדכתיב "אם יהיה אלהים עמדי" ו"אם נתן תתן את העם הזה בידי" ועוד, דהוי אסמכתא כדקי"ל "כל דאי לא קני". מוכח שנדר ושבועה ות"כ גוברים על בעיית אסמכתא. וכן נפסק להלכה **בשו"ע** סי"ט. **והרמ"א** כתב דה"ה אם כתב בשטר שקיבל עליו בחרם חמור ובשבועה דאו', מהני נגד אסמכתא [מטעם הודאת בעל דין. הגר"א סקס"ב]. ודלא **כריב"ש** (סי' שפז) שחולק בזה וכתב דבכה"ג לא הוי כשבועה [ועי' להלן בהערה מדברי הקצות].

הרמ"א הפנה לסי' רט ס"ד, שם כתב בענין דבר שלא בא לעולם: "ואם נשבע לקיים המקח, אף על פי שלא בא לעולם צריך לקיים שבועתו, כדלעיל סימן ר"ז סעיף י"ט וסימן ע"ג סעיף ח'. ומיהו אינו נקנה בקנין (ע"ל סימן רכ"ב), ולכן אם לא נוכל לכוף אותו לקיים שבועתו, כגון שמת, אין הקנין כלום. וכן אם שאל על שבועתו (ריב"ש סי' שלה ועוד)". ומבואר ששבועה אינה מועילה כדי ליצור קנין אלא רק כדי

לחייבו לקיים את המקח, ולכן אם מת בניו פטורים, וכן אם נשאל על שבועתו המקח בטל. ופשט כוונת הרמ"א שגם כאן גבי שבועה נדר ות"כ באסמכתא, אין יצירת קנין אלא חיוב, ולכן אם נשאל או שמת, בטל.

אמנם **הסמ"ע** (סקנ"ג) ביאר שהדין שבסי' רט הוא כאשר קיבל עליו בנדר או בשבועה ללא מעשה קנין, אבל אם עשו קנין על דבר שיש בו אסמכתא או דשלב"ל ונשבע או נדר לקיימו - חייב לקיימו הן הוא הן יורשיו, וגם לא מהני להישאל על שבועתו כדי לפוטרו, דלא גרע מבי"ד חשוב דמסלק אסמכתא. ואע"פ שבתשו' הריב"ש שם מבואר שגם בקנין היורשים פטורים ואם נשאל פטור ושאין יורדים לנכסיו, הרי כתב כן רק לדעת הגאונים דלא מהני קנין בבי"ד חשוב בלא אמירת "מעכשיו", אבל לדידן דקי"ל כר"ת והרמב"ם (פי"א ממכירה הי"ג) והרא"ש (ב"מ פ"ה סי' כט) דבכה"ג לא בעינן "מעכשיו" [עי' בסמ"ע לעיל סק"מ], מהני נמי השבועה.

הב"ח, **הט"ז והש"ך** (סקכ"ג) חולקים על הסמ"ע, שהריב"ש כתב חילוק זה בין דעת הגאונים לדעת ר"ת רק לפי שיטתו של השואל, אבל הוא עצמו סובר שהשבועה או הנדר לעולם אינם מחזיקים הקנין גם לדעת ר"ת וסיעתו [ובלא"ה הט"ז עצמו חולק על הסמ"ע וסובר שלהלכה צריך לומר מעכשיו גם בבד"ח, כמובא לעיל תשובה 5] וכן מוכח בתשובת הריב"ש (סי' שמא) להדיא, שמדמה אסמכתא לדשלב"ל בכל ענין. **ובשו"ת נו"ב** (מהדו"ק חו"מ סי' לא; מובא בפת"ש סק"כ) כותב שאין לומר קים לי כהסמ"ע בזה, כי רבו החולקים עליו, וכן משמע פשט לשון הרמ"א, ונראה לעין שצדקו ראיותיהם מהריב"ש עצמו, ואין אומרים קים לי כדעת יחיד כמבואר בכנה"ג (ועיין בזה גם לעיל בש"ך סי' ס סקי"ב).

נפק"מ במהות החיוב במקרה שנשבע או נדר ועשו קנין (ג' הראשונות ע"פ תשו' הריב"ש שם): **א.** אם נשאל על שבועתו או נדרו או תקיעת הכף - לסמ"ע החיוב נשאר על כנו, לשאר הפוסקים פטור. **ב.** אם מת הנודר - לסמ"ע יורשים חייבים, לשאר הפוסקים יורשיו פטורים. **ג.** האם יורדים לנכסיו (אפי' בחייו) - לסמ"ע כיון שיש חיוב גמור מחמת הקנין יורדים לנכסיו, אך לשאר הפוסקים אין יורדים שהרי לא נתחייבו נכסיו באסמכתא [אלא שמנדים אותו אם מתרשל מלקיים שבועתו]. **ד.** ע"פ הקצות (סקי"א; ראה בהערה[21]) - כאשר חתם על שטר שכתוב בו שבועה וחרם, ללא שקרא את נוסח השטר - לסמ"ע שהסתלקה אסמכתא יש בו משום נאמנות וחייב, לשאר הפוסקים דאינו עושה קנין א"כ ודאי דאין בו דין נאמנות.

גם **בקצה"ח** (סק"ט) נראה שהסכים עם רוב האחרונים שחיוב אסמכתא בשבועה הוא מדין השבועה ולא מדין הקנין, אך הסתפק אם חיוב שבועה זה הוא רק למקבל עצמו או גם לבניו [הדיון הוא במקרה שנדר או נשבע לתת סכום לפלוני ומת המקבל, האם חייב לתת ליורשיו]. והביא דברי **המרדכי** (כתובות סי' קעו) שכתב ראבי"ה (סי' תקצב) מעשה באחד שנדר מעות להשיא יתומה אחת ונפטרה, ותבעוהו יורשיה, ואמר **ר"ח כהן** שפטור, וראיה מכתובות נד ע"ב שלא כתב לה אלא על מנת וכו', וה"ה הכא שכתב רק ע"מ להשיאה. אבל **ראבי"ה** עצמו סבר שחייב, ומוכיח מהירושלמי ב"מ פ"ד ה"ב "אבל בעני נעשה נדר וזכו בו היורשין", וכן איתא בסנהדרין מח ע"א "מותר המת ליורשיו" וכו'. מבואר, שאפי' בנדר שאינו יוצר קנין צריך לקיים נדרו וליתן ליורשיו כשמת המקבל. ואפי' לר"ח כהן שפוטר, הוא רק משום אומדנא שאמר "על מנת להשיאה", אבל לולי זה חייב. אמנם **רבינו יצחק מווינה** (מובא בשלט"ג על המרדכי שם) סובר כר"ח כהן דפטור מצד אומדנא כנ"ל, ודחה הראי' מהירושלמי הנ"ל, דהתם מיירי שכבר נתן לעני

---

[21] הקצות שם נחלק עם הנו"ב במקרה שחתם על שטר והעידו שלא קרא את תוכנו ולא ידע שנכתבו שם שבועה וחרם. **לנו"ב** יש בזה משום שבועה שנתחייב בכל מה שכתוב, דבחתימתו נתרצה להודות בכל מה שכתוב והרי בידו לחייב עצמו. אבל **לקצות** אין בזה משום שבועה, ולא דמי למבואר בסי' מה ס"ג (משם הסתייע הנו"ב) שאם חתם מתחייב, דהתם בין אדם לחבירו הוא מדיני ממונות, שהאמין לסופר ולכן חייב (כעי"ז בגיטין סד ע"א), אבל שבועה וחרם הוא איסור כלפי שמיא, ולא מהני בלי ידיעה. ובהמשך כתב הקצות (לשיטתו) את הנפק"מ המובאת למעלה. **בכסף הקדשים** הסכים עם הנו"ב, ע"ש.

ולכן זכו יורשיו, אבל אם מת העני קודם שנתן לו, א״צ לתת ליורשים. וכתב הקצות דלכאו׳ מזה משמע שאפי׳ כשאין אומדנא שרצה לתת דוקא לו, אין זוכים היורשים. ודחה הקצות דדוקא בנודר עני שדרשו חז״ל ״בפיך - זו צדקה״ חייב לתת רק לו. וה״ה אם העשיר אותו אדם עצמו א״צ לתת לו, שהרי כבר אינו עני, וכ״ש יורשיו. ואפשר שאפי׳ אם יורשיו עניים א״צ לקיים נדרו אלא לעני שנדר, אבל בנ״ד שנשבע או נדר לא מדין צדקה אלא כמתנה, מחויב גם לבאי כוחו. והוכיח כן מב״ב קכג ע״ב דבכור נוטל פי שנים ממתנות כהונה של אביו אפי׳ לא גבה אביו עדיין בטרם מת, ומוקי לה שם במכירי כהונה, וכתבו התוס׳ (ד״ה הכא) דמכירי כהונה הוו מוחזקים דהוי כמתחייב לתת לחברו מתנה מועטת שאסור לחזור בו משום מחוסרי אמנה, ואע״פ שאם רצה לחזור יכול, מ״מ כל עוד לא חזר בו הנותן בכור נוטל בזה פי שנים. ע״כ. והרי במכירי כהונה ודאי אין שום קנין, ורק מדין מתנה מועטת אמרינן דהוי מוחזק ובניו אחריו מקבלים, וכל שכן בשבועה דחמירא לענין איסור, פשיטא דצריך ליתן לבניו. [ובסי׳ רעח סקט״ו כתב הקצות דמכאן מוכח שהנשבע לתת לפלוני ומת, הוי מוחזק לגבי בכור, וע״ש עוד].

12. האם תקיעת כף מועיל באסמכתא? האם לאחר תקיעת כף יכולים לחזור בהם? האם יש חילוק בתקיעת כף אם זה לעצמו או עבור אדם אחר? והאם יש חילוק בין יד ימין ליד שמאל?

האם מועילה באסמכתא - עיין בתשובה הקודמת בהרחבה.

לחזור בו אחרי ת״כ - ודאי שא״א לחזור בו מתקיעת כף שנעשתה בדרך שבועה, דהוי ככריתת ברית, אא״כ נשאל עליה, עיין לעיל. ועי׳ שו״ע יו״ד סי׳ רלט ס״ב: ״תקיעת כף, דינה כדין שאר שבועות ויש לה התרה... והני מילי כשהיא דרך שבועה, אבל כשהיא כדרך הסוחרים שתוקעים כפם זה לזה לקיים המקח, אין לה דין שבועה כלל״. וע״ע שם.

ת״כ עבור אדם אחר - כתב **מהר״י וייל** (סימן קלז) ואי לא דמסתפינא מחבירי אמינא דלא החמירו בת״כ אלא כשנותן ת״כ לאדם לעשות לו דבר לאותו אדם עצמו, כגון צדקיה לנבוכדנצר וכן ברית בין הבתרים אבל אם לא נתנה ת״כ אל המשודך בעצמו אין להחמיר כולי האי, וסברא גדולה היא כיון דטעמא שהחמירו משום דהוי כמו כריתת ברית. הובא **בש״ך** (סקכ״ז). אמנם **בשו״ת שבות יעקב** (ח״ב סי׳ קעג; הובא בפת״ש סק״כ) כתב שמהרי״ו לא הכריע כן להלכה, רק עשאו סניף לשאר צדדים, ועוד **שהד״מ** ביו״ד סי׳ רלט השיג על מהרי״ו בזה וכתב שדעת הפוסקים אינו כן, ולכן השמיט דבריו בשו״ע שם, דאין לסמוך ע״ז מפני חומר שבועה. לכן למעשה אין חילוק.

יד ימין או שמאל - כתב **החו״י** בסוף הספר (הובא בפת״ש סקכ״א) שאין חילוק בין ימין לשמאל.

13. מה הדין בעשה קנין ונשבע על אסמכתא - האם יכול להישאל על השבועה?

ודאי יכול להישאל, השאלה אם יועיל כדי לפטור עצמו מהחיוב, ובזה נחלקו כפי שנתבאר לעיל תשובה 11 בהרחבה, ולהלכה אם נשאל על שבועתו פטור.

14. קיימא לן דאסמכתא לא קניא. הסבר מה ההבדל בין תנאים רגילים לאסמכתא וכיצד ניתן להתגבר ולסלק את האסמכתא?

התבאר באורך לעיל תשובות 3 ו-5.

15. שטר שכתוב בו שראובן חייב לשמעון מנה וזמן פרעונו הוא ביום פלוני ואם לא יפרע באותו יום יתחייב לשלם לו סכום מסויים, וכתוב דלא כאסמכתא וכו', האם חייב ראובן לשלם אותו סכום שהתחייב בו אם לא פרע בזמן המסויים או לא?

בב"ב מד ע"ב: "וליחוש דלמא אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי, דאמר רבה אי אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי קני מקרקעי קני מטלטלי, ואמר רב חסדא: והוא דכתב ליה דלא כאסמכתא ודלא כטופסא דשטרי". וכתב **רשב"ם** (ד"ה דלא כאסמכתא): "דכיון דאין זו מכירה גמורה ולא מתנה ולא משכון אלא שעבוד בעלמא ודמי לאסמכתא דקאמר ליה אם לא אפרע לך לזמן פלוני תגבה מכאן הלכך צריך לכתוב בו לאלומי שטריה דלא כאסמכתא דאסמכתא לא קניא". וכ"כ **רב האי גאון** (הביאו ריי"ו נתיב ט"ז, ומקורו בתשובות גאונים קדמונים סי' פו, ע"ש) שגם במקרה שיש אסמכתא גמורה, אם כותב "דלא כאסמכתא" מהני. וכן כתוב **בספר התרומות** (שער מג ח"א סי' ו) בשם גאון, וכן נראה שם שהסכים **הרמב"ן** (מובא בסה"ת שם).

אבל **הרא"ש** בתשובה (כלל עב סי' ז) כתב: "ששאלת שטר שכתוב בו אם לא יפרע לזמן פלוני שיפרע כך וכך ממון לקנס, וכתוב בסוף השטר דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי, אם אותו קנס יגבה בבית דין. תשובה: דע כי אסמכתא הויא כל היכא דגזים וכו', ובנדון זה גזים שקבל עליו קנס אם לא יפרע בזמנו והוי אסמכתא. ואסמכתא לא קניא אלא בקנין מעכשיו ובבית דין חשוב, כדאיתא בנדרים (כ"ז ע"ב), וכן פסק ר"ח בשם רב האיי גאון ור"ת ור"י ז"ל בעלי התוספות. אמנם רב אלפס כתב בשם גאון דלא בעי בית דין חשוב ולא כתב לא טעם ולא ראיה וכיון דרוב חכמי ישראל ז"ל כתבו דאסמכתא לא קניא אלא בבית דין חשוב לא מפקינן ממונא אפומא דרי"ף והיכא דקיימי זוזי ליקיימו. <u>ואף על גב דכתוב בשטר דלא כאסמכתא לא מהני מידי</u> דחזינן דאסמכתא היא ומאי אהני האי דכתב דלא כאסמכתא".

ובהמשך הביא הרא"ש את הסוגיא הנ"ל בב"ב וכתב ששם אין מדובר באסמכתא אלא דומה לאסמכתא, ולכן מהני נוסח זה: "וראיה מפרק חזקת הבתים: 'אמר רבא (לפנינו בגמ': רבה) אי אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי גבי מקרקעי וגבי מטלטלי, אמר רב חסדא והוא דכתב ביה דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי', משום <u>דדמי קצת לאסמכתא</u> האי דמשעבד ליה מטלטלי לחובו אף על גב דאקני ליה אגב מקרקעי צריך למיכתב ביה דלא כאסמכתא. <u>אבל אי שעביד ליה מטלטלי בלא מקרקעי אף על גב דכתב ביה דלא כאסמכתא לא גבי מטלטלי משום דהוה ליה אסמכתא</u>, דאלו מטלטלי נקנין בקנין במתנה או במכר בלא אגב מקרקעי ומאי טעמא לא משתעבדי בלא מקרקעי על כרחן משום דהוי אסמכתא שאינו נותן לו לאלתר אלא בלשון דאי" וכו', ע"ש. ותמצית התשובה הובאה בטור. וכ"כ **העיטור** (אות ת סי' יא), **והגה"א** (ב"מ פ"ה סי' כט) בשם **או"ז** (סי' קפח). וכתב **הב"י** שכיון שהרא"ש הביא ראיה לדבריו, עליה סמכינן. וכ"פ **בשו"ע** סי"ח: "שטר שכתוב בו אם לא יפרע לזמן פלוני שיתחייב כך וכך ממון, וכתוב בסוף השטר 'דלא כאסמכתא ודלא' וכו', אין זה מוציאו מידי אסמכתא ולא קנה". וכתב **הרמ"א**: "וכן נראה לדון אע"ג דיש חולקין, המוציא מחברו עליו הראיה". וכ"כ בהגהתו לסי' סא ס"ה, ע"ש.

אמנם כתב **הט"ז** שם, דהא דלא מהני לכתוב "דלא כאסמכתא", מפני שמלשון זה משמע שיש כאן אסמכתא ולמרות זאת גומר ומקנה [שכך מורה כ"ף הדמיון, שאין קנין זה דומה לאסמכתא שבשאר מקומות] - וזה לא מהני לדעת הרא"ש וסיעתו, משום דקיי"ל דאסמכתא לא גמר ומקני. אבל אם כותב "ושטר זה נעשה בענין שאין בו אסמכתא כלל", הרי זה מועיל, דהוי כאילו נעשה בבי"ד חשוב והודאת בע"ד כמאה עדים. עכ"ד. והביאו בקצרה **בנה"מ** (חידושים סקנ"ז). יסוד חילוקו של הט"ז הוא, שכאשר כותב דבר שקר, שאין זה אסמכתא, ובאמת יש בו אסמכתא - לא מהני [דומיא דמתנה עמש"כ בתורה], אבל כאשר אומר שמכל מקום מקנה, מהני, כמו שמצאנו בבי"ד חשוב.

ועי׳ לעיל סי׳ יב סי״ט שפסק השו״ע: ״פשרה בלא קנין, ונתנו משכון ביד הפשרנים, אינו כלום אא״כ אמרו: דלא כאסמכתא או מעכשיו״. **והש״ך** (שם סקכ״ו) ציין לסי׳ סא ולסי׳ דידן שפסקו השו״ע והרמ״א דלא מהני אמירת ״דלא כאסמכתא״, ונשאר בצ״ע. **ובתומים** (שם סק״י) כתב שדוחק ליישב דכאן לא הוי אסמכתא גמורה [שהרי י״א שא״צ קנין, וגם למ״ד דצריך קנין, הרי באסמכתא גמורה לא מועיל אפי׳ קנין לדעת הסוברים דבעינן ב״ד חשוב] - ולכן מועיל לומר ״דלא כאסמכתא״. שאמנם כן הוא דלא הוי אסמכתא גמורה, אבל למאי דקי״ל כהרא״ש וסיעתו דלא מהני ״דלא כאסמכתא״, מנלן לחלק שמועילה כשאינה אסמכתא גמורה, ללא ראיה מהש״ס? ולכן גם הוא נשאר בצ״ע. אמנם **בקצה״ח** (שם סק״ג) קיבל בשתי ידיים את תירוצו של התומים, דדווקא באסמכתא גמורה לא מועיל דלא כאסמכתא, ובאינה גמורה מהני. ומש״כ התומים שצריך ראיה לזה - כתב הקצות שכך מפורש בסוגיא דב״ב שם, כפי שפירש הרמב״ן (וכן הובא בביהגר״א כאן ס״ק ס בליקוט), ששם מהני אמירת דלא כאסמכתא כי לא הוי אסמכתא גמורה אלא הוי כמו ערב דמשתעבד אם לא ישלם הלוה, דהא מהני קנין בערב, ומשו״ה מהני לישנא דלא כאסמכתא. וכ״פ הרמב״ם והשו״ע סי׳ קיג ס״ד. וא״כ מוכח להדיא דהיכא דלא הוי אסמכתא גמורה מהני לישנא דלא כאסמכתא דסמיך דעתיה עליה. וה״ה בפשרה דמהני קנין כנ״ל, א״כ לא הוי אסמכתא גמורה.

16. מפני מה המחייב עצמו בדבר שלא היה חייב אין בו אסמכתא?

כתב **הרמב״ם** פי״א מהל׳ מכירה הט״ו: ״המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא, כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אף על פי שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר, אף על פי שלא אמר אתם עדי, הואיל ואמר בשטר הרי זה כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם, אף על פי ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב, וכזה הורו רוב הגאונים״. **השו״ע** העתיק לשון הרמב״ם בסי׳ מ ס״א. ובסי׳ רז ס״כ כתב בקצרה: ״המחייב עצמו לחבירו בלא תנאי, אף על פי שלא חייב לו כלום, חייב, כמו שנתבאר בסימן מ׳, ואין בזה משום אסמכתא״.

וכתב **הב״י** דלכאו׳ מילתא דפשיטא הוא דלא הוי אסמכתא. וצ״ל דסד״א שכיון שאינו חייב לו כלום לא גמר ומקני כמו באסמכתא, קמ״ל שכיון שבלא תנאי נתחייב ודאי גמר ומקני, דכל המושג ״אסמכתא״ הוא רק כאשר תולה את הדבר באיזה תנאי, דבכה״ג אמרינן דלא גמר ומקני כי סבר שלא יתקיים התנאי וכדו׳, וכלשון רבא בב״מ (סו ע״ב) ״כל דאי לא קני״. וכן ביארו הנו״כ על השו״ע.

17. ראובן נתחייב לשמעון לספק לו מזונותיו למשך כמה שנים וקבלו ממנו קנין האם הוא משועבד לספק לו את מזונותיו או לא?

הרמב״ם (פי״א מהל׳ מכירה הט״ז): ״חייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסות חמש שנים, אף על פי שקנו מידו לא נשתעבד, שזו כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה, וכן הורו רבותי״. וכתב (שם הי״ז) שהדבר שונה מהפוסק לזון את בת אשתו חמש שנים שחייב לזונה (כתובות קט ע״ב), כי שם פוסק בשעת נישואין ודמי לדברים הנקנים באמירה (קידושין ט ע״ב).

ונחלקו עליו **הראב״ד** בהשגותיו שם **ושאר הראשונים** (רמב״ן בתשו׳ סי׳ סד, רשב״א בתשו׳ ח״ב סי׳ פט, סה״ת שער סד, ר״ן קידושין לב ע״א מדפי הרי״ף, ועוד) וסברו שאין בזה אסמכתא וכתבו שלא מצאנו ראיה לרמב״ם. והוכיחו דמהני מהמבואר בגיטין נ ע״ב ״אין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות וכו׳ מנכסים משועבדים״, ואע״ג דכתיב בשטרא אנא איקום ואשפי וכו׳, מהני התנאי לחייבו ולגבות מבני חורין, ומוכח דמהני לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לגבי דידיה [אמנם ממשעבדי לא גובה]. וכן בסוגיא

דהפוסק לזון את בת אשתו כתבו שמועיל בקנין אפי׳ שלא בשעת קידושין אע״ג דהוי דבר שאינו קצוב. ובסה״ת הקשה שהרמב״ם עצמו פסק בפכ״ג מהל׳ אישות הי״ז שקנין מועיל אפי׳ בדבר שאין לו קצבה, ודבריו סתראי. ועי׳ בכס״מ בהל׳ מכירה שם שכתב ראי׳ לרמב״ם מכתובות קב ע״ב ע״ש [הובא בחידושי הגהות אות לה]. וכן כתב (שם ובהל׳ אישות שם) ליישב הסתירה הנ״ל ברמב״ם בכמה אופנים. ועי׳ בדרישה כאן (אות כח-כח) שדחה תירוצים אלו וביאר באופ״א.

השו״ע בסי׳ ס ס״ב כתב את דעת הרמב״ם ושכל הבאים אחריו חלקו עליו. [וע״ש בש״ך שהאריך, וגם דן שם האם אפשר לומר קים לי כרמב״ם]. וכן בסי׳ צא ס״ז [כשבעה״ב אמר לתת לפועלים כמה שצריכים, נוטלים ממנו בלא שבועה] ובסי׳ קלא סי״ג [שלרמב״ם ערב אינו משתעבד בדבר שאינו קצוב, וכל הבאים אחריו חלקו עליו ״והכי נקטינן״]. וגם בסו״ס דידן כתב השו״ע שלהרמב״ם לא נשתעבד וכל האחרונים חלקו עליו. משמע שאין הלכה כהרמב״ם, ולכן אפשר להשתעבד ולהתחייב בדבר שאינו קצוב.

ועי׳ **ב״ח** שהקשה שבסי׳ רלב ס״ז פסק השו״ע גבי מום דבמוכר לו על מנת שאין אתה חוזר עלי במום הרי זה חוזר עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח, ואלו דברי הרמב״ם (פט״ו ממכירה ה״ו), והרי הטור שם ביאר שטעמו לפי שהוא דבר שאין לו קצבה (ולכן פסק דלא כהרמב״ם שם), וא״כ נמצא שהשו״ע פסק כהרמב״ם, נגד כל המקומות האחרים שפסק דלא כרמב״ם. [גם הסמ״ע הקשה כן וניסה לתרץ ודחה, ונשאר בצ״ע[22]]. וחילק הב״ח דס״ל לשו״ע דבתולה בדעת עצמו בלבד ודאי משתעבד אפי׳ בדבר שאינו קצוב ודלא כהרמב״ם, אבל בתולה בדעת שניהם כההיא דסי׳ רלב, לא קנה עד שיפרש, ע״ש. אמנם **בבדק הבית** בסי׳ רלב שבלשון הרמב״ם נראה שלמד דבר זה מדין אונאה וכביאור המ״מ שם, ואינו ענין לדין דבר שאינו קצוב [אלא שהטור תמה ע״ז], ועי׳ **בסמ״ע** שם (סקט״ז) שג״כ הלך בדרך זו וביאר הענין. ראה גם בסי׳ רלב תשובה 3.

[בהגדרת דבר שאינו קצוב כתבו הטוש״ע בסי׳ ס שגם אם קצב זמן כגון ״לזונו חמש שנים״ מיקרי דבר שאינו קצוב, כיון שלא ידוע כמה יעלה שיעור המזונות במשך הזמן הזה, דשמא יתייקרו וכדו׳. ובפרישה (אות כז) הוכיח כן מלשון הרמב״ם הנ״ל בהל׳ מכירה בהלכה יז שהקשה מהמתחייב לזון את בת אשתו וכו׳, והרי שם במשנה בכתובות איתא להדיא ״חמש שנים״, ורואים שהרמב״ם הגדירו כדבר שאינו קצוב. וע״ע באחרונים בסי׳ ס].

18. א. שמעון אמר לראובן: שחט את הפרה, ואם היא תימצא טריפה אשלם לך 1,000 ₪, ואם כשירה 5,000 ₪, ונתן לו משכון ביד שליש ונמצאת טריפה. האם הוי אסמכתא? והאם חייב לשלם מדין אחר?

בתשו׳ הרא״ש (כלל סו סי׳ ט, הובאה בטור כאן סכ״ד): ״ראובן היתה לו פרה והיה ירא לשוחטה שמא תמצא טריפה, אמר לו שמעון שחוט אותה ואם תמצא טרפה אתן לך בשביל בשרה כך וכך ואם תמצא כשירה כך וכך, ונתן שמעון משכון ביד שליש ושחט ראובן את הפרה ונטרפה כו׳, וראה שמעון הפסד וחזר בו וכו׳. תשובה, יראה לי שמקח זה נעשה בלא קנין כי לא היה כאן אלא דברים בעלמא ויכול שמעון לחזור בו, אף על פי שנתן משכון ביד שליש בשביל זה לא נגמר המקח, חדא דמעות אינו קונה, ועוד אפילו אי הוי מעות קונה, נתינת המשכון אינו קונה.

והקשה **הב״י**, אמאי לא מתחייב שמעון מדין ערב, שהרי על פיו שחטה, שאל״כ היה מוכרה בחייה. וערב נמי הרי הוא אומר ״אם לא ישלם הלוה אני אשלם״, דומיא דמאי דאמר הכא שמעון אם לא תמצא כשרה אשלם כך וכך? ותירץ שני תירוצים: **א.** ערב שאני דמשום דמהימן ליה גמר ומקני, כדאמרינן בב״ב (קעג ע״ב), אבל הכא לא הימניה שהרי נתן לו משכון. **ב.** הכא לאו מתורת ערבות נחית לה אלא דרך מקח וממכר בתנאי, וכיון שלא קנה בדרך מדרכי הקנין לאו כלום הוא. ולא דמי למשחק בקוביא (סנהדרין כד

[22] ופלא שבנתיבות העתיק ל׳ הסמ״ע ולא הזכיר תירוץ הב״ח.

ע"ב) דהתם קרוב להפסד ולרווח בצורה שווה לשניהם, אבל כאן היה המוכר בטוח שאף אם תצא טריפה יקבל אותו סכום שהובטח לו. ועוד שהלוקח היה אפשר שיפסיד יותר ממה שירויח. ועוד דאפילו משחק בקוביא במשחק באמנה אינו חייב לשלם ואף אם נתן משכון משום דמנה אין כאן משכון אין כאן (קידושין ח ע"א, והובא בהגה סי"ג).

ובהגהת מהר"ר עוזר (מובא בבאה"ט בסוף הסימן) וכן **בקצה"ח** (סק"ד) ביארו, דהרא"ש לטעמיה דס"ל (קידושין פ"א סי' יג) גבי "תן מנה על הסלע" וכן "תן ככר לכלב ואקדש אני לך" דאינה מקודשת מדין ערב, כיון דלא מטא הנאה לשום אדם אינו דומה לערב ע"ש, וכ"כ הר"ן שם (ד ע"ב מדפי הרי"ף), ועיין בדברי הרמ"א לקמן ר"ס שפ, ד"זרוק מנה לים ואתחייב אני לך" י"א דפטור [והיא דעת הרא"ש, ורמב"ן מחייב, ע"ש], וא"כ ה"נ באומר שחוט סובר הרא"ש דהו"ל כמו זרוק מנה לים, ופטור.

אמנם <u>הקשה הקצות</u>, מדוע לא יתחייב משום דינא דגרמי, כיון שעל פיו שחטו, ומאי שנא ממש"כ הרא"ש בתשו' (כלל קד סי' ו; ונפסק לקמן סי' שלג) בראובן שהלך לאומן ואמר לו "עשה לי כך וכך הלילה ואקחנו למחר", והוא עשה אותו דבר ולמחר אמר לו "טול הפעולה שאמרת לעשות שאם לא תטלנו תפסיד", וראובן אמר כבר לקחתי מאחר, והעלה דחייב לפרוע לאומן כל ההפסד משום דינא דגרמי, מידי דהוי אהלכו חמרים ולא מצאו תבואה כו' נותן להם שכרם משלם (ב"מ עו ע"ב) שעל ידם הפסידו מלאכת היום, וה"נ על פי דיבורו הפסיד.[23] וכן בסמ"ע ס"ס לט (סקמ"ו) בראובן שהתנדב להלוות לשמעון ואמר לו "לך לסופר לכתוב" וחזר בו, דחייב ראובן לשלם לשמעון פשיטי דספרא שהפסיד על פי דיבורו ומשום דיני דגרמי ע"ש. וכעין זה שנינו בבכור שנשחט שלא על פי מומחה דחייב לשלם (בכורות כח ע"א). <u>ואפשר</u> כיון דרוב בהמות כשרות לא הוי מזיק, דסבור שתמצא כשירה והו"ל כמו אונס דפטור אפילו במזיק ממש. ואכתי צ"ע. עכ"ד הקצות.

ובנתיבות (סק"ח) יישב קושיית הקצה"ח, דהנה בהלכות מום במקח (סי' רלב סי"א) מבואר שאם מכר שור ושחטו ונמצא טריפה והוגלד פי המכה הוי מום והמקח חוזר ואינו יכול לטעון שמכרו לחרישה. ואמנם בשו"ע שם איתא שמכר "לטובחה" דווקא, אבל לשון הטור שם "המוכר בהמה ושחטה ונמצאת טריפה", משמע שאפי' מכר <u>סתם</u> הוי מקח טעות. והטעם, דטריפה הוי מום אפי' בשור הנמכר לחרישה, משום שהולך ונחלש. ולפ"ז נראה דה"ה בהורג בהמה של חברו ונמצאת טריפה, שמשלם רק דמי טריפה והניזק אינו יכול לטעון שהיה מוכרה לחרישה, דסו"ס אגלאי מילתא שלא היתה שווה כמו בהמת חרישה, ואילו היה יודע שהיא טריפה היה אסור לו למכרה בכסף מלא, ואסור לעשות כן מדין אונאה. עולה מכאן שהכלל הפשוט הוא - <u>שהמזיק צריך לשלם רק כפי מה ששווה באמת ולא כפי מה שיכול היה הניזק להרוויח ע"י אונאה</u>. וא"כ גם בנ"ד, כיון שהקנין לא מהני והתשלום רק מדין ערב או מדין מזיק בגרמי, אינו מחויב לשלם רק מה שהפסידו באמת ולא מה שהבטיחו. משל למי שאמר לחברו "זרוק מנה לים ואתן לך מאתים" - פשיטא שחייב לתת לו רק מנה. וה"ה הכא. משא"כ בנדון דהרא"ש המובא בסי' שלג מיירי שניזק ע"פ דיבורו באותה פעולה שעשה עבורו, וכן בנדון דהסמ"ע בסי' לט ניזק בפשיטי דספרא שנתן ע"פ דיבורו, ולכן חייב לשלם.

ב. לוקח שלא קנה את השדה משום חסרון אסמכתא, מה דין הפירות שאכל? ומתי מחילה בטעות הוי מחילה?

בב"מ (סו ע"ב): "א"ר נחמן השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא, הדרא ארעא והדרי פירי", ופריך מהא דאמר רב נחמן גבי פירות דקל אי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה, ומשני: "התם זביני הכא הלואה". ובהמשך (סז ע"א): "ההיא איתתא דאמרה לההוא גברא זיל זבין לי ארעא מקריבאי, אזל זבן לה. אמר

[23] גם **בתשו' רע"א** (מהדו"ק ס"ס קלד) הקשה כן על הרא"ש דדבריו סתראי לכאורה. הזכירו הפת"ש כאן סקכ"ה.

ליה, אי הוו לי זוזי מהדרת לה ניהלי. אמר לי, את ונוולא אחֵי [רש"י: אתה והיא קרובים, בטוב תתפשרו]. אמר רבה בר רב הונא, כל 'את ונוולא אחי' סמכה דעתיה ולא גמר ומקני", ולכן אותו שליח לא קנה כלום. וכן פסקו **הרמב"ם** (פי"א מהל' מכירה הי"ב) **והשו"ע** ס"ח: "מעשה באשה ששלחה שליח לקנות לה קרקע משמעון שהיה קרובה, ואמר שמעון המוכר לראובן השליח: אם יהיו לי מעות תחזיר לי פלונית קרובתי קרקע זו, והשיב ראובן ואמר לו: אתה ופלונית קרובים כמו אחים, כלומר הדבר קרוב שהיא תחזיר לך ואינה מקפדת על כך, ובא מעשה לפני חכמים ואמרו: זה השליח לא קנה כלום שהרי לא סמכה דעתו של קרוב זה על דברי השליח מפני שלא השיבו תשובה גמורה ונמצא שלא גמר והקנה". וכתבו **תלמידי הרשב"א** דכל שכן אם שתק השליח ולא אמר "את ונוולא אחי", דאמרינן לא מכר אלא על דעת כן, שהרי לא התנה.

ועוד שם בגמ': "ארעא הדרא, פירי מאי? ריבית קצוצה הוו ויוצאין בדיינים או דילמא כי אבק ריבית הוו ואין יוצאין? אמר רב ב"ר הונא, מסתברא כי אבק ריבית הוו ואין יוצאין בדיינים. וכן אמר רבא. א"ל אביי משכנתא מאי? א"ל התם טעמא מאי משום דלא קץ ליה, הכא נמי לא קץ ליה. א"ר פפי עבד רבינא עובדא וחשיב ואפיק פירי, דלא כרבה ב"ר הונא".

ונחלקו הראשונים בפסק ההלכה לענין הפירות שאכל, והב"י הביא דבריהם, ונסכם את השיטות:

א. שיטת הרי"ף ורמב"ם ומגיד משנה - בכל גוונא הוי ריבית קצוצה ויוצאה בדיינים.

ב. שיטת הרז"ה, ראב"ד בהשגות, תוס', ר"ת בספר הישר, תלמידי הרשב"א, רא"ש וטור - פירות שאכל תוך שלוש הוי אבק ריבית ואינו מנכה מה שאכל, כי בתוך ג' ידע שהשדה היתה בידו והניחו לאכול בתורת ריבית ולכן לא הוי ריבית קצוצה. אבל פירות שאכל לאחר שלוש שנים - יוצאים בדיינים [לרז"ה: משום ריבית קצוצה. לרא"ש: משום דהוי מחילה בטעות, כי הלווה הניחו לאכול משום שסבר שהקרקע נחלטה לו, ושוב נודע לו שלא נחלטה דלא סמכא דעתיה].

ג. שיטת הראב"ד המובאת בחי' תלמידי הרשב"א - בכל גוונא הוי אבק ריבית ואינה יוצאה בדיינים.

בשו"ע ס"י הביא בסתם דעת ריי"ף ורמב"ם, ובשם י"א את שיטת התוס' והרא"ש וסיעתם דפירות שאכל תוך ג' שנים אינו מנכה.

ועוד נחלקו הראשונים בשאר אסמכתא במכר, כשאין בה משום ריבית - **במרדכי** (ב"מ סי' שכד) בשם **מהר"ם, ונ"י** (שם לז ע"ב מדפה"ר) כתבו שגם בכה"ג דהוי מחילה בטעות ולא הויא מחילה, וצריך להחזיר. ואילו **בתשו' הרא"ש** (כלל עב סי' א), **וריב"ש** (סימן שלה) חולקים ואומרים דאם בא ליד הקונה קנה וא"צ להחזיר, ולא הוי מחילה או נתינה בטעות. ולשיטתם דוקא פירות שאכל לאחר ג' צריך להחזיר, משום דהוי ביה קצת איסור ריבית, דהוי דרך הלואה, אבל כאשר לא היה מתחילה בתורת הלואה, קנה. שתי הדעות הובאו ברמ"א כאן.

ועי' **בקצה"ח** (סק"ג) שבתוס' (ב"מ סו ע"ב, ד"ה התם) כתבו בשם **ר"ת** "הכא הלואה" - דהלוה לא הקנה אלא בתורת מכר כו' נמצא הוי מחילה בטעות, אבל גבי פירות דקל לאו מחילה בטעות הוא, דנהי דיכול לחזור מכל מקום אין לו לחזור כי היכי דליקו בהימנותא ע"ש. וזה כשיטת מהר"ם הנ"ל. אבל הריב"ש שם [וכן הרא"ש ב"מ שם סי' לב] כתבו בשם ר"ת באופ"א וכדבריהם דלעיל: "התם הלואה הוי מתחלה על תנאי אם יפרענו אם לאו, ולא מחל שפיר על הפירות, אבל במוכר פירות דקל שהוא יודע שמוכר לו אותן פירות ומוחל אותן מדעת, אלא שטועה בדין שחושב שממכרו ממכר ואינו כן, מחילה בטעות הוי מחילה". וע"ע בסי' רט תשובה 1 מדברי הש"ך שם סק"ה והקצה"ח שם סק"ד שמשלימים ענין זה.

סימן רח

1. אם עשו הסכם קנייני בכתב ביום השבת האם ההסכם מחייב?

ראה סימן קצה תשובה 12 ביאור הסוגיא בהרחבה מכל צדדיה.

2. קימ"ל אין קונין בשבת, בקנין סודר, אם עשו בשבת קנין סודר האם תופס?

ראה שם מדברי הקצות.

3. מה הדין בנשבע שלא למכור ועבר ומכר? ומה הדין אם מכר על ידי שליח?

ראה שם. מרדכי, רמ"א בחו"מ כנגד רמ"א ביו"ד. ביאורי האחרונים והכרעתם להלכה.

אם מכר ע"י שליח - עי' **בהגרע"א** שכתב שהמכר בטל כי אשלד"ע. ולמרות שהשליח לא נשבע שלא למכור, מ"מ הדבר תלוי בשתי הלשונות בב"מ י ע"ב האם שלד"ע תלוי בשאלת רצונו - 'אי בעי עבידׂ או תלוי בשאלת החיוב במצווה - 'בר חיובא'. כאן השליח אינו בר חיובא שהרי לא נשבע שלא למכור. אולם, גם ללשון זו, ייתכן שרק ישראל המקדש גרושה לכהן נעשה שליח כי כלל לא נצטווה באיסור זה, אך הכא גם השליח מוזהר בלאו דשבועה.

4. מכר חפץ מוקצה ביום שבת ובמוצ"ש מכרו לאחר מי קונה?

ראה שם. ע"פ חילוקי האחרונים שם יוצא שהראשון קונה [לסמ"ע כי אפשר בהיתר, לנתיבות כי האיסור בפעולה ולא בתוצאה ולכן החלות אינה מתבטלת כשהאיסור יישאר. גם מצד איסור מוקצה אין טעם לבטל את החלות כי האיסור לא נוגע למקח, ועוד דאפשר שכל איסורי דרבנן הם איסורי גברא ולא בחפצא ואכמ"ל].

5. מכר חפץ באיסור ריבית?

ראה שם בתשובה הנ"ל. ונוסיף דברי **הנתיבות** סק"א שהביא דברי **הריטב"א** בקידושין ו ע"ב שכתב דאע"פ שריבית קצוצה יוצאה בדיינים, אך בינתיים היא בבעלותו של המלוה ויכול לקדש בה אשה. והקשה הנתיבות דלפי הסמ"ע סק"ג שמעשה שבמהותו אסור אינו חל, הרי עצם נתינת הריבית אסורה ומדוע היא בבעלות המלוה? וביאר הנתיבות ע"פ הגמ' ב"ק קיב ע"א שהיורשים אינם מחזירים מדכתיב "וחי אחיך עמך", לדידיה אזהר רחמנא ולא לבניו אחריו, ומוכח דריבית שאני שהתורה הקנתה את הריבית למלוה, אלא שיש מצוה נפרדת להחזיר מה שגבה באיסור מצד "וחי אחיך עמך" [ומש"כ התוס' בב"ק שם (ד"ה אע"פ) שכל זמן שהריבית בעין הוי כגזילה בעין ולא קנה - היינו רק לפי ההו"א של הגמ' ולא לפי המסקנא]. ואמנם הב"ש אה"ע סי' כח סקכ"ו כתב בשם רי"ו שאם קידש אשה בריבית אינה מקודשת, וכותב הנתיבות דאפשר דמיירי שקידשה בריבית קצוצה שמגיעה לו מהאשה בעצמה ויכולה לומר שלי נטלתי ולכן אינה מקודשת כי מחויב להחזיר לה.

6. מצא מציאת מוקצה ביום שבת ולקחו ובמוצ"ש חברו תפסו ממנו מי קונה?

בב"מ ט ע"א איתא שהמוצא ארנקי בשבת והגביהו, זכה בו. לגבי חלות הקנין בשבת - ראה בתשובה הנ"ל בסי' קצח, וכנ"ל בתשובה 4 הראשון קנה ולא השני שתפס במוצ"ש.

סימן רט

1. א. אם הקנה דשלב"ל וקדם הקונה ותפס, האם מהני תפיסתו?

ביבמות צג ע"א **ובקידושין** סב ע"ב-סג ע"א מוזכרים כמה תנאים דכולהו סבירא להו אדם מקנה דשלב"ל. ולהלכה לא קיימא לן הכי [עי' ר"ן קידושין שם (כו ע"ב מדפה"ר): "היכא דאמרינן רבי פלוני ורבי פלוני כולהו סבירא להו כי הכא, הויא שטה שהיא קבלה ביד הגאונים דלית הלכתא כחד מינייהו". וכ"כ התוס' ב"מ סט ע"ב ד"ה אלא בשם ר"ח, ורי"ף סוכה ג ע"ב. וכן לשון הב"י כאן "אוקימנא לתנאי דאמרי אדם מקנה דשלב"ל בשיטה דלא קיימא לן כחד מינייהו"].

ובב"מ סה ע"ב תנן: "מכר לו את השדה ונתן לו מקצת דמים, ואמר לו: אימתי שתרצה הבא מעות וטול את שלך - אסור. הלוהו על שדהו, ואמר לו: אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים - הרי היא שלי - הרי היא שלו. וכך היה ביתוס בן זונין עושה על פי חכמים". ובגמ' (שם סו ע"ב): "אמר רב נחמן: השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא - הדר ארעא והדרי פירי. למימרא דסבר רב נחמן: מחילה בטעות לא הויא מחילה? והאיתמר: המוכר פירות דקל לחבירו, אמר רב הונא: עד שלא באו לעולם - יכול לחזור בו. משבאו לעולם - אין יכול לחזור בו, ורב נחמן אמר: אף משבאו לעולם - יכול לחזור בו. ואמר רב נחמן: מודינא, דאי שמיט ואכיל - לא מפקינן מיניה! - התם זביני, הכא הלואה".

רש"י והרי"ף פירשו את תירוץ הגמ' "התם זביני הכא הלואה", שבאופן עקרוני מחילה בטעות הויא מחילה ולכן במכר המחילה חלה, ורק בהלואה לא הויא מחילה כי יש איסור ריבית.

התוס' (ד"ה התם) פירשו להיפך, שבד"כ לא הויא מחילה, אבל במכר הויא מחילה כי יש אומדנא שרוצה להיות נאמן, ולכן אע"פ שמוחל בטעות, המחילה חלה.

הרא"ש (ב"מ פ"ה סי' לב) כתב כתוס', אבל במכר מהני מטעם אחר - כיון שהמוכר ידע שהמכר לא חל, ובכל זאת שתק, הרי מחל. עולה מדבריו שדוקא בכה"ג שידע שהמכר לא אמור לחול ויכול לחזור ולא חזר, אבל לא אמרינן הכי בכל מכר. ודלא כתוס' שבכל מכר מחילה בטעות חלה משום דניחא למוכר דליקום בהימנותיה.

בשו"ע ס"ד פסק שמחילה בטעות במכר הויא מחילה, ולכן אם תפס אין מוציאין בידו. ומיירי שתפס לפני שהמוכר חזר בו, אבל אם חזר קודם שתפס, אסור לתפוס. **בש"ך** (סק"ה) הביא דברי הרא"ש דדוקא כשהמוכר ידע ולא חזר [כהרא"ש], והש"ך כתב שכ"כ התוס' ועוד ראשונים. בקונטרס **מים חיים** לבעל הפרי חדש (שו"ת סי' יג) הקשה על הש"ך שהרי לפי גירסת התוס' המופיע לפנינו, התוס' והרא"ש חלוקים ביניהם כנ"ל. ודעת הרב מים חיים להלכה כתוס', שבכל מכר הוי מחלה גם אם לא ידע המוכר שלא אמור לחול, שהרי השו"ע לא חילק בזה, ודלא כהש"ך.

בקצה"ח (סק"ד) כתב שגם לתוס' חייבים שהמוכר ידע מכך שהלוקח תפס, דאל"ה הוי יאוש שלא מדעת כמ"ש התוס' (ב"מ כט ע"ב). ובאמת **הש"ך** (סי' שנח סק"א) חולק על התוס' וכתב שמותר להשתמש בלי ידיעתו של חברו אם ידוע שלא יקפיד (ועי' בקצה"ח שם סק"א שלא הכריע במחלוקת זו. עי' סי' שנח תשובה 1). ולכן בנ"ד הקצות הסכים עם הש"ך להלכה אך לא מטעמו. ונ"מ בין הקצות לש"ך, שלטעמו של הש"ך [שכתב כהרא"ש] מותר להשתמש אם יודע שחברו מרשה לו אע"פ שחברו אינו יודע שמשתמש, ואילו לקצות ע"פ התוס' - אסור בלי שהחבר יודע.

ב. ומה הדין במזכה לעובר, האם קנה?

בב"ב קמב ע"א פליגי אמוראי האם המזכה לעובר קנה: רב נחמן סובר שהמזכה לעובר לא קנה, אבל אם אמר לכשתלד קנה. דעת רב הונא שהמזכה לעובר לא קנה אף לכשתלד. ודעת רב ששת שהמזכה לעובר קנה וכ"ש לכשתלד [דס"ל אדם מקנה לדשלב"ל].

ונחלקו הראשונים בפסק ההלכה:

א. הרי"ף (ב"ב סו ע"א) **והרמב"ם** (פכ"ב מהל' מכירה ה"י) לא הזכירו שיטת רב נחמן שאם אמר לכשתלד קנה ומשמע שפסק כרב הונא שהמזכה לעובר לא קנה וגם אמר לכשיולד לא מהני.

ב. רשב"ם (שם קמג ע"א ד"ה הראויה) **ור"ח** (הובא שם) **והרא"ש** (ב"ב פ"ט סי' ה) **וריי"ו** (ני"ז מט ע"ג) פסקו כרב נחמן דהלכתא כוותיה בדיני (כתובות יג ע"א) שאם אמר לכשתלד קנה [אם לא מת או חזר המזכה עד שיולד וישנו ברשות הזוכה כשנולד].

ג. ובתוס' גיטין יג ע"ב (ד"ה לדבר) כתבו כהרא"ש, ושם משמע שאפי' לא אמר "לכשיולד" קנה, ומ"ש ר"נ "לכשיולד", הכוונה דלא קנה אלא כשיולד, אבל לא שצריך לומר כן. ולשיטתם אינו יכול לחזור בו [שיטה זו הובאה בביהגר"א סק"ו].

להלכה, **בשו"ע** בסי' רי ס"א פסק כהרי"ף והרמב"ם שהמזכה לעובר לא קנה אפי' לכשיולד, וכן הסכים **הרמ"א** שם, וכתב "ודלא כיש חולקין" וכו' [הרא"ש וסיעתו].

והנה לפוסקים כרב נחמן צ"ב מדוע עובר שונה ממקנה דשלב"ל שלא מהני אף לכשיהיה? ביאר **רשב"ם** שם (קמב ע"א ד"ה לכשתלד) שעובר חשיב "בא לעולם קצת" ולכן אם אם לכשיולד מהני. לפ"ז כתב בהגה"א (ב"ב פ"ט סי' ה), שלדעת ר"נ כל שכן שאפשר גם למכור עובר פרתו לכשיולד, דאפי' למ"ד אדם מקנה דשלב"ל מודה שא"א להקנות לדשלב"ל. וכך נקט **הסמ"ע** סק"א בדעת הרא"ש וסיעתו, שהדינים שווים. וכ"כ בסי' רט סקט"ז שהמח' אם מהני להקנות דשלב"ל לכשיבוא לעולם תלויה באותה מחלוקת במזכה לעובר. אבל הט"ז השיגו שעובר נחשב כדבר שבא לעולם קצת ולא דמי למקנה דשלב"ל לכשיבוא לעולם שהוא חמור יותר.

ובהגה"א שם כתב בשם **ר"י** פירוש אחר, דאם מוכר עובר בהמתו לא קנה, דחמיר ליה מוכר דבר שלא בא לעולם מלדבר שלא בא לעולם. לדברי ר"י הטעם שכאן אפשר לזכות לעובר לכשיולד אינו משום שעובר חשיב קצת בעולם כרשב"ם, אלא משום שהקנאה לדשלב"ל קלה יותר מקניית דשלב"ל. וכן ביאר **הנתיבות** סק"א שיש לחלק בין הדברים [ע"ש].

ובקצה"ח (סק"ב) נקט כדרכו של רשב"ם, וכתב דלפ"ז אם לא נתעברה עדיין - אפי' אומר לכשיולד לא מהני גם לרב נחמן, שהרי בכה"ג לא בא כלל לעולם ואין טעם שיועיל. אבל יש לציין שבשו"ת **שארית יוסף** סי' יב (הובא בהגרע"א) פסק שאם אמר לכשתלד קנה ואפי' בעדיין לא נתעברה, דס"ל שהקנאה לדשלב"ל קל יותר מקניית דשלב"ל ונראה שהולך בשיטת ר"י הנ"ל. וכ"כ **בפנ"י** גיטין יג ע"ב [בסוגיית מעמ"ש] בהבנת הרשב"א בחידושיו (קידושין סב ע"א) והרא"ש (שם פ"ג ס"ד). אבל הקצה"ח שם הבין בדברי הרשב"א והרא"ש כשיטת רשב"ם ודלא כהבנת הפנ"י. [**ובכסף הקדשים** הסכים עם הפנ"י]. וע"ש עוד בקצה"ח שבמעמד שלשתן יש חידוש מיוחד שאפי' הקנה לנולדים שלא באו לעולם כלל, קנה, כדאיתא בגיטין שם דהוי הלכתא בלא טעמא [אבל אין ללמוד משם לכל הקניינים כפי שלמד הפנ"י].

מזכה לעובר שלו - כל האמור לעיל במזכה לעובר של אחר, אבל במזכה לעובר שלו [בנו] לכו"ע קנה אפי' לא אמר "לכשיולד", כמבואר שם בגמ' בב"ב: "אמר רבי יצחק אמר רבי יוחנן המזכה לעובר לא קנה, ואם תאמר משנתנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו", ופירש רשב"ם: "ואם תאמר משנתינו

- דאותביה רב נחמן לרב הונא לעיל (קמא ע"ב) האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה ילדה זכר נוטל מנה דעתו של אדם קרובה אצל בנו וגמר והקנה בכל לבו אבל לעובר אחר לא קנה". מבואר שכיון שדעתו קרובה אצל בנו ודאי שגמר בדעתו להקנות עבורו. ובתנאי שאשתו כבר היתה מעוברת בשעת המתנה. ונפסק בשו"ע שם.

בספר **העיטור** (אות ז, זיכוי) כתב דאפי' תוך מ' יום אפשר לזכות לו ובלבד שהוכר העובר. וכן הכריע בב"י ולכן סתם בשו"ע ולא חילק. וכן נראה דעת **הסמ"ע** (סק"ג-סק"ד). אולם **הנ"י** (ב"ב סו ע"א מדפה"ר) כתב בשם **הריטב"א** (ב"ב קמב ע"ב ד"ה המזכה) שאפשר לזכות לעובר שלו דוקא לאחר מ' יום שאז הוא בן קיימא ודעתו קרובה אליו, אבל קודם לכן הוי מיא בעלמא. וכן דעת **הש"ך** (סק"ב), והוכיח מיבמות סט ע"ב גבי תרומה דתוך מ' יום מיא בעלמא הוא, ע"ש. בספר **גן המלך** אות פט כתב שלדעת הריטב"א והנ"י אם נולד לשבעה מחשבים המ' יום באופן יחסי לכלל ההריון וסגי בל"א יום. **הגרע"א** הביא דבריו וכתב: "ולענ"ד הקלושה צ"ע" [ובאמת דברי גן המלך תמוהים לענ"ד, דמאי אכפת לן שהקדים להיוולד לשבעה, הרי לדעת הריטב"א אזלינן בתר שעת ההקנאה, ובאותה שעה לא היתה דעתו קרובה אליו דסו"ס לא עברו מ' יום, והרי לא ידע שיוולד לשבעה. ופשוט].

<u>האם אמו יכולה לזכות עבור עוברה</u> - עפת"ש סק"א וכן בהגרע"א שנחלקו בזה: **למבי"ט** (ח"א סי' שלט) לא מהני, **למהרש"ך** (ח"ג סי' צד) **ושבו"י** (ח"א סי' קיא) מהני. [המח' כנראה בשאלה אם יש גמירות דעת במה שמקנה האֵם כמו באב[24]]

וכן דנו לענין <u>הקנאת דשלב"ל לבנו ולבתו</u> האם גם בזה מהני כי דעתו קרובה אצלם - **למבי"ט** (ח"ב סי' קלז) כן, **ולשער המלך** (פכ"ב מהל' מכירה ה"י) לא מהני. ומחלוקתם תלויה במח' הראשונים הנ"ל מה קל יותר - הקנאה לדשלב"ל או קניית דשלב"ל. יש להאריך בביאור החקירה שביסוד המח' ואכמ"ל.

לגבי בן בנו - כתב **בתשו' הרא"ש** (כלל פב סי' ד) דכאחר דמי, דאין דעתו של אדם קרובה אצל בן בנו. והביאו הרמ"א שם. אכן **בתה"ד** סי' שנ פסק שאפי' בבת בנו קנתה [דדעתו קרובה באותה מדה. בני אהרן סי' כו, מובא בהגרע"א]. וביאר **בשבו"י** ח"א אה"ע סי' קיא (מובא בפת"ש סק"ג) שהרמ"א סתם כהרא"ש כי הנכסים בחזקת היורשים ואין מוציאין מידם. **ובקצות** סק"ד הקשה דלקמן סי' רנז ס"ב משמע דהרמ"א ס"ל כתה"ד, וצ"ע.

<u>בביאור שיטת הרמב"ם</u> - **בקצה"ח** סי' רט סק"א הוכיח מדברי הרמב"ם בהל' אישות פ"ז הט"ז שעובר חשיב דבר שבא לעולם, שכתב "האומר לחבירו אם תלד אשתך נקבה תהא מקודשת לי לא אמר כלום, ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר העובר, הבת מקודשת" (ובשו"ע אה"ע סי' מ ס"ח הביא הרמ"א שתי דעות בזה). ואילו התוס' בקידושין סב ע"ב והרא"ש שם והטוש"ע (רט, ד) פסקו דעובר הוי דשלב"ל. הקצות הביא כמה ראיות לרמב"ם: **נדה** מא ע"א דאתנן חל על עובר קדשים (וכתב שאפשר לדחות הראיה). **תמורה** כד ע"ב כיצד מערימין על הבכור (ולפ"ז הב"י יו"ד סי' רלב דקדוה"ג חלה בדשלב"ל אין ראיה, אך בדף י ע"א שם משמע שגם בקדושת דמים חל). **שם** כה ע"ב הפריש חטאת מעוברת וילדה וכו' רצה בולדה מתכפר וכו' שיירו משוייר]. **שבת** קלה ע"ב אמר רבא בשלמא לר' חמא משכחת יליד בית וכו' מקנת כסף נימול לשמונה כגון שלקח שפחה מעוברת והטבילה ואח"כ ילדה, מקנת כסף נימול לאחד כגון שלקח זה שפחה וזה

---

[24] שו"ר במבי"ט שם שכתב שני טעמים: "**א**. תקנו חכמים שיהיה קיים מה שיקנה האב לבן וכו' משום דהוי דבר מצוי ושכיח דעביד הכי, אבל האם אף על פי דהויא כאב לענין אהבה, לא תקנו בה האי תקנתא משום <u>דלא שכיח</u> כדאמרן. **ב**. עוד אני אומר דהתורה ירדה לסוף דעת אב ולסוף דעת אם <u>וטפי רחים אב לבן מאם על הבן במידי דאיכא דרדא דממונא</u> ויהיב נפשיה וממוניה טפי אב מאם דאב עושה מלאכה ואי יהיב ליה לבריה דרחים ליה לא חסר ליה מידי דאיכא ליה רווחא באומנותא, מה שאין כן האשה דאין לה חכמה אלא בפלך ומשו"ה בעל חייב במזונות האשה. וזכר לדבר כרחם אב על בנים וכו' וידי נשים רחמניות בשלו ילדיהן".

עוברה. ומשמע שם שדברי ר׳ חמא ניחא גם למ״ד ק״פ כקה״ג, והרי להחולקים על הרמב״ם דעובר הוי דשלב״ל, בלקח זה שפחה וזה עוברה לא משכחת לה עד דמזבין שפחה לעוברה וא״כ למ״ד ק״פ כקה״ג מאי איכא למימר. אמנם אפשר לדחות לפמש״כ הריב״ש (סי׳ שכח) דקודם מתן תורה דשלב״ל נקנה, וא״כ יליד בית כתיב גבי אברהם והוי קודם מ״ת [וכן מבואר בתוס׳ שם ד״ה כגון שלקח].

ובלחם משנה בהל׳ אישות שם הקשה, שהרמב״ם עצמו פסק בהל׳ מכירה שהמזכה לעובר לא קנה כמובא לעיל. ויישב **הקצה״ח** דמש״כ הרמב״ם דמזכה לעובר לא קנה אינו משום דשלב״ל, אלא משום דאינו בר זכיה עד שיוולד וכבהמה דמי, וכמבואר בחי׳ הרמב״ן ב״ב עט ע״ב ע״ש. אבל לשאר מילי הו״ל בא לעולם ושייך בו קנין וקידושין. וממילא לדעת הרמב״ם אפשר למכור עובר פרתו ושפחתו כאשר הוכר העובר [וא״צ לומר לכשיולד אלא מיד קנה], ורק לזכות לו א״א משום דאינו בר זכיה. וע״ע בקצה״ח שם סק״י שהוכיח מהגמ׳ בב״ק עח ע״ב ״בעי ר׳ ירמיה מכרה חוץ משלשים יום, חוץ מעוברה מהו, אליבא דמ״ד עובר ירך אמו לא תבעי לך דהא שייר בה, כי תיבעי לך אליבא דמ״ד עובר לאו ירך אמו, כיון דמחובר בה הוי שיור״ וכו׳. מוכח כדעת הרמב״ם דעובר הוי דבא שבא לעולם.

גם **בחכמת שלמה** כתב דבהוכר עוברה הוי כדשלב״ל כדעת הרמב״ם, והוכיח מבכורות נו ע״א ״לקח עשרה עוברין במעי אמן כולן נכנסין לדיר להתעשר״ דמהני למכור עובר במעי אמו, ע״ש. וכתב דנפק״מ גם לגבי בכור דפטור כה״ג מבכורה. וע״ע **בנתיבות** סק״ב שכתב לדחות ראיות הקצות.

וע״ע **בקצות** סק״ב שכתב הרמ״א (רט ס״ד) ע״פ רש״י (ב״מ סו ע״ב ד״ה מוכר) שאם חנטו הפירות מיקרי דבר שבא לעולם, והקשה בספר **בני יעקב** (ר״י ששון) שבקידושין סב ע״ב משמע שיש השוואה בין דין עובר לדין פירות, והרי בדין עובר הרמ״א באה״ע הביא שתי הדעות, וכאן סתם דחנטו הפירות הוי דשלב״ל, וגם צ״ב בדברי רש״י. והקצות מבאר דברי רש״י ע״פ שיטת רשב״ם (שהבאנו לעיל) שעובר חשיב קצת בא לעולם ולכן לכשתלד מהני, וא״כ כשחנטו הפירות הוי בא לעולם קצת. ולענין שיטת הרמ״א יש לחלק בין עובר לדין חנטו פירות, כמ״ש בסמ״ע (סק״ט) שעובר מכסיא ופירות שחנטו מגליין, ומה שמדמה הגמ׳ עובר לפירות היינו לענין מה שלא צמח עדיין שבזה לא מהני מכירה כמו שעובר ליתיה במכירה והוכיח כן הקצות בכמה ראיות. ועי׳ גם בסק״ג שאם נשחטה הפרה לכו״ע העובר הוי דבא שבא לעולם וכמונח בקופסא.

ג. האם יש חילוק בשאלת המזכה לעובר בין בריא לבין שכ״מ?

כרקע לתשובה האם יש חילוק בין בריא לשכ״מ, ובכלל לסוגיית זיכוי לעובר, נוסיף את דברי הגמ׳ **ביבמות** סז ע״א, דתנן: ״בת ישראל שניסת לכהן ומת, והניחה מעוברת - לא יאכלו עבדיה בתרומה מפני חלקו של עובר, שהעובר פוסל ואינו מאכיל, דברי ר׳ יוסי. אמרו לו: מאחר שהעדת לנו על בת ישראל לכהן, אף בת כהן לכהן ומת, והניחה מעוברת - לא יאכלו עבדיה בתרומה מפני חלקו של עובר״. ובגמרא מפרש טעמא משום דקסבר עובר במעי זרה זר הוא, כלומר ואית ליה קנייה ולפיכך פוסל בעבדים מלאכול בתרומה בשביל היורשים מפני חלקו שהוא זר. ואמרינן תו בגמרא: ״אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי רבי יוסי אבל חכמים אומרים יש לו בנים אוכלים בשביל בנים אין לו בנים וכו׳ אוכלים משום משפחה״. ופירש רש״י משום משפחה שאין אחד מישראל שאין לו יורשים וכל זמן שלא נולד העובר זוכה הקרוב לירושת כהן ואוכלים בגינו.

ופסק **ר״ח** כדעת חכמים שעובר אינו זוכה בירושה עד שיוולד כשם שאינו קונה, וכ״כ **הרי״ף** (שם כב ע״ב), והילכך אפילו במעי גרושה לא פסיל להו לעבדים עד שיולד. **והראב״ד** תמה עליו והכריע לפסוק כדרבי יוסי מכח סוגיית מי שמת הנ״ל. יסוד שיטתו שכל הבעיה בזיכוי לעובר הוא בגמירות הדעת בהקנאה [ולכן בבנו קנה כפי שיובא לקמן], ולכן בירושה הבאה מן שמיא וא״צ דעת מקנה - העובר זוכה

כר׳ יוסי. וכן דעת **התוספות** בפרק מי שמת (קמב ע״ב ד״ה והלכתא) בשם **ריב״ם**. **והרמב״ן** (יבמות סז ע״א ד״ה מאי) סתר ראיית הראב״ד ואדרבה הכריע כדברי הרי״ף מכח הסוגיא בב״ב שם, וביאר שר׳ יוחנן שאמר שהעובר שלו קונה איירי דוקא בשכיב מרע שתקנו לו תקנה זו כדי לא תיטרף דעתו כפי שתקנו שדבריו ככתובים וכמסורים, אבל בבריא המקנה לבנו העובר - לא קנה, וממילא גם בירושה לא זכה. והוכיח זאת הרמב״ן וכן **הר״ן** (ב״ב קמב ע״ב ד״ה א״ר יצחק) מדברי הרי״ף (ב״ב סו ע״א) אמתניתין דהאומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה ילדה זכר נוטל מנה, שכתב ״מתניתין בשכיב מרע״. וכן דעת **הנ״י** ביבמות (כב ע״ב מדפה״ר) ובב״ב (שם). וגם במגיד משנה בפרק כ״ב מהלכות מכירה (ה״י) מובא שכ״כ **בעל העיטור** בשם **רבינו האי**. שיטה זו שיש לחלק בין בריא לשכ״מ הובאה בשו״ע ס״א בשם **יש אומרים**.

אבל **הרמב״ם** בהל׳ מכירה שם לא חילק בין בריא לשכיב מרע, וכן פירשו דבריו הר״ן והמ״מ שם. וכן **הרשב״א** בתשובה (ח״א סי׳ תתקלג) ביאר שהרי״ף כתב ״שכיב מרע״ מטעם אחר, דכי היכי דלא תיהוי אסמכתא הוא, דס״ל דאין אסמכתא בדברי שכיב מרע, וכן מדברי **הטור** בסימן רנ״ג (סמ״ב) נראה דמשום דאין מטבע נקנה בחליפין (ב״מ מו.) וגם משום דהוי אסמכתא הוא שכתב כן. וכן דעת **הרא״ש** (יבמות שם סי׳ ד) שאין חילוק בין שכ״מ לבריא ודלא כהרמב״ן. וכתב **הסמ״ע** (סק״ו) דלא דמי להא דסי׳ רנג סמ״ב שכתב הטור בשם הרי״ף וסיעתו שאם ילדה אשתו זכר יטול וכו׳ דאיירי דוקא בשכ״מ, כי שם אין זה קנין גמור ולכן התקנה היתה רק בשכ״מ, משא״כ כאן מיירי בקנין גמור ולכן אין לחלק.

ובש״ך (סק״א) דן לענין המחלוקת הנ״ל האם הלכה כחכמים או כרבי יוסי, והביא דברי חתנו שיישב דברי הרי״ף מהשגות הרא״ש, דאמנם בהו״א משמע שירושה עדיפא מזיכוי, אבל במסקנת הגמ׳ אין חילוק ביניהם. והסכים לשיטת הרי״ף וסיעתו שגם בירושה אין זוכה.

אך דחה הש״ך בכל תוקף את דברי הרמב״ן [וסיעתו] שכתבו דדוקא בשכ״מ תקנו וכו׳, וס״ל שאין חילוק בזה, שאם כדברי הרמב״ן מדוע לא כתב הרי״ף דמתני׳ איירי בשכ״מ בתר הך דדעתו של אדם קרובה אצל בנו? אע״כ שכתב דמיירי בשכ״מ רק משום שמדובר באמירה בעלמא בשונה מבריא שצריך קניינים, אבל ע״י קנין מועיל גם בבריא. וכן מוכח **ברמב״ם** שכאמור בהל׳ מכירה לא חילק בין שכ״מ לבריא לענין זיכוי לבנו, אע״פ שבהל׳ תרומה (פ״ח ה״ד) פסק כדעת חכמים [כר״ח ורי״ף] דלא קנה גם בירושה הבאה מאליה. ומוכח דלא כהרמב״ן. ואע״פ שבירושלמי (יבמות פ״ד ה״א) משמע שיש חילוק, לא קי״ל הכי כיון שבבלי לא חילקו, והרי טעם הדין הוא דדעתו של אדם קרובה אצל בנו וזה שייך בכל גוונא.

ד. ומה הדין במזכה לשוטה, האם קנה השוטה?

שייך לסי׳ רמג. השוטה עצמו אינו יכול לזכות, כמבואר **בכתובות** כ ע״א בנכסי דבר שטיא. אבל לדעת **הרמב״ם** (פ״ד מהל׳ זכיה ומתנה ה״ז) אפשר לְזַכּוֹת לו ע״י אחר בן דעת, וכן פסק השו״ע (סי׳ רמג סט״ז). **המגיד משנה** הוכיח כדברי הרמב״ם **מיבמות** קיג ע״א: פקח שנשא שוטה וכתב לה כתובה גדולה מעשיו קיימים. **בב״י** כתב שאין צריך ראיה לזה והדברים פשוטים.

ובקצה״ח (סק״ו) כתב שלדעתו הדברים אינם פשוטים כלל ועיקר, דהא אמרינן בב״מ (עב ע״א) ״קטן דאתי לכלל שליחות אית ליה זכיה נכרי דלא אתי לכלל שליחות לית ליה זכיה״ ע״ש, וא״כ שוטה דלא אתי לכלל שליחות אינו דומה לקטן כלל וראוי לומר ביה דאין לו זכיה. ואין לומר משום דאתי לכלל שליחות כשישתפה, דא״כ נכרי נמי לכשיתגייר, אלא ודאי מחוסר מעשה לא חשיב ״אתי לכלל זכיה״, ודוקא קטן דאתי ממילא לכלל שליחות.

ולענין ראית המ״מ מהגמ׳ ביבמות שם, דחה הקצות דהתם אשתו השוטה לא גרעה משפחתו המשמשתו שיש לה שכר, וכמבואר בתוס׳ סנהדרין סח ע״ב (ד״ה קטן) שגם לקטן יש שכר על עבודתו וטרחתו, ולכן גם מה שכתב לה בכתובה הוא כשכר חלף עבודתה.

והוכיח הקצות שדעת **הרא"ש** (כתובות פ"ב סי' יד) בשם **הרמ"ה**, דאין זכין לשוטה ע"י אחר, אלא רק כאשר עתים חלים, אבל אם הוא שוטה תמיד א"א לזכות לו ע"י אחר. והטעם כנ"ל, דבעתים חלים עתיד להגיע לכלל דעת בחלק מהזמן ודמי לקטן, משא"כ בשוטה לגמרי שלא עתיד לבוא לכלל שפיות. וסיים הקצות דלפ"ז ה"ה בחרש אין מזכין לו ע"י אחר.

בנתיבות (סק"י) הביא **מהמחנ"א** (הל' זכיה ומתנה סי' לב) שביאר דעת הרמב"ם דס"ל שהשליח הוא של הנותן ולא של המקבל ולכן מועיל זיכוי אפי' לשוטה גמור, ע"ש.

2. **ראובן מכר לשמעון דבר שאותו היום לא היה ברשותו ולאחר זמן קנה ראובן את הדבר שמכר, שמעון טוען שקנה אותו דבר רק כדי לעמוד בדיבורו, ראובן טוען שקנהו לעצמו, עם מי הדין?**

כתב **בתה"ד** (סי' שכ) והובא **ברמ"א** (ס"ה) שאם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר צריך לקיים מקחו כדי אדעתא דהכי טרח וקנה כדי דליקום בהימנותיה, ואם לא מקיים יש בזה משום מחוסר אמנה. מקור דין "ליקום בהימנותיה" מופיע בב"מ ט"ז, שאם גזלן מכר חפץ ואח"כ קנהו מהנגזל, אמרינן שקנהו כדי שיהיה נאמן, ע"ש, והובאו פרטי הדינים בסי' שעד.

ובט"ז הביא לשון תה"ד והוכיח משם שרק אם הבטיחו להמציא לו דבר זה, וכן צ"ל בכוונת הרמ"א. ועוד אפשר דהרמ"א איירי שלא ידע הלוקח בשעת המקח שהחפץ אינו ברשותו של המוכר, אבל בנידון דתה"ד ידע שאינו ברשותו רק שמתכוון להשיגו, ולכן לא אמרינן דאדעתא דהכי מכרו כאשר לא הבטיחו בפירוש, דלא סמכא דעתיה שהמוכר יקנה עבורו ללא הבטחה.

ובנתיבות סק"ח הסכים לחילוקו השני של הט"ז שדוקא אם לא ידע וכו', וכתב שכן מוכח מסי' שעד ס"ב ברמ"א. ועוד כתב שדין זה לא שייך אלא בחפץ ידוע ומיוחד כמו מרגלית מסוימת וכדו' שעתה קונה שוב ובוודאי עושה זאת עבור הקונה. אבל בתבואה וכיו"ב שדרך מוכר זה לסחור תמיד במסחר זה לא שייך לומר סברא דאדעתא דהכי טרח, שהרי תמיד קונה סחורה זו.

נמצא שאם לא ידע הלוקח בשעת המקח שהחפץ אינו ברשות המוכר, או שידע אבל קיבל ממנו הבטחה שישיג לו את החפץ, ומדובר בחפץ מסוים - צודק שמעון בטענתו.

[ועי' **בכסף הקדשים** שדן אם הלוקח רוצה לחזור בו האם יכול. וע"ע **בפת"ש** סק"י בשם מעין גנים].

3. **בקניין כסף שהפקיעו חז"ל, האם ניתן להתנות עליו להקנות בו, ואיך ניתן להתמודד עם מכירת סחורה שאינה ברשותו כשאינה עדיין בעולם? המוכר מטלטלין דשלב"ל או שאינו ברשותו ונותן הקונה כסף, האם יהיה בזה מי שפרע?**

האם מהני תנאי לקנין כסף - התבאר לעיל סי' קצח תשובה 1 סעיף ג, מח' הש"ך ושאר פוסקים.

פתרון לסחורה שאינה ברשותו - עי' ב"מ טז ע"א "מה שאירש מאבא מכור לך וכו' לא אמר כלום, מה שאירש מאבא היום וכו' דבריו קיימים". וע"ע בכתובות צא ע"ב "ההוא גברא דזבנה לכתובתה דאימיה בטובת הנאה" וכו'. לדעת **רש"י** שם בפירושו הראשון (ד"ה דזבנה) מכרה את הכתובה כשאמו היתה נשואה, וביאר **ר"ת** (בתוד"ה דזבנה ורא"ש סי' ו) שהמכירה הועילה כי אם מפרש "שדה זו שאירש מאבא" מהני, ובזה מדובר כאן. ודעת **הגאונים** (מובא בעיטור במאמר קנין בשם רב האי) דלא מהני בכה"ג, וכן פסק השו"ע בסי' ריא ס"א. אבל הרמ"א שם כתב כר"ת והרא"ש דדוקא בסתם לא קנה אבל אם פירש "שדה זו" קנה.

עוד אפשר להתחייב על דשלב"ל כמובא ברמ"א ס"ד.

וכן י״א שאם הקונה רוצה לקנות מהני (**רבינו משולם**, מובא בגהמ״ר ב״ב, וברמ״א ס״ח). ויש חולקין כמובא בסי׳ קעו ס״ג. זה כמובן תלוי בחקירה אם דשלב״ל לא מהני כי אין לקנין על מה לחול (ולפ״ז לא יועיל שהקונה רוצה) או שאין גמ״ד (וא״כ יועיל בכה״ג).

עוד דרך היא להקנות ״לכשיבוא לעולם״ למ״ד דמהני (ראה להלן תשובה 5).

ולענין דשלב״ל אם מקנה גוף לפירותיו [כגון אילן לפירותיו או פרה ושפחה לעובריהם] מהני, כמבואר בב״ב קמז ע״ב ועוד מקומות וכ״נ בשו״ע סי׳ רט ס״ד.

מי שפרע - **בב״מ** סג ע״א מימרא דרבא וכ״כ **הרמב״ם** שהפוסק על שער שבשוק וקיבל דמים ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות המוכר, חייב לקנותו ולתת ללוקח מה שפסק, ואם חזר בו מקבל עליו מי שפרע. וכ״פ **השו״ע** סי׳ רט ס״ו. ואע״פ שהקנין לא חל, ביאר **הסמ״ע** סקכ״ג דמיירי שאותו חפץ ידוע ומצוי בשוק לקנותו והוי כברשותו. אך **הש״ך** סקי״ג חולק וכותב שגם דבר המצוי לא חשיב ברשותו, ולכן מבאר שדין זה אמור גם בדבר שאינו מצוי, ומ״מ יש מי שפרע אע״פ שיכול לחזור בו. וכן מבואר בבדק הבית דלא קנה כלל והוי אינו ברשותו, ולמרות זאת יש מי שפרע.

אמנם **הקצה״ח** (סק״ט) הסכים לדעת הסמ״ע והוכיח כן מדברי הכסף משנה (פכ״ב ממכירה ה״ג), ושוב כתב שיש בזה מחלוקת ראשונים המובאת בשיטמ״ק (ב״מ מז ע״ב) ותלוי בשאלה האם שייך מי שפרע כשאין קנין מהתורה: דעת הרי״ף שאין מי שפרע בקנין דרבנן, אבל ר״י מיגאש סובר שכל מתן מעות מחייב מי שפרע כמו שמצינו בסיטומתא (עי׳ לעיל סי׳ רא באריכות בתוקף קנין זה). והקצות הכריע כר״י מיגאש ולכן סובר כהסמ״ע. וגם **בנתיבות** סק״ט שמחלוקת הסמ״ע והש״ך תלויה בשני תירוצי הכס״מ (פכ״ב ממכירה ה״ג), ונפק״מ אם לא קנה בקנין מעות אלא באגב - דלהסמ״ע בכה״ג קנה לגמרי שהרי דבר המצוי הוי כברשותו, אבל להש״ך לא קנה אלא למי שפרע. והוכיח כהש״ך דאין כאן קנין גמור בכל גוונא, דאי כהסמ״ע הרי בפוסק על השער ליכא חשש דנשרפו חיטיך בעליה ומדוע לא קונה קנין גמור (לדעת הרמ״א בסי׳ קצח ס״ה)? אע״כ שקונה רק למי שפרע בכל גוונא. ע״ש עוד בנתיבות, ובחידושים סק״כ כתב שהעיקר כהש״ך.

ובפת״ש סקי״א האריך מאוד בענין זה, והביא דברי הקצות והנתיבות, וכתב **שבמשכנו״י** (סי׳ נד) ובתשו׳ **ושב הכהן** (סי׳ צח) **ופנים מאירות** (ח״ב סי׳ ח) הסכימו לדעת הסמ״ע, ובפמ״א שם כתב שכ״כ הש״ך עצמו ביו״ד סי׳ קעה סקי״ב, ע״ש [ועי׳ בחוו״ד שם שעמד על סתירה זו]. וכתב שאע״פ שהרבה אחרונים חולקים על הש״ך בזה, אך כיון שאינו דעת יחיד, שהרי מבואר כדבריו בבד״ה וכן הסכים הנתיבות, וכן יש דעה כזו בשיטמ״ק, וגם בתשו׳ **הגרע״א** (סי׳ קלד) לא הכריע, לכן נראה דהוי ספיקא דדינא ויכול המוחזק לומר קים לי כהש״ך שיש רק מי שפרע ואין קנין גמור. ומאידך כאשר לא יצא השער או כשיצא השער והדבר אינו מצוי, שלש״ך יש מי שפרע ולסמ״ע אין, יכול לומר קים לי כהסמ״ע. ועוד האריך הפת״ש להביא מתשובות האחרונים בזה.

4. מכר שדה ושייר פירות לאחר, האם יקנה האחר? שייר לעצמו האם הבנים יורשים כמו שחולקים מתנת שכ״מ?

בב״ב קמח ע״א: ״איבעיא להו דקל לאחד ופירותיו לאחר מהו מי שייר מקום פירי או לא שייר. אם תמצי לומר לאחר לא הוי שיור לעצמו חוץ מפירותיו מהו״. מבואר שהואיל ולא ניתן לשייר רק את הפירות כיוון שהם דבר שלא בא לעולם ממילא לא שייר כלום, וכך פסקו הרמב״ם והשו״ע בס״ז.

אם שייר לעצמו - איתא בב״ב סג ע״א, שהלוי שמכר שדהו ושייר לעצמו בקרקע מעשרות ע״מ שמעשר ראשון יהיה שלו, אם לא אמר לי וליורשי - מחויבים הלוקחים רק לו, ואם אמר ליורשי - הם מחויבים גם ליורשיו. **הרמ״ה** מפרש שהלוי שייר לעצמו את הקרקע רק לעניין טובת ההנאה כלומר המעשר, אך לא

שייר את מקום הפירות. וטובת הנאה אינה ממון להורישה לבניו, אך אם שייר את הדיוטא העליונה, הרי שהיא גם לבניו. **רמב"ן** ועוד פירשו שהלוי שייר את מקום הפירות, ומהני כיוון שהוא משאיל את הפירות לפלוני ע"מ שיעשר והוא יקבל את פירות המעשר. אמנם הפירות לא עוברים בירושה, כיוון שהוא לא שייר דבר מסויים ומוגדר, לכן זה נחשב כשיור עם תנאי, ובתנאי מי שאומר לי הכוונה לי ולא ליורשי, וכיוון שאמר ע"מ שהמעשר ראשון שלי, לי ולא ליורשי קאמר. אך אם שייר דבר מסוים כגון ע"מ שדיוטא העליונה שלי, הרי שהיא שלו. **רשב"ם** פירש, שכיוון שאנו אומדים שאדם המשייר לעצמו משייר בעין יפה, לכן למרות שלא פירש שמשייר את מקום הפירות, אנו אומרים שמסתמא שייר מקום הפירות, ומכיוון שהוא לא פירש אנו יכולים רק לייפות את כוחו לזכות בפירות ולא את כח יורשיו.

השו"ע ס"ז פסק כרשב"ם, **והרמ"א** פסק כרמב"ן. ולענין מתנת שכיב מרע י"א שלא שייר לעצמו, ומובא ברמ"א שם.

5. האם ניתן להקנות דשלב"ל לכשיבוא לעולם? והאם מועילה תפיסת הלקוח בדשלב"ל? ציין את המקור. האם ניתן לשעבד ולמחול דשלב"ל? האם ניתן להסתלק או להתנות על דשלב"ל?

<u>לכשיבוא</u> - נחלקו הראשונים אם אמר שיקנה כשיבוא לעולם האם מהני, מובא **במרדכי** ריש יש נוחלין (תקעח) וריש מי שמת (תרג), **והרמ"א** בס"ד הביא את שתי הדעות. **הסמ"ע** (סקט"ז) השווה בין מחלוקת זו לבין המחלוקת שהובאה בסי' רי ס"א בענין מזכה לעובר [עי' לעיל תשובה 1 סעיף ב. והבאנו שהט"ז שם חולק על הסמ"ע בהשוואה זו, ובנתיבות חילק בין הקנאת דשלב"ל לבין הקנאה לדשלב"ל, ע"ש]. **הט"ז** הכריע במחלוקת זו כהסוברים שלא מועיל להקנות "לכשיבוא".

<u>תפיסה</u> - עיין לעיל תשובה 1 סעיף א.

<u>שעבוד</u> - בב"ב קנז ע"א איתא שניתן לשעבד בחובו נכסים שעוד לא באו לעולם, ומשם למדו התוס' (ד"ה דאיקני) שניתן לשעבד דשלב"ל ואינו יכול לחזור בו. לעומת זאת בנ"י פרק איזהו נשך בשם תלמידי הרשב"א כתב שיכול לחזור בו קודם שיבוא לעולם. **הרמ"א** ס"ד הביא את שתי הדעות בהאי לישנא: "ואע"ג דאין אדם יכול להקנות דשלב"ל, מ"מ יכול לשעבדו. ויש חולקים". **הלבוש** פסק כדעת היש חולקים, וכתב "שהרי גם השעבוד אין לו מקום עתה בשעת שעבוד שיחול עליו" - משמע שהבין שלדעת החולקים שעבוד דשלב"ל אינו חל כלל. אולם **הש"ך** (סק"ח) ביאר שגם היש חולקים מודים שהשעבוד מועיל שהרי מפורש כך בגמ' ב"ב שם, אלא שנחלקו רק לענין שיכול לחזור בו קודם שיבוא לעולם. והש"ך עצמו העלה כסברא ראשונה שהשעבוד חל וא"י לחזור בו, וכ"כ בסי' קיב סק"ב.

ומ"מ לכו"ע יכול <u>להתחייב</u> על דשלב"ל בלשון המועיל כמו שמבואר בסי' ס ס"ו ע"פ התוס' ריש פרק אע"פ (כתובות נד ע"ב), ועי' בקצות שם סק"א וסק"ו ועוד. ונחלקו הקצות (סי' רג סק"ב, סי' רו סק"א) והנתיבות (סי' רג סק"ו, סי' רו סק"ב) אם אפשר לחייב עצמו בדבר מסוים כשאין שעבוד על גופו [לקצות ל"מ ולנתיבות מהני].

<u>סילוק</u> - בכתובות פג ע"א "הכותב דין ודברים אין לי בנכסיך" מהני בכותב לה ועודה ארוסה. ומבואר שניתן להסתלק מדשלב"ל. וכ"כ הרמ"א בס"ח. וביאר **רשב"ם** (ב"ב קנז ע"א ד"ה אלא) כיון שיכול למחול על מה שתיקנו לטובתו. משמע דמהני רק בתקנתא דרבנן. אבל שיטת **הר"ן** (כתובות מא ע"א בדפי הרי"ף) דבדאורייתא נמי מהני סילוק בדבר שלא בא לעולם, והא דאמר כדרבא וכו' אי אפשי בתקנת חכמים, היינו לרבותא - דאפי' בתקנ"ח מהני סילוק אע"פ שעשו חיזוק לדבריהם, ע"ש. וכתב מהראנ"ח (מובא במל"מ פכ"ג מהל' אישות ה"א) שגם **התוס'** (כתובות שם ד"ה רב כהנא) סוברים כרשב"ם, דדוקא במידי דרבנן והוא לטובתו מהני סילוק, אבל בדבר שזוכה מן התורה אף על פי שהוא לטובתו ומעשיו גרמו לו לא מהני סילוק כיון שהוא דבר שלא בא לעולם. ודלא כתשו' מהר"ם (מובאת במרדכי שם סי'

ריב) שהאשה יכולה לסלק שעבודה מקרקע שיקנה בעלה אח"כ אף על פי שהם משועבדים לה מן התורה. אבל **הקצות** (סקי"א) כתב שנראה שגם התוס' מודו שאפשר להסתלק אפי' בדאו', ונחלקו רק בפירוש הסוגיא, ע"ש. ועוד דן הקצות שם בדין מתנה עמש"כ בתורה שלכאו' דין זה אינו כהרשב"א שכתב שא"א להתנות עמשכ"ב כאשר מתבטל הדין, והרי מחילה לא מהני על דשלב"ל. ע"ש בדבריו. **והנתיבות** (סק"ו) יישב שגם דין סילוק מהני מדין מחילה ע"ש.

וע"ע בקצה"ח סקי"ב שכתב מהרי"ט (ח"א סי' מה) להוכיח מתשו' מהר"ם (מובאת במרדכי שם) באשה שסילקה עצמה מקרקע שיקנה בעלה אח"כ, דמוכח דאפשר להסתלק אף שאין לו כלל שייכות בדבר ודלא כהר"ן. והקצות השיג עליו דהכא יש לאשה כבר שיכות בנכסים. ובסקי"ג כתב שלכאורה דינו של מהר"ם תלוי במח' המובאת באה"ע (סי' צב ס"ב) האם הארוס יכול להסתלק מנכסים שיפלו לאחר הנישואין. ודחה הקצות דאפשר דשאני הכא כיון דיכול לחזור קודם שבא לעולם לדעת כמה פוסקים והובא ברמ"א סימן קי"ב (ס"א), משא"כ ארוסה דליתיה בחזרה. ועוד דן בסקי"ב אם אפשר <u>לחזור בו מהסילוק</u> - למהרי"ט יכול דאתי דיבור ומבטל דיבור, ואילו הקצה"ח הוכיח ע"פ הר"ן (כתובות יד ע"א מדפי הרי"ף; כתובות מ ע"א מדפי הרי"ף) דא"א לחזור בו. ע"ש. וע"ע בסקי"ג.

<u>מחילה</u> - **בתשו' הר"ן** (סי' כג) כתב דא"א למחול על דשלב"ל, וכן הובא **ברמ"א** ס"ד. וביאר **הסמ"ע** סקע"א דשאני מסילוק, שיכול להסתלק מדבר השייך לו אבל א"א למחול על דבר שטרם הגיע אליו. **ובט"ז** תמה עליו מאוד דמשמע מזה שאם לא נשתעבד לו תחילה לא יועיל הסילוק ומוכח בש"ס לא כך, ולכן כתב באופ"א שבסילוק אינו רוצה לזכות בו כלל וזה אפשרי, משא"כ מחילה שאינו שייך אלא אחר החיוב ואין מושג מחילה לפני חיוב. **ובקצה"ח** סקי"ג הסכים עם הסמ"ע כדמוכח בהכותב דבעודה ארוסה יש לו קצת שייכות אבל קודם אירוסין לא מהני דלית ליה שייכות כלל ולא מהני סילוק, וכאן קודם שנתחייב אין לו שייכות כלל ולכן לא מועיל. אך כתב שלשון הסמ"ע אינו מדוקדק, ובנכסים שקנה כבר לא מהני סילוק דכאילו בא לידו, ודוקא אם לא בא לידו מהני סילוק. וע"ע **בנתיבות** סק"ו ובחידושים סקכ"ח שג"כ הסכים להסמ"ע, וכתב עוד פרטי דינים בזה.

<u>תנאי</u> - כתב **המרדכי** פ"ק דמציעא (רמז רמו) שאפשר להתנות על דשלב"ל. וכן הביא **הרמ"א** ס"ח.

6. מנהל ישיבה סיכם עם חנות ירקות שבכל שבוע יספקו לישיבה כמות מסויימת של ירקות במחיר קבוע. ניתנו המחאות בתאריכים דחויים, לאחר כמה חודשים עלו המחירים וטוען מנהל החנות שקשה לו לעמוד בהתחייבות האם המקח קיים? ואם על החוזר בו לקבל מי שפרע?

ראה לעיל בענין הקנאת דבר שאינו ברשותו. **בתוספתא** משמע שאפשר, וכן בגמ' **בב"ב** סט ע"א לענין מקנה שדה ושני אילנות ולא היו שם אילנות. וכן דעת **העיטור** בשם **רב ניסים גאון** כמובא בטור, שמחויב לקיים דבריו. אבל **רוב הראשונים** סוברים דא"א להתחייב על דבר שאינו ברשותו וכ"פ **השו"ע** (סי' רט ס"ה וכן בסי' ריא). אך כתב **הרמב"ם** וכ"פ **השו"ע** (סי' רט ס"ו) שאם פוסק על שער שבשוק, וקיבל דמים, ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות מוכר, חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק; ואם חזר בו, מקבל מי שפרע. ועי' לעיל תשובה 3 מדברי האחרונים האם יש לחלק בין דבר מצוי לשאינו מצוי ובדבר המצוי קנה לגמרי (סמ"ע) או שאין חילוק ובכל מקרה יש רק מי שפרע (ש"ך), והכרעת הפת"ש דהוי ספיקא דדינא ואין להוציא מיד המוחזק, וכן אין מי שפרע בדבר שאינו מצוי.

עוד יש לדון <u>בדין קנין מעות</u> דלא מהני מדרבנן, ונחלקו האחרונים בדבר שאין בו החשש דנשרפו חיטיך, האם בכה"ג מעות קונות [ראה לעיל סי' קצח מח' הרמ"א והש"ך], וא"כ בנ"ד דאינו ברשותו לדעת הרמ"א לא שייכת התקנה ומעות קונות. אך באמת בנתיבות סק"ט הוכיח מכאן כהש"ך שיש רק מי שפרע, שהרי לרמ"א הנ"ל צריך לקנות קנין גמור מהטעם שנתבאר. ע"ש.

בנידון השאלה ניתנו <u>המחאות</u> [׳שיקים׳] בתאריכים דחויים, ויש לדון אי הוי כקנין כסף, ומצד שטר חוב במכר - עיין לעיל סי׳ קצ במחלוקת הש״ך והקצה״ח. **ובש״ך** כתב שם שבממרנ״י (מוכ״ז) מועיל דסמכא דעתיה. וכתב **הפת״ש** שם שבש״ך משמע שבשאר שט״ח לא מהני, ונחלקו בזה האחרונים. ובקצות תלה דבר זה במחלוקת הראשונים [רא״ש ורמב״ן] בטעם הדין של ״מנה אין כאן משכון אין כאן״ - לרא״ש מועיל הואיל והשטר מחייב, אך לרמב״ן לא יועיל כי אגיד גביה. וגבי שיק דחוי לכאו׳ דמי לממרנ״י דסמכא דעתיה שבבא העת יוכל לגבות.

<u>עליית המחירים</u> - הבאנו לעיל (סימן קצט תשובה 2) מחלוקת הראשונים אם החוזר בו מחמת שינוי השער יש בו משום מחוסרי אמנה או לא. בב״מ מט ע״א איתא מעשה ברב כהנא שמכר כיתנא והיה שינוי שער, ואח״כ מובאת המחלוקת בדין דברים האם יש בהם מחוסרי אמנה והלכה כר׳ יוחנן שיש בהם, וא״כ מבואר שגם בשינוי שער יש בעיה לחזור, וכן דעת **הראב״ד ותוס׳ וריי״ו ורוב הראשונים**. אבל דעת **הרז״ה ובעל העיטור והרא״ש** שאין בזה איסור והוכיחו שיטתם מכמה סוגיות. להלכה, **הרמ״א** בסו״ס רד הביא דעת הרז״ה בתחילה, ואח״כ בשם יש אומרים דעת רוב הראשונים וכתב ״וכן נראה עיקר״, שגם בכה״ג יש איסור. אולם **הב״ח** נסתפק בזה לדינא כיון דבירושלמי מפורש כרז״ה והרא״ש [ועי׳ באורך במאור ובמלחמות ובכתוב שם לראב״ד]. והובא בש״ך ובנתיבות. וע״ע בסי׳ רז תשובה 1 מדברי **החת״ס** (חו״מ סי׳ קב הובא בפת״ש שם סק״ה) דבתרי תרעי אין גם מי שפרע. אמנם **בנ״צ** שם השיג עליו שבדברי הרמ״א מבואר כן רק לענין מחוסר אמנה, אבל כשעשו קנין כסף יש מי שפרע גם כשנשתנה השער.

<u>לסיכום</u>: אם פסקו על השער ונתן שיקים דחויים [שדינם כממרנ״י] - לסמ״ע בדבר המצוי קנה לגמרי, ולש״ך יש רק מי שפרע. ואם לא פסקו על השער - לש״ך יש מי שפרע ולסמ״ע יכול לחזור בו לגמרי. ולמ״ד שחייב אין לפוטרו מצד נשתנה השער ויש מי שפרע [פרט לחת״ס שמקל בזה וצ״ע בדבריו].

סימן רי

1. **באיזה דין יש הבדל בין אם האב הוא המקנה לבין אדם אחר, והאם יש חילוק בין אבא לסבא, ובין אבא לאמא, והאם יש הבדל בין בריא לשכ״מ, ומה הדין בירושה דממילא?**

בדין מזכה לעובר (סי׳ רט ס״א ונו״כ). ראה לעיל סימן רט תשובה 1 סעיף ב בביאור כל הענין בהרחבה.

2. **מה הדין במוכר דבר שלא בא לעולם לבנו, האם זוכה או לא?**

כתב **המבי״ט** (ח״ב סי׳ קלז; הובא בהגרע״א ס״א) כשם שיכול לזכות לבנו שלא בא לעולם ה״ה דמקנה דבר שלא בא לעולם לבנו. ועיין **שער המלך** פכ״ב מהל׳ מכירה ה״י. ושאלה זו תלויה במחלוקת האם יש להשוות בין קניית דשלב״ל לבין הקנאה לדשלב״ל - הובאה באריכות בתשובה הנ״ל בסי׳ רט.

3. **א. הלכה אין אדם מקנה למי שאינו בעולם, באיזה מקרה אדם מקנה למי שאינו בעולם, ציין את כל התנאים הדרושים כדי שהקנין יחול.**

נתבאר לעיל בסי׳ רט בכמה תשובות.

ב. אם הקנה קנין אחד למי שבא לעולם עם מי שאינו בעולם האם הקנין חל. [אמר לחבירו קנה נכסי אתה, ובהמה זו, מה הדין בזה?]

נתבאר לעיל סי׳ רג תשובה 1.

סימן ריא

1. **אדם שאמר לחברו מה שאירש מאבא מכור לך או מה שאירש מאבא היום מכור לך או מה שאדוג היום מכור לך האם זה תופס?**

בב"מ טז ע"א איתא דאם אמר "מה שאירש היום מכור לך" וכדו' לא מהני. וכ"פ **השו"ע** ס"א. פרט למקרים מיוחדים בהם תיקנו שיועיל, כמו מי שהיה מורישו נוטה למות, ורצה למכור מנכסיו מעט כדי להוציא הדמים בצרכי קבורה, הואיל והבן עני ואם ימתין עד שימות וימכר ישתהא המת ויתבזה, תקנו חכמים שאם מכר ואמר: מה שאירש מאבי היום מכור לך, ממכרו קיים. [והוסיף הרמ"א שאם מכר מעט יותר אין מדקדקים בזה]. וכן צייד עני שאין לו מה יאכל, ואמר: מה שתעלה מצודתי היום מן הים מכור לך, ממכרו קיים משום כדי חייו. [**לרי"ף** (ב"מ ט ע"ב) **ורמב"ם** (פכ"ב מהל' מכירה ה"ו) - כדי חייו של כמה ימים, **לרא"ש** (שם פ"א סי' מא) **הר"ן והמ"מ** בשם רב האי - של אותו יום. עי' ב"י וד"מ, ועי' הגדו"פ מה שהשיג עליהם והובא בסמ"ע סק"ן]. שו"ע ס"ב.

<u>אמר שדה זו</u> - שיטת **ר"ת** (מובא בתוס' כתובות צא ע"ב ד"ה דזבנה) שאם דיבר על חפץ מסוים קנה בכל גוונא, כי בירר מקחו והירושה לא באה מאליה, ולכן לא הוי דשלב"ל. והוכחתו מהמבואר שם בגמ' שאדם יכול למכור את כתובת אמו בטובת הנאה. וכן מב"ב קנט ע"א בן שמכר נכסי אביו יכול להוציא הקרקע מהקונה בטענה שהוא יורש מכח הסבא, משמע שללא טענה זו אין יכול לעשות כן כי המקח חל. אבל **רב האי גאון** (מובא בעיטור) חולק ע"ז וביאר דאה"נ בסוגיא דב"ב שם המכר לא חל, והצורך בטענה שהוא יורש מכח הסבא מועילה שא"צ להחזיר הדמים. ועל הראיה מכתובות שם דחה העיטור שגם שם המכר לא חל, אף אם יהיה ערעור על המכר מצד האם יתחייב הבן להשיב הדמים. א"נ דמיירי בגוססת שתיקנו חכמים דמהני. או שהבן נחשב כמוחזק בכתובת אמו. או שאם נתן שטר אפשר להקנות דשלב"ל. השו"ע פסק כעיטור ורב האי דלא מהני אפי' ב"שדה זו", ואילו **הרמ"א** ס"א הביא שיטת ר"ת.

2. **א. פקדון או מלווה ביד אחרים בשטר או בע"פ, אם יכול המפקיד או המלווה למכור לאחרים ובאיזה קנין. מה הדין אם הנפקד כפר בפקדון?**

ב"ק קד ע"ב **וב"ב** עז ע"ב: "רבי אבא הוה ליה תריסר אלפי זוזי בי חוזאי, אקנינהו לרב שמואל בר אחא אגב אסיפא דביתיה". **ב"ק** ע ע"א: "איכא דאמרי, אמרי נהרדעי: לא כתבינן אורכתא אמטלטלי דכפריה. טעמא דכפריה, דמיחזי כשיקרא, אבל לא כפריה - כתבינן". עפ"ז כתב **הרמב"ם** (פכ"ב מהל' מכירה ה"ט) **והשו"ע** (ס"ז): מי שהיה לו פקדון ביד אחר, הרי מקנהו במכר או במתנה, לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא, והרי הוא בחזקת שהוא קיים. ואם כפר בו זה שהופקד אצלו, אינו יכול להקנותו, שזה כמי שאבד, שאינו ברשותו.

כל זה בפקדון, אבל המלוה, הואיל ולהוצאה ניתנה (**קידושין** מז ע"א ועוד), אינה בעולם ואין אדם יכול להקנותה אלא במעמד שלשתן (כמבואר בסי' קכו). **רמב"ם** שם, **רמב"ן** (ב"ב עז ע"ב ד"ה אגב). ואם היה מלוה בשטר, מקנה את השטר בכתיבה ומסירה, שהרי יש כאן דבר הנמסר, לקנות שעבוד שבו. רמב"ם שם. וכל זה נפסק **בשו"ע** שם.

וכתב **הרמ"א** ע"פ הראב"ד (מובא בטור ס"ס נד): ראובן לוה משמעון ועשה לו שטר מכירה על שדהו מעכשיו בלא תנאי [ומיירי שראובן אוכל הפירות, דאל"כ הוא ריבית], והשלישו ביד לוי שאם לא יפרענו לו לזמן יתן השטר לשמעון, וקודם שהגיע הזמן מכר שמעון השדה ליהודה, וכשהגיע הזמן לא פרע ראובן לשמעון, ונתן לוי לשמעון השטר שבידו, מכירת שמעון קיימת אף על פי שהיתה קודם הזמן. [ובתשו' **ושב הכהן** (סי' מח; הובא בפת"ש סק"א) כתב דמעשה כך היה, אבל באמת ה"ה אם לא מסר השליש את השטר ביד שמעון, זכה שמעון למפרע, וכ"מ בלבוש ס"ס נד. וע"ע בפת"ש]

בש"ך סק"ה דן במי שהיה לו משכון ביד אחרים, שכתבו התוס' (ב"מ עג ע"ב ד"ה השתא) גבי עובדא דרב מרי בר רחל, דמה שיתר על החוב יכול להקדיש ולמכור אבל גובה תחילה חובו. ויש חולקים דאפי' המותר אינו יכול להקדיש. וכתב הש"ך דדוקא בהקדש נחלקו, אבל במכירה לכו"ע אפשר. וצ"ע. **ובנתיבות** סק"ה כתב שלענין מכירה מפורש בסי' שיב ס"א דמהני, וע"ש שביאר טעם החילוק בין מכירה להקדש. ועוד כתב, שאם השכיר ביתו לאחד, יכול המשכיר להשכירו לאחר אפי' בתוך משך זמן השכירות של הראשון, כדי שידור בו אחר כלות זמנו של הראשון, והמשכיר אינו יכול לחזור בו אפי' קודם כלות הזמן של הראשון, ואפי' בסתם כאומר מעכשיו דמי, אא"כ תלה הקנין בזמן, ע"ש.

<u>למכור ולהקדיש מטלטלין השאולים או שכורים ביד אחר</u>: **מהרש"ל** (יש"ש ב"ק פ"ה סי' לג-לד) כתב דדוקא בקרקע אפשר דברשותא דמאריה קאי לעולם, אבל במטלטלין א"א, כדא"ר יוחנן (ב"ק סח ע"ב ועוד) מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו. וגם הרי"ף (ב"מ ג ע"ב) שכתב שיכול, מיירי דוקא בפקדון דלא כפריה. אבל **הקצות** (סק"ב) מוכיח **מהתוס'** (ב"ב פז ע"ב ד"ה הלוקח) שאפשר להקדיש גם מטלטלין שאולים ושכורים. וכ"כ **התוס'** בב"ק (ע ע"א ד"ה לא כתבינן) **ובנ"י** (ב"ב שם מד ע"ב מדפה"ר). ולפ"ז מובן מדוע משלם כפל לבעלים אם כפר בפקדון כמבואר בהמפקיד (ב"מ לד ע"א) ואם הבעלים אינו יכול להקדישו מדוע זוכה בכפל? וכן מוכח **בטוש"ע** באו"ח (סי' רמו ס"ג) דאם השאיל או השכיר בהמתו לגוי והתנה עמו שיחזירנה קודם שבת ועכבה בשבת יפקירנה, ואם אינה ברשותו כרש"ל איך יכול להפקיר? אמנם ראיה זו אפשר לדחות דכיון שהתנה עמו כלתה שאלתו ושכירותו קודם השבת. עכ"פ משאר הראיות מוכח דלא כמהרש"ל.

<u>כפר בפקדון או שגזל ואח"כ חזר בו ורוצה להשיב</u> - האם חזר להיות ברשותו של הנגזל: לדעת **בעל המאור** (ב"ק יח ע"א מדפה"ר) מהני, **ולרמב"ן** במלחמות (שם) לא מהני. וכתב **הקצות** (סק"ג) **שבתוס'** (ב"מ ו ע"א ד"ה הקדישה) נראה כדברי רז"ה, שכתבו שאף אם תפס כל הטלית ואח"כ הודה שחציה של חברו, יכול חברו להקדישה. ולרמב"ן צ"ל דבזה גופא מספקא לגמ' שם. וע"ש עוד.

<u>להקדיש מלוה</u> - נחלקו הרז"ה והרמב"ן (שם) האם אפשר להקדיש מלוה וחוב: לדעת **הרז"ה** אפשר, דאם הלווה אינו מסרב להחזיר הוי ברשותו, **ולרמב"ן** חשיב אינו ברשותו והוכיח מב"ב (קמח ע"א) דאינה נקנית אלא במעמ"ש, וכן המקדש במלוה אינה מקודשת (קידושין מז ע"א) וכן במקח וממכר לא מהני (פרט לדעת הרמב"ם כידוע, הארכנו בזה לעיל סי' קצט תשובה 1). וביאר **הקצות** (סק"ה) הראיה ממקדש במלוה ע"פ מש"כ **הר"ן** (קידושין כ ע"א מדפה"ר) דבמקדש במלוה דידה א"מ משום דמלוה אינה כסף או שו"כ אלא מילי בעלמא, ובסתמא אין דעתה על ההנאה שמוחל. אבל במלוה דאחרים מקודשת, דדעתה אהנאה דאית לה בגוה, והנאה מיהא הוי. וזו ראית הרמב"ן דהוי דשלב"ל [מילי בעלמא] ולכן א"א להקדישה. אבל **התוס'** בקידושין שם פירשו דמלוה דאחרים הוי הנאה מחודשת ובמלוה דידה אינה הנאה מחודשת ולפ"ז אין ראיה דהו"ל דבר שאינו ברשותו.

ב. מקנה לחברו הריבית שיקבל מהבנק סגור שלו, האם קונה?

לעיל הבאנו דברי **הרמב"ם** דמלוה אפשר להקנות רק במעמ"ש. **והטור** ציין לדבריו לעיל (סי' קכג סי' רג) שם כתב שניתן להקנות חוב גם בהרשאה. והנה אם מקנה רק את הריבית עצמה הוי דשלב"ל ולכאו' לא מהני אם לא באופנים שמועיל להקנות דשלב"ל [כמבואר בתשובות בסי' רט ועי' גם בסי' ריב לענין מקנה דבר שאין בו ממש]. אבל אם מקנה החשבון כולו כולל הריבית שיקבל מהכסף שנמצא שם, נראה דמהני כמבואר **בקצוה"ח** סי' רט סק"ו שאפשר להקנות מעות לפירות, והוכיח כן **מהתוס' ורשב"א ומל"מ ותורת חיים ובני יעקב**, וכן דעת **הנתיבות** שם סק"ה. ודלא כמ"ש בתשו' **מהר"ם אלשיך** (סי' ז) דלא מהני [וכן משמע בדברי **רמב"ן** (מובא בחי' הרשב"א גיטין מג ע"א) **ושיטמ"ק** (כתובות נט ע"א)]. וע"ע בקצה"ח סי' סו סקל"ה ובנתיבות שם סקל"ח.

ג. הפקיד דבר שאינו ברשותו האם חל ההפקר?

כתב **בתשובת הב"ח** (סי' קכד) שמועיל הפקר בדבר שאינו ברשותו. וטעמו, שעיקר הפקר הוא מדין נדר כמ"ש הרמב"ם דיני הפקר בהלכות נדרים (פי"ב הי"ד), ולכן אין דינו כמתנה לענין דשלב"ל או דשא"ב, אלא כמו שהנדר חל בעל ענין אף ההפקר חל על כל דבר ואפי' לא בא לעולם או אינו ברשותו. והוכיח זאת מדברי **רש"י** (כריתות כד ע"א, ד"ה ה"ג) דהנותן קרקע לחבירו שאינו בידו, אם אמר אי אפשי בה לא הוי בה לשון הפקר אלא רוצה לבטל המתנה. וכ"כ **הרא"ש** בגיטין (פ"ד סי' ג). ומבואר דאם אמר בפירוש לשון הפקר הוי הפקר גמור וכל הקודם בה זכה.

ודחה **הקצה"ח** (סק"ד) דלא מהני להפקיר דבר שאינו ברשותו, וראיה מהגמ' **בב"ק** (ס"ט ע"א) שהשוותה דין הקדש דבר שאינו ברשותו לדין הפקר דשא"ב: "צנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד וכו', ר' דוסא דתניא: ר' דוסא אומר לעתותי ערב אומר כל שלקטו עניים יהא הפקר" ע"ש, ומבואר להדיא דמאן דס"ל דאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו וה"ה לחלל, ס"ל נמי דאינו יכול להפקיר. וצנועין הוא דסברי אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו ומש"ה צנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד, ואי נימא דהפקר מהני בדבר שאינו ברשותו א"כ דר' דוסא אינו דבר אחד עם צנועין.

והראיה מדברי רש"י יש לדחות, דרש"י איירי כשכבר באה המתנה לידו וזכה בה, ואח"כ אמר אי אפשי בה, ולכן כתב רש"י דגבי מטלטלין שתפוס בידו לשון "אי אפשי" הוי הפקר, אבל בקרקע הוי כמי שאומר שאין המתנה קיימת ולכן לא אמר כלום כיון דכבר זכה בה. וא"כ לא איירי כלל בדבר שאינו ברשותו.

ומ"ש הב"ח שעיקר ההפקר מדין והוכיח מן **הירושלמי** (פאה פ"ו ה"א) שהביא **בהגהת מיימוני** (פ"ב מנדרים אות ב): "תשמטנה ונטשתה (שמות כג, יא), יש לך נטישה אחרת שהיא כזו ואיזו זה הפקר" - דוחה הקצות, דמהתם אינו מוכח אלא דבהפקר יוכל כל אדם לזכות כמו בשמיטה, אבל שיהיה מתורת נדר אינו מוכח משם. [וגם **בשו"ת מהרי"ט** (אה"ע סי' מ) כתב שא"א להפקיר דשלב"ל או אינו ברשותו. הובא **בהגרע"א** סי' רעג ס"ב].

ובנתיבות (סק"א) כתב שגם הב"ח מודה לקצות שבזמן שהדבר אינו ברשותו ההפקר אינו מועיל, וכתב מה שכתב רק לענין ביטול חמץ, שכאשר הוא כבר חמץ פשיטא דלא מהני ביטול כמבואר **בפסחים** (ו ע"ב) דבתר איסוריה לא מצי מבטל, אבל כשמבטל בטרם החמיץ כדי שלא יעבור על בל יראה, דקי"ל חמץ אינו ברשותו ועשאו הכתוב כאילו ברשותו (פסחים שם), ומהני גילוי דעת בזה. ע"ש.

סימן ריב

1. קי"ל אי אפשר לעשות קנין על דבר שאין בו ממש כגון זכות שימוש וזכות אכילת פירות. א. מה האופן המועיל להקנות דבר שאין בו ממש?

הקנאת "אכילת פירות דקל זה" או "דירת בית זה" לא מהני, אבל אם הקנה גוף לפירותיו מהני, כגון "בית זה לדור בו", או "אילן זה לאכול פירותיו". כך עולה מהגמ' **ב"ב** קמז ע"ב: "שכ"מ שאמר ידור פלוני בבית זה וכו' לא אמר כלום, עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו". וכ"כ **הרמב"ם** פכ"ב מהל' מכירה הי"ג **ושו"ע** ס"א.

וה"ה דמהני לשייר לעצמו אכילת הפירות או דירת הבית וכדו', דהוי כאילו פירש ששייר לעצמו מקום, וכמבואר לעיל בסי' רט גבי דשלב"ל דמהני ע"י שיור. שו"ע ס"ג.

ב. כיצד מועיל קנין בזכויות יוצרים?

האריכו בזה הפוסקים בעיקר בדורות האחרונים, והרוצה להרחיב את היריעה יעיין במאמרו של מו"ר **הגרז"נ גולדברג** זצ"ל בתחומין כרך ו' מה שחידש דמהני מדין שיור ע"פ הגמ' ב"מ עח ע"א הנותן דינר לעני וכו'. ועוד כתב ע"פ דברי **הנו"ב** (מהדו"ת חו"מ סי' כד) דאסור להעתיק מדין נהנה מטורח חבירו [ועי' בהגהות ר"ב פרנקל שם שתמה על הנו"ב], והוכיח כדבריו מהגמ' ב"ב נד ע"ב ונפסק לעיל ר"ס קצד, ועוד ראיות ע"ש. וכן עי' במאמרו של **הרב עוזרא בצרי** בתחומין שם מה שהביא מתשו' הרי"ף (לייטר סי' קלג), ולענ"ד יש לדחות דהתם איירי באיסור גניבה ולא באיסור ההעתקה, ואכמ"ל (ושו"ר שכ"כ לדחות בעמק המשפט זכויות יוצרים). וע"ע גם נדרים מח וב"ב קלד במתנת בית חורון ועי' לקמן סי' רמח בדברי הנתיבות ושאר פוסקים, והאריך בזה מו"ח רה"י שליט"א בשיעורו על דין אחריך.

וע"ע **בשו"ת הרמ"א** (סי' י) בתשובתו בענין הדפסת הרמב"ם ע"י מהר"ם פאדובה, ורצה עוד אחר נכרי להדפיסו, ואסר מצד השגת גבול ומכמה טעמים נוספים [שמהר"ם ת"ח והשני גוי, וגם שהספר של מהר"ם מוגה יותר], ע"ש. וידוע פולמוסו של **מהר"ם בנעט** עם החת"ס (עי' שו"ת פרשת מרדכי חו"מ סי' ז) לענין הדפסת המחזורים, ומהר"ם בנעט שם חלק על הרמ"א בנוגע לתוקף ההסכמה ושאין בזה השגת גבול אם נעשה בעיר אחרת דכבר אינו בגדר "בר מבואה" (ב"ב כ"א). ועי' גם בהסכמתו לשו"ת שאג"א. **והחת"ס** בכמה תשובות (חו"מ סי' מא, שם סי' עט; ח"ו סי' נז-נח) צידד לחזק ולאשר דבר ההסכמות והחרמות הללו [חלק מהתשובות עוסקות בוויכוח הגדול בהדפסת הש"ס בין דפוס סלאויטא לדפוס וילנא]. ויש לציין ששם מדובר בספרי יסוד כש"ס ורמב"ם וכו', אבל בספר פרי יצירתו של פלוני האיסור ודאי חמור יותר (עי' שו"ת עשה לך רב ח"ו סי' עז). וכן **בשו"ת שואל ומשיב** מהדו"ק ח"א סי' מד כתב שיש תוקף לחרמות וההסכמות שעושים על מי שמעתיק, מצד חוקי המדינה ומצד הסברא ומצד מנהג העולם, ע"ש. ולענ"ד כן משמע **בחי' ר"ש שקאפ** (ב"ק סי' א, גיטין סי' ו) שמנהג העולם מחייב בזה. ולא גרע מסיטומתא.

אמנם **בשו"ת בית יצחק** יו"ד ח"ב סי' עה בתשובתו לר"ש מערלוי נכד החת"ס (וראה עוד בסמוך בתשובה לסעיף ג) חולק וסובר שהבעלות מוגבלת למהדורה הראשונה בספרי קודש, שהתורה אינה קנינו הפרטי. אכן אם יש דינא דמלכותא שאסור להעתיק וכו' הסכים שיש לזה תוקף. וכן מצד תקנות הקהל. וראה עוד בענין זה בתשובה הבאה וצרף לכאן.

ועוד טעמים יש לאיסור: **א.** מצד נהנה מיגיעתו של חברו כמבואר בגיטין נט ע"ב בדין עני המנקף בראש הזית, ובגמ' שם סא ע"א, ובשו"ע סי' שע ס"ה. **ב.** עי' ביד רמ"ה ב"ב כו ע"א שנזק בגרמא אסור מדין ואהבת לרעך כמוך ומאן דסני עלך וכו', וזה איסור תורה כמ"ש בישע"ש ב"ק פ"י סי' כג, ולכאו' ה"ה לנ"ד.

וע"ע **בש"ך** סי' רצב סקל"ה מהתוספתא ב"ק פ"ז עה"פ במשלי ו' "לא יבוזו לגנב כי יגנוב" שדרשו: זה המתגנב מאחר חבר וכו' סוף שנעשה פרנס על הציבור וכו', ע"ש. ועי' **שדי חמד** בכללים (מערכת ג סי' ה בפאת השדה) בשם החק"ל במה שביאר דברי התוספתא. וכפירושו מצאתי שכתב מדנפשיה **בשו"ת שבט הלוי** (ח"ח סי' שיג). ועי' **בתחומין** כרך ד' (עמ' 354 ואילך) במאמרו של הרב שאול ישראלי "פרסום דברי תורה ללא קבלת רשות ממי שאמרם", שנתווכח בענין זה עם הרב שלמה גורן, ודעת הרב ישראלי לפרש התוספתא הנ"ל באופן אחר, ע"ש.

ג. האם יש דין ירושה בזכויות יוצרים או בכל טובת הנאה אחרת, ומדוע?

כתב **הרמ"א** (סי' רעו ס"ו) שאין דין ירושה בדבר שאין בו ממש או בטוה"נ שאינה ממון. **והש"ך** (שם סק"ד) כתב שאם טוה"נ נמצאת תחת ידם של היורשים, הרי היא שלהם, ורק אם היא ביד אחר אינם

יכולים להוציא מידו, ובזה הסביר דברי מהר"ם פאדווה (סי' סה), ע"ש. אבל **בקצה"ח** (שם סק"ב) הביא מדברי **השל"ה** (ענין צדקה ומעשר) שכתב דאפי' אם היא תחת ידו אינו יורש. **ובנתיבות** (סק"ד) הסכים עם הש"ך והביא ראיה לדבריו, ע"ש.

וממילא ה"ה בזכויות יוצרים: לשל"ה ולקצה"ח אין בזה דין ירושה כמו בטוה"נ, ולש"ך ולנתיבות תלוי ביד מי הדבר נמצא. ועי' **בשו"ת התעוררות תשובה** לר"ש סופר (סי' רלב) שכתב שאם היורשים מוחזקים יכולים לטעון קים לי כהש"ך והנתיבות. ומיירי שם בכתב יד של חידו"ת שהשאיר אביהם. אבל לכאו' בזכויות שהתבדרו לעלמא אינם מוחזקים בהם. וה"ה בדברים שבע"פ דהוו כדבר שאין בו ממש ואינם מוחזקים בהם, עי' בזה **בשו"ת דברי ישעיהו** סי' יב.

ומ"מ מצד דינא דמלכותא נראה שהיורשים זוכים בזכויות אביהם לכו"ע, וכמ"ש בהתעוררות תשובה שם דאף הסוברים שאין ירושה בטוה"נ, מודו בנ"ד מצד דינא דמלכותא. **ובשו"ת בית יצחק** הנ"ל (יו"ד ח"ב סי' עה) כתב שלגבי כתב יד פשיטא שזוכים שהרי זה דבר שיש בו ממש וקנו גופו ואינו ענין לזכויות היוצרים. אבל בזכות ההדפסה יש לדון. וע"ש עוד שדן בדברי הש"ך הנ"ל. וראה גם בדבריו בחו"מ (סי' פ).

וע"ע להנצי"ב **בשו"ת משיב דבר** (ח"א סי' מד) שהוכיח מכמה מקומות שיש בעלות לאדם על יצירתו התורנית ויכול להורישה למי שירצה. וכן **בשו"ת מנחת יצחק** (ח"ט סי' קנג) כתב שכמה מגדולי הפוסקים כתבו שיכול המחבר לאסור לאחרים להדפיס ספריו זולת יורשיו וכדו' ונתקבלו דבריהם להלכה.

לעומת זאת הגרש"ד מונק **בשו"ת פאת שדך** (סי' קנח) כתב שאין שום ירושה בזה, אא"כ אסר מדין קונם, ע"ש. ואח"כ ראה דברי השואל ומשיב (שהבאנו לעיל) שכתב שיש זכויות יוצרים ויש ירושה, ולכן כתב שאינו אומר כן למעשה. וגם **בשו"ת שערי דעה** (ח"א סי' קעח) כתב שאין בזה דין דררא דממונא כלל דקי"ל מה אתם בחנם וכו' ודחה ראיות השואל ומשיב.

עכ"פ להלכה נראה שיש זכויות יוצרים ויש בהם גם ירושה דהכי נהוג עלמא וכך הוא דינא דמלכותא וכופים על זה, וזה מחייב גם מבחינה הלכתית, ובפרט שלדעת השואל ומשיב והנצי"ב כן הוא גם לפי ד"ת.

וע"ע **בשדי חמד** (אסיפת דינים מערכת ה' אות מא). ועי' **בשו"ת יבי"א** (ח"ז חו"מ סי' ט) **ובשו"ת מאמר מרדכי** (ח"א חו"מ סי' ח) שנשאלו בענין זה ע"י הרב יצחק משה שחיבר, רבה של ארגנטינה, וראה מה שהשיבו לו. ועי' גם **בפתחי חושן** ח"ה פרק ט הערה כז, ובפד"רים רבים, ועוד בדברי האחרונים הלא בספרתם. וגם בספר **עמק המשפט** - זכויות יוצרים, שעוסק כל כולו בענין זה מכל צדדיו.

עוד דנו הפוסקים בענין <u>ירושת בכור</u>, האם יש לזכויות אלו דין ראוי או דין מוחזק. **בשו"ת מהרי"א הלוי** ח"ב סי' קיב כתב שהרווחים שיבואו מהדפסת הספרים הוו בגדר ראוי והבכור אינו נוטל בהם פי שניים. וגם בבית יצחק בחלק יו"ד שם (אות ו) דן בזה, ע"ש.

2. מה הפרש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירות?

כתב **הרמב"ם** (פכ"ג מהל' מכירה ה"ו): "ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה? שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס, אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קניין עולם לעולם". **והראב"ד** שם משיג וסובר שגם במוכר לזמן קצוב אינו יכול לבנות ולהרוס אלא באומר "נכסי לך ואחריך לפלוני". אמנם אם מוכר שדהו לששים שנה או לחמשים שנה או לארבעים שנה שיעשה בו כל חפצו כל ימי המכר, מודה

הראב"ד שיכול לעשות בה כרצונו, מפני שהוא כמוכר בזמן היובל. **ובמגיד משנה** ביאר שהרמב"ם למד מדין היובל לכל זמן קצוב. **בטוש"ע** ס"ד העתיקו לשון הרמב"ם.

3. ראובן נדר לבית הכנסת סכום כסף. האם זכאי בית הכנסת, לאחר מותו של ראובן לדרוש מן הבנים לקיים את נדר אביהם?

בשו"ע ס"ז מבואר ע"פ **הרמב"ם** (פכ"ב מהל' מכירה הט"ו-הט"ז) שאם נדר או הקדיש לעניים או להקדש בנוסח "כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש" או "אתננו לצדקה" וכדו', אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם, מ"מ חייב לקיים דברו מדין נדר - "ככל היוצא מפיו יעשה". וממילא אם צוה כשהוא שכ"מ "כל מה שיוציא אילן זה לעניים" וכדו' זכו העניים. מבואר ברמב"ם שגם לשון קנין מועיל ולא רק לשון התחייבות. **והראב"ד** שם משיג עליו וסובר שרק לשון התחייבות מהני.

בביאור דעת הרמב"ם שהעניים זכו אע"פ שא"א להקדיש דשלב"ל, נאמרו כמה ביאורים: **המ"מ** כתב שהיורשים צריכים לתת מצד מצוה לקיים דברי המת. וביאר **הקצה"ח** (סק"ג) דאע"ג שלא הושלש מתחילה לכך [ולא אמרינן מלקד"ה בכה"ג - עי' סי' רנב ס"ב ע"פ התוס'], אבל הכא שהיה מחויב בדבר אם היה חי, לא גרע מהשלישׁ מתחילה לכך. **הב"י** כתב שגם הם מחויבים לקיים השבועה כי היו באותו מעמד ושתקו. **הסמ"ע** (סקי"ט) כתב דהוי כאילו הקנה בחייו את הבית לעניים עד שקיבלו השכירות או את האילן לפירותיו וכיו"ב, ולכן הבנים אינם יורשים עד שיקיימו את הנדר. **הב"ח** כתב שזוהי תקנה בשכיב מרע.

אבל **הרמ"א** כתב די"א שלא קנו ההקדש ולא הצדקה כלום, דאין אדם מקדיש דשלב"ל וממילא דבריו בטלים. אא"כ אמר "כשתלד בהמתי וכו' אתננו לעניים" בלשון חיוב, שבנוסח זה חייב לקיים מטעם נדר [טור בשם **הרא"ש**, וכאמור כך סובר הראב"ד (וראה בתשובה הבאה מדברי הסמ"ע וש"ך שאין מח' בין הרמב"ם לרא"ש) וכן דעת **הט"ז**]. וגם בכה"ג - דוקא אם הנודר קיים, אבל אם כבר מת אינו כלום, שהרי אינו כאן שיקיים נדרו. ומקור דעה זו במרדכי פרק מי שמת בשם **מהר"ם**. וכן פסק הרמ"א להלכה.

ובסמ"ע סקכ"א כתב בדעת מהר"ם, דהטעם דלא מהני הוא כיון שלא קיבל עליו אלא עד שיבוא לעולם שאז יתננו, ומת קודם שבא לעולם, פטור. ע"כ. משמע מזה שאם מת אחר שבא הדבר לעולם - חייבים היורשים, ואכן **בפת"ש** (סק"ט) כתב שכן משמע **בתשובת הב"י** (אבקת רוכל סי' פג) **ותשו' חת"ס** (חו"מ סי' קיד-קטו) שהיורשים חייבים לקיים נדר אביהם. וע"ש בחת"ס שביאר בדברי הרמ"א בהגה כהסמ"ע הנ"ל, דטעם פטורם של הירושים הוא משום שגם על האב לא חל עדיין חיוב הנדר, אבל בדבר שבא לעולם חייבים לקיים נדר אביהם.

אבל הביא הפת"ש שרוב האחרונים סוברים שהיורשים פטורים, וביניהם **הרמ"א** עצמו בתשובה (סי' מז-מח; והוכיח כן מ**הריב"ש** סי' שכח וסי' שלה - עיין לעיל סי' רט תשובה 11), וביאר דמש"כ מהר"ם שאינו בעולם הוא לאו דוקא. וכן נראה מדברי הרמ"א לקמן בסי' רנב ס"ב בהגה, שכתב שם "מי שנשבע או נדר ליתן לפלוני כך וכך ומת ולא נתן, יורשיו פטורים", וכתב שם **בקצה"ח** סק"ה דה"ה הנודר לעניים ומת, וכן **בהגרע"א** שם ציין לתשו' הרמ"א הנ"ל, וכוונתו דאזיל לשיטתו. וכן דעת **מהרי"ט** (חו"מ סי' נ) **ופנים מאירות** (ח"ב סי' קלד). ובחת"ס שם ביאר שדברי הרמ"א בסי' רנב הם בנודר לבתו העשירה [ודלא כהבנת הקצה"ח והגרע"א], אך בסי' ריב מיירי בנודר לעני, ובזה ס"ל לרמ"א שנשתעבדו נכסיו לקיים נדרו ולכן חייבים היורשים לשלם. וכלל לא הזכיר דברי תשו' הרמ"א ומהרי"ט ושאר אחרונים שכתבו להדיא שלא כדבריו [והעיר ע"ז הפת"ש].

והדברים תלויים במחלוקת גדולה ורחבה האם אמרינן בצדקה דאמירתו כמסירתו להדיוט כדאמרינן בהקדש: עי' **במחנ"א** (הל' צדקה סי' ז) שנחלקו אם נדר ליתן מתנה לעני מסוים האם יכול לשנות וליתנה

לעני אחר: **לרדב"ז** (ח"ד סי' קלד) אינו יכול (בקצה"ח סק"ד כתב שהסתפק בזה וכן בתשו' מהריט"ץ סי' רסד) ואילו לדעת **מהר"ש יפה** בתשו' כת"י אפשר. ושם בסי' ב הוכיח המחנ"א **מהרא"ש** בתשו' (כלל נה סי' ה) דאמירתו לצדקה כמסירתו להדיוט, וכ"כ הטור בהל' צדקה (יו"ד סי' רנח) וכן דעת **הריטב"א** (קידושין כח ע"א) **והרא"ה** (מובא בשיטמ"ק ב"ק לו ע"ב). ובסי' ז כתב להוכיח שכן דעת המרדכי בשם **מהר"ם** (ב"ק רמז קעב), **והגמ"י** (פי"א מהל' זכיה ומתנה אות ד).

אבל **בקצה"ח** בסי' דידן (סק"ד) כתב להוכיח דלא אמרינן הכי, דהנה בערכין (ו ע"א) תניא "האומר סלע זו לצדקה, עד שלא באת לידי גבאי מותר לשנותה, משבאת לידי גבאי אסור לשנותה", והתוס' (ו ע"ב ד"ה עד שלא בא) כתבו בשם **רבינו ברוך**, דעד שלא באת ליד גבאי מותר לשנותה למצוה אחרת. ויש לכאורה משיטה זו שאין אמירה בצדקה כמסירה להדיוט. וא"כ ה"ה בנודר לפלוני עני, יכול ליתנו לאחר כשם שיכול לשנותו למצוה אחרת, דאינו אלא משום נדר דכתיב "בפיך - זו צדקה" (ר"ה ו ע"א), ובכדי לצאת ידי נדרו די בכך שיתנו לעני אחר או יעשה בו מצוה אחרת.[25] וכתב הקצות שכן דעת רוב הפוסקים דאמירה לעני אינו קנין אלא משום נדר, ולכן יכול לשנות לעני אחר. וכ"כ בסי' רצ סק"ג בדעת הרמ"א בתשו' הנ"ל, דס"ל שנדר לעניים אינו עושה קנין ושעבוד, ולא אמרו "אמירתו כמסירתו" אלא בהקדש ולא בצדקה, וממילא הנדר אינו מחייב את היורשים. אבל לב"י יש שעבוד נכסים ואמירתו כמסירתו.

ועוד דן בזה הקצות בכמה מקומות [ראה לעיל סימן רז תשובה 1 בהערה], וגם בסי' רנה סק"ב משמע כדבריו הנ"ל (ועי' גם בפת"ש שם סק"ב). אבל בסי' פז סקכ"א נראה דס"ל שאינו יכול לשנות מעני לעני משום שכבר נתחייבו נכסיו. ועמד על סתירה זו בשו"ת **בית יצחק** (יו"ד ח"ב סי' פב אות יג), ע"ש. וגם בדברי החת"ס העירו שדבריו סתראי, שבהגהותיו ליו"ד סי' רלז כתב שדעת רוה"פ שאסור לשנות, ואילו בשו"ת (שם סי' קטו) הביא דעת הקצה"ח שמותר לשנות. וגם בדעת הב"י צ"ע כפי שהקשה במחנ"א שם סי' ב, שבחו"מ סי' קכה משמע דצדקה אינו כהקדש ודין הדיוט יש לו, ואילו בסי' ריב נראה שזכו העניים באמירה בלבד.

ובשורש המחלוקת ביארו האחרונים (עי' מחנ"א שם) דפליגי אם איסורי ומצוות מתנות עניים תלויים בדיני ממונות או בדיני איסורים, ונפק"מ בספק ממון עניים אי הוי ספיקא דאיסורא ולחומרא או ספיקא דממונא ולקולא דאין להוציא מיד המוחזק (עי' ר"ן נדרים ז ע"א ד"ה ולענין הלכה), דאם אמירה כמסירה א"כ קנו העניים ובספק הוי ספיקא דממונא, אבל אם אמירה אינה כמסירה א"כ החיוב מדין נדר ובספק הוי ספיקא דאיסורא. ואכמ"ל.

נמצא שאם נדר צדקה לבית הכנסת ומת, אם מת קודם שבא הכסף לעולם ברמב"ם מבואר שזכו העניים ונחלקו המפרשים בסיבת הדבר, ומ"מ אינו מדין הנדר שמחייב אותם אלא מסיבות אחרות [כגון שמדובר שגם הם היו באותו מעמד או מדין מלקד"ה ולא חיוב נדר, או דמיירי בהקנה גוף לפירותיו וכו']. אם הכסף בא לעולם קודם שמת - נחלקו האחרונים כנ"ל, ולכאו' אין להוציא מיד המוחזקים.

---

[25] אמנם יש להעיר שבתוס' שם כתבו בשם **רבי משה מאוירא** מכתיבת אחיו פירוש אחר, ד"לשנותה" היינו להלוותה לעצמו או לאחר, ואח"כ יפרע לצדקה זו מה שנדר, אבל לשנותה למצוה אחרת ממש, אסור. וכ"פ השו"ע (יו"ד סי' רנט ס"א), ע"ש. ולפ"ז אזדא ראית הקצות. אמנם בספר **דברי יחזקאל** (סי' נה) ביאר דאפי' לפירושא בתרא בתוס' (ופסק השו"ע), י"ל דמ"מ מעני לעני מותר לשנותה, דנהי דנתחייב באמירה לעני מתורת צדקה, אך לא חל החיוב דוקא לעני זה אלא חיוב כללי לתת צדקה, ויכול לתת לאחר. ורק למצוה אחרת לגמרי ס"ל דאינו יכול לשנות. וע"ע בספר **צדקה ומשפט** להגרי"י בלויא בעל פתחי חושן (פ"ט הערה ג) דמח' הפוסקים אם יכול לשנות היא רק כשלא אמר לשון נדר או שבועה, אבל בלשון נדר ושבועה פשיטא שצריך לקיים מוצא פיו באופן מדויק וככל נדר אחר. ע"ש.

4. אדם רוצה לתת את פירות פרדסו לכשיגדלו/לקנות קרקע, לטובת גמ"ח. א. באיזו לשון תחול ההתחייבות?

בב"ק לו ע"ב איתא שאם הניזק אמר שישלם לעניים חייב. וביארו הראשונים שחייב מדין מעמד שלשתן. וכתב הרי"ף שיש שלמדו מכאן שללא מעמ"ש א"א להתחייב לצדקה באמירה, ודחה שיטתם דהתם מיירי שנתחייב בדבר שאינו ברשותו ולכן צריך מעמ"ש. בתשו' הקודמת הבאנו שיטת **הרא"ש** שאם אמר בלשון חיוב מהני אף בדבר שאינו ברשותו, ורק בלשון קנין לא מהני. אבל **מהרמב"ם** נראה לכאורה שגם בלשון קנין מחויב מדין נדר. אלא **שהב"י** כתב שאין שום מחלוקת בין הרא"ש לרמב"ם (ודלא כהבנת הטור שנחלקו). ותמה עליו **בדרישה** שלהדיא נראה ברא"ש שחולק בלשון קנין וסובר דלא מהני. וביאר שם באורך, שדוקא בדברים שיבואו ממילא כמו "מה שתלד פרתי" או "מה שיוציא אילני" - ס"ל להרמב"ם שמועיל גם בלשון קנין, אבל בדבר שלא יבוא ממילא כמו קניית קרקע או בית מודה הרמב"ם דלא מהני אלא בלשון חיוב. וגם הרא"ש מודה לרמב"ם בדברים שיבואו ממילא.

ובאמת **השו"ע** בס"ז הביא דברי הרמב"ם כמובא בתשו' הקודמת. ובס"ח הביא מחלוקת האם נדרי צדקה חלים במחשבה או רק בדיבור, והרמ"א כתב שיש להחמיר כסברא ראשונה דבמחשבה גרידא מתחייב. ובס"ט כתב השו"ע את דברי הרא"ש: "וכן אם אמר קרקע זה לכשאקננו יהיה הקדש, אינו כלום, שאין אדם מקדיש דשלב"ל, אבל אם אמר לכשאקננו אקדישנו, או אתננו להקדש, הוי עליו נדר וצריך לקיים נדרו". והעיר **הרמ"א**: "וזהו סברת הרא"ש, וחולק על הרמב"ם שסובר שאם אמר לכשאקננו יהיה הקדש חייב לקיים דבריו, כמ"ש סברתו בסעיף ז. ודברי המחבר שסתם לעיל כדברי הרמב"ם וכאן כדברי הרא"ש אינו נכון". **ובסמ"ע** (סקכ"ב) תירץ ע"פ דבריו בדרישה שאין סתירה בין השיטות, שגם הרמב"ם מודה לרא"ש בקניית בית או קרקע דלא אתי ממילא. גם **הש"ך** (סקי"ב) הסכים לסמ"ע, והוכיח כן מכתובות נט ע"ב שהאומר שדה זו לכשאקחנה אקדישנה לא מהני. וא"כ גם הרמב"ם מוכרח להודות בזה.

אבל **בהגהת הש"ך** הסכים לרמ"א, ודחה ראית הש"ך מהגמ', ששם מבואר שאינו הקדש אבל עדיין מחויב לקיים דבריו מדין נדר. ונ"מ שאם נשאל על נדרו פטור [משא"כ אם ההקדש חל, לא מועילה שאלה]. ומה שחילק הסמ"ע בהדיא משמע ברמב"ם (פ"ו מהל' ערכין הל"א) שאין לחלק, שכתב שם ראיה ממה שאמר יעקב אבינו "כל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך", והרי זה דבר שאינו בא ממילא ומבואר שלרמב"ם מועיל. **ובתשו' חת"ס** (חו"מ סי' קז, מובא בפת"ש סק"י) כתב ליישב דהתם הוי כמו דבר שבידו, שאין אדם בעולם שלא יתן לו ה' איזה דבר להחיות נפשו, ואמר יעקב אבינו שכל מה שיתן לו [וודאי יתן לו משהו] - יתן ממנו מעשר. וא"כ הוי כדבר שיבוא מאליו ומועיל בזה לשון קנין.

ובבאר הגולה (אות ת) **ובט"ז** כתבו, שסעיף ט' מחובר לס"ח, והוא המשך של ה"יש מי שאומר" שהוא הרא"ש, ובאמת כוונתו לומר שזו דעת הרא"ש ודלא כהרמב"ם, ונסתלקה תמיהת הרמ"א. ועוד כתב הט"ז לדחות חילוקו של הסמ"ע, דמשמע בריש המפקיד דדוקא ר"מ (הסובר שאדם מקנה דשלב"ל) מחלק בין פירות דקל דעבידי דאתו לשאר דברים, משמע דלרבנן אין חילוק, וא"כ מנין לסמ"ע לחלק כאן בכה"ג.

לסיכום: לשו"ע, סמ"ע, ש"ך וחת"ס יש חילוק: אם רוצה לתת פירות שיגדלו מפרדסו - מהני לכו"ע גם לשון 'קנין' כי הפירות גדלים ממילא, אבל בקניית קרקע - לכו"ע צריך לשון התחייבות דווקא.

ואילו לדעת הרמ"א והגהת הש"ך [וט"ז ובאה"ג גם בדעת השו"ע עצמו] - יש מחלוקת בין הרמב"ם לרא"ש בין בפירות פרדסו בין בקרקע: לרמב"ם מועיל לשון מתנה וקנין, ולרא"ש בעינן לשון התחייבות.

ב. מת לפני שנתן, האם היורשים חייבים לקיים את דבריו?

נתבאר בהרחבה לעיל תשובה 2.

5. קנה קרקע והיה בדעתו לכונן ממנה הקדש, ולא הוציא מפיו כלום. א. האם חייב לכונן את ההקדש?

ראה לעיל תשובה 4 סעיף א, וכאן נרחיב מעט: **הרא"ש בתשובה** (כלל יג סי' א) נשאל: אדם שקנה קרקע אדעתא שיעשנו הקדש ואחר שקנאו נמלך ולא רצה להקדישו אי אמרינן בזה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. והשיב: אם קנה אדעתא שיעשנו הקדש ולא הוציא מפיו כלום הוי דברים שבלב ואמר שמואל גמר בלבו צריך להוציא בשפתיו אף על גב דכתיב כל נדיב לב עולות הא אמרינן חולין מקדשים לא ילפינן. והאידנא כל הקדש יש לו דין חולין שאין הקדש עתה לבדק הבית ואינו אלא לצדקה הילכך צריך להוציא בשפתיו.

מאידך שיטת **ר"ת** (ע"ז לד ע"א תוד"ה מתענין) **והרא"ש** עצמו בפסקיו (תענית פ"א סי' יג) ועוד, דכיון שגמר בלבו לתת לצדקה חייב ליתן. וכ"כ הר"ן בשם הגאונים.

השו"ע (ס"ח) הביא שתי הדעות: דעת המחמירים בשם יש אומרים ודברי הרא"ש בתשובה בשם יש מי שאומר. וכתב **הרמ"א** שיש להחמיר כסברא הראשונה. וכ"פ ביו"ד סי' רנח סי"ג ובאו"ח סי' תקסב ס"ו [ועי' **ביהגר"א** כאן סקכ"ב].

ב. הקדיש כל נכסיו, האם נאמן לומר אחרי שהקדיש שחייב כסף לפלוני?

בריא אינו נאמן, שמא עושים קנוניא על ההקדש. אבל שכ"מ נאמן, שאינו מערים בשעת מיתתו וחוטא למען אחרים. **ב"ב** קעד ע"ב, ונפסק לקמן סי' רנה ס"ג: "המקדיש כל נכסיו, אינו נאמן לומר אחר שהקדיש חוב לפלוני עלי או כלי זה של פלוני הוא, שמא יעשו קנוניא על ההקדש. ואפילו היה שטר ביד בעל חוב אינו גובה על פי הודאתו אלא כדרך שגובה כל בעל חוב. בד"א, בבריא. אבל חולה שהקדיש כל נכסיו ואמר בשעה שהקדיש: מנה לפלוני בידי, נאמן, שאין אדם עושה הערמה על ההקדש בשעת מיתתו וחוטא לאחרים, שהרי הוא הולך למות. לפיכך אם אמר: תנו אותה, נוטל בלא שבועה. ואם לא אמר תנו, אין נותנין אלא אם כן היה בידו שטר מקויים הרי זה נוטל מההקדש מפני הצוואה. ואם אחר שהקדיש אמר: תנו, אין שומעין לו אלא הרי הוא כשאר בעלי חובות, אם נתקיים שטרו נשבע וגובה מהפודה, לא מההקדש".

וע"ש בנו"כ שהאריכו אם חוזר בו תוכ"ד ורק בעסוקין באותו ענין אינו חוזר בו (סמ"ע), או שאפי' תוכ"ד אינו חוזר בו (לבוש, ש"ך, קצות, נתיבות). אמנם העיר שם הקצות (סק"ג) שבהקדשות שלנו דלא הוי לא קדושת הגוף ולא קדושת בדק הבית אלא לעניים ולית ביה אמירתו כמסירתו אלא רק חיוב לקיים הנדר מדכתיב "בפיך", א"כ לא עדיפא מנזירות דמהני חזרה תוכ"ד. וכבר כתבנו שהקצות האריך בזה בכמה מקומות.

ג. מה הדין אם נדר לצדקה ומת. האם יורשיו חייבים לקיים נדרו?

ראה לעיל תשובה 3.

ד. ומה הדין אם ביקש האב לפני מותו לעשות פעולות מסוימות שאינן נדר?

ראה סי' רנב בדין מצוה לקיים דברי המת.

סימן רכב

1. א. מכר קרקע לשנים וכל אחד אומר לי מכר, מה הדין? ואם המוכר הוא מפסולי עדות האם ישתנה הדין?

בקידושין עג ע"ב ובב"מ ב ע"ב משמע שאם ידוע מי נתן את הדמים, הוא זוכה, ואם שניהם נתנו הדמים ולא ידוע למי נתרצה המוכר - יש משמעות לדבריו. ונחלקו הראשונים: לפי פשט דברי **רש"י** וכן הרא"ש

בדעת **הרי"ף** - המוכר נאמן כל שמקחו בידו, וכשאינו בידו אם קיבל מעות מאחד נאמן, קיבל משניהם אינו נאמן דאינו מדקדק. לטור - רש"י סובר שבכה"ג נאמן לומר שקיבל מעות מאחד נתרצה לאחר, ולבדק הבית אינו נאמן בזה. שיטת תוס' בשם **ר"ת** שאם המקח בידו נאמן אא"כ טוען שקיבל מעות מאחד ונתרצה לאחר דאינו נאמן בזה. וכשאינו בידו אינו נאמן כלל. **הט"ז** ביאר בדעת הרמב"ם שאם מקחו בידו נאמן לעולם וכשאין בידו אינו נאמן לעולם. **לש"ך** (סק"א) אם המקח בידו נאמן אא"כ ידוע ע"י עדים או ע"י הודאת הצדדים שקיבל מעות מאחד, ואם המוכר הוא שאומר שקיבל מאחד ונתרצה לאחר נאמן. וכשאין המקח בידו אינו נאמן כלל. **הנתיבות** הסכים לש"ך פרט למקרה שידוע בעדים שאמר המוכר "לך ותחזיק", דאל"כ יכול לחזור בו, והוכיח כן מהרמב"ן.

כל זה במטלטלין, אבל לגבי קרקע הסתפק **בכסף הקדשים** אם שייכת בזה נאמנותו של המוכר, דאם הנאמנות מצד מיגו שהוא מוחזק - אין חילוק. אבל אם מצד שמדקדק, יתכן שבקרקע פחות מדקדק, וכן אפשר שכל התקנה שיש לו נאמנות היתה במטלטלין בלבד.

עוד הסתפק לענין מוכר הפסול לעדות, האם דמי לשבועת היסת שכתב הש"ך שגם פסו"ע יכול להשבע הואיל ויש בזה רק גילוי מילתא, וכן מצינו שעד אחד נאמן באיסורין דהוי גילוי מילתא. או דדמי לשאר עדויות ושבועות שבתורה שפסול.

ב. קנה מחמשה בני אדם ואינו יודע ממי קנה, מה הדין?

ביבמות קיח ע"ב איתא שאם לקח מחמישה בנ"א וכל אחד טוען שהוא בעל המקח, מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק, ויהיה הדמים מונחים בבי"ד עד שיודו או עד שיבוא אליהו. וכן נפסק בשו"ע ס"ב. **הב"ח** כתב דהיינו דוקא כשקנה בפניהם, ולכן שאני מהמבואר בפרק המפקיד (לז ע"א) לענין פקדון שאם קיבל משני בנ"א נאמן דוקא כשקיבל בכריכה אחת. אמנם **הש"ך** חילק דהתם מיירי בסכומים שונים וכן פקדון ניתן לזמן ארוך ויש לו אחריות לזכור ולדקדק. ועוד שלרי"ף והרמב"ם גם בפקדון שהיה בפני חמישה לא מהני עד שיקבל בכריכה אחת, ועל כרחנו שיש לחלק כנ"ל.

הרמב"ם (פ"כ מהל' מכירה ה"ב) כתב שאם הוא חסיד, נותן דמים לכל אחד ואחד, כדי לצאת ידי שמים, והובא בשו"ע. וביאר **הב"י** שמקורו בב"מ שם שגזל מאחד מחמישה ואינו יודע ממי גזל, ישלם לכולם כדי לצאת ידי שמים. והקשה **הש"ך** (סק"ו) שהשו"ע לקמן בסי' ש' הכריע שאם לא פשע אינו חייב לצאת ידי שמים, וא"כ אין לדמותו לגזלן שפשע. וביאר **הקצה"ח** (סק"ה) דנראה דס"ל להרמב"ם דאפילו לצאת ידי שמים נמי אינו אלא למדת חסידות, אבל שאר בני אדם אפילו לצאת ידי שמים אינו חייב, ומקורו הוא מהגמ' בב"ק קג ע"ב "מעשה בחסיד אחד שלקח משני בני אדם ולא היה יודע מאיזה מהן לקח, ובא לפני רבי טרפון, אמר לו: הנח דמי מקחך ביניהם והסתלק; בא לפני רבי עקיבא, אמר לו: אין לך תקנה עד שתשלם לכל אחד ואחד". ובזה ניחא קושיית הש"ך, דבאמת אם לא פשע אפילו לצאת ידי שמים פטור כיון דלא הו"ל למידק, והך לצאת ידי שמים דהכא אינו אלא ממדת חסידות. [ובאמת כן מדויק בלשון הרמב"ם "ואם הוא חסיד", ולא כתב "לצאת ידי שמים"].

ג. מוכר אומר מכרתי ואיני יודע למי, ובא אחד ואמר לי מכרת, מה הדין. סעיף ד' ברמ"א גר"א ש"ך נחלת צבי

בהגמ"י הביא שהירושלמי הסתפק בזה, והריב"א הכריע שצריך לתת לטוען שנמכר לו, שהרי ודאי מכר למישהו, ואם יבוא אחר ויטען שמכר לו - יבוא בדין ודברים עם הראשון, ואין לו עסק עמו. וכ"כ הרמ"א בס"ד בשם יש אומרים. אמנם הרשב"א גרס בירושלמי שלא יתן לאותו אדם וכן הביא הב"י וכך צידד הש"ך להלכה. בנתיבות הקשה על פסק ריב"א ורמ"א, מאי שנא מסי' רכג ס"ה שאם המוכר אינו יודע

למי מכר את הגדול ולמי את הקטן - אינו נותן לטוען שקנה את הגדול? ותירץ שאם אינו נפטר מאחריות א"צ לתת לו, אבל כאן שנפטר מאחריות אם יתן - צריך לתת לו.

2. מה הדין אם יש ספק אם היה תנאי במכירה.

המע"ה, והלוקח צריך להוכיח שלא היה תנאי. רמב"ם ושו"ע ס"ד.

סימן רכג

1. א. מחליף פרה בחמור ומשך בעל הפרה את החמור, וילדה הפרה, ושני הצדדים נחלקים מתי. כמי הדין?

בב"מ (ק ע"א) תנן: "המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה יחלוקו". ובגמרא פריך אמאי יחלוקו, ניחזי ברשות דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה? אמר שמואל בעומדת באגם, שפחה נמי דקיימא בסימטא. ונוקמה בחזקת מרה קמא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה? הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין. ופסקו הפוסקים (רי"ף שם נז ע"ב ובב"ק כ ע"א, רא"ש שם סי' יח ובב"ק פ"ה סי' א, רמב"ם פ"ט מהל' נזקי ממון ה"ב-ה"ג) דהלכה כחכמים שהמוציא מחבירו עליו הראיה ואפי' אם הפרה אינה נמצאת ברשות אחד מהם (באגם) על הלוקח להביא ראיה שילדה אחר שקנאה.

וה"ה אם הלוקח טוען ברי והמוכר טוען שמא, שכתב הרמב"ם (פ"כ מהלכות מכירה ה"י) דאפילו אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה, וכאמור - אף על פי שהפרה עומדת באגם והשפחה בסמטא. ואם לא הביא ראיה ישבע המוכר בנקיטת חפץ על ולד הפרה אבל על ולד השפחה אינו נשבע אלא היסת שאין נשבעין בנקיטת חפץ על העבדים. ובב"י דן בטעמו של הרמב"ם, ע"ש אם זמנך בידך.

ואם הלוקח מוחזק צריך המוכר להביא ראיה, כמ"ש התוספות ב"מ שם (ד"ה הא מני) דמדלא קאמר אלא הא מני סומכוס היא משמע דלא הדר ביה ממאי דאוקמה בעומדת באגם, ולא איירי סומכוס אלא בשאין מוחזק לא זה ולא זה, אבל היכא דמוחזק מודה סומכוס דעל אידך להביא ראיה.

ב. ואם אינם יודעים מתי ילדה, מה הדין?

הרמב"ם כתב בהל' מכירה שם (הי"א) שאם שניהם אינם יודעים והפרה אינה נמצאת ברשות אחד מהם - יחלוקו. ותמה **הטור** דהא הרמב"ם עצמו פסק שהלכה כחכמים ואפי' שניהם טוענים טענת שמא או אפי' התובע טוען ברי והנתבע טוען שמא מעמידים את הממון בחזקת בעליו הראשונים והמע"ה [כפי שהבאנו בסעיף הקודם]. וגם **המגיד משנה** תמה בזה על הרמב"ם, וכתב שאולי דעתו דדוקא בשעומדת ברשות מוכר נחלקו רבנן, אבל בעומדת באגם מודים לסומכוס. אך סיים שאין זו משמעות הסוגיא, ונשאר בצ"ע. ועוד יש להעיר שלענין "אמר המוכר איני יודע" כתב הרמב"ם אחר כך דאע"פ שעומדת באגם המע"ה.

הב"ח והפרישה (ובסמ"ע סק"ב) יישבו דעת הרמב"ם בדרכו של המ"מ, דמש"כ בלוקח טוען ברי והמוכר שמא דהמוציא מחבירו עליו הראיה, היינו כשהולד עומד ברשות בעל הפרה. ומ"ש שאם יחלוקו, היינו כשעומדת בסימטא. והוכיחו כן מלשון הרמב"ם שם, שדבריו "אע"פ שהפרה עומדת באגם" הם בפני עצמם ולא קאי על מוכר טוען שמא, ע"ש שהאריכו בזה. **והט"ז** ביאר שהרמב"ם פוסק כסומכוס כשאינו מוחזק, אע"פ שחכמים חולקים, ע"ש. וגם **הגר"א** (סק"א) הסכים לביאור זה. וע"ע **בערוה"ש** ס"ב.

ובנתיבות (סק"ג) תמה על הט"ז, ופירש שודאי הרמב"ם פוסק כחכמים ודלא כסומכוס, אלא שבמקום שיש חזקה כלשהי כנגד חזקת מרא קמא בשמא ושמא, מוכח מסתם משנה דב"ק מו ע"א [פרה שנגחה את השור ונמצא ולדה בצידה], דהחזקה גוברת על חזקת מרא קמא, דהא קי"ל התם דמשתלם שמינית

מהולד אע״פ שבעל הולד מוחזק, וביארו התוס׳ (ב״מ ק ע״א ד״ה הא מני) דהוא משום דאיכא חזקת מעוברת כנגדה. ומעתה י״ל גם בנ״ד דמחליף פרה בחמור ושניהם אינם יודעים (שמא ושמא) - דחזקת מעוברת מבטל חזקת מרא קמא לרבנן כמו לסומכוס, ומיעוט מחלוקת עדיף, דלא מצינו שחכמים נחלקו בזה ואין לנו לדחות סתם משנה מהלכה. ומבואר פסק הרמב״ם. זה תורף דבריו ועוד הרחיב היריעה, ע״ש. וכעי״ז כתב **בשב שמעתתא** (ש״ד פי״ב) אלא שלדעתו שם הסוגיא בדף ק׳ נדחית מהלכה, ע״ש.

להלכה, **בשו״ע** (ס״ב) כתב בסתם שגם בכה״ג ששניהם אינם יודעים המע״ה ודלא כהרמב״ם, והביא בשם י״א שיחלוקו והיא שיטת הרמב״ם. **והב״ח** פסק כהרמב״ם [ע״פ ביאורו הנ״ל שבעומדת באגם ואומר איני יודע רבנן מודו לסומכוס שיחלוקו].

והרמ״א שם כתב דה״ה כשהתובע טוען ברי והנתבע טוען שמא, אמרינן המע״ה. ותמה **הסמ״ע** (סק״ו) שהשו״ע כבר כתב דין זה לעיל בס״א שאם הלוקח טוען ברי והנתבע טוען שמא המע״ה. ועי׳ **ט״ז והגרע״א**. **ובנתיבות** (סק״ו) כתב דנראה דכוונת הרמ״א לחדש דאפי׳ במקרה שהמוכר הוא התובע והלוקח הוא הנתבע, דהיינו שהלוקח מוחזק, מ״מ כשטוען שמא אין חזקתו כלום ועל הלוקח להביא ראיה, דאף שיש עם חזקת ממון חזקת מעוברת, מ״מ בברי ושמא עדיף מכל החזקות, רק נגד חזקת ממון קיי״ל דלאו ברי עדיף, ואפילו נגד חזקת מרא קמא כתב השיטמ״ק (ב״מ שם, ד״ה ואם ישאל) דמהני ברי ושמא, ואמנם הרמב״ן בב״ב (לד ע״ב) חולק וסובר דאפילו בברי ושמא אזלינן בתר חזקת מרא קמא, אבל נגד שאר חזקות לכו״ע ברי עדיף, והכא דחזקת שמא לא מהני רק משום חזקת מעוברת, בברי ושמא אמרינן ברי עדיף.

סימן רכד

1. מחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ומת החמור, ושני הצדדים נחלקים מתי מת. מה הדין?

בכתובות עו ע״א - ע״ב: ״א״ר יהודה אמר שמואל: המחליף פרה בחמור, ומשך בעל החמור את הפרה, ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור, על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת פרה... מיתיבי: מחט שנמצאת בעובי בית הכוסות, מצד אחד - כשרה, משני צדדין - טריפה; נמצא עליה קורט דם - בידוע שהוא לפני שחיטה, לא נמצא עליה קורט דם - בידוע שהוא לאחר שחיטה; הוגלד פי המכה - בידוע ששלשה ימים קודם שחיטה, לא הוגלד פי המכה - המוציא מחבירו עליו הראיה, ואי יהיב טבח דמי - בעי לאיתויי ראיה ומפיק, ואמאי? בעל בהמה לייתי ראיה ונוקים! בדלא יהיב טבחא דמי. מאי פסקא? אלא כי אתא רמי בר יחזקאל אמר: לא תצייתינהו להני כללי דכייל יהודה אחי משמיה דשמואל, הכי אמר שמואל: כל שנולד ספק ברשותו - עליו הראיה, ותנא תונא כלה. מיתיבי: מחט שנמצאת בעובי בית הכוסות כו׳, ואי דלא יהיב טבח דמי - בעל בהמה בעי לאיתויי ראיה ומפיק ואמאי? ספיקא ברשות טבח איתייליד! דיהיב טבח דמי. ומאי פסקא? סתמא דמילתא, כמה דלא יהיב איניש זוזי - לא יהיב איניש חיותא.

והרי״ף (שם לה ע״ב) כתב שאף לדברי רמי בר יחזקאל על בעל החמור להביא ראיה, וקרי נולד ספק ברשותו לפי שהחמור היה עומד ברשותו וכאן נמצאו וכאן היו ואית לן למימר שמא מת החמור קודם משיכת הפרה אבל אם היה החמור עומד בסימטא על בעל הפרה להביא ראיה ולרב יהודה על בעל החמור להביא ראיה אפילו עומד בסימטא. וכ״כ הרמב״ם (פ״כ מהל׳ מכירה הי״ד) כהרי״ף שפסק כמימרא דרב יהודה אמר שמואל.

אולם **הרא״ש** (סי׳ טז) הביא שפירשו חכמי אשכנז וצרפת דכל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה בין להוציא בין להחזיק ממון שבידו, מדפריך לקמן והא ספיקא ברשות טבח אתייליד והיינו להחזיק.

ודחה פירוש הרי"ף, דמיד שמשך בעל החמור את הפרה נקנה החמור לבעל הפרה בכל מקום שהוא עומד וחזקת ממון וחזקת הגוף מסייע לבעל החמור ולמה נזקיק אותו להביא ראיה ולא שייך כאן נמצאו וכאן היו וכו'. ועוד שמלשונו של רמי בר יחזקאל נראה שהוא חולק לגמרי על מימרא דרב יהודה אחיו.

והמגיד משנה שם הביא בשם כתבו קצת מפרשים דלא אמרינן הכי אלא כשמת החמור ברשות בעל החמור ובעל החמור אינו טוען ברי שהיה חי בשעת משיכת הפרה, אבל אם היה בעל החמור טוען ברי או שהיה החמור באגם - על בעל הפרה להביא ראיה. וכתב **הרשב"א** בחידושיו לכתובות (עו ע"ב ד"ה הי כלה) דצ"ע על הרי"ף שלא חילק בזה כלל. וכן כתב **הרמב"ן** ז"ל. ולאחר שהביא הב"י את כל השיטות סיים: "ומעתה זכינו לדינו של הרא"ש דבעומד חמור בסימטא על בעל הפרה להביא ראיה דאיפשר דגם הרי"ף והרמב"ם ז"ל יודו בזה".

להלכה פסק **השו"ע** (ס"א) כהרי"ף והרמב"ם: "כל מי שנולד ספק ברשותו, עליו להביא ראיה. כיצד, המחליף פרה בחמור, ומשך בעל החמור את הפרה, ולא הספיק בעל הפרה למשוך החמור עד שמת החמור, על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת הפרה, וכן כל כיוצא בזה".

אמנם הרמ"א הביא שיטת **הרא"ש** וסיעתו, דמאחר שקנה החמור בכל מקום שהוא, הרי היה ברשות בעל הפרה ועליו להביא ראיה. ושיטה זו סוברת דכיון שנולד הספק אחר המשיכה, שהיה כבר ברשות בעל הפרה וגם חזקת חי מסייעו לבעל החמור, משו"ה על בעל הפרה להביא ראיה. **ובסמ"ע** (סק"ג) ביאר דבסי' רכג לענין מחליף פרה בחמור וילדה לא אמרינן הכי, דדוקא כאן שהחליף הפרה בחמור ידוע, ובמשיכתה זכה בחמור, שפיר מיקרי עומד ברשותו. משא"כ כשהפרה ילדה ונחלקים אם ילדה קודם המשיכה או לאחריה, לעולם לא נתברר אם הולד היה בכלל הקנין, דשמא לא תלד ולד של קיימא או שלא נתעברה, והקנין אינו כולל את הולד.

והנתיבות (חידושים סק"ב) ביאר ע"פ **התוס'** כתובות (עו ע"ב, ד"ה כל) דדוקא כאן שנולד הספק לגריעותא ברשות בעל הפרה, אבל נולד הספק לטיבותא, כגון לעיל בסימן רכג ס"א גבי המחליף פרה בחמור וילדה, לא אמרינן סברא דכל הנולד ספק ברשותו. ועוד כתב, דלאו דוקא כשמת, אלא אפילו הוא הדין אם נגנב או נאבד נמי דינא הכי.

וכתב **המרדכי** בכתובות שם (והובא ברמ"א): ואם אינו מביא ראיה, ישבע המוכר שלא ידע המומין אלו, ופטור. וכתב **הסמ"ע** (סק"ד) דה"ה לענין מיתה, שישבע שלא ידע ממיתה בשעת משיכה.

2. המוכר בהמה לשחיטה ונמצאת טריפה, על מי להוכיח מתי נולד והאם גם על טריפות של סירכא ישנה? ומה הדין בספק טריפה לענין טענת מום?

מדברי הגמרא שהובאה בתשובה הקודמת עולה שלענין ספק מתי נולדה הטריפה, כו"ע מודו שחובת ההוכחה מוטלת על השוחט. לדעת הרי"ף והרמב"ם - מפני שכאן נמצא כאן היה, לרא"ש - מפני שהספק נולד רק אחר שמשך את הבהמה.

לענין טענת מום - שייך לסי' רלב. בקצרה: בחולין נ ע"ב איתא שאם ידוע שהטריפה היתה קודם המקח אפשר לבטל המקח דהוי מום. ובסי' רלב הובאה מחלוקת ראשונים אם מבטלים מקח גם מחמת טריפת הגוף (שיטת הרמב"ן) או רק מחמת טריפה שנוצרה בעקבות מכה שהוא דבר המצוי (רבינו אפרים והרא"ש). השו"ע סתם כדעת רמב"ן וכתב שיש חולקים.

בפת"ש סי' רלב סק"ו כתב שלא נהגו לבטל מקח מחמת טריפה, ונראה שמנהג מבטל הלכה ויש ללכת אחר המנהג בכל מקום [עי' כעין זה **בחכמת שלמה** סי' רט ס"ב לענין אתרוגים שקונים בקופסאות סגורות,

שהמנהג דאין מבטלים המקח אפי׳ חלקם נמצאו פסולים שדבר ידוע שכך הוא כשקונים בכמויות וקונים אדעתא דהכי.]

סימנים רכה-רכו

1. א. מהי מידת אחריות המוכר לגבי קרקעות או מטלטלין שמכר?

בב״מ טו ע״ב איתא דאחריות טעות סופר הוא, בין בשטרי הלואה בין בשטרי מקח וממכר. ולכן אפי׳ אם לא נכתב אחריות, יש להניח שכל מכר נקנה באחריות וחייב באחריותן. וכ״כ **השו״ע** ס״א. ועי׳ **ר״ן** בחידושיו לב״מ ח ע״ב (סוד״ה איתמר) שלושה סוגי אחריות, והובא בב״י.

מכר שנעשה בלא שטר - לדעת **סה״ת** (ח״א שער מז אות ב) אין בו אחריות עד שיקבל ע״ע בפני עדים. אבל לדעת **הרשב״א והר״ן** בחידושיהם לב״מ שם, **והנ״י** (ח ע״ב מדפה״ר) יש בו אחריות כמו מכר בשטר. **הרמב״ם ושו״ע** כתבו שיש אחריות ״אפילו מכר הקרקע בשטר״, וביאר **הסמ״ע** (סק״ג) שבשטר יש חידוש גדול יותר, שהיה לו לכתוב ולא כתב. משמע דכל שכן בלא שטר וכהרשב״א וסיעתו. וכ״כ **הש״ך** (סק״א), ושכן משמע להדיא **בסמ״ג** (לאוין קע), וכ״כ **הב״ח** מלשון הטור. והעיר הש״ך שבסי׳ זה לא כ״כ משמע כן בטור, אבל בסי׳ קטז מבואר כן. וכ״כ שם השו״ע. וכ״כ הרא״ש בשם **רבינו יונה**, ועד ראשונים.

ובגידולי תרומה על סה״ת שם כתב שגם מדברי הרמב״ן מוכח כדעה זו, ושלא מצא חבר לסברת בעל התרומות שיאמר המוחזק קים לי כוותיהו. **והש״ך** ציין לדבריו לעיל (סי׳ קטז סק״ה) שם כתב שנראה מהרשב״ם (ב״ב מא-מב) כדעת סה״ת דבמוכר בעדים בלא שטר אינו חייב באחריות עד שיתנה. נראה שלדינא דעת הש״ך שיכול המוחזק לומר קים לי כדעה זו.

מכר שנעשה בהחלפה - בפת״ש (סק״א) הביא שנחלקו בזה האחרונים: **בשו״ת צמח צדק** (סי׳ ד) **ועבודת הגרשוני** (סי׳ קז) כתבו אין בזה אחריות, הואיל וכל אחד מועיל על האחריות שבחפץ שלו. והביאו ראיה לשיטתם מהמבואר בב״ב קז ע״א שהאחים שחלקו אין להם אחריות זה על זה. אמנם **בקצה״ח** (לעיל סי׳ קטז סק״ג) **והנתיבות** (שם סק״ב) דחו דבריהם וסברו שגם בכה״ג אחריות טעות סופר, וכתב הקצות שכן מפורש בתשובת הר״י מיגאש. ודחה את הראיה מדין האחים שחלקו, דהתם החוב חל שניהם במידה שווה, ומחלו על הגביה שתגבה מקרקע זו או אחרת, ואילו בחליפין האדם יודע שהמקח שלו שלם בלא מום ושום טורף לא יבוא עליו, ולכן לא מוכן לוותר על אחריות של המוכר לו. וכ״כ **בתשו׳ שבו״י** (ח״א סי׳ קנג) מצד אחר, ועי׳ מה שהשיג ע״ז בפת״ש שם, ובסו״ד הביא שגם **הבית מאיר** (אה״ע סי׳ קיג ס״ב) כתב לדחות דברי הצ״צ כעין דברי הקצה״ח והנתיבות הנ״ל. ועוד כתב דאפ״ל דבכה״ג לא יטרוף בעל חוב כיון דצריך לשלם פירא והמתין מעותיו בכדי. ע״ש.

ב. האם יש טענת אונס על תנאים של מקח וממכר?

בפרק חזקת הבתים (ב״ב מה ע״א) מבואר שבאונס אין חייב באחריותו, וכ״כ הפוסקים וכלשון השו״ע ס״ב: ״בד״א, כשהוציא המקח מיד הלוקח בבית דין של ישראל, כגון שהיה המקח מטלטלין והיו גנובים או גזולין, או שהיתה הקרקע גזולה, או שבא בעל חוב של מוכר וטרפה מיד הלוקח, והכל בבית דין של ישראל. אבל אם עובד כוכבים הוא שהוציא המקח מהלוקח, בין בדין המלך בין בערכאות שלהם, אין המוכר חייב באחריותו, ואף על פי שהעובד כוכבים טוען שהמוכר גנב חפץ זה או גזלו ממנו, והביא עדי עובד כוכבים על כך, אין המוכר חייב כלום, שזה אונס הוא ואין המוכר חייב באחריות אונס״.

ועמש״כ השו״ע ״בין בדין המלך״ כתב **הסמ״ע** (סק״ו) דאע״ג דדינא דמלכותא דינא, הני מילי מה שעושה מדעתו מצד חוקי המלכות, וכמ״ש הטור והמחבר בסימן שס״ט, משא״כ זה דפוסק הדין על פי עדים גוים

ויש לחוש שהן משקרין לפניו, ובגמרא שם מבואר ע״פ הכתוב ״אשר פיהם דיבר שוא וימינם ימין שקר״. ומה שכתב השו״ע ״בין בערכאות״, קמ״ל בזה, אף על גב דערכאות דייקי טפי. ועי׳ **פת״ש** (סק״ג) בשם **תשו׳ בית אפרים** (חו״מ סי׳ ו) שאם בשעת המכירה היה ידוע דין המלך בזה, לא הוי בכלל אונסא דמתיליד והוי מקח טעות, ע״ש עוד.

לענין אונסא דלא שכיחא - ראה לקמן תשובה 2.

ג. מוכר שפירש שמוכר שלא באחריות כלל, איזה סוג של אחריות חלה עליו בכל אופן?

בב״ב מד ע״ב ״אמר רב פפא אף על גב דאמור רבנן המוכר שדה לחבירו שלא באחריות ובא בעל חוב וטרפה אינו חוזר עליו, נמצאת שאינו שלו חוזר עליו. ורב זביד אמר אפילו נמצאת שאינה שלו אינו חוזר עליו, דא״ל להכי זבני לך שלא באחריות״. ופסקו **הרי״ף** (כד ע״ב) **והרא״ש** (סי׳ מד) כרב זביד, וכן פסק הרמב״ם בפי״ט מהלכות מכירה (ה״ח). וכ״כ **השו״ע** ס״ה: ״אם התנה המוכר בפירוש שלא יהיה עליו אחריות, אפילו אם נודע בודאי שהיתה גזולה, והוציאה הנגזל מיד הלוקח, אין המוכר חייב. ואצ״ל שאם בא בעל חוב וטרפה, שאינו מחזיר לו כלום, שכל תנאי שבממון, קיים״.

ובס״ו כתב ע״פ **תשו׳ הרא״ש** (כלל קב סי׳ ב) שהובאה בטור: ״המוכר לחבירו מרתף של יין, והתנו ביניהם שלא יהיה אחריות על המוכר רק אם תשבר חבית או תשפך בלבד, ולא יהיה אחריות על הלוקח אלא לענין הטעם בלבד, כגון אם יחמיץ, אם אחר כך לא אירע כי אם אונס ניסוך - הוא על המוכר״.

בסמ״ע (סקי״ב) כתב שטעמו של הרא״ש שם, דקיבל עליו כל אחריות דאתי מעלמא [כמו שפיכה ושבירה], וניסוך הוי בכלל זה, רק שלא פירטו בפירוש משום שאינו מצוי. והעיר **הפת״ש** (סק״ה) שזהו אמנם טעמו השני של הרא״ש שם, אבל לפי טעמו הראשון שלא ברור אם קיבל עליו דוקא אחריות שבירה ושפיכה או כל אונס דמעלמא, א״כ דין זה הוא מתורת ספק, ולפ״ז אם נתן המעות אין מוציאין מידו שהוא מוחזק [משא״כ לטעם שהביא הסמ״ע יוצא שאפי׳ אם נתן המעות מוציאין מידו]. וכ״כ **בתשו׳ פנים מאירות** (ח״ב סי׳ קסב) שטעמו הראשון של הרא״ש הוא עיקר, כי הטעם השני תמוה דאדרבה אם אונס דניסוך אינו שכיח היה לו לאומרו בפירוש,[26] ולכן נראה שהרא״ש כתבו רק כסניף לטעם הראשון. וכן הכריע הפת״ש להלכה דאם שילם אין מוציאין מידו. ועוד כתב הפמ״א דבסתם מכירה והמוכר קיבל עליו שיעמיד בשלמות, אף הרא״ש מודה שאין אחריות ניסוך עליו, ע״ש. וגם בזה הסכים עמו נינו פת״ש.

וכתב **הט״ז** דמ״מ אם קודם שאירע הניסוך ידע שיתנסך, והמוכר מתרה בו שיטול הלוקח היין או יבטל המקח והוא ילך שם ויטלנו, ודאי שומעין למוכר, דלאו כל כמיניה דלוקח לגרום לו הפסד בידים. ובתשובת הרא״ש לא מיירי מזה, אלא שגם המוכר רצה להניחו שם, רק שמייפה כח הלוקח בזה שיהיה ברשותו ומזלו של המוכר ויהיה המקח בטל. ומ״מ אף לפי הנידון הנ״ל, אם יאמר הלוקח לך והצל יינך והעמידהו לפני במקום טוב, הדין עמו, רק שלא יכול לכוף למוכר שיהיה היין במקום סכנה ויהיה באחריות המוכר.

---

[26] וכבר הקשה כן בדרישה (ס״ז) כיון דניסוך לא שכיחא א״כ אינו חל כלל על המוכר, כמבואר לעיל בס״ג וס״ד (יובא לקמן תשובה 2). ותירץ דכיון דהלוקח התנה רק על חימוץ שאין למוכר אחריות, א״כ כל השאר הוא בכלל. ובנתיבות (סק״ו) הקשה ע״ז דלא דמי, דחימוץ אונסא דשכיחא הוא, וניסוך לא שכיחא, ואפי׳ פירש הלוקח כל אונסא דיתיילד מ״מ פטור המוכר מאונסא דלא שכיחא. ותירץ דטעמו של הרא״ש כיון דאם גוי גזלו חייב דאונס המצוי הוא כמבואר בס״ג, א״כ ה״ה אם נסכו גוי הוי אונסא דשכיחא. ומש״כ הרא״ש דלא אסיק אדעתיה, כוונתו שלא התנו באונס שריפה וכיו״ב, ע״ש. [ומש״כ הפת״ש במוסגר ״ובפרט דבספר נה״מ תמה על הדרישה בזה״ (לחזק דבריו שאין לפסוק כהסמ״ע), לא זכיתי להבין דבריו: ראשית, לא על הדרישה היתה תלונתו של הנתיבות, כי אם על הרא״ש שכתב טעם זה. ועוד, דלפי תירוצו דברי הרא״ש והדרישה נכונים, דבאמת ניסוך שכיחא, וממילא אזדא תמיהת הפמ״א. וצ״ע.]

אמנם בסי׳ רכו מבואר שיש אחריות שחלה עליו בכל אופן. לשון השו״ע ס״ב ע״פ הגמ׳ **בכתובות** צא ע״ב ושם צז ע״א: ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות, וחזר ולקחה משמעון באחריות, ובא בעל חוב של ראובן לטרוף אותה ממנו, אינו יכול לחזור על שמעון, שאע״פ שלא קבל עליו אחריות לשמעון, אחריות עצמו קבל שלא יהיה הוא המוכר והוא המוציא לעצמו. אבל אם בא בעל חוב של יעקב אביו וטרפה מיד ראובן, חוזר וגובה כל הדמים משמעון״.

ובס״ג כתב ע״פ **הר״ן** (שם נו ע״א מדפה״ר): ״המוכר שדה לחבירו שלא באחריות, חייב באחריות דנפשיה. ודוקא בזכות שיש לו בשעת מכירה, אבל אם בא לו זכות לאחר מכאן, חוזר עליו״.

וכתב **הרא״ה** (שם צז ע״א ד״ה והא) דדוקא באלמנה הוא דאמרינן דאחריות דנפשיה קבילה לפי שמוכרת לעצמה, אבל אפוטרופסי יתומים כיון שאין מוכרין לעצמן אלא ליתומים לא אמרינן דאחריות נפשייהו קבילו אלא חוזרים וטורפין בחובם וכו׳, וכ״כ **הריטב״א** (שם, ד״ה בעי), ונפסק בשו״ע ס״ד.

2. **ראובן שכר חברת הובלה להוביל ספינת משא מת״א לנמל אשדוד כדי להטעינו על הספינה המפליגה ביום פלוני והחברה קיבלה על עצמה והתחייבה בכל אונס שיארע. ובינתיים הוכרזה שביתת תחנות דלק בכל הארץ ועל ידי כך נמנע מן החברה להוביל את המטען בזמן, השוכר תובע מן החברה לפצותו על כל ההפסדים שנגרמו לו שהרי התחייבה בכל האונסים, החברה משיבה מה עלינו לעשות הרי הוכרזה שביתה של תחנות דלק בכל הארץ, מה הדין?**

ראה לעיל תשובה 1 סעיף ב. והנה **בגיטין** עג ע״א: ״ההוא גברא דזבין ארעא לחבריה, קביל עליה כל אונסא דמתיליד, לסוף אפיקו בה נהרא; אתא לקמיה דרבינא, א״ל: זיל שפי ליה, דהא קבילת עלך כל אונסא דמתיליד. א״ל רב אחא בר תחליפא לרבינא: אונסא דלא שכיח הוא! איגלגל מילתא ומטא לקמיה דרבא, אמר להו: אונסא דלא שכיח הוא״. ועוד שם: ״רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע זבן שומשמי אגידא דנהר מלכא, אגור מלחי לעבורינהו, קבילו עלייהו כל אונסא דמתיליד, לסוף איסתכר נהר מלכא, אמרו להו: אגורו חמרי אפקעינהו ניהלן, דהא קבילתו עלייכו כל אונסא דמיתליד; אתו לקמיה דרבא, אמר להו: קאקי חיורי משלחי גלימי דאינשי, אונסא דלא שכיח הוא״.

הב״י הביא בשם **הרשב״א** בתשובה (ח״ד סי׳ קסג), דאפילו כתב שהוא ״מקבל עליו כל אונסים שבעולם שיתילדו״, אונסא דלא שכיח אינו בכלל זה. [וראה בהמשך מדברי מהר״ם אלאשקר והרב כנה״ג].

וכ״פ **בשו״ע** סי׳ רכה ס״ג כלשון הרמב״ם (פי״ט מהל׳ מכירה ה״ה): ״אבל אם התנה עמו שכל אונס שיולד בקרקע זה יהיה חייב לשלם, אפילו בא עובד כוכבים וגזלה מחמת המוכר, חייב לשלם. אבל אם נפסק הנהר שהיה משקה אותה [עי׳ **ב״מ** עז ע״א שגם זה לא שכיח], או שחזר הנהר לעבור בתוכה ונעשית בריכה [**גיטין** שם], או שבאה זועה והשחית אותה [עי׳ **ב״מ** קה ע״ב], הרי זה פטור, שאלו וכיוצא בהן אונס שאינו מצוי הוא, ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא בעת שהתנה״.

והוסיף הרמב״ם בהל׳ מכירה שם (ה״ו) דה״ה לכל תנאי שבממון, שאומדים דעת המתנה ואין כוללין באותו תנאי אלא דברים הידועים שבגללן היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה בעת שהתנה. וכ״כ השו״ע שם. ועוד הביא הרמב״ם (שם ה״ז) והשו״ע (ס״ד) מעשה דשומשומי המובא בגמ׳, כדוגמא לאונסא דלא שכיחא.

בבאה״ט סק״ז מובא מספר **בני חיי** כמה פרטים בדין קיבל עליו אונס:

- אונסא ״דשכיח ולא שכיח״ - בתשו׳ **דברי ריבות** (סי׳ פא) כתב דבעינן דוקא אונס דשכיח טובא אבל אונס דשכיח ולא שכיח לא קבל עליו אם לא שיקבלנו בפירוש. אבל בתשו׳ **מהרשד״ם** (סי׳ לג) כתב דאפילו אונס דשכיח ולא שכיח קבל עליו

- ספק אם הוא אונס דשכיח או שכיח ולא שכיח - המע״ה. **דברי ריבות** (שם), **מהרשד״ם** (שם ובסי׳ ק), **מהרש״ך** (ח״א סי׳ כא; ע״ש לגבי הובלת סחורות בנמל).
- שביה - אונס דלא שכיח הוא. **מרדכי** פ׳ מי שאחזו (רמז תכד, ע״פ ריש פרק השואל), **מהרי״ק** (שורש ז), ועיין **בתשו׳ ר״ב אשכנזי** (סי׳ לא).
- אינפלציה (״ירידת המטבעות ועלייתן״) - כתב **מהרשד״ם** (סי׳ עה) דאונסא דלא שכיח הוא. וכתב **בכנה״ג** (הגה״ט אות לז): דברי הרב שירירן וקיימין בזמנו שלא נשמע ירידת מטבעות אלא במקרה נדיר, אבל בזמננו זה שהורגל הדבר פעמים רבות[27] - אונסא דשכיח טובא מקרי. וכ״כ מהר״א די בוטון **בלחם רב** (סי׳ סט) אע״פ שהוא היה בזמן הרשד״ם. ועיין בתשו׳ ר״מ אלשיך (סי׳ קטו).
- קיבל עליו בלשון כלל גמור - כתב **מהר״ם אלאשקר** (סי׳ לב)[28] דהא דאמרינן אונסא דלא שכיח לא קבל עליה היינו כשקבל עליו סתם, אבל אם אמר ״שלא יטעון שום טענת אונס בעולם״ הוא כלל הכללים [לשון ״שום״ ו״בעולם״, ע״ש], ואפי׳ אונס דלא שכיח א״י לטעון. וכתב **בכנה״ג** (הגה״ט אות מד) דמ״ש הרשב״א הנ״ל שאפי׳ כתב שקבל כל אונסין שבעולם אין אונס דלא שכיח בכלל אינו חולק ע״ז, דלא דמי ״מקבל כל אונסין שבעולם״ לאומר ש״לא יטעון שום טענת אונס בעולם״.

נמצא בנידון שאלתנו ע״פ דברי הכנה״ג, שאם התחייבות החברה היתה בניסוח של ״כלל הכללים״ - שלא יטענו שום טענת אונס בעולם - חייבים בכל ההפסדים. אבל בניסוח שקיבלו על עצמם ״כל אונסים שבעולם״, הכוונה רק לאונסא דשכיח, וכפי הנראה שביתת תחנות הדלק הוא אונסא דלא שכיח, ופטורים.

אמנם שו״ר **בשו״ת דברי שלום** (מזרחי; חו״מ ח״ב סי׳ צח) שכתב שדברי הכנה״ג צ״ע, ודוחק ליישב שיטת הרשב״א עם שיטת מהר״ם אלאשקר. והוכיח מהתוס׳ בגיטין שם כהרשב״א, שאפי׳ אמר לשון כוללת אין אונס דלא שכיח בכלל. ולכן הכרעתו שבכל לשון שאמר - פטור באונסא דלא שכיח, ע״ש.

מאידך בכמה פוסקים הובאו דברי הכנה״ג להלכה, וכ״כ **בפד״ר** (חי״א עמ׳ 251) כדברי מהר״ם אלאשקר ע״פ חילוקו של כנה״ג. וצ״ע.

---

[27] ״כמו ששמענו מקדמונינו. וראינו בעיני, בן ל״ט שנה אנכי היום וראיתי שג׳ פעמים ירדו המטבעות משוויין״. לשון כנה״ג. ובהמשך דבריו כתב (ולא הובא בבאה״ט): ״איברא שנלע״ד דלא דמי נדון הרשד״ם למה שאירע בזמנינו זה ויודה הרב ז״ל שירידת מטבעות שירדו בזמנינו זה דאונסא דשכיח הוא, דבנדון הרב ז״ל שגזר המלך על הזהוב ועל הגרו״ש שלא יעבור כי אם בסך כך בלתי סבה, ודאי דאנסא דלא שכיח הוא, אבל בזמנינו זה שאין העילוי והירידה בלתי סבה שלא בסבה מספקת שעליית הזהוב והגרו״ש נמשך מחמת הלבנים שעושים דקים או מחמת שחותכים אותם ומחמת זה עלה הזהוב והגרו״ש וירידתם נמשך מחמת הלבנים שעושים עבים ושלמים ודאי שיודה הרשד״ם דאנסא דשכיח טובא הוא״.

[28] וכ״כ **בתשו׳ ב״י** (דיני קידושין סי׳ ג; הובאה **בהגרע״א** כאן) דברים אלו ככתבם וכלשונם, והמעיין שם יראה שהיא בעצם תשו׳ מהר״ם אלאשקר. ועוד הובאה שם גם תשובת **מהר״ש חקאן הלוי** שחולק וסובר דאע״פ שקבל עליו שלא יוכל לטעון שום טענת אונס בעולם, אין קבלה זו מבטלת טענת אונס מב׳ צדדין: הא׳ מצד הלשון שהוא לא קיבל עליו האונס אלא קיבל עליו שלא לטעון טענת אונס, וכי ידעינן באונסיה אף על גב דאיהו לא טעין אנן טענינן ליה דאיסורא הוא, השני, מצד האונס דאונסא דגיזום אונסא דלא שכיח כלל, ואפילו קיבל עליו כל אונסא דמתיליד, אונסא דלא שכיח לא קיבל עליה. ע״ע **בכנה״ג** אה״ע סי׳ לח (הגב״י אות א). וע״ע בשו״ת מהרלב״ח סי׳ קכ וסי׳ קכז.

הלכות אונאה ומקח טעות

סימן רכז

1. **המוכר לחבירו חפץ בששים זוז, ואינו שוה רק נ"א, מה דינו לענין אונאה אם דנים לפי ערך המקח, ולפי זה יש כאן אונאה יתירה על שתות, או דנים לפי סכום הכסף שנתן ושיעור האונאה הוי פחות משתות?**

קי"ל (**ב"מ** נ ע"ב ועוד) דבאונאה פחות משתות המקח קיים, שתות קנה ומחזיר אונאה, יותר משתות בטל מקח. ונחלקו רב ושמואל (שם מט ע"ב): לדעת רב שתות מקח שנינו [כגון שוה שש בחמש (נתאנה מוכר) או שוה שש בשבע (נתאנה לוקח)], ולדעת שמואל שתות מעות נמי שנינו [כגון שוה שבע בשש (נתאנה מוכר) או שוה חמש בשש (נתאנה לוקח)]. **הרמב"ם** (פי"ב מהל' מכירה ה"ב) ויתר הראשונים פסקו כדעת שמואל שיש אונאה גם ע"פ שתות במעות. וכ"כ **השו"ע** ס"ב. וביאר **הסמ"ע** (סק"ג) ע"פ הגמ', שלדעה זו אם יש שתות באיזה צד - אמרינן קנה ומחזיר אונאה אע"פ שבצד השני יש פחות או יותר משתות.

הרמב"ם (שם ה"ג) כתב שאם מכר שוה שישים בחמישים ופרוטה - לא הוי אונאה, כיון דהוי פחות משתות במקח. והקשה **המגיד משנה** הרי במכר שש בשבע הוי שתות מצד המעות ומחזיר אונאה, אע"פ שמצד המקח הוי שביעית, וא"כ איך יתכן שכאשר מכר לו ס' בנ"א שהאונאה יותר משביעית, יתקיים המקח ללא להחזיר את האונאה? ולכן כתב שצ"ל ברמב"ם "מכר שוה שבעים בשישים ופרוטה", שבכה"ג הוי פחות משתות מכל צד. וכ"כ **השו"ע** בס"ג ע"פ תיקונו של המ"מ [ודלא כהטור שהעתיק שוה ס' בנ' ופרוטה. ועי' בבדק הבית שהביא דברי המ"מ, והסמ"ע לא ראה ספר בדק הבית כידוע (עי' שדי חמד כללי הפוסקים סי' טו אות כט)].

אמנם **במרדכי** (ב"מ סי' דש) מבואר כגרסת הרמב"ם שלפנינו, שכתב שאם מכר שוה ס' בנ"א, ואם נלך אחר המקח הוי פחות משתות ואם נלך אחר המעות הוי יותר משתות - בכה"ג אזלינן בתר המקח והוי מחילה והמקח קיים. וטעמו, דטעי אינשי בדמי מקח ולא טעי במעות. וה"ה להיפך כמו בנידון השאלה, שמכר שוה נ"א בס', שבצד המקח הוי אונאה ובצד המעות לא הוי אונאה - אזלינן בתר המקח, ובטל המקח. וכ"כ **הרמ"א** בס"ד.

והסמ"ע (סקי"א) תמה על הרמ"א שבס"ד פסק כמרדכי, ואילו בס"ג לא הגיה כלום על פסק השו"ע שחולק ע"ז ע"פ המגיד משנה. ובסברת המרדכי כתב שבמקרה שבאחד הצדדים [מעות או מקח] יש שתות ובצד השני יש פחות או יותר משתות, אמרינן קנה ומחזיר אונאה, וכללא הוא דבכל מקום שיש שתות מאיזה צד אמרינן הכי. אבל כאשר מצד אחד יש ביטול מקח (יותר משתות) ומצד שני מחילה (פחות משתות), אזלינן בתר המקח, כי טעי אינשי במקח יותר מאשר במעות. וביאר דאפ"ל שגם הרמב"ם שכתב שאם מכר שוה ס' בנ' ופרוטה (כגרסא שלפנינו) הוי מחילה, ס"ל כהמרדכי, ומש"כ דהוי מחילה הוא רק בכה"ג שלא היה אונאת שתות משום צד, ולכן הולכים אחר צד המקח, אבל במכר שוה נ' ופרוטה בס' לא הוי מחילה כי בצד המקח הוי אונאה יותר משתות ובטל מקח. אבל לדעת המ"מ שתיקן הגרסא ברמב"ם וכדבריו נקט השו"ע בס"ג, א"א לומר דס"ל כהמרדכי, וחזרה הקושיא על הרמ"א שלא הגיה כלום בס"ג.

והט"ז תמה על תמיהת הסמ"ע, שהרי זהו גופא החילוק בשו"ע (כפי שכתב הסמ"ע עצמו בדעת המרדכי), שבס"ג מיירי במקרה שבאחד הצדדים [מעות או מקח] יש שתות ובס"ד הרמ"א מיירי במקרה של ס' בנ"א דהיינו כשבאחד הצדדים יש יותר משתות ובצד השני פחות משתות, והשו"ע לא כתב מאומה על מקרה זה בס"ג (שהרי גרס אחרת ברמב"ם), ולכן לא היה לרמ"א צורך להגיה כלום על ס"ג.

בקצה"ח (סק"ב) הביא משיטמ"ק (ב"מ מט ע"ב ד"ה כי אמרינן) בשם השר מקוצי שהסתפק בנידון דידן שיש יותר משתות מצד המקח ופחות משתות מצד המעות, ואמר **רבינו יהודה** שעושים פשרה - דהיינו קנה ומחזיר אונאה (כדין שתות, וכדעת המ"מ הנ"ל), **והריטב"א** חלק ע"ז וסבר כהמרדכי הנ"ל דאזלינן בתר המקח, דבין לרב בין לשמואל אונאת המקח הוא העיקר, ובאונאת מעות הוא דפליגי, וסיים: ועדיין הדבר צ"ע.

לסיכום, כאשר מכר שוה נ"א בס': לדעת רבינו יהודה, המ"מ והשו"ע - קנה ומחזיר אונאה. לדעת המרדכי [הריטב"א] והרמ"א - המקח בטל.

2. באונאה במקח בשתות או יותר משתות - האם יכולים לחזור בהם? האם יש הבדל בין אם המתאנה תובע החזרת דמי האונאה או לא?

אם אינה את חברו בשתות - איתא בב"ב (פג ע"ב-פד ע"א) "אמר רב חסדא: מכר לו שוה חמש בשש, והוקר ועמד על שמנה, מי נתאנה? לוקח, לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר, משום דא"ל: אילו לא אוניתן לא הוה מצית הדרת בך, השתא דאוניתן מצית הדרת בך?... ואמר רב חסדא: מכר לו שוה שש בחמש, והוזלו ועמדו על ג', מי נתאנה? מוכר, מוכר יכול לחזור בו ולא לוקח, דא"ל: אילו לא אוניתן לא הוה מצית הדרת בך, השתא מצית הדרת בך?". ומכאן הוכיח **ר"ת** (שם פג ע"ב, תוד"ה לוקח) שגם באונאת שתות המתאנה יכול לחזור בו, וגם דברי רבא (ב"מ נ ע"ב) "שתות קנה ומחזיר אונאה" כוונתו רק אם רצונו בקיום המקח, שהרי שם בגמ' מובאת שיטת רבי בברייתא (שם) "רצה אומר לו תן לי מקחי או תן לי מה שאוניתני", ודלא כרבי נתן שם. אולם לדעת **הרי"ף** (ב"ב מב ע"א) באונאת שתות אינו יכול לחזור בו, כפשט דברי רבא. ואין הלכה כדעת רבי המובא שם בברייתא אלא כרבי נתן, ואין הלכה כמימרא דרב חסדא. וכ"פ **הרמב"ם והשו"ע והרמ"א** שהזכירו כל ענין החזרה רק לגבי יותר משתות (כפי שיובא בסמוך).

אונאה יותר משתות - דעת **הרי"ף** ע"פ יסוד דברי רב חסדא הנ"ל (אע"פ שלא נפסק כמותו בשתות, העיקרון נכון לענין יותר משתות), שהמתאנה יכול לחזור בו ולא המאנה. והא דמבואר בדברי רבא (נ ע"ב) ששניהם יכולים לחזור בהם, היינו כאשר המתאנה תובע אונאותו. וכ"כ **ריב"ם** (ב"ב פד ע"א תוד"ה אי לאו).

אבל ל**רבינו יונה** בעליותיו (ב"ב פד ע"א) גם המאנה יכול לחזור בכל גוונא, אא"כ המתאנה כבר קיים את המקח - דהיינו שנתרצה או שתק יותר מן השיעור כדי שיראה לתגר או לקרובו. והובא כל זה **בראי"ש** (ב"ב שם סי' יד-טו) וכן דעתו להלכה. וכתב הרא"ש שגם בדעת הרי"ף אפשר לפרש כן, ודוקא בנתייקר או הוזל כתב שהמאנה אינו יכול לחזור משום דבכה"ג אמדינן בדעתו של המתאנה שרוצה בקיום המקח, אבל בעלמא כשלא נתרצה - גם המאנה יכול לחזור. אולם **הרמב"ם** (פי"ב מהל' מכירה ה"ד) כתב כפשט הרי"ף שבכל גוונא ביתר משתות יכול רק המתאנה לחזור בו, וכן הבין הטור בדעת הרי"ף. וכ"כ **השו"ע** בס"ד. **הרמ"א** שם הביא שיטת **הרא"ש ורבינו יונה** שאם לא נתרצה המתאנה, יכול גם המאנה לחזור בו [ועי' ב"ח בדעת רבינו יונה שאפי' אם המתאנה תובע אונאתו יכול המאנה לבטל המקח, ולא משמע כן בשאר הפוסקים]. ובנתייקר או הוזל כו"ע מודו שיכול רק המתאנה [הקונה או המוכר בהתאמה] לחזור בו כמבואר בס"י.

הסמ"ע (סק"ח) הקשה על שיטת הרמ"א מסימן ק"צ שאם המוכר עייל ונפיק אזוזי ותובע את דמי המכר יש אפשרות לכל אחד מהצדדים לבטל המכר גם אם המוכר משנה דעתו אח"כ ומעוניין במקח, ומדוע כאן אין המאנה יכול לבטל המקח אחרי שהמתאנה מתרצה? ותירץ שבסימן ק"צ מיד כאשר המוכר תובע את דמי המכירה מתברר שמכר לצורך הדמים, וכאשר אינו מקבלם, המקח מתבטל מיד אע"פ שאח"כ המוכר מעניין במקח. אבל הכא המתאנה מעולם לא גילה דעתו שרוצה בביטול המקח, ולכן כאשר הוא מתרצה לקיימו הוי כאילו נתרצה מעיקרא ואין המאנה יכול לבטלו.

לאור זה כתב **הנתיבות** (סק״א) שאם קנה חפץ והמוכר התאנה, והקונה קידש אשה בחפץ זה - אם רוצה לבטל את המקח לפני שנתרצה המוכר המתאנה, הרשות בידו (לדעת הרמ״א) והמקח בטל וממילא הקידושין בטלים. אבל אם המוכר התרצה הקידושין חלים. הנתיבות מעלה אפשרות שלדעת רבינו יונה והרא״ש כל עוד יש אפשרות למתאנה לבטל המקח, לא נגמר המקח ושניהם יכולים לבטל, ואחר שנתרצה נגמר המקח. ולפ״ז בנידון הנ״ל החפץ הנקנה אינו שייך לקונה כל עוד לא נגמר המקח, וממילא אם קידש בו אשה אינה מקודשת. אמנם להלכה הסיק כהסמ״ע שהמקח מתקיים למפרע אם המוכר לא ביטלו.

לסיכום: להלכה באונאת שתות אף אחד אינו יכול לחזור בו. ביותר משתות - המתאנה יכול לחזור בו. לרמ״א גם המאנה יכול לחזור בו כל עוד לא נתרצה המתאנה. אם המתאנה דרש מעותיו לכו״ע יכול המאנה לחזור. ואם ברור שנתרצה המתאנה כגון שנתייקר או הוזל - לכו״ע המאנה אינו יכול לחזור בו.

3. מה הדין אם מכר חפץ השווה שקל בחמישה שקלים?

לכאו׳ פשוט דבטל מקח, אבל בכה״ג נראה שהוא בכדי שאין הדעת טועה, וקי״ל דהויא מחילה והמכר חל. כמבואר **בב״ב** עח ע״א דמתנה קיהיב ליה, וכ״פ **השו״ע** בסי׳ רכ ס״ח.

4. מה הדין אם מכר חפץ השוה שש פרוטות בשבע פרוטות?

לעיל תשובה 1 ביארנו שלהלכה יש אונאה גם בשתות מעות וא״כ הכא יש דין אונאה לכאורה. אמנם כאן מדובר באונאה בפרוטה, ובמשנה (ב״מ נה ע״א) אונאה אינה מופיעה בין שאר הדינים השייכים בפרוטה. ונחלקו שם האמוראים האם יש אונאה בפרוטה. הכרעת **הרי״ף** כרב כהנא שאין אונאה בפרוטה אלא רק במעה. **והרמב״ם** כתב שבפרוטה אין אבל יתר על פרוטה יש אונאה (בדרישה כתב שגם הרמב״ם סובר כרי״ף וכוונתו למעה, ע״ש]. **הרמ״ה והרא״ש** פסקו כלוי שאונאה בפרוטה, ואינה מופיעה במשנה כי כלולה בדין גזל. **השו״ע** ס״ה הכריע כרמב״ם שאין אונאה אלא ביתר על פרוטה, ולפ״ז בנ״ד א״צ להחזיר האונאה. **והרמ״א** הביא שיטת הרמ״ה והרא״ש, ולפי שיטתם בנ״ד חייב להחזיר הפרוטה העודפת.

ומ״מ גם לדעת השו״ע נראה שירא שמים לא יעשה כן לכתחילה, דלא גרע מספיקו של הרא״ש (ב״מ פ״ד סי׳ כ) לגבי פחות משתות כשיש באונאה פרוטה, שהביאו השו״ע בס״ו. ופירש **הסמ״ע** (סקי״ד) שאם נתאנה בפחות משתות לא יאמר למאנה שלא יצא ידי שמים, אלא ימחול לו, ואם אינה הוא בפחות משתות, יחזיר כדי לצאת יד״ש. וגם בנידון שהלוקח מוחזק עדיין בדמים אינו יכול לומר שאינו מוחל גם על פחות משתות כי בטלה דעתו. **ובחידושי חת״ס** פירש, שיר״ש ידקדק שלא יאנה חבירו אף בפחות משתות, וגם יגמור בדעתו למחול לחברו על פחות משתות כדי שלא יחטא אם יאנהו לכתחילה בכך. [ובדברי **הרמב״ן** עה״פ לא תונו מבואר דדעתו שגם בפחות משתות איסורא איכא, וכ״כ **הט״ז**. ודעת **הרז״ה** בעל המאור בסוף ב״ק שאין בזה איסור כלל, ע״ש].

5. סוחר שקונה ומוכר האם יש לו טענת אונאה?

תנן **בב״מ** נא ע״א: ״כשם שאונאה להדיוט כך אונאה לתגר. רבי יהודה אומר אין אונאה לתגר״. ובביאור דעת רבי יהודה - שיטת רב נחמן אמר רב שמדובר בספסר (שקונה ומוכר מיד), ולכן אמרינן שידע מה מחיר הסחורה ומחל על האונאה כי רצה למכור כדי שיוכל לקנות סחורה חדשה. שיטת רב אשי שכוונת ר׳ יהודה לחומרא, שבתגר אפי׳ בפחות מכדי אונאה חוזר, כי חייו תלויים בכך שקונה ומוכר תדיר. הגמ׳ מוכיחה מברייתא כביאורו של רב נחמן. מכל מקום הלכה כרבנן שיש אונאה לתגר. **רמב״ם** פי״ב מהל׳ מכירה ה״ח, **שו״ע** סי״ד.

בנתיבות סק״ט הקשה, הרי קי״ל (ס״ז) שיכול המתאנה לחזור בו עד כדי שיראה לתגר או לקרובו, ואם הראה לתגר והתגר טעה, יכול לחזור בו לעולם כשהתבררה הטעות דהוי אונס, וא״כ מדוע כשהתגר טעה

והתאנה לא אמרינן שיוכל לחזור בו לעולם כשיגלה טעותו? ותירץ, שהתגר אינו מסתמך על עצמו במה שהוא קונה לעצמו, כי חושש שמא להוט לקנות וטחו עיניו מראות, ולכן מראה לתגר אחר שיחווה דעתו אם הקנייה כדאית. וממילא גם אצלו שייך דין "כדי שיראה לתגר או לקרובו". ועוד, דלא פלוג רבנן.

אגב, בדין כדי שיראה לתגר - עי' **בחכמת שלמה** על ס"ז שהביא מהתוס' ב"מ מט ע"ב (ד"ה בכדי שיראה) שהקשו דנתת דבריך לשיעורין, דפעמים שהם רחוקים הרבה ופעמים שהם קרובים. ותירצו דלעולם יש שיעור אחד לפי מה שמצוי רוב פעמים שיוכל להראות לתגר או לקרובו וכו', ע"ש. ותמה הח"ש על הפוסקים שהשמיטו דין זה, ויותר תימה על **הט"ז** שכתב שאם לא היו שם תגרים ובאו משערים מזמן ביאתם, וזה להיפך ממשמעות התוס' הנ"ל, ולא מצאנו בראשונים מי שחולק על התוס'. וצע"ג. עכ"ד. **ובחי' חת"ס** באמת כתב לדחות דברי הט"ז, דלא פלוג רבנן וכל ששהה שיעור כדי שיראה וכו' - עבר זמנו (ולא הזכיר שכ"כ התוס'). ע"ש. ועי' **בהגרע"א** שהביא בשם **לחם רב** סי' רכו שאם אין תגרים בעיר, אע"פ שהיה שהות לשלוח לעיר אחרת שיש בה תגרים, לא אמרינן דמחל. וגם זה לכאו' נגד התוס'. ונלע"ד שהאחרונים לא הסכימו לדינא עם התוס' כי דברי התוס' צ"ע בסברא, דלמה יפסיד אם התגרים רחוקים או שיצאו מהעיר וכדו'. וצ"ע. שו"ר **בהגהות אמרי ברוך** שציין לתוס' הנ"ל וכתב "וצ"ע", וכנראה כוונתו כך.

6. האם יש טענת אונאה ביהלומים?

במשנה **בב"מ** נו ע"ב מבואר, שלרבי יהודה אין אונאה בס"ת מרגליות ובהמה, לחכמים יש אונאה. בדף נח ע"ב מבואר שלר"י אין אונאה במרגלית כי רוצה לזווגה ולכן שווה לו יותר משוויה האמיתי. ואמרו לו חכמים שבכל מקח אדם רוצה לזווג את המקח. עוד מבואר שם בשם אמימר, שגם ר"י מודה שאם מכר במחיר כפול הוי אונאה.

שיטת **ר"ח** דהלכה כר"י, אבל **רוב הפוסקים** פסקו כחכמים שיש אונאה במרגליות. וכתבו **הרמב"ם והשו"ע** סט"ו שיכול לחזור בו עד שיראה לאדם הבקי בענין זה, שלא הכל בקיאין בדברים אלו, ולפיכך אם לא היה מכיר באותה מדינה והוליך המקח למקום אחר או שבא הבקי לאחר זמן מרובה והודיעו שטעה, הרי זה חוזר.

ועי' לעיל **בקצה"ח** (סק"א) שהביא שיטת **הריטב"א** (קידושין ח ע"א) שבכל דבר ששווה לאדם יותר משוויו אין אונאה וכהא דרב כהנא שקיל סודרא בפדיון הבן (שם בגמ'). ותמה הקצות ע"ז מדין מרגליות ושאר דברים שאדם רוצה לזווגן שיש בהם אונאה, ע"ש. **ובנתיבות** (סי' רסד סק"ח) תירץ דהריטב"א אירי כשהלוקח ידע שמשלם יותר משווי החפץ ונתן על דעת כן, והוי מחילה. ע"ש עוד. ועי' גם במילואי חושן.

בפת"ש (סקי"א) הביא משו"ת **כנסת יחזקאל** (סי' פה) שבמקום שהיתה תקנה שאין אונאה באבנים טובות ומרגליות משום שרוב הקהילה עסקו במסחר זה והיתה טענת אונאה שכיחה, תקנה זו מועילה, וכמ"ש הרא"ש שיש רשות לחכמים לפסוק כפוסק אחד לתקנת עולם. וכיון שמפורש באותה תקנה שאינה נגד ד"ת - אם האונאה היתה בכפלים הוי אונאה וכדעת רבי יהודה.

7. א. קימא לן אין אונאה לקרקעות, האם בשכירות קרקע יש דין אונאה?

ב"מ נו ע"א אין אונאה לקרקעות. דעת **רמב"ן** עה"ת (פ' בהר) **והחינוך** (מצוה שלז) שגם בקרקע יש לאו דלא תונו מדאו', אלא שאין בה דין אונאה וביטול מקח כמו במטלטלין. אמנם **במל"מ** (פ"ד מהל' מלוה ה"א) כתב **שבתוס'** ר"פ איזהו נשך משמע שחולקים ע"ז וס"ל דאפי' לאו ליכא (הובא **בהגהות רע"א**). **ובסמ"ע** סקנ"א הביא בשם **מהרש"ל** שיש בקרקע אונאת דברים וגניבת דעת, ותמה **הפת"ש** (סקכ"א) שלא הזכיר דברי הרמב"ן והחינוך. וע"ע **בנחלת צבי** שהביא מדברי מהרי"ט אלגאזי בענין זה ותמה עליו.

ושם בגמ׳ ע״ב הסתפק ר׳ זירא האם יש אונאה לשכירות, ואמרינן דשכירות ליומיה ממכר היא, ולכן יש אונאה גם לשכירות. משמע שיש השוואה בין שכירות למכר, ולפ״ז בשכירות קרקע אין אונאה כמו במכר (**רמב״ם** פי״ג מהל׳ מכירה הי״ד, וע״ש במ״מ). וכ״כ **הריטב״א** ועוד. אמנם **במרדכי** (ב״מ סי׳ שה) יש שלמדו מהגמ׳ שיש אונאה בשכירות קרקע, דשכירות סתמא קתני. ואע״ג שאין אונאה לקרקעות, היינו במכר.[29] אבל לדעת **רבינו ברוך** שם הגמ׳ איירי רק בשכירות מטלטלין וכרוב הראשונים [וכן בהגהת הרמ״א שם על המרדכי כתב דשכירות שווה למכר כמו שאמרו לענין קנינים. וכן נפסק **בשו״ע** סל״ב שאין אונאה בשכירות קרקע.

והעיר **הסמ״ע** (סקנ״ח) שגם לענין שכירות נח׳ השו״ע והרמ״א אם אין אונאה כלל או עד פלגא, כמו שנחלקו לענין מכר [עי׳ בסעיף הבא], והרמ״א סמך על דבריו לעיל סכ״ט. אבל **בנחלת צבי** (על סל״ב) כתב דאפשר שבשכירות מודה הרמ״א לשו״ע שאין אונאה כלל, וס״ל כרבינו ברוך שבמרדכי המובא לעיל [שיש חילוק בין שכירות למכר לענין זה, ע״ש], ולכן לא הגיה כלום על סל״ב. ונשאר בצ״ע לדינא.

ב. אם מכר קרקע במחיר יותר מכפול מהשווי, האם יש בזה אונאה?

ב״מ נז ע״א: ״אמר רבא אמר חסא בעי רבי אמי אונאה אין להם ביטול מקח יש להם או אין להם? אמר רב נחמן, הדר פשיט רבי אמי: אונאה אין להם ביטול מקח יש להם. רבי יונה אמר אהקדשות רבי ירמיה אמר אקרקעות. ותרווייהו משמיה דרבי יוחנן אמרו: אונאה אין להם ביטול מקח יש להם. מאן דאמר אהקדשות כ״ש אקרקעות ומאן דאמר אקרקעות אבל אהקדשות לא״. וכתב **הרי״ף** (שם לב ע״א) שיש אומרים שהלכה כרבי אמי ור׳ יוחנן וביותר משתות בטל מקח גם בקרקעות והקדשות. וי״א שביטול מקח הכוונה בכפליים מכדי שוויו, והוכיחו כן מירושלמי בכתובות (פי״א ה״ד) גבי אלמנה שהיתה כתובתה מאתים ומכרה שוה מנה במאתיים וכו׳ אמר רבי יוחנן אם היה דבר מופלג יש לו אונאה וכו׳ אלמא דרבי יוחנן הוי ביטול מקח שוה מנה במאתיים. שיטה זו היא שיטת **ר״ת** המובאת בתוס׳ בב״מ שם, וכן בב״ק יד ע״ב, בכתובות צח ע״ב ובקידושין מב ע״ב. ברם דעת הרי״ף עצמו שדברי ר׳ אמי ור׳ יוחנן אינם עיקר להלכה, משום שדעת רב נחמן (לקמן קח ע״א) בענין דינא דבר מצרא, דאין לקרקעות אונאה כלל ואפי׳ שוה מנה במאתים. ועוד איתא בקידושין (מב ע״ב): אמר רב נחמן האחין שחלקו הרי הן כלקוחות וכו׳ אמר רבא הא דאמרן יתר על שתות בטל מקח וכו׳ לא אמרן אלא במטלטלי אבל במקרקעי אין אונאה לקרקעות. משמע אין אונאה כלל. וכן בב״ק (יד ע״ב) איתא: שוה כסף מלמד שאין בית דין נזקקין אלא לנכסים שיש להם אחריות ומאי ניהו קרקע מאי משמע אמר רבה בר עולא דבר השוה כל כסף דאין להם אונאה. וקי״ל כרב נחמן בדיני (כתובות יג ע״א). ועוד, דהוא בתרא. ועוד, שהוא עצמו בעל המימרא בדף נז ע״א, ובכל זאת לא סבירא ליה כר׳ אמי בזה. ולגבי הירושלמי הנ״ל - אין הלכה כמותו נגד הבבלי. וכ״כ הרמב״ם (פי״ג מהל׳ מכירה ה״ח).

והרא״ש (סי׳ כא) תמה על הרי״ף, דדוקא מאביי ורבא ואילך פסקינן כבתרא, אבל בדורות שלפניהם אין הלכה כתלמיד במקום הרב, ור״נ תלמידו של שמואל והלכה כר׳ יוחנן נגד שמואל בכל מקום וכל שכן נגד ר׳ נחמן תלמידו. והא דקי״ל דהלכה כר״נ בדיני היינו דוקא כנגד רב ששת. ולכן סובר להלכה כשיטת ר״ת וכדעת הירושלמי דביטול מקח היינו בפלגא. וגם את הגמ׳ בדף קח ע״א מבאר הרא״ש דמש״כ שם שאין אונאה אפי׳ מכר שוה מנה במאתים, לאו דוקא, אלא הכוונה מעט פחות ממאתים או מעט יותר ממנה. ולגבי הסוגיא דקידושין מפרש הרא״ש שהכוונה ליותר משתות, אבל בפלגא יש אונאה.

---

[29] וכ״כ בשיטמ״ק (ב״מ שם) בשם **רבינו יהונתן** (בפירושו הראשון), שביאר ספק הגמרא כך: ״כלומר אם אדם משכיר לחברו בית אחד יותר משתות שראוי לשוכרה מי מתבטל השכירות מן הדין כדין מטלטלים או דילמא דין מכר יש לה ובמכר הא אמרינן דאין לקרקע אונאה״. אכן בפירושו השני כתב דמיירי רק במטלטלין וכהרמב״ם, וכתב שכן עיקר.

בשו"ע סכ"ט פסק כהרי"ף והרמב"ם שאין אונאה לקרקעות כלל אפי' מכר שוה אלף בדינר או שוה דינר באלף. וכ"כ בסל"ב לענין שכירות קרקע "דפילו שכר טרקלין גדול בדינר לשנה או רפת קטנה בדינר בכל יום. ואילו **הרמ"א** סכ"ט פסק כתוס' והרא"ש דדוקא עד פלגא אין אונאה, אבל יותר מפלגא הוי אונאה. וכתב **הסמ"ע** על סל"ב (סקנ"ח) דה"ה בשכירות קרקע, לדעת הרמ"א יותר מפלגא יש אונאה (ועי' נ"צ שהזכרנו בתשובה לסעיף א).

<u>פלגא או יותר מפלגא</u> - כתב **הסמ"ע** (סק"נ) שלדעה זו ה"ה בפלגא גופא יש אונאה כדמוכח בירושלמי וברא"ש הנ"ל. ומש"כ התוס' בב"ק ובב"מ שם וכן הרמ"א (סכ"ט) שב"יותר מפלגא" יש אונאה, לאו דוקא הוא. וכ"כ **הב"ח**. ועי' **בחכמת שלמה** שיש לו ראיה לזה מן המדרש. אמנם **הש"ך** (סקי"ז) כתב בדעת התוס' והרמ"א דדוקא ביותר מפלגא יש אונאה, אבל בפלגא גופא אין אונאה, ושכן מבואר בתוס' קידושין מב ע"ב (ד"ה ה"ג). ומש"כ הירושלמי שוה מנה במאתים הוא לאו דוקא, והכוונה ביותר ממאתים. ולפ"ז הגמ' בדף קח ע"א היא בדוקא, דזבן מנה במאתים אין אונאה, ורק יותר מזה יש אונאה. ומש"כ הרא"ש דהגמ' שם נקטה כן לאו דוקא, אפשר שהוא עצמו לאו בדוקא קאמר הכי, דה"ה דאפ"ל שהירושלמי לאו דוקא, ע"ש. **ובשער המלך** (פי"ג מהל' מכירה ה"ח) השיג על הש"ך, שבתוס' (כתובות שם) מפורש שלא כדבריו אלא כדברי הסמ"ע דבפלגא גופא הוי אונאה [עי' פת"ש סקכ"ד והגהות אמרי ברוך].

<u>הש"ך עצמו</u> הכריע (שם, ובסי' סו ס"ק קכב, ע"ש שהאריך טובא) כהרי"ף וסיעתו שאין אונאה לקרקעות כלל. והביא **שבתשו' מהרשד"ם** (סי' נח) כתב דהוי ספיקא דדינא.

8. האם יש דין או איסור אונאה ב: 1. קרקעות. 2. פחות משוה פרוטה. 3. גוי.

1. ראה לעיל בתשובה 7.

<u>2. פחות משוה פרוטה</u> - עיין לעיל תשובה 4 שאין חובת השבה בפחות משוה פרוטה לכו"ע (ונח' לענין פרוטה עצמה, ע"ש). וע"ע שם לענין אונאה פחות משתות מדברי הרא"ש שירא שמים יחזיר, אבל לענין פחות משו"פ לכאורה קיל יותר. אולם עי' **מנ"ח** (מצוה שלז) שכתב שיש בזה איסור כדין חצי שיעור. ועי' גם **בפתחי חושן** הל' אונאה פ"י הערה ג שכתב כן מדנפשיה, דהא אונאה היא בכלל גזילה (עי' סמ"ע סק"א) ובגזילה אסור לכתחילה אפי' בפחות מש"פ מדין חצי שיעור כמבואר בסי' שמח וסי' שנח. אמנם כתב דאפשר דפחות מש"פ דרך מקח וממכר הוא כמ"ש **הרא"ש** [נ.ב. באופן כללי צ"ל שיש מרווח מסוים בכל רמה של אונאה כפי דרך המשא ומתן, ואין הכוונה למחיר מדויק, ועיין] וכל שאין בו דין ממון מותר לכתחילה. והביא מספר **באר יעקב** (יו"ד סי' קסא) שתלה נידון זה במחלוקת שהובאה לעיל תשובה 4: למ"ד יש אונאה לפרוטות ה"ה בפחות מש"פ אסור כדין גזל, ולמ"ד שאין אונאה לפרוטות אין איסור בזה. אך כתב שאפשר לחלק בין פחות מש"פ כשהוא שתות או יותר לבין פחות מש"פ כשהוא גם פחות משתות דבזה אפשר דלכו"ע שרי [והיא הסברא שכתבנו בתחילה]. ע"ש. וראה עוד לקמן בענין פחות מש"פ בגוי.

<u>3. ישראל שאינה גוי</u> - מבואר **ברמב"ם ושו"ע** (סכ"ו) ע"פ הגמ' **בבכורות** (יג ע"ב) דבאונאה כתיב "אחיו", ואין איסור אונאה בגוי. אמנם עי' בסי' שמח ס"ב שכתב הרמ"א שאסור להטעות את הגוי ואם טעה מעצמו מותר. וביאר **הסמ"ע** שם (סק"ו) שהאיסור להטעותו הוא מדין גניבת דעת שאסור גם לגוי. ומבואר שאין זה מדין אונאה דאינו שייך בגוי וכנ"ל. וכן **בביאור הגר"א** שם (סקי"ג) משמע שלדעת הטור מותר להונות לגוי, וכן משמע **בב"ח** (סי' רכח אות ו) שאין איסור אונאה בגוי אפי' מדרבנן כשאינו יודע שמאנה אותו. ע"ש. וכ"כ **בסמ"ע** סימן רלא (סק"א), דשאני מאיסור לא תעשו עוול במידה במשקל ובמשורה ששייך גם בגוי דעל אמונתו סמך שיתן לו מדה שלמה, משא"כ באונאה לית ביה משום גזל כיון שיודע מה קונה [מבואר שגם בישראל אונאה אינה ממש גזל, רק הרחבה של איסור גזל, ודו"ק]. וכן משמע

בכסף הקדשים סי׳ שפב (לדעת הש״ך סי׳ שפו סקכ״ה). ועי׳ **בכנה״ג** (סי׳ שמח הגה״ט אות ג) שהאריך בביאור דעת הטור, וע״ע **בשו״ת נוב״ק** (יו״ד סי׳ פא), **ובשו״ת אבנ״ז** (או״ח סי׳ שכה אות יט).

אמנם כתב בכנה״ג שם (אות ה) בשם **ספר חסידים** (סי׳ שנח) שגוי המקיים ז׳ מצוות בני נח טעותו אסור. וכל זה לענין לכתחלה, אבל בדיעבד כשאינה ישראל לגוי אינו חייב להחזיר האונאה, כמבואר בשו״ע הנ״ל. ובמק״א (סי׳ קפג הגהב״י אות נד) כתב בשם **שו״ת בנימין זאב** (סימן תט) שבמקום קידוש ה׳ צריך להחזיר טעות גוי אפילו טעה בעצמו, אבל הכנה״ג כתב שאינו מחוור בעיניו וס״ל שבכה״ג א״צ להחזיר משום קידוש ה׳, ע״ש. **ובערך ש״י** (סי׳ רכז) דן בגוי שקנה במשיכה ונתאנה, ונתגייר קודם שפרע, אם נפטר הישראל משעת משיכה מחיוב החזרת אונאה, או כל זמן שלא פרע אינו נפטר, וממילא חייב להחזיר לו לאחר שנתגייר, ועי׳ **חזו״א** (ב״ק סימן י סק״ו). **ובשו״ת קנין תורה** (ח״ג סימן נב).

<u>גוי שאינה לישראל</u> - כתבו **הרמב״ם ושו״ע** שם ע״פ הגמ׳ בבכורות שם ובע״ז עא ע״ב, שחייב להחזיר עפ״י דיני ישראל, והטעם - שלא יהא חמור מישראל. ועי׳ חזו״א שם. **ובמנ״ח** (סי׳ שלז) תמה כיון שבן נח נהרג על אונאה למה יחזיר? ומ״מ כתב שבעבדים שטרות וקרקעות כיון שגם בדיני ישראל אינו מחזיר, גם גוי פטור מהשבה, אבל לענין עצם האיסור רק בישראל נתמעט מגזיה״כ אבל בגוי אינו שייך ולכן חייב מיתה גם על עשו״ק, ע״ש [נראה כוונתו גם למ״ד דבישראל אין כלל לאו דלא תונו, ולהרמב״ן והחינוך דאיכא לאו ורק אין השבה, פשיטא דגוי חייב ע״ז]. מבואר דפשיטא ליה להמנ״ח שבן נח מצווה על אונאה ולכן חייב מיתה. ועי׳ **פסחים** ג ע״א בההוא ארמאה שאכל מקרבן פסח, ונתחבטו המפרשים מדוע היה חייב מיתה. **ובשו״ת חת״ס** (חו״מ סימן קעו) פירש שהוא משום אונאה, וכהמנ״ח. אמנם הדברים אינם פשוטים, ונראה שנחלקו בזה שני תירוצי **התוס׳** בב״מ ע ע״ב (ד״ה תשיך), האם בן נח מצווה על ריבית ואונאה, ע״ש. וכן העיר מהרש״ם **במשמרת שלום** (ר״ס רכז). ועוד כתב, שלפמ״ש **בפסקי תוספות** זבחים (פ״ט סי׳ נד) דרבית הוי אביזרייהו דשפיכות דמים דנוטל נשמתו, יש לומר שמטעם זה מוזהר על רבית וגם באונאה. **ובמנ״ח** שם הסתפק באונאה פחות משוה פרוטה בגוי, לדעת הרא״ש דהוי כדרך מו״מ (ראה לעיל), אפשר שגם ב״נ אינו מוזהר. **ובשו״ת שבו״י** (ח״ב סימן קסה) משמע שבגוי לגוי אינו מוזהר באונאה בדרך מו״מ.

ובספר **דבר אברהם** (ח״ב סימן יג) מסתפק בחיוב השבת אונאה גבי גוי, האם הוא רק מדין ״ראה ויתר גוים״ שמותר לתבוע ואינו גזל, ולפי״ז אם נתגייר אח״כ פטור, או שהוא מדינא, ואף אם נתגייר חייב, ועיי״ש מה שדן בדברי הפרישה. וגם **החזו״א** (ב״ק שם) מסתפק בזה. ועוד הקשה בחזו״א שם על מש״כ הרמב״ם שהגוי חייב להחזיר כדי שלא יהא חמור מישראל, מאי שנא מגוי שאינו שייך בדיני שומרים ופטור (כמ״ש הסמ״ע סי׳ שא סקי״ב), ולא אמרינן שלא יהא חמור מישראל? ותירץ דשאני בדיני שומרים שמיעט הכתוב ״רעהו״ בין כשהמפקיד הוא גוי ובין שהוא נפקד, אבל באונאה קים להו לחז״ל שלא מיעט הכתוב אלא בגוי שנתאנה, ומעיקר הדין צריך לדון כדיניהם, ובדיניהם אין חיוב להחזיר ולכן גם גוי שאינה פטור, אלא משום ״עמד ויתר גוים״ חייב, וזהו שכתב הרמב״ם שלא יהא חמור מישראל. וכתב עוד החזו״א דישראל שאינה לגוי פטור אפילו באופן שמדיניהם חייב להחזיר, דאם בדיניהם פטור א״צ קרא למעט, שהרי קיי״ל שבדיניהם דיינינן ליה.

כתב **הש״ך** (סי׳ רכז ס״ק יד) בשם **מהרש״ל** (יש״ש פ״ה דב״ק סימן מא) דישראל וגוי שאינו לישראל, באופן שבדיניהם א״א להוציא מן הגוי, חייב הישראל להחזיר כל האונאה, דקי״ל כרבי נתן גבי נזיקין (ב״ק נג ע״א) דכל דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי. ועוד, דעיקר סמיכות דעתו היה על הישראל. אבל כשבדיניהם חייב הגוי אלא שהוא אלם, אין הישראל משלם אלא חלקו, וכן הדין במקח טעות.

<u>דין מומר</u> - עי׳ מש״כ **הב״ח** (ר״ס רכח) דבגמ׳ (נט ע״א) דרש רב חננא בריה דרב אידי על הפסוק ״לא תונו איש את עמיתו״ - עם שאתך בתומו״צ. והאי קרא באונאת דברים הוא, וכתב במרדכי הארוך דמשמע דאונאת ממון אסורה במומר. אבל בספר החכמה תמה ע״ז שהרי אונאת דברים חמורה מאונאת ממון,

ולכן נראה שגם אונאת ממון ליכא במומר. ועוד הוכיח הב"ח מב"ב קנו ע"ב "בני רוכל תקברם אמם", שלא קיימו צוואת אמם כי היו רשעים. והקשה הר"א מרעגנשפורג היכא מצינו שבשביל שעובר על דברי תורה שמותר לגזול ממונו, ותירץ דאה"נ היכא דאין בידינו לכופו בענין אחר לקיים דברי תורה, דהשתא גופו מפין לקיים מצוות, ממונו לא כל שכן. ולפ"ז דרשת רב חננא נכונה גם לאונאת ממון. ומ"מ סיים הב"ח בצ"ע למעשה. **ובשו"ת חת"ס** (חו"מ ס"ס קלד) נקט כדבר פשוט שהיות ולענין אונאה דרשינן "עמיתך" - עם שאתך בתורה ומצוות. וכתב בש"מ בשם ה"ר יהונתן דהיינו תורה או מצוות, שאפילו אינו חכם בתורה, כיון שישנו במצוות הרי הוא בכלל עמיתך. ומשמע שאם אינו בתורה ואינו במצוות מותר להונותו.[30] ועוד כתב החת"ס דאע"ג דממון מסור אסור לאבד משום דילמא נפיק מיניה זרעא מעליא, היינו לאבד ולגזול, אבל רבית ואונאה אינו בכלל זה. וע"ע **בשו"ת לבושי מרדכי** (מהדו"ת חו"מ סימן י) בדין אונאה למומר, ודן שם מי נכלל בדין מומר [וגם שם השווה הדרשא שנאמרה בש"ס על "עמיתך" לדין אונאת ממון דכתיב "אחיו", וצ"ע].

9. ראובן מכר לשמעון מטבע זר - מטבעות ושטרי כסף - במחיר הגבוה בעשירית מערכם באותו יום. האם רשאי שמעון לתבוע את ראובן על האונאה?

לגבי מטבעות - **בב"מ** נא סע"ב פליגי תנאי: "כמה תהא הסלע חסירה ולא יהא בה אונאה? רבי מאיר אומר: ארבע איסרות, איסר לדינר. ורבי יהודה אומר: ארבע פונדיונות, פונדיון לדינר. ורבי שמעון אומר: שמונה פונדיונות, שני פונדיונות לדינר". נמצא שלדעת רבי מאיר אונאה היא באחד מכ"ד, ולדעת רבי יהודה באחד מי"ב, ולדעת ר"ש באחד מששה דהיינו שתות, כשאר אונאה. ונחלקו (שם נב ע"א) אביי ורבא, האם מחלוקת התנאים היא דוקא לענין מטבעות או לכל מטלטלין. לדעת **הרי"ף** (שם לא ע"ב) הלכה כרבא שמחלוקת זו שייכת על כל דיני אונאה, ולכן ההלכה היא שאונאת מטבעות היא בשתות כדין שאר מטלטלין. וכ"פ **הרמב"ם** (פי"ב ממכירה ה"ט) **והשו"ע** (סט"ז). אולם **הרא"ש** (שם סי' יט) גרס "רבה" [ולא "רבא"], דלא מצינו בש"ס שיובאו דברי רבא לפני אביי. ולכן לדעתו הלכה כאביי שהוא בתרא, שמחלוקת זו היא רק לגבי מטבעות, והלכה כרבי יהודה באחד מי"ב. וכן דעת **הרמב"ן** (הובא במ"מ על הרמב"ם שם). וכ"פ **הרמ"א**. [ומ"מ כשאין אונאה מותר לעשות כן לכתחילה כמבואר **בתוס'** (ב"מ נב ע"א ד"ה אמר), שהרי גם אחר יקבל מטבע זו ממנו ואין לו הפסד כלל, דלא כמו במטלטלין שהסתפק בזה הרא"ש דסו"ס הפסיד אותו סכום. והובא בשו"ע ס"ו ובהגה סט"ז. אכן כל זה בנידון של מטבע כסף וכדו' שיש לו שווי עצמי, אבל במטבע של זמננו יש הפסד כמו במטלטלין. ופשוט].

נמצא שבעשירית - לדעת השו"ע אין אונאה, ולרמ"א יש אונאה. אמנם כתב הרמב"ם והובא בשו"ע שם, שבמקום שמוציאים את המעות במשקל יש להחזיר אפי' באונאה כל שהוא, שדבר היוצא במידה ובמשקל אינו בטל, כמבואר בסי' רלב ס"א.

לגבי שטרות - תנן (ב"מ נו ע"א) שאין להם אונאה. ובגמ' (שם ע"ב) מבואר, לפי שאין גופן מכור ואין גופן קנוי, ואינם עומדים אלא לראיה. וכ"נ בשו"ע סכ"ט [וראה לעיל תשובה 7 סעיף ב בדין אונאה בכפליים]. אמנם כתב **בקצה"ח** לעיל סי' קכו (סק"ט) דהיינו דוקא במוכר שט"ח בכתיבה ומסירה, דכיון

---

[30] והעיר בפתחי חושן (ח"ה פ"י הערה ב) דצ"ע, דקרא ד"עמיתך" כתיב באונאת דברים, ואילו אונאת ממון הוא מקרא ד"אל תונו איש את אחיו" וע"ז לא דרשו הך דרשא [ומטעם זה הב"ח הסתפק בדבר, האם יש להשוות אונא"ד ואונא"מ להדדי]. ונראה כוונתו דדוקא מ"עמיתך" דרשינן "עם שאתך בתורה ובמצוות", אבל במקום שכתוב לשון "אחוה" לא מצאנו בש"ס דרשא כזו בשום מקום, וא"כ י"ל דבגמ' בבכורות שם ממעטינן דוקא גוי, אבל מומר לא. [אמנם כבר מצאנו בראשונים שדרשו כן גם על לשון אחוה לענין אם מומר זוקק לייבום, ואכמ"ל]. אכן המעיין בחת"ס יראה שכוונתו למה שנאמר באונאת ממון בתחילת הפסוק: "או קנה מיד עמיתך - אל תונו איש את אחיו", ולכן דייק בדבריו לכתוב "עמיתך" [משא"כ באונאת דברים כתוב "עמיתו" ודלא כמ"ש הפתח"ח שכתוב שם "עמיתך"]. וא"כ דברי החת"ס שרירים וקיימים, שגם באונאת ממון יש לדרוש "עם שאתך בתורה ובמצוות". ודו"ק.

דהשטרות אין גופן ממון אימעטי מדין אונאה, אבל מוכר חובות בע״פ ע״י מעמד שלשתן יש להם אונאה, דחובות גופיה הוי גופן ממון, ואף על גב דאין יכול להקדישן, היינו מטעם אחר משום דבר שאינו ברשותו, אבל גופו ממון הוי, ע״ש. ועי׳ **פת״ש** כאן סקכ״ב שהביא מספר **דברי חיים** (דיני הלואה סי׳ לו) שהקשה ע״ד הקצות דבש״ס לא משמע הכי, וכן **בחוו״ד** יו״ד (סי׳ קעג סק״א) משמע שגם במוכר חובות בע״פ אין אונאה. ע״ש.

אלא שיש לדון דלכאורה שטרות כסף שלנו אע״פ שאין גופן ממון, לא גריעי ממטבעות של ימינו, שאין מתייחסים לערך המטבע כמו בזמן הגמ׳, אלא לשווי המיוצג בו. והנה **בתשו׳ חת״ס** (יו״ד סי׳ קלד) דן לענין פדיון הבן, וכתב דצ״ע אם אפשר לפדות בהם, שהרי אין גופם שוה כלום ורק משום דינא דמלכותא יוצאים בהוצאה. וכתב כסברא שכתבנו, שיש להביא ראיה דמהני לפדות בהם הקדשות ומעשר שני, דהא במעות כסף נמי זימנין שאין הכסף שוה בעצמותו כשיעור המטבע, ואף על פי כן ודאי דמיחשב כסף, משום דינא דמלכותא. ואם כן הוא הדין בנייר, אף על גב דלצור על פי צלוחיתו אינו שוה כי אם מעט, מכל מקום מיחשב מטבע וגופו ממון מחמת דינא דמלכותא. והוכיח כן מהגמ׳ בקידושין ה ע״א. אך כתב דאכתי צ״ע לענין פדיון הבן, אולי דוקא בדבר שבין אדם לחבירו, אפילו פדיון הקדש שאינו אלא קונה מגזבר וממלא חסרונו, י״ל כל טיבעא דסגי בעלמא על פי גזירת המלכות על הקונים והמוכרים, פודין בו, ונקרא מטבע לענין שבועה ושומרים, מה שאין כן פדיון בכור שפודין מהקב״ה וקצב פדיונו חמשה סלעים בעינן שיהיה בו ה׳ סלעים דוקא. עכת״ד. וכ״כ בחו״מ סי׳ קפז (והובא בפת״ש בקצרה ביו״ד סי׳ שה סק״ז, ובהרחבה בחו״מ סי׳ צה סק״א). ועי׳ **בשו״ת הר צבי** (חלק יורה דעה סימן רמד) שהעיר על ראית החת״ס מקידושין, וע״ש עוד בסי׳ רמה לענין פדיון הבן.

גם **בשו״ת עונג יום טוב** (סימן קב) העיר על ההשוואה למעות כסף, דלא דמי, דמטבע כסף או נחושת נהי שאינו שוה כל שוויה, מכל מקום הא אינו דומה כסף מטבע קטנה לכסף מטבע גדולה, ובכל מטבע יש כסף לפי ערכו, ואף שאין שיווי הכסף מגיע לשיווי המטבע בזה אמרינן דכיון שיש על הכסף מטבע שטבע המלך, מתעלה גם שיווי הכסף על ידי זה, ושוה הכסף יותר על ידי ההטבעה שחתום עליו, ומיקרי שפיר גופו ממון, דהא בכל מטבע יש כסף או נחושת לפי ערכו הגדול לפי גדלו והקטן לפי קוטנו. אבל בשטרי כסף אין שום הבדל בשווי השטרות מצד עצמם, רק המספר הנקוב עליהם קובע את ערכם, והוי שטר גמור שאין גופו ממון, ואינו אלא לראיה, ואין פודין בו. ע״ש. ויש להעיר שכנראה דבריו נכונים לגבי זמנו, אבל בזמננו גם במטבעות אין שום ערך לגודל המטבע או למשקלו וכדו׳, רק לצורה הטבועה בו, וא״כ דינם שווה לשטרות (אדרבה דוקא בשטרות שלנו יש הבדל בגודל, ופשוט שאין בזה נפק״מ). להלכה הרבה אחרונים החמירו בזה לענין פדיון הבן. ויש שהקלו בזה כמו בשו״ת חסד לאברהם תאומים (ח״א סי׳ צה, ויורה דעה סי׳ רצה), ובשו״ת עין יצחק (חיו״ד סי׳ ל). וע״ע **בנחל יצחק** (סי׳ סו סל״ח) שכתב לענין דין שומרים ודין אונאה דין שטרות כדין כסף ממש. ע״ש.[31]

מאידך עי׳ בחת״ס בחו״מ סי׳ קנג, שכתב דשטרות [באנקע-צעטיל] נקנים בחליפין דאין דינם כמטבע, ודבריו סתראי למש״כ שם בסי׳ קפז וביו״ד סי׳ קלד. **ובמשפט שלום** למהרש״ם (סי׳ קצה) כתב שהעיקר להלכה דאינם נקנים בחליפין, דממ״נ אם דינם כשטרות הרי אינו אלא כשט״ח שאינו נקנה בחליפין, ואם דינם כמטבע ודאי שאינו נקנה, ונשאר בצ״ע בדברי החת״ס בסי׳ קנג. [וע״ע בחת״ס ח״ג סי׳ קכו שג״כ

---

[31] אמנם כתב **בשו״ת תירוש ויצהר** (סימן קי) שהגאון רבי יצחק אלחנן השיב לו בתשובה, שאף על פי שבספרו נחל יצחק כתב שדינם כמטבע לענין דין שומרים, מכל מקום לענין פדיון הבן אין לפדות בהם. והרוגאטשובער השיבו שפודין על ידיהם פדיון הבן. וכן דעת עוד כמה גאונים שם. ועל כל פנים בדיעבד יוצאים ידי חובה בפדיון הבן. ע״ש. וע״ע **בערוך השלחן** (יו״ד סי׳ שה סי״ח, ובאריכות בחו״מ סי׳ סו ס״ט).

נקט דדין מטבע יש להם]. גם **בפת"ש** (סי' רג סק"ג) הזכיר סתירה זו בחת"ס, וכתב שאת התשובה בסי' קפז השיב באחרונה [ונראה שגם לדעתו תשובה זו עיקר].

נראה א"כ להלכה שבשטרות כסף שלנו יש דין אונאה כמו במטבעות [שתות לשו"ע, אחד מי"ב לרמ"א].

10. א. מה דין אונאה באכסרה?

בב"מ מו ע"ב: "אמר רבא א"ר הונא מכור לי באלו קנה ויש לו עליו אונאה", משום דמכור קאמר ליה כלומר לשון ממכר ולא לשון חליפין. "רב אבא א"ר הונא מכור לי באלו קנה ואין לו עליו אונאה". ופסק **הרי"ף** (שם כח ע"א) כרבא שיש אונאה. וכ"כ כתב **הרמב"ם** בפי"ג מהלכות מכירה (ה"ב): "הלוקח בדמים אכסרה כגון שחפן במעות וא"ל מכור לי פרתך באלו, אף על פי שקונה בחליפין, קנה ומחזיר אונאה. והוא הדין ללוקח פירות אכסרה בסלע או בשתים שקנה ומחזיר אונאה". **והרא"ש** (סי' ו) כתב: "לא ידענא אי הלכתא כרבה או כרבי אבא, ואי הוה גרסינן רבא הוה מסתברא דהלכה כרבא דבתראה הוא אבל התוספות כתבו לקמן דא"א למיגרס רבא, דרבא לא ראה רב הונא מעולם, ולא ברירא לן אי הלכתא כוותיה או כרבי אבא, הילכך לא מפקינן אונאה מיד המאנה עכ"ל. אכן הרי"ף גרס "רבא".

בשו"ע סי"ז פסק כהרמב"ם: "הלוקח בדמים אכסרה (פי' בלא מנין ובלא מדה ובלא משקל), כגון שחפן מעות וא"ל: מכור לי פרתך באלו, קנה ומחזיר אונאה. והוא הדין ללוקח פירות אכסרה בסלע או בשתים, שקנה ומחזיר אונאה". **והרמ"א** הביא דעת הרא"ש: "ויש אומרים דספיקא הוי ואין מוציאין ממון מיד המאנה". **בסמ"ע** (סקל"ד) העיר, דלעיל סימן ר"ט כתבו הטור והמחבר סתם דיש בו אונאה בלי שום מחלוקת, ונראה דהכא דמיירי <u>במעות</u> אכסרה אין דרך קנין בכך כי אם בחליפין, לכן יש ספק אם יש בו אונאה. אבל <u>בפירות</u> אכסרה יש דרך מקח, שרגיל אדם לקנות תבואה ופירות בלא מדה ומנין, ומשו"ה סתם וכתב בסימן ר"ט בלי פלוגתא. אולם **הט"ז** כתב דהיש אומרים פליגי אתרווייהו, והרמ"א סמך בסימן ר"ט על מה שכתב בסימן זה. וסיים דהעיקר כדעת המחבר דבתרווייהו יש בו אונאה.

בנתיבות (סקי"א) הביא בשם הכס"מ (פי"ג מהל' מכירה ה"ב) דאם לא הוזכר לשון מכירה כלל רק שאומר לו "הילך פרתי באלו", לכו"ע אין בהם אונאה.

ב. נושא ונותן באמונה יש לו דין אונאה?

בב"מ נא ע"ב איתא, שהנושא ונותן באמונה אין לו דין אונאה. והובא **בשו"ע** סכ"ז: "הנושא ונותן באמונה, אין לו עליו אונאה. כיצד, חפץ זה בכך וכך לקחתיו כך וכך אני משתכר בו, אין לו עליו אונאה". וכתב **הש"ך** (סקט"ו) דה"ה אם נתנאנה מוכר אין אונאה. ועוד כתב דנראה לדקדק מהגמ' דכשם שאין לו דין אונאה כן דין ביטול מקח אין, וסיים דצ"ע למעשה.

אמנם דין מום במקח שייך גם בנו"נ באמונה. **הגרע"א** בשם תשו' **מהריט"ץ** (סי' כה), **מהרש"ך** (ח"א סי' סט), **שבות יעקב** (ח"ג סי' קס"ט). והובא גם **בפת"ש** (סקי"ט) ושכ"כ **בתשובת גליא מסכת** (סי' י) מסברא דנפשיה ע"ש, ולא ראה שכבר קדמו השבות יעקב הנ"ל.

ובנתיבות (סקי"ט) הביא קושיית **מהרי"ט** (ח"ב חו"מ סי' יט) דהא קי"ל האומר על מנת שאין לך עלי אונאה דיש לו אונאה, ומדוע בנו"נ באמונה אין לו אונאה. ועוד הקשה הנתיבות מאי שנא הנושא ונותן באמונה דאין לו אונאה משום דלא נחית אדעת שיווי החפץ, מהא דאכסרה ["מכור לי באלו"] דסעיף י"ט דיש אומרים דיש לו אונאה [כמובא בסעיף הקודם]. ומהרי"ט תירץ, בנושא ונותן באמונה הוי כאילו נעשה המוכר שלוחו של לוקח לקנות. וכתב הנתיבות שזה דוחק, <u>ולכן תירץ</u> דבעל מנת שאין לך עלי אונאה נחת אדעת שיווי המקח רק שהתנה בעל מנת, וכיון דלא ידע ומחיל הוי כמתנה על מה שכתוב בתורה כמ"ש הנ"י (ב"מ לא ע"א מדפה"ר), דכיון דהתנאי בטל, ממילא המאנה עבר על לאו דלא תונו,

וחייב בהשבה דהא הלאו ניתק לעשה דהשבה. אבל בנושא ונותן באמונה דהא המוכר אינו יודע שווי כלל דהא באמת נתן בעדו כל כך, ולישא וליתן על פי האמת לא אסרה תורה כלל ואין בו דין השבה. ובמכור לי באלו ג״כ יש לומר דמיירי שהמוכר יש לו אומדנא כמה החפץ, ושייך בו אונאה, אבל בדבר ששניהם אי אפשר להם לידע אפילו ע״פ אומדנא, לא שייך אונאה, דלא נחת אדעתא דשיווי כלל ואינן רק כמשחק בקוביא, ואיידי דבעי לקנות גמר ומקנה כמ״ש הט״ז בסימן רט ס״א, ע״ש.

ולפי״ז חידש הנתיבות שאם כבר נתברר להמוכר שנתאנה, ונשא ונתן באמונה, יכול המתאנה לחזור בו, דכיון דנתברר לו, שוב אסור להונות לחבירו, ועובר על לאו דלא תונו, וניתן להשבה. ואם המוכר לקחו מישראל ואינה להמוכר ומכרו לחבירו באמונה, לכאורה היה נראה דיכול המוכר לחזור, דכיון שהמקח נתבטל נגד המוכר הראשון, הוי כמכר דבר שאינו שלו, אבל אם כבר נתרצה המוכר הראשון באופן שאין המוכר השני יכול לחזור בו מהמוכר הראשון כמבואר לעיל סעיף ד׳ בהג״ה משום דהוה כאילו נתקיים המקח למפרע וכאילו נתרצה מעיקרא דמי, אינו יכול לבטל המקח. וכן הלוקח השני לכאורה היה נראה דיכול לבטל המקח קודם שנתרצה המוכר הראשון, דיכול לומר, כיון שהמקח שלך בטל אין אני יכול להשתמש בה, דהוי כאילו מכרת דבר שאינו שלך והמקח שלי ג״כ בטל, ועוד דלמחר יבוא המוכר שלך ויקח המקח ממני. ועוד נראה, דבאונאה אפילו המאנה יכול להשתמש בו כל זמן שלא חזר בו המתאנה, דאימר לא יחזור בו המתאנה כלל. וע״ש עוד.

ובפת״ש (סקי״ח) כתב שטעמו של הנתיבות נצרך רק לגוונא דנקטו הרמב״ם והשו״ע שאמר לו חפץ זה בכך וכך לקחתיו כו׳, דהמוכר אינו יודע שויו כלל דהא באמת נתן בעדו כל כך, ולישא וליתן ע״פ האמת לא אסרה תורה כו׳, וממילא דאם ידע מקודם שנתאנה, שוב אסור לו להונות לחבירו, וניתן להשבה. אולם בגוונא דנקט ר״ח ז״ל (מובא בנ״י שם ובטור בשם יש מפרשים) דבסתם לקחו ולא פירש בשעת המקח במה לקחו רק אמר לו הלוקח ״אני מאמינך במה שתאמר שקנית אותו ואוסיף לך כך וכך״, בלא״ה לא קשה קושיית מהרי״ט הנ״ל, וכמ״ש במחנ״א (הל׳ אונאה סוף סי׳ ט״ז), משום דבכה״ג ודאי לאו אאומדנא דידיה קא סמיך שהרי עדיין לא ידע כמה, אלא חייתא דקיטרי קביל עליה בין רב בין מעט, ע״ש באריכות, א״כ י״ל דאפילו ידע מקודם המוכר שנתאנה ומכר אח״כ באמונה, אינו יכול לחזור מהאי טעמא דסבר וקיבל.

וע״ש עוד שהביא **מתשו׳ גליא מסכת** (סי׳ א) שהאריך לבאר מחלוקת הר״ח והרמב״ם בפירוש הסוגיא, ומסיק בענין תגרי זמננו, שהנהוג שהסוחר אומר לבעל החנות על נאמנותו בכך וכך לקחתיו ומתפשר עבור ריוח כך וכך אחוזים, אם נמצא אח״כ אונאה, שנתאנה הסוחר בקנייתו, יכול בעל החנות הקונה מהסוחר לתבוע אונאתו, לא מיבעיא לדעת הרמב״ם פשיטא דרק על משכורתו שמודיע לבעל החנות אין בו דין אונאה משום דידע ומחיל, אבל לא על גוף הקרן, ואפילו לפירוש ר״ח ג״כ שייך דין אונאה בזה, לפי שדרך בעל החנות שדורש על סכום הקרן כו׳.

אמנם שם (בסי׳ ג׳) הובאה תשובת **הגאון מוה״ר דוד** אבדק״ק מיר שהשיב על דבריו ומסיק לדינא: הדבר ברור בהמשא ומתן של הסוחרים תגרי זמנינו הנסחר ע״פ אמונה, אין בזה דין אונאה כלל, וכפי שפסקו ראשונים וגדולי האחרונים, ואין לנו לחלוק עליהם אלא בראיות ברורות ולא בסברות מלבות באות, וכן היו דנין בכל בתי דינין שבישראל כו׳. והגליא מסכת חזר וכתב (סי׳ ד׳) להעמיד ולחזק דבריו עד שקילס את עצמו שכיון האמת בדעת הרמב״ם, ומי שלא ידון כך נוטה לטעות בדבר משנה והלכה ברורה, ע״ש. וכותב **הפת״ש**: ״באמת דבריו נאמרו בפלפול יפה בטוב טעם ודעת, אבל מה נעשה שהוא נגד דעת כמה ראשונים וגדולי אחרונים, בודאי חלילה לנו לזוז מדבריהם״.

ועוד כתב בתשובה מהגאון מוה״ר דוד הנ״ל, דלפירוש הרמב״ם דוקא במי שדרכו תמיד להיות נושא ונותן באמונה והלוקח והכל יודעים מזה כדרך סוחרי זמנינו, בזה הסברא נותנת שלא יהיה דין אונאה [לא

בקרן ולא בריוח], כי הלוקח אינו יורד כלל על שווי המקח מחמת שיודע שהמוכר אינו מוכר כלל בשווי המקח רק באמונה כפי מה שקנה, אבל באיש שאין דרכו להיות נושא ונותן באמונה, והוא עובר בשוק ואומר חפץ זה בכך לקחתיו ואני רוצה להשתכר כך, והלוקח נתרצה בזה, אינו מוכח שהמקח נגמר ע"י אמונה, די"ל הלוקח טעה וסבר ששוה כך, ואף שאומר שמאמינו, אינו אלא פטומי מילי מאחר שבעינו דימה ששוה כפי שאומר המוכר, ולכן אם נמצא אח"כ אונאה במקח זה, חוזר כו', ואף ר"ח מודה בזה וכו', אך מסתימת הפוסקים משמע שלא חילקו כלל בזה, ובכל אופנים כשהמקח נעשה ע"י אמונה אין אונאה, ולכן לא החליט כן להלכה.

11. ראובן שכר שמעון שהוא בעל רכב להסיעו במשך יום שלם וקצב אתו מחיר, ולאחר מכן התברר לשמעון שהמחיר בשוק הוא יותר גבוה, האם יכול לטעון שנתאנה?

עיין לעיל תשובה 7 סעיף א בדין אונאה לשכירות, דקי"ל דבשכירות קרקע אין אונאה ובשכירות מטלטלין יש אונאה. ולפ"ז כתב **הרמב"ם** (פי"ב מהל' מכירה הט"ו) דבשכירות פועלים אין אונאה, דפועל דומה לעבד שאין בו אונאה כקרקעות. וכ"כ **השו"ע** סל"ג.[32]

ובשכיר קבלן (שקצב איתו מחיר לפי העבודה ולא לפי יום) נחלקו הראשונים: **לרמב"ן ורשב"א** (ב"מ נו ע"ב) דינו כשכיר יום שאין בו אונאה, כי לדעתם הטעם שבפועל אין אונאה אינו משום שהוא כעבד אלא משום דלאו "ממכר" הוא, וטעם זה שייך גם בקבלן. ואילו **לרמב"ם** (הל' מכירה שם הי"ח) יש לו אונאה דהכא אין שם עבד עליו. **השו"ע** פסק (סל"ו) כהרמב"ם שיש לו אונאה.

בנידון השאלה הוי שכיר יום ולא קבלן, ולכן לכו"ע אין לו אונאה.

אמנם כתב **בתה"ד** (סי' שיח) והביאו **הרמ"א** שם, שאם שכר פועל עם סוס או חמור, אף על פי שמצד עצמו אין בו אונאה, מצד הבהמה יש בו אונאה, ומשערין מה בא לשכר הסוס ומה שנתאנה בזה, וצריך להחזיר לו [כשכבר נעשית המלאכה, **סמ"ע** סקס"א]. וכן מבואר **בשו"ע** סל"ה: "השוכר את הכלים או את הבהמה, יש להם אונאה, שהשכירות מכירה בת יומא היא". וא"כ בנ"ד אין אונאה על שכרו של בעל הרכב, אבל יש אונאה על שכירות הרכב עצמו.

12. האם יש אונאה לשכירות בתים, והאם יש איסור בל תלין על דמי שכירות בתים?

ראה לעיל תשובה 7 סעיף א מחלוקת הראשונים אם יש אונאה בשכירות קרקע, והלכה שאין אונאה. והנה בדברי הסובר שיש אונאה המובא במרדכי, מדובר שם על בית, וכן בשיטמ"ק שהבאנו שם בהערה. וראה לעיל סימן רב תשובה 1 בדין תלוש ולבסוף חיברו שכתב הרמ"א סי' צה ס"א שתי דעות בזה וכו'. והבאנו שם גם מדברי **הקצה"ח** (בסי' שלט סק"א) שיש להחמיר באיסור בל תלין בשכירות בתים, אף לדעת הפוסקים דליכא לאו דבל תלין בקרקע, כי יש לחוש דבית מיקרי תלוש עכ"פ לענין איסורא. ע"ש [ובשער משפט שם מחמיר גם בקרקע ממש שכן דעת כמה ראשונים, ע"ש בפת"ש סק"א]. וא"כ לענין אונאה דממונא הוא, נראה דבית הוי מחובר עפמ"ש שם הקצות וליכא דין אונאה.

ועי' **בנחלת צבי** (לסימן רכז סל"ב) תשובה ארוכה בענין זה, שהשואל מצדד לומר דהוי תלוש ולבסוף חיברו ורצה לבאר כן בדברי המרדכי הנ"ל דס"ל שבית דינו כתלוש, אולם הנח"צ האריך לדחות סברתו דמבואר שם שבית דינו כקרקע לדעתו [אלא שסובר שיש בשכירות קרקע אונאה וכמבואר לעיל], ולכן להלכה העלה שדין שוכר בית כשכירות קרקע ואין בו אונאה. ועי' **משמרת שלום** (שם סעיף כד).

---

[32] אמנם עי' **בנחל יצחק** (סימן עד סעיף ג) דהיינו דוקא בפועל העושה מלאכה ממש, אבל שומר אינו בגדר מלאכה, ואינו בכלל עבדות, ולכן יש דין אונאה בשכר שמירה, עיין שם. אכן מדברי **המהרי"ט** (חו"מ סי' יט) בתוך דבריו משמע שגם שומר דינו כפועל ואין בו דין אונאה. ועי' **חכמ"ש** (סי' רכז ס"כ) במוכר חפץ תמורת מלאכה אם יש בו אונאה, או דינו כחליפין.

ובספר דברי גאונים למהרח"א כהנא (כלל ה סימן כ) כתב שאם השכיר לחבירו בית להרבה שנים בסכום קצוב לכל שנה, ורוצה אחד מהם לחזור מדין אונאה, יש ללמוד **משו"ת פני יהושע** (ח"ב סימן צט) דלא שייך כאן דין אונאה, כיון ששכירות בתים לפעמים עולה ולפעמים יורד, וזה שכר לכל השנים בסכום שוה בין יוקיר ובין יוזל, אין כאן אונאה. ע"כ. וכתב **בפתחי חושן** (ח"ד פ"ד הערה ז) דלכאורה משמע כן גם מדברי **הרא"ש** בתשובה (כלל יג סימן כ).

13. א. האם יש אונאה בביצוע עבודה בקבלנות בקרקע או במטלטלין?

ראה לעיל תשובה 10 שלהלכה קבלן יש לו אונאה במטלטלין, ושאני מפועל שכיר יום שדינו כעבד [ודלא כהרמב"ן והרשב"א הסוברים שקבלן כפועל ואין בו אונאה]. ויש להוסיף דברי הגמ' בב"מ נו ע"ב: בעי רבא חיטין וזרען בקרקע האם יש להם אונאה או לא. ולא איפשיטא. לדעת **רש"י** מיירי במוכר קרקע וטען שזרעה כראוי, והעידו עדים שזרעה שלא כראוי, ומספק"ל לרבא האם הוי אונאת קרקע או מטלטלין. לדעת **ר"ח** הספק הוא במוכר חיטין הזרועות בקרקע, האם דינם כקרקע או כמטלטלין. **לרי"ף והרמב"ם** הספק הוא במקרה שאדם שכר פועל קבלן לזרוע לו קרקע בחיטין שלו, והעידו שזרע שלא כראוי, האם דינו כקבלנות מטלטלין או כקבלנות קרקע. **השו"ע** (סל"ד) פסק כהרמב"ם שבציור הנ"ל ספק אם יש לו אונאה מפני הזרע, או שאין לו אונאה מפני הקרקע. ולהלכה אין מוציאין מיד הנתבע, ואין משביעים אותו אפי' שבועת היסת מפני הקרקע שיש כאן, דקי"ל אין נשבעים על הקרקעות. **ובנתיבות** (סק"כ) כתב דאם שכרו לזרוע בחיטין של פועל ונתאנה בשיווי המקח בחיטין שבשוק, להרמב"ן הוא איבעיא דלא איפשטא אי כקרקע דמי כיון שבמקח זה שאינהו קרקע הוא או כמטלטלין דמי, ולהתוס' ודאי כמטלטלין דמי כיון דאונאה היתה בשיווי שער שבשוק.

נמצא א"כ שבעבודת קבלנות בקרקע עצמה ללא זרעים - אין אונאה, ובעבודת קבלנות במטלטלין יש אונאה.

דינים נוספים: **בפת"ש** (סקכ"ו) הביא מספר **עמודי אור** (סי' ק"ז), באחד ששכר את חבירו לבנות לו בית בקבלנות, וקודם גמר הבנין ראה הקבלן שנתאנה במקח ורצה לחזור. והסיק דספיקא הוא ואין להוציא מיד המוחזק כמו בנידון הנ"ל. אך נראה שיש לשום בזה שפיית העצים ותיקונן בפני עצמה, דבזה ודאי יש אונאה, ומלאכת הבנין בחיבורו לקרקע בפני עצמה, וכההיא דשוכר פועל עם סוס לעיל סעיף ל"ג בהג"ה. **בתשו' מהריט"ץ** (סי' רסה; הובא בהגרע"א סל"ב) כתב, דאם מכר לו קורת ביתו, כיון שעיקר המכירה על מנת לעוקרם ולתולשם הוי כמטלטלים ויש בהם אונאה.

ב. ומה הדין אם הקבלן חשב שיש לו לחצוב בקיר בלוקים, וקבע מחיר נמוך, ואחר כך התברר שזה קיר בטון והעבודה קשה ביותר, האם יכול לטעון אונאה?

לכאורה בכה"ג הוי מקח טעות ואינו שייך לדיני אונאה, שהרי המחיר שנקב ביחס לעבודה בקיר בלוקים הוא נכון, אלא שביחס לעבודה אחרת אינו נכון [ואילו אונאה זה מחיר גבוה או נמוך ביחס לאותו דבר]. וע"ע **בתשו' הרא"ש** (כלל צח סי' ה) שנפסקה בשו"ע סל"ט, והובאו הדברים בסמ"ע (סקע"ב): "כיון שבשעת החלוקה טעו בזה, שהיו סבורים שיכול לפתוח הפתח והוא אינו יכול, החלוקה מעיקרא בטעות היתה ובטלה לה". ועוד, שהרי לא התכוון להטעותו אלא שלא הודיע באיזה קיר מדובר [ויש להאריך בדין אונאה בשוגג, עי' בהערה[33]]. ולכן אם יש לא היה ברור לשני הצדדים מהות העבודה, צריך לשלם

[33] מבואר ברמב"ם פי"ב מהל' מכירה ה"א שיש איסור אונאה בשוגג: "ובין שהונה במזיד בין שלא ידע שיש במכר זה הונייה, חייב לשלם". וכ"כ להדיא בטור ר"ס רכז, ועי' ב"ח שם. ועי' בשו"ת מהרש"ם (ח"ד סי' קלח) שבדיני בין אדם לחבירו אין הבדל בין שוגג למזיד, ולכן גם בשוגג יש אונאה. ובשו"ת תשובות והנהגות (כרך א סי' תתיד) כתב שברור שצריך לבדוק המחירים ואם לא בדק ומכר ואח"כ נתברר לו דהוי אונאה, עובר [וזו בעצם דוגמא לאונאה בשוגג]. ואע"פ

לו יותר. אמנם יש לדון אולי היה לו לו לברר איזה קיר יש שם או לומר שהתעריף הוא לפי קיר בלוקים ולקיר בטון הסכום שונה, כפי שמקובל אצל בעלי המקצוע. ובפרט אם כבר עשה את העבודה ורק אח"כ אומר שהמחיר יקר יותר, לא נראה שיכול לדרוש תוספת תשלום. ואם טרם עשה לכאו' יכול לדרוש תוספת תשלום, ולכאורה הדבר תלוי במחלוקת הראשונים אם קבלן יכול לחזור בו, ולהלכה נפסק כר"ת שאינו יכול לחזור בו אפי' בדבר שאינו אבוד (עי' סי' שלג), ויש עוד להאריך בזה.

שנהגו העולם להתיר אונאה כה"ג שהמוכר אומר "לא יהיה טענת אונאה עלי כיון שאיני יודע את המחירים", נראה דלהלכה אין זה מועיל, שיכול הלוקח לומר "ידעתי שאולי יש כאן אונאה, אבל עד כמה גדול ההפרש לא ידעתי", ואין כאן מחילה. ומבואר בסמ"ע סי' רכז סקל"ט שרק בכה"ג שהמוכר אומר בפירוש ששווה כפול וכדו', אין בו אונאה. וע"ש עוד בדין מכירה למי שאינו שומר תומ"צ בכה"ג (והזכיר שם גם דברי הב"ח שהבאנו לעיל סוף תשובה 8). עכ"ד.

ברם לדידי חזי לי חזות קשה בספר מנחת אשר (פרשת בהר) שכתב שבלשון הרמב"ן (פ' בהר) והחינוך (מצוה שלז) נראה שבשוגג אין איסור אונאה, שהרי כתבו שמאנה "לדעת" עובר בלאו. וביאר שלדעתם בשוגג אין בזה עוול, וע"ש שכתב שיש לדמותו קצת לדברי הנתיבות הידועים (בסי' רלד סק"ג) שבאיסורי דרבנן בשוגג א"צ כפרה. והוא תמוה מאוד לענ"ד [פרט להשוואתו לדברי הנתיבות שאינה מובנת כלל אפי' בדמיון רחוק, שהרי כאן מיירי באיסור דאו'], הגם שאינה בשוגג, איך אפ"ל שאין בזה עוול? ונראה פשוט דמש"כ הרמב"ן והחינוך שהאיסור הוא "לדעת", אין כוונתם שרק במזיד יש איסור, אלא שמטבעו של האיסור הוא על העושה כן לדעת, כלומר לכתחילה, אבל אה"נ אם עשה בשוגג ג"כ דינו כשאר שוגגין שבתורה שעבר איסור בשוגג. וכאמור האיסור בשוגג הוא שהיה לו לבדוק ולא בדק (רשלנות). וכן מוכח מלשון החינוך שאין כוונתו לשלול שיש איסור בשוגג, שהרי כתב "עיקר האזהרה וכו' שלא להונות הבריות לדעת", כלומר שעיקר האיסור הוא על מזיד, שלא יעשה כן במתכוון ולכתחילה, אבל על שוגג לא שייך לשון ציווי "שלא להונות", אלא כל עצמו של חיוב בשוגג הוא על רשלנות שלא בירר [דיעבד] וכשאר איסורי תורה, וכמש"ת.

ואחי הרב"צ שליט"א חיפש ומצא שתי מצוות נוספות שכתב החינוך לשון "לדעת" - במצוה רלב שלא להכשיל תם בדרך ["ועובר עליה והשיא את חבירו לדעת עצה שאינה הוגנת לו וכו' עבר על לאו זה", ובמצוה רלג שלא לעוול המשפט [ועובר עליה ועשה עוול במשפט, כלומר שדן שלא כדין תורה לדעת, עבר על לאו זה"]. ורצה לפרש שגם שם התורה לא חייבה בשוגג, וכמו באונאה (כהבנת המנחת אשר הנ"ל), דא"א להטיל אשמה על אדם שמשיא עצה שאינה הוגנת בשוגג, וכן דיין שטעה בשוגג אין הקולר תלוי בצווארו.

אבל לענ"ד אם היו סוברים הראשונים שאין איסור בשוגג, היו כותבים בפירוש לשון "מזיד" ו"שוגג", כפי שמופיע בחינוך במצוות רבות. אע"כ שגם בשתי מצוות אלו של לפני עור ועיוות המשפט, לשון "לדעת" בא על עיקר הציווי שהוא על לכתחילה כמו באונאה. שהרי באיסור לעוול המשפט ברור שיש אחריות לדיין על מעשיו אפי' בשוגג, שהרי אם טועה בדבר משנה אפי' בשוגג הרי זה חוזר, ובחלק מהמקרים אפי' נו"נ ביד חוזר, ויש בזה הרבה פרטי דינים כמבואר בש"ס ובראשונים והאריך בזה הש"ך בחו"מ סי' כה. גם לענין לפני עור - "עיקר המצווה" הוא על המזיד ולכן כתב החינוך בלשון זו, כי ברור שכוונת התורה שלא לעשות כן במתכוון כדי להכשילו [ואגב נראה פשוט מהחינוך שגם לנתיבות שאיסור דרבנן בשוגג א"צ כפרה, מ"מ להכשיל אדם באיסור דרבנן בשוגג ודאי אסור גם לשיטתו, כי סו"ס המכשיל הוא מזיד, ובאמת באו"ש פ"א מגירושין הי"ז הבין מהנתיבות הנ"ל שמותר לעשות כן, ולכן תמה עליו ודחאו בשתי ידיים וכתב שישתקע הדבר, אבל במנחת שלמה ח"א סי' מד בענין קנייה מחנוני בשביעית כתב להדיא כנ"ל, שגם לנתיבות זה אסור ואכמ"ל]. אבל יתכן שגם כשנעשה בשוגג יש בזה לאו בשוגג [שחומרתו פחותה כנ"ל - כי העניין הוא לא עצם האיסור אלא העובדה שלא נזהר והורה לחברו הלכה מוטעית או הטעה אותו בענייני חולין וכדו', וממש דומיא דאונאה ואיני רואה שום חילוק בזה]. ושמא דווקא בשלוש מצוות אלו שתלויות בלבו של האדם, התנסח החינוך כך, כדי ללמדנו מהו עיקר המצווה. כי הקב"ה יראה ללבב, אבל בני האדם פעמים רבות לא יגלו את התרמית - לא במשפט ולא במכשול ולא באונאה. ועל השוגג א"א לצוות "שלא להונות" ו"שלא לעוות הדין" ו"שלא להכשיל", אלא אפשר רק לומר בזה ציווי כללי - שעל האדם מוטל להזהר במעשיו ובדבריו עם המקום ועם הבריות ככל שניתן, ואם לא נזהר ועבר בשוגג, אחריות דנפשיה קיבל עליו, ויישא בתוצאות. ובאמת אם נזהר ועשה כל טצדקי ובכ"ז הכשיל או אינה או עיוות הדין, הרי הוא כאנוס ואינו עובר כלל (ואכן זהו הטעם שכתוב להדיא לגבי דיין מומחה שטעה בשיקול הדעת, דהוי אנוס ופטור, עי' בסי' כה). וע"ע בשערי ישר (ש"ה פ"ה אות עו). וגם מש"כ כמה אחרונים שבאונאה בשוגג אין איסור לאו אבל יש חובת השבה, ורצו להעמיס כן אף בדעת הרמב"ם הנ"ל, אינו מתקבל על הדעת, כי אם אין חיוב הרובץ עליו ממילא אין שום חיוב השבה. והדברים פשוטים לענ"ד.

ושו"ר בערוה"ש (סי' רכז ס"ב) שמשמעות דבריו שאין לאו דלא תונו בשוגג ודלא ככל הנ"ל, שכתב "והמאנה <u>ויודע שמאנה</u> עובר בלאו, ויתבאר בסעיף ו'. ואם לא היתה כוונתו לאנות אלא שנתוודע שיש אונאה במקח זה, אמרו רז"ל דיש ג' מחלוקת [חילוקים] בדיני אונאה, פחות משתות ושתות ויתר משתות" וכו'. אבל כאמור דברים אלו צ"ע, ולא ברור מה מקורו לחידוש זה, שברמב"ם וטור מפורש להיפך. וגם מש"כ ש"אם לא היתה כוונתו וכו' יש ג' מחלוקת" וכו', אינו מובן, וכי במזיד אין ג' חילוקים אלו? וגם מה שציין לס"ו לא זכיתי להבין כוונתו. וצ"ע.

ועי׳ **בפתחי חושן** בהל׳ שכירות (ח״ד פ״ח הערה ב) שמדברי הפוסקים מוכח שכל שקצץ עמו שכרו אינו יכול לתבוע יותר אף אם הוכח שעושה מלאכה טובה ושוה יותר, ונראה דה״ה בקבלנות וקבע שכרו, ואף אם הוברר שטעה בהערכת המלאכה והיו לו הרבה הוצאות וטירחה יותר ממה שחשב, אינו יכול לתבוע יותר. מיהו אפשר שאם נולדה סיבה אח״כ באופן דלא הו״ל לידע, וכ״ש כשהיה לבעה״ב להודיע לו ולא הודיע, יכול לתבוע יותר. ועוד אפשר שאם ידוע שהמלאכה בקבלנות שוה יותר, אפשר שחייב לשלם לו מדין יורד ברשות עכ״פ. ובהמשך שם (הערה מ) הביא שבערוה״ש כתב שאם הוברר שהמלאכה קשה מכפי שאמר לו בעה״ב צריך להוסיף לו עפ״י שומת בקיאים, ומדבריו נראה דאיירי כשבעה״ב הטעהו, ולא איירי כשהקבלן טעה מעצמו, ועכ״פ יש מקום לומר שאם המלאכה שוה יותר מכפי שקצץ צריך להוסיף לו עכ״פ מדין יורד מה שההנהו, ועדיין צ״ע. עכ״ד.

אמנם בספרו על הל׳ גניבה ואונאה (ח״ה פ״י הערה י) כתב שהעירו לו ע״ז, שיש לומר שאם טעה בדבר שבמציאות, כגון שנמצא במהלך העבודה דברים שלא היה יכול להעלות על הדעת, דהוי כמקח טעות [וכמו שכתבנו לעיל]. וכתב: ״ולכאורה נכון הוא, אלא שגם בזה יש לדון כיצד ישלם, כיון שא״כ בטלה הקציצה, אמנם אם נודע לו באמצע העבודה, יכול לחזור ולקבוע מחיר חדש, ועכ״פ צריך להודיע קודם שממשיך במלאכה״.

סימן רל

1. ראובן קנה חביות יין מחברו ואמר לו שברצונו למוכרן במקום פלוני. כשהגיע לאותו מקום הוזל מחירן או התקלקלו. האם המקח חוזר?

איתא בגמ׳ **ב״ב** צח ע״א: ״אמר רבא: האי מאן דזבין ליה חביתא דחמרא לחנואה אדעתא לסבוייה, ותקיף אפלגא או אתילתא, דינא הוא דמקבל לה מיניה. ולא אמרן אלא דלא שני בברזא, אבל שני בברזא לא. ולא אמרן אלא דלא מטא יומא דשוקא, אבל מטא יומא דשוקא לא. ואמר רבא: האי מאן דקביל חמרא אדעתא דממטי ליה לפרוותא דוול שפט, ואדמטי התם זל, דינא הוא דמקבל ליה. איבעיא להו: הוה חלא, מאי? אמר ליה רב הלל לרב אשי, כי הואן בי רב כהנא אמר לן: חלא לא, ודלא כר׳ יוסי בר׳ חנינא. ואיכא דאמרי: אפילו חלא נמי מקבל, כמאן? כר׳ יוסי בר׳ חנינא״.

וכ״כ **הרמב״ם** (פי״ד מהל׳ מכירה ה״ה) **והשו״ע** (ס״ח-ס״ט): ״**ח**. המוכר חבית של יין לחבירו כדי למכרה מעט מעט, והחמיצה במחציתה או בשלישיתה, חוזרת למוכר. ואם שינה הלוקח הנקב שלה, או שהגיע יום השוק ושהה ולא מכר, הרי היא ברשות הלוקח. **ט**. וכן המקבל חבית של יין מחבירו כדי להוליכה למקום פלוני למכרה שם, וקודם שהגיע שם הוזלה היין או החמיצה, הרי זה ברשות מוכר, מפני שהחביות והיין שלו״. וביאר **הסמ״ע** (סקט״ו) הקשר בין המקרים, שכמו שבמוכר לחבירו כדי למוכרה מעט מעט הוא באחריות המוכר, ה״נ במקבל חבית מחבירו כדי למכרה במקום פלוני, כיון שידע שישהה, והוזל ביני ביני, הוא ברשות הנותן.

והנה בלשון הגמ׳ שם יש חילוק בין המקרים, שבמקרה של ס״ח כתוב ״דזבין״, ובמקרה של ס״ט כתוב ״דקביל״. וכתב **רבינו יונה** בעליותיו (הובא בטור), דדוקא בכה״ג שקיבל החבית בתורת עסקא ולא קנאה, אזי אחריות זול וחימוץ הוא על בעל החבית, אבל אם קנאה ממנו לגמרי, אע״ג דאמר שקנה אדעתא דהכי להוליכה - הלוקח אינו יכול לחזור ואחריות הזול עליו. וכל מה שאמרו בגמ׳ (קידושין מט ע״ב) דגילוי דעתא מועיל במקח היינו דוקא במוכר ולא בלוקח. אמנם שיטת **ר״ח ור״י מיגאש** דלשון ״דקביל״ בגמ׳ לאו דוקא, וה״ה כאשר מכר לו יכול הלוקח לחזור, שכיון שהזכיר להוליך למקום פלוני הרי הוא כמתנה שאם תוזל קודם לכן שיחזירנה לו, ובתנאי שהזכיר כן בשעת מכירה. וכ״כ **הרמ״ה** (ב״ב פ״ו סי׳ סא),

אלא שחילק וכתב דהיינו דוקא כשעדיין לא נתן המעות, ואמר שלא יתנם עד שיוליך היין למקום פלוני וכו'. ומלשון הרמב"ם והשו"ע לכאו' משמע כרבינו יונה, שדייקו לכתוב "המקבל". אמנם **במ"מ** כתב שאין הכרע מלשון הרמב"ם. וראה להלן מדברי הפת"ש סי' רז סק"ו דנראה שהשו"ע סובר כר"ח.

ובנתיבות (סק"א) תמה מאוד על דין זה (שבסעיף ט'), דאם מדובר שלקחו בעסקא כדי למוכרו, מדוע שלא יהיה המקבל שותף גם להפסד כמו שהוא שותף לרווח? ומעשים שבכל יום שנותן לו חצי ההיזק מהזול, ומהיכי תיתי שיהיה עדיף כח המקבל מכח הנותן? ועוד דבהדיא מבואר לעיל (סי' קעו ס"מ בהגה) דמחשב הסחורה לענין יוקר וזול כפי השער שהיה בשעה שמוליכה, משמע דאפי' הוזל אחר שהתחיל להוליך חל ההיזק על שניהם ולא רק על הנותן. וכל שכן לדעת הר"ח והרמ"ה שאפי' בלוקח גמור דינו כך, תמוה בסברא ומעשים שבכל יום שאם הוזל אינו חוזר. וביאר הנתיבות, דהנה יסוד הדין שבסי' קעו הוא מדברי **רבינו ירוחם** (מישרים נתיב כז ח"א) המובא בב"י שם, והוא מפרש מש"כ בגמ' "ואדמטי התם זל" שהכוונה דאם הוזל אחר שהתחיל להוליכה חל ההפסד והיוקר על שניהם, דקודם שהוליך אין למקבל שייכות בזה, שהרי עדיין לא טרח כלל. אמנם בסי' דידן תפס השו"ע כפירוש **רשב"ם** שם, דמיירי שהוזל קודם שהגיע לאותו מקום, ומשמע שאפי' כבר התחיל להוליך. ועוד פירש, דמיירי שלא הוזל היין בזולשפט בלבד אלא גם בכל המקומות. ולפ"ז מיושב הכל, דאם הוזל רק באותו מקום פשיטא דאחריות הזול חלה על שניהם, דעל אופן זה התנו ביניהם. אבל כשהוזל בכל העולם חל ההיזק על הנותן בלבד משום דמזלו גרם.

ויסוד הדברים הוא, דהנה **התוס'** בכתובות מז ע"ב (ד"ה שלא כתב לה אלא לכונסה) הקשו, דא"כ כל הלוקח בהמה ונטרפה או מתה נימא דאדעתא דהכי לא קנה. ותירצו דכאשר הדבר תלוי בשניהם לא אמרינן הכי. **ובמל"מ** (פ"ו מהל' זכיה ה"א) כתב דדוקא כשאין הפסד לשכנגדו בתנאי ההוא, כגון בכתובה שכשימות תחזור היא ותעשה פנויה כבראשונה, וכן בזבין ולא איצטרכו ליה זוזי, דזוזי יהיב וזוזי שקיל. ודמי למש"כ התוס' ב"ק (קי ע"ב ד"ה דאדעתא) גבי יבמה שנפלה לפני מוכה שחין, דאמרינן דאדעתא דהכי לא קידשה, משום דאין קפידא לבעל במה שנעשה אחר מותו, וה"נ אין קפידא למוכר ולארוסה בתנאי זה. משא"כ בלוקח פרה ונטרפה או מתה שאין מחזיר לו מאומה, ודאי דאיכא קפידא למוכר, לא אמרינן אומדנא, דודאי המוכר לא יתרצה בזה.

אמנם הקשה הנתיבות, דא"כ בלוקח בית ואח"כ גזר המלך שלא ידור הלוקח בעיר זה, נימא דאדעתא דהכי לא קנה, כיון דבית יהיב ובית שקיל. ולכן ביאר, דודאי התוס' לא התכוונו להקשות על מקרה שהשתמש בפרה ואח"כ נטרפה או מתה, דבכה"ג פשיטא דלא הוי מום, שהרי לא קנאה כדי שתחיה לעולם. וכמ"ש בתוס' בב"ק שם דלאחר נישואין לא אמרינן אומדנא. ויתרה מזו, אפי' אם היתה אפשרות ליהנות מהדבר הנקנה, אע"פ שלא נהנה בפועל - אין אומדנא שעל דעת זה לא קנה, וראיה מנכנסה לחופה דאפי' לא נבעלה חייב בתוספת כתובה אם מת, כי היתה ראויה לביאה אחר חופה. וה"נ בקניית בית או פרה כלתה הנאת הקנין כמו בכניסת החופה, ועי' תוס' בב"מ דף ע"ט ע"ב (ד"ה אי). לכן בוודאי קושיית התוס' היתה רק על קנה הפרה ומתה או נטרפה בסמוך, באופן שלא היתה אפשרות להשתמש בה כלל [כגון שהיה תנאי ביניהם שהפרה מחוייבת להיות ברשות מוכר יום או יומיים אחר הקנין וכיו"ב], דאז דמי לאירוסין דאמרינן אומדנא. וע"ז תירצו התוס' דכיון שיש דעת שניהם ויש פסידא למוכר לא אמרינן האומדנא. וממילא ברור שאם קנה בית ואח"כ נפל מום או שגזר המלך שלא ידור וכדו', המקח אינו בטל.

ולפ"ז ניחא בנ"ד, כיון שהוזל בכל המקומות דמי למכת מדינה, ואין לך אומדנא גדולה מזו שלא קנה על דעת כן, וכיון דליכא פסידא למוכר שהרי יין יהיב ויין שקיל [דאפי' אם היין היה מונח בביתו היה מוזל], ועוד שלא היתה אפשרות ליהנות מהמקח [שהרי לא יכול היה למוכרו קודם שהגיע למקום פלוני, שכך סיכמו בעסקא] - לכן המקבל חוזר. ולכן לדעת רבינו יונה אם מכר לו ממש, הקונה סופג את ההפסד, כיון

שהיה יכול למוכרו תיכף ודמי לנכנסה לחופה ואח״כ מת. וה״ה במקבל בעסקא אם הוזל רק במקום פלוני ולא בכל מקום, חלה האחריות על שניהם בשווה.

ולפ״ז הדין המובא בסי׳ קעו והדין המובא בסי׳ רל נכונים גם יחד, אלא שכל אחד מהם יסודו ע״פ פירוש אחר בסוגיית הגמרא, וכמשנ״ת.

ובהמשך כתב הנתיבות לבאר קושיית התוס׳ בכתובות באופ״א, דבלוקח פרה לא שייך לומר אומדנא דאדעתא דהכי לא קנה, די״ל נסתחפה שדך ומזלך גרם. משא״כ בנידונים דהתוס׳ בכתובות והתוס׳ בב״ק, התם לא שייך לומר נסתחפה שדך דהבעל אינו שדה של אשתו. ולפ״ז בהוזל בכל המקומות דלא שייך לומר נסתחפה שדך, אמרינן אומדנא אפי׳ בלוקח ולא רק במקבל. ונראה שזה ביאור שיטת ר״ח והרמ״ה הנ״ל. [ובאמת עי׳ **ביד רמ״ה** בסוגיא דב״ב שם (צו ע״ב, אות סא) שם מקור שיטתו, ומפורש שם כביאור רבינו הנתיבות, ובאורח פלא כיוון ממש לדבריו, וז״ל: ״ובדין הוא דאי הוה איכא למימר דמזליה דלוקח גרים, לא הוה מדינא עליה דמוכר לקבוליה מיניה. אלא כיון דההוא זולא מכת מדינה הוא, אשתכח דלאו מזליה דלוקח קא גרים״ וכו׳, ע״ש עוד].

ועוד כתב הנתיבות מעשה שבא לידו ופסק בו ע״פ היסודות שביאר, והסכימו עמו גאוני הדור (עי׳ למשל שו״ת בית אפרים חו״מ סי׳ ל]. ועוד דן לענין אונסין, דבאונס שאירע קודם שהוליך ודאי חל על הנותן, ובאונס שאירע אחר שהתחיל להוליכה ולא הוזל בכל המקומות ודאי דחייב המקבל. אבל אם נאנס אחר שנתוודע שהוזל בכל המקומות, פטור.

אמנם העיר **בפתחי חושן** (ח״ז פ״ט הערה כ) דלכאורה צ״ע לסברת הנה״מ בדעת רבינו יונה, התינח זולא, אבל בהחמיץ לא שייך סברתו, וצ״ע.[34] וע״ש שפירש דמ״ש הטור בסי׳ קעו גניבה ואבידה לאו דוקא, וה״ה אונסין הוי על שניהם, אלא דאיירי שהוזל במקום שהיה אמור למכרו, וקמ״ל דאע״פ שאחריות זולא דמקום שיצא חל על שניהם משעה שהתחיל לילך, מ״מ זולא דמקום המכירה הוא באחריות הנותן, דכל זמן שעדיין לא היה לו רשות למכור לא מסתבר להטיל עליו אחריות מחמת הסחורה גופה, וה״ה להחמיץ. ועוד הביא **שבמשפט שלום** (בסי׳ דידן) מדייק שהרמ״א בסימן קעו נקט ״להוליכה למקום אחר״, והיינו לאו דוקא למקום מסוים, אלא בכל מקום שירצה ובלבד שיוציאנה ממקום הנותן, ולכן כיון שהתחיל להוליכה הוי כהתחלת העיסקא וכל ריוח והפסד הוא על שניהם, משא״כ בסימן רל כתב השו״ע ״להוליכה למקום פלוני״ שהוא מקום מסוים [וכמעשה שבגמ׳], וכל שלא הגיע לאותו מקום לא חל עסק השותפות. ומה שהקשה הנה״מ למה יהא עדיף כח המקבל מכח הנותן, כתב המשפ״ש דכיון שהתנה עמו שלא ימכור רק במקום פלוני, הרי ההיזק בא מכחו. וע״ש עוד.

וע״ע לעיל **בסי׳ רז** ס״ג ע״פ קידושין מ״ט שאם מכר קרקע וגילה דעתו בשעת מכירה שמוכר בגלל סיבה, כגון שרוצה לילך למקום פלוני או ליקח חפץ בדמיו, ואח״כ נמנע או לא נסתייע לו לילך למקום פלוני, או שאינו יכול לקנות אותו חפץ, המקח בטל מכח אומדנא. והבאנו שם (תשובה 1) **שבפת״ש** (שם סק״ו) הוכיח מלשון הב״י בסי׳ רז שדעתו לפסוק כרבינו חננאל דה״ה בלוקח מהני גילוי דעת, ודלא כרבינו יונה שכתב דדוקא במקבל. ונראה שכן דעת הטור בסי׳ רל, שהרי הביא שיטת ר״ח באחרונה, וכמ״ש הרדב״ז בתשובה (ח״ד סי׳ קצח), שיש בידינו כלל גדול מקדמונינו שכל סברא שמביא הטור ז״ל באחרונה עליה יש לסמוך, ובפרט היכא שכותב אבל פלוני כתב כו׳, משמע שזו היא הסברא שחפץ בה. [ולפ״ז צ״ל דמש״כ השו״ע כאן ״המקבל״ לאו דוקא, וה״ה ללוקח, וכמ״ש המ״מ שאפשר לפרש כן בלשון הרמב״ם].

---

[34] ועי׳ בשו״ת חת״ס (חו״מ סי׳ ע; הובא בפת״ש סי׳ רז סק״ו) שכתב בתוך דבריו: ״ויעיי׳ בטור סי׳ ר״ל הנ״ל שבתחלה מיירי מי שקבל יין להוליך לזולשפט והוזל או החמיץ והוא ש״ס דב״ב, ושוב בפלוגתת ר׳ יונה ור׳ חננאל דמיירי בקונה יין לא כ׳ אלא הוזל ולא הזכיר החמיץ גבי קונה והיינו מטעם הנ״ל דהחמיץ ה״ל כנטרפה הפרה דההפסד אירע בדבר הניקח ולא אמרי׳ בי׳ אומדנא משא״כ הוזל דהמניעה הוא מטעם הלוקח אבל היין כדקאי קאי ושם ביארתי הדבר היטב״.

ובפת"ש שם הביא שכ"כ בשער אפרים (סי' קמ) והחת"ס (חו"מ סי' ע) ע"פ התוס' כתובות הנ"ל, שכל מה שכתבו הראשונים והרמ"א דלא מהני במטלטלין גילוי דעת הוא במוכר, דדוקא בקרקע יש אומדנא שאינו מוכר קרקע שמתפרנס ממנה אם לא לסיבה מסוימת, אבל במטלטלין לא מוכרח (ע"ש שהוא מתורת ספק ואכמ"ל), אבל בלוקח הוא להיפך - דבקונה קרקע לא מהני ג"ד [דניחא ליה לקנות קרקע בכל דהוא אפי' אם בטלה הסיבה], אבל בקונה מטלטלין מהני ג"ד [לר"ח וסיעתו; ולרבינו יונה לא מהני[35]]. ולפ"ז בנידון השאלה הדבר תלוי במח' רבינו יונה ור"ח. ולפמשנ"ת הלכה כר"ח דהמקח חוזר.

סימן רלא

1. מה הדין אם חלק מבעלי אומנויות עשו תנאי ביניהם שכל אחד מהם שיעסוק באומנות חבירו ביום של חבירו וכדו' ייענש, האם תנאם קיים או לא? בנוסח מורחב יותר: א. מה המקור לתוקף של הסכמות ותקנות קהל בענין המידות, השערים ושכר הפועלים? האם מספיק רוב? לאלו תקנות צריך הסכמת כולם? ב. מה המקור לתוקף של הסכמות ותקנות בעלי אומנויות? האם מספיק רוב? ומה הדין אם יש אדם גדול שמתנגד לתקנות?

נשתדל לבאר את כל הסוגיא ומתוך כך נשיב לשאלות. תניא **בב"ב** ח ע"ב: "רשאים בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר פועלים ולהסיע על קיצתם", ופירש רש"י: "להסיע על קיצתם - לקנוס את העובר על קיצת דבריהם להסיעם מדת דין תורה". וכ"כ **השו"ע** (סכ"ז): "רשאים בני העיר לקוץ להם שער לכל דבר שירצו, ולהתנות ביניהם שכל מי שיעבור קונסים אותו כך וכך". עי' **בכסף הקדשים** שבירר מהו גבול "עיר" לענין זה, האם שייך בזה דין "סמוך ונראה" או דאזלינן רק אחר תחום שבת או רק בשיעור שבעים אמה ושיריים, או רק בתר שמא, מה שנכלל בשם העיר בלי שם לואי. ע"ש שהעלה צדדים שונים בזה, ומדבריו נראה שעיר גדולה שיש בה כמה שכונות נפרדות ויש לכל אחת שם בפ"ע [למשל ירושלים עיה"ק] - כל שכונה עומדת בפ"ע לענין זה. וצ"ע.

ובגמ' שם בדף ט ע"א מובא: "הנהו בי תרי טבחי דעבדי עניינא בהדי הדדי, דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעוה למשכיה. אזל חד מנייהו עבד ביומא דחבריה, קרעו למשכיה; אתו לקמיה דרבא, חייבינהו רבא לשלומי. איתיביה רב יימר בר שלמיא לרבא: ולהסיע על קיצתם! לא אהדר ליה רבא. אמר רב פפא: שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי, ה"מ היכא דליכא אדם חשוב, אבל היכא דאיכא אדם חשוב - לאו כל כמינייהו דמתנו".[36] ומבואר שאם יש ביניהם אדם חשוב, אינם יכולים לתקן תקנות מבלי דעתו. ופשוט שמדובר רק בתקנות שהם נגד הדין כההיא דב"ב שם [שיקרעו למשכיה], אבל בשאר תקנות כדרך משא ומתן א"צ אדם חשוב [עי' **שו"ת אג"מ** חו"מ ח"א סי' נח].

הגדרת אדם חשוב - ר"י מיגאש (מובא בחי' הר"ן שם): הממונה פרנס על הציבור. רמב"ם (פי"ד מהל' מכירה הי"א): חכם חשוב לתקן מעשי המדינה ולהצליח יושביה. וביאר **המ"מ** דהיינו הך.[37] **בשו"ע** (סכ"ח) נפסק: "רשאים בעלי אומנות (לעשות תקנות בענין מלאכתם כגון) (טור) לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום שיעשה חבירו וכיוצא בזה, וכל מי שיעבור על התנאי יענישו אותו כך וכך... בד"א,

---

[35] ובנתיבות שם (סק"ג) כתב שבקונה קרקע מהני בלוקח לכו"ע, אבל החת"ס והפת"ש שם אזלי בתר איפכא, דלכו"ע לא מהני.

[36] נראה שכוונת רב פפא "שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי", שלא רצה רבא לומר לרב יימר בפירוש חילוק זה, דמיחזי כיוהרא [שהוא אדם חשוב].

[37] והרא"ש (ב"ב פ"א סי' לג) כתב: "ואדם חשוב היינו דוקא כגון רבא שהיה ראש ומנהיג בעיר". וכ"כ הרמ"ה (שם אות קג): "ת"ח הממונה פרנס על הציבור כרבא בדורו".

במדינה שאין בה חכם חשוב ממונה על הציבור. אבל אם ישנו, אין התנאי שלהם מועיל כלום, ואין יכולים לענוש ולהפסיד למי שלא קיים התנאי, אלא אם כן עשו מדעת החכם".

ועי' **בשו"ת אגרות משה** שאם החכם אינו חפץ להתערב בתקנות העיר, א"צ דעתו והסכמתו. וכעת איני מוצא המקור. עוד כתב (חו"מ ח"א סי' נט) שבערים רבות יש אדם חשוב וגדול אבל אינו ממונה על ענייני תקנות הציבור, וא"כ תנאיהם ותקנותיהם קיימים בלעדיו, וכ"ש במקום שיש להם רשות מהממשלה על זה [וכן מפורש במגיד משנה שדייק כן בדברי ר"י מיגאש והרמב"ם, ע"ש].

<u>מי יכול לתקן</u> - שיטת **ר"י אלברצלוני** (הובא בחי' הרמב"ן והר"ן[38] ב"ב שם ובמ"מ הל' מכירה שם ה"י) דדוקא כל בני אותה אומנות יכולים לתקן תקנות עבורם, אבל לא שנים או שלושה מהם (וגרסו בגמ' "הנהו טבחי" ולא "תרי טבחי").[39] וכ"כ **הרמ"א**: "והא דבני אומנות יכולים לתקן ביניהם תקנות היינו כולם ביחד, אבל שנים וג' מהם לא מהני". [ולכאו' דבר זה מוסכם על השו"ע, שבב"י הביא דברי הר"ן בלי חולק]. עוד הביא הרמ"א בהמשך בשם **הר"ן**, דאם ליכא הפסד לאחריני יכולין לתקן ביניהם מה שירצו אפי' אם אין אדם חשוב.

<u>תקנות של בני העיר ללא אדם חשוב</u> - **בתשו' הריב"ש** (סי' שצט; הובא בכס"מ הל' מכירה שם הי"א ובבאה"ג אות ש) **ומהר"ם אלאשקר** (סי' מט; הובא **בסמ"ע** סקמ"ה) כתבו שבתקנות שתיקנו כלל בני העיר אפי' בלא אדם חשוב מהני, שלא אמרו כן אלא <u>בבעלי אומניות</u>, שאפשר שבתקנתם יהיה הפסד לבני העיר ולפיכך צריכים ליטול רשות, אבל בני העיר עצמם יכולים להתנות כרצונם, ואינם צריכים להסכמתו. ועוד שהרי הם יכולים לבטל את מינויו. וכתבו שכן נראה מדברי **הרמב"ם** (הל' מכירה שם) **והרמב"ן** (ב"ב ט ע"א), שלא הזכירו דין אדם חשוב רק לגבי בני אומנויות. ולכאורה כן משמע **בשו"ע**, שכתב דין אדם חשוב בסכ"ח יחד עם דין בעלי אומנויות, ואילו בסכ"ז כתב דין תקנות בני העיר בלי סייג. אמנם **הרמ"א** כתב ע"פ **הרא"ש** (שם סי' לג) **והטור** שגם תנאי של <u>כל בני העיר</u> אינו מועיל במקום אדם חשוב, וכן דעת **הש"ך** (סק"ד) להלכה, והוכיח כן מהגמ' שבעובדא דטבחי הקשתה מהברייתא דרשאין בני העיר וכו', ומשני הני מילי דליכא אדם חשוב. מוכח דאפי' בני העיר אינם רשאים לתקן זולתו. ועוד דאל"ה מה מקשה הגמ' מאותה ברייתא, הרי אפ"ל דדוקא בני העיר רשאים לתקן ולא בעלי אומנויות. אלא מוכח שיש השוואה גמורה בין בעלי אומנויות לבני העיר.

גם **בפת"ש** (סק"ו) הביא מדברי הפוסקים בענין זה: **בשו"ת חת"ס** (חו"מ סי' קיז) כתב כדעת ריב"ש [וציין שהריב"ש עצמו דחה הוכחת הש"ך]. מאידך הרבה מאוד רוא"ח עומדים בשיטת הרמ"א והש"ך: **חוט המשולש** בשם תשו' הרשב"א, וכ"כ **בשו"ת ושב הכהן** (סי' צב) ותמה עמש"כ ריב"ש ומהר"ם אלאשקר שכן דעת הרמב"ם והרמב"ן, שהרי בחי' הרמב"ן מבואר להיפך, וכ"כ בתשו' **הרשב"א** (סי' אלף רו) בשם הרמב"ן. וגם ברמב"ם לא מוכח מידי. וכ"כ **רב האי גאון** במשפטי שבועות (שער ס), וכ"ד **הסמ"ג והמרדכי והגמ"י וראב"ן ורבינו ברוך והלבוש**. ואין ספק שכך הלכה למעשה.

<u>כולם או רובם</u> - עי' **בהגרע"א** בשם **תשו' הרא"ם** (סי' נז)[40] דהיכא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי בתקנה זו - לדעת **ר"ת ורמב"ם וריב"ם ור"י בר קלונימוס**, לא מהני רובא ובעינן דוקא כולם. אבל **לרמב"ן והרשב"א ורא"ש ור"א מגרמייזא** מהני רובא ויכולים לכוף את המיעוט. ובתשו' **מגן גיבורים** (סי' טו) כתב שגם לר"ת וסיעתו דוקא המיעוט יכול למחות, אבל הרוב שהסכימו אינם יכולים לחזור בהם. עוד

---

[38] מש"כ שם הר"ן קודם לכן "פירש הרב ן' מיגש" וכו' קאי רק על הגדרת אדם חשוב, אבל מהמילים "וטעמא דמילתא" הם דברי הרמב"ן [בשם ר"י אלברצלוני]. כן מוכח בחי' הרשב"א והמאירי. עי' הערת הרב אברהם סופר במהדורתו לחי' הר"ן.

[39] כ"כ בשו"ת מהרי"ק (סימן קפא, הובא בחזו"א ב"ב סימן ו, סוף ס"ק ח), וכן גרסת הב"ח בגמ'. ולכאו' כן מוכח מהמשך הגמ' "**חייבינהו** רבא לשלומי", ואם היו רק שני טבחים ואחד עבר על התנאי והשני קרע עור בהמתו, הולל"מ "חייביה רבא".

[40] התשובה שם עוסקת בחרם שהחרימו שלא ללמד את הקראים שום דבר חכמה, עש"ב.

הביא הגרע"א מתשו' **מהרשד"ם** (יו"ד סי' פב) שאינו נקרא "רוב" אא"כ עמדו כולם יחד, והסכימו הרוב לתקן, שאז יכולים לכוף המיעוט (לדעת הרמב"ן וסיעתו). וכן מבואר **בלבוש** (הובא **בפת"ש** סק"ה). וע"ע בהגרע"א שם. וכן מבואר בב"י סי' יג בשם **תשו' הרשב"א** (הזכירו הפת"ש סק"ו), שאין הולכים אחר הרוב אא"כ רבו מתוך משא ומתן עם הכלל. וכ"כ הב"י ביו"ד סי' רכח בשם הרשב"א בתשו' (ח"ג סי' דש) שהסכמת הקהילה חלה רק בכה"ג [וע"ע בהקדמת הנצי"ב להעמק שאלה (קדמת העמק) בענין זה באורך]. ועי' בזה גם **בבאה"ט** (סקכ"ז) עוד כמה דינים בזה מספר **בני חיי**, וכתב בשם **מהריב"ל** (ח"א סי' קמ) **ומבי"ט** (ח"א סי' רלז) שאם התקנה היא כדי לסלק סכנה ונזק - יכולים הרוב לכוף המיעוט לכו"ע. וע"ש עוד.

ובשו"ת **חוות יאיר** (סק"ג) עשה פשר דבר, שבתקנות שהן סייג לתורה ולמצוות, או תקנות סתמיות שאינן נגד דין תורה - הרוב יכולים לכוף את המיעוט, אבל בתקנות שהן נגד דין תורה, כגון נתינת מס על נכסים שמחוץ לעיר או שעשירים חייבים במס רק מסכום מסוים וכדו' - היחיד יכול לעכב וצריך דעת כולם. ומ"מ גם בכה"ג שיכול לעכב היינו דוקא מיד בתחילת התקנה, אבל אם שתק וכבר נהגו כתקנה זו ולבסוף צווח, שתיקתו דמעיקרא הויא כהודאה.

לסיכום: כאשר חלק מבני האומנויות תיקנו - אם מדובר במיעוט, פשיטא שהתקנה בטלה, ואם ברוב תלוי במחלוקת הנ"ל ובכפוף לסייגים שנתבארו.

סימן רלב

1. ראובן תושב באר שבע קנה מכונית משא משמעון שגם הוא תושב באר שבע, על מנת שהיא תקינה, והקונה נסע במכונית כדי להוביל משא לחיפה, באמצע הדרך הרגיש בתקלה ומיד חזר לבאר שבע, ותובע מהמוכר לבטל את העיסקה כי מכונית תקינה קניתי ממך והרי היא לא תקינה. והמוכר טוען היה עליך להודיעני מיד כשהרגשת בתקלה, עם מי הדין?

כתבו **הרי"ף** (ב"מ ל ע"ב) **והרא"ש** (שם פ"ד סי' טו) בשם **רב האי גאון**, שאם מכר חפץ לחבירו ונמצא בו מום שלא ידע בו הלוקח, מחזירו אפילו אחר כמה ימים, שזהו מקח טעות. ודוקא גבי אונאה אם שהה יותר מכדי שיראה לתגר או לקרובו הוי מחילה, אבל גבי מומין מקח טעות הוא וכל אימת דמגלי ליה מהדר ליה למריה. וכ"כ **הרמב"ם** (פט"ו מהל' מכירה ה"ג), והוסיף שאם השתמש במקח אחר שידע המום - אינו חוזר. וביאר **המ"מ** שמקורו **בכתובות** עה ע"ב במקדש את האשה ובא עליה ונמצאו בה מומין, דחייב בכתובתה דחזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו יפה. ושם עו ע"א לומדים דה"ה למכר.

מום שניתן להבחינו לאלתר - כתב **המ"מ** שם: **יש מי שכתב**[41] שאם היה דבר שהלוקח יכול להבחינו לאלתר כגון שיכולים לנסותו ולטעמו ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם, אינו חוזר. והובא **בב"י** **ובסמ"ע** (סק"י). **ובמל"מ** כתב שאין ספק שהרמב"ם חולק על כך, שהרי כאשר ראה את המום ושהה זמן רב אמרינן שיכול לחזור, וא"כ כל שכן אם לא ראה המום רק שהיה יכול לראותו, שחוזר. וכ"כ **בשו"ת מהרי"ט צהלון** (סי' רכה) **ומהראנ"ח** (ח"א סי' מ) שלרי"ף והרמב"ם אף אם יכול היה לראותו המקח חוזר כשלא נשתמש בו. גם **בשער משפט** (סק"א) תמה על הסמ"ע שהביא דין זה כאילו הוא מוסכם על השו"ע.[42]

---

[41] בהגהות והערות על הב"י (אות ה) הביאו שזוהי שיטת **רש"י** וכפירוש **רבינו אליהו** המובא בתוס' קידושין יא ע"א ד"ה הנהו, ע"ש. [ועי' גם בחי' **הריטב"א** כתובות עה ע"ב ומובא בשער משפט (סק"ב), ראה לקמן תשובה 5].

[42] וכ"כ עוד אחרונים, ויש שהוסיפו שגם א"א לומר קים לי כהמ"מ שהוא דעה יחידאה (עי' פתח"ח ח"ה פי"ג הערה יד).

אמנם **בשו"ת שבות יעקב** (ח"ג סי' קסט) **ובתרומת הכרי** (סק"א) יישבו דברי המ"מ, דמש"כ שהיה יכול להבחין "לאלתר" כוונתו שהיה יכול להבחין במום לפני גמר המקח, שבכה"ג אם בכל זאת הסכים לקיים המקח מוכח שמחל על המום ואינו חוזר, אבל אם המום היה ניכר רק אחר המקח פשיטא שיכול לחזור, ושתיקתו אינה ראיה למחילה, דאפ"ל ששתק משום שידע שיוכל להחזיר המקח כל עוד לא נשתמש בו. ומעתה דין זה יכול להיות מוסכם גם לדעת הרמב"ם והשו"ע [ולפ"ז מיושב מדוע הביאו בב"י בלי להעיר על זה כלום]. שו"ר שכ"כ מדנפשיה **בהגהות אמרי ברוך** להלן על השו"ע ס"ה. [ולענ"ד כן מוכח מלשון המ"מ שכתב שהיה יכול להבחינו לאלתר, ואח"כ כתב "והמוכר מכר לו סתם", משמע שהיה אפשר להבחין במום לפני גמר המקח. וע"ע בחכמת שלמה שחילק בין דבר שהמום מצוי לדבר שאינו מצוי].

וגם **בנתיבות** (סק"א) הביא קושיית המל"מ, והוסיף להקשות שבתוס' (ב"ב צו ע"א ד"ה כל) מבואר להדיא שאע"פ שיכול לבודקו מיד לא אמרינן דמחיל, והובא בטור (סי' רל ס"ז) ובסמ"ע (שם סקי"ד; גם בשו"ת בית מאיר סי' ו ציין לשם). ולכן ביאר בכוונת הסמ"ע, שמדובר שהשתמש בחפץ, ולכן המקח קיים, וכמו בראה המום ונשתמש דאמרינן שמחל. **בפת"ש** (סק"א) כתב שאמנם הדברים נכונים בסברא, אבל בלשון המגיד משנה א"א לפרש כך.[43] ולכן הכריע הפת"ש כחילוקו של השבות יעקב.

המל"מ שם כתב שגם לדעת המ"מ, אם לא נתן דמי המקח - יכול לחזור בו אפי' שיכול היה להבחין במום, דכיון שמעותיו בידו לא חשש לבדוק את המקח. והקשה **הנתיבות** שם דא"כ גם באונאה נימא הכי, ובש"ך (סי' רכז סק"ד) מבואר דדינא הכי רק כשיש לו מיגו. וכתב **בפת"ש** שם דאה"נ גם באונאה יש כמה אחרונים הסוברים שאף בלא מיגו יכול לחזור משום שסמך על שמעותיו בידו, וה"נ במום, וכדברי המל"מ. [**ובאורחות"מ** (כלל ב, הגהות אמרי אהבה אות ד) כתב בשם שושנת יעקב ליישב קו' הנתיבות דדוקא במום סובר כן המשל"מ אבל לא באונאה ויש לחלק ביניהם, ע"ש. פתח"ח ח"ה פי"ג הערה טז]

דבר שעושה ואוכל: עוד כתב הנתיבות שם, שאם לא היה יכול להחזירו, כגון שלא היה המוכר בביתו, והמקח הוא דבר שעושה ואוכל [בעל חיים] ונשתמש בו כדי לכסות הוצאות האכלתו, יכול לחזור בו אפילו אחר כמה ימים, דנהי דנתבטל המקח, מ"מ דמי לשומר אבידה דקי"ל (סי' רסז סכ"ב) שאם הוא דבר שעושה ואוכל שיעשה ויאכל. ובפת"ש שם סייעו **מתשו' מיימוניות** (ספר קנין סי' ז).[44]

והוסיף הנתיבות שאם היה מקרה כזה באונאה שלא היה יכול להחזירו למוכר - אם הוא שתות שקנה ומחזיר אונאה, אפילו נשתמש בו אינה ראיה שמחל דהא שלו הוא, ורק כשהיה יכול להחזירו ולא החזירו אמרינן דמחל. וביותר משתות נראה דדמי למום, ולכן אפילו לא היה יכול להחזיר, אם נשתמש בו אחר בכדי שיראה לתגר אמרינן דודאי מחל. וכתב **הפת"ש** שכ"כ להדיא הריטב"א (מובא בשיטמ"ק ב"מ נ ע"ב ד"ה יתר על שתות).

הודעה למוכר: **הריטב"א** שם כתב דאפילו באונאה יותר משתות ונשתמש בו אחר שהכיר באונאתו, אם הודיע למוכר על האונאה ואח"כ נשתמש בו, לא אמרינן שמחל אונאתו, אלא חייב לשלם למוכר מה שנשתמש או מה שהפסיד בתשמישו אם רצה המתאנה לבטל המקח. והביאו גם **במחנה אפרים** (דיני אונאה סי' ה), ולמד מזה דה"ה לענין מום, אם נמצא מום במקח והודיע למוכר ואח"כ נשתמש בו, נראה דיכול לחזור, ולא אמרינן בכה"ג דמחל ואינו יכול להחזיר (והובא גם **בדברי משפט**). אמנם **בתשו' גליא**

---

[43] כנראה כוונתו, היות והמ"מ הביא את דברי ה"יש מי שכתב" בטרם פירש דברי הרמב"ם על המקרה שהשתמש במקח, וא"כ לא יתכן שהתכוון שמדובר שהשתמש דווקא. ובאמת המעיין בנתיבות יראה שכתב את חילוקו רק בדעת הסמ"ע, כנראה לגודל הקושיא [אע"פ שהסמ"ע העתיק דברי המ"מ, וא"כ גם בסמ"ע דוחק לפרש כן. וצ"ע]. גם **בחכמת שלמה** תמה על הסברו של הנה"מ, וע"ש עוד שהביא ראיה למ"מ והסמ"ע מבכורות יג ע"ב. ושו"ר שכ"כ **באור שמח** על המ"מ שם, אבל דחה ראיה זו, ע"ש. ובהמשך כיוון לדברי השבו"י וסיעתו בביאור דין זה.

[44] אולם **במשמרת שלום** (אות ז) כתב בשם ספר **דעת קדושים** שחולק, דהו"ל ללוקח למסור מודעה על כך.

מסכת (סי׳ י) דן במעשה כזה שהקונה הודיע להמוכר שיש מום במקחו ואח״כ נשתמש בו, וכתב שם דרב גדול אחד פסק בזה ע״פ הריטב״א דהקונה יכול להחזיר המקח אלא שחייב לשלם מה שנשתמש. והגליא מסכת חולק וס״ל שאין ראיה מהריטב״א, כי יש לחלק בין אונאה למום: באונאה גוף המקח טוב בעיניו ועיקר טענתו על הוספת הדמים, ולכן מועילה הודעה למוכר כדי שידע שהשימוש אינו מהווה מחילה על תביעת הממון, והמוכר מתרצה לזה היות ושניהם רוצים בקיום המקח. אבל בטענת מום שרוצה לבטל המקח עצמו, אין שום תועלת בהודעה למוכר, ואם השתמש ע״כ שהתפייס ומחל. עכ״ד. ולא הזכיר דברי המחנ״א שסבר כאותו רב גדול. להלכה כותב **הפת״ש** שאם הקונה טרם שילם למוכר, אין להוציא מידו, ואם כבר שילם צ״ע, דלכאו׳ דברי הרב גליא מסכת דברים של טעם להפריד בין הדבקים. [**ובהגרע״א** הביא דברי המחנ״א בפשיטות, ונראה שדעתו להלכה אפי׳ להוציא הדמים מהמוכר, וצ״ע].

<u>עם הארץ</u>: עוד הביא הפת״ש מספר **ארחות משפט** (נתיב לב סי׳ יז) שהסתפק כאשר הקונה הוא מעמי הארץ שאינם יודעים ששימוש במקח מהווה מחילה, ובאמת רוצים לבטל המקח וצווחים על כך, אך מורים היתר לעצמם להשתמש במחשבה שכל זמן שהמוכר לא החזיר המעות מותר להשתמש, דבכה״ג אולי המקח בטל למרות שהשתמש. **ובפת״ש** חולק ופשיטא ליה שהמקח קיים דלא נתנו חז״ל דבריהם לשיעורים, וכיו״ב מבואר בשיטמ״ק (ב״מ נא ע״א ד״ה אבל בלוקח) לענין כיפי וורשכי, ע״ש. וצ״ע.

<u>גילה את המום בדרך</u>: עוד כתב הרב ארחות משפט, שאם קנה סוס ונסע עליו ובאמצע הדרך מצא בו מום, ונסע על הסוס בחזרה לעירו כדי לתבוע את המוכר, נראה דאע״פ שהשתמש בסוס לאחר גילוי המום, המקח בטל, שהרי רואים שלא מחל והשימוש הוא מכורח המציאות שצריך לחזור לביתו, דלא שייך לומר שילך רגלית ויוליך בידיו העגלה עם המשא שעליו. **הפת״ש** מסכים לדין זה, וכעין זה מבואר לענין אונאה (סי׳ רכז ס״ז). אלא שהעיר שהיה לו לנקוט דוגמא של עגלה ולא סוס, כי בסוס בלא״ה המקח בטל כיון שהוא דבר שעושה ואוכל וכמ״ש הנתיבות.

<u>הנראה להלכה בנידון השאלה</u>: לענין טענת המוכר שהיה לקונה להודיעו - נראה שההודעה כשלעצמה לא היתה מועילה להתיר השימוש, לפי הכרעת הפת״ש שאם נתן הדמים אין מוציאים מיד המוכר, שיש לחוש לדברי בעל גליא מסכת. אך מ״מ נראה שהמקח בטל אע״פ שהשתמש במשאית לצורך החזרה לבאר שבע, וזאת עפ״ד בעל ארחות משפט שכאשר השתמש במקח מצד ההכרח לא הוי כמחילה. ואין לומר שהיה לו לשכור משאית חלופית כדי להוביל את כל המשא וכדו׳ או לחזור בתחבורה ציבורית וכדו׳ [וממילא גם את המשאית שקנה יצטרך לשנע חזרה ע״י גרר וכדו׳] שהרי גם בנידונו שרכב על הסוס מסתמא יוכל למצוא דרך חלופית ולוותר על השימוש בסוס, ולמרות זאת אין מחייבים אותו לעשות כן. ועוד יתכן שיש לדמותו לדברי הנתיבות שבדבר שעושה ואוכל השימוש אינו מחילה, הן מצד המשאית עצמה שצריך להוציא הוצאות כדי להשתמש בה, והן מצד שמשתמש במשאית כדי להימנע מהוצאות אחרות על הגעה בדרכים חלופיות כמו שנתבאר [אגב, גם גרירת המשאית צ״ב אם אפשרי הדבר כשהיא כשירה לנסיעה. וגם אם כן, זה ודאי בתשלום]. ובר מן דין נראה שכן המנהג פשוט דלא הוי מחילה בכה״ג, אבל גם מצד הדין נראה כן [וגם ברכב רגיל שייכות כל הסברות הנ״ל]. ולכן המקח בטל וגם א״צ לשלם למוכר על השימוש, שהרי חזר כלעומת שבא.

2. א. ראובן מכר קרקע לשמעון ונמצא בה מום האם מום בקרקע מבטל המכירה?

נחלקו הראשונים האם בקרקע אמרינן שהמקח בטל בטעות במידה ובמשקל. דעת **רשב״ם** (ב״ב קג ע״ב) דאף על גב דאמר רבא כל דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין אפילו פחות מכדי אונאה חוזר דמקח טעות הוי, הני מילי במטלטלי אבל במקרקעי לא שייך בהו חזרה. אמנם **הר״ן** (בחידושיו שם) חולק דודאי רבא אפי׳ בקרקע אמרה, כדמוכח בפרק הזהב (ב״מ נו ע״ב) חיטין שזרען בקרקע מהו וכו׳, וכן בקידושין (מב

ע״ב) אמרינן בהדיא דה״ה במקרקעי. ולכן בכל טענת מום במקח אין חילוק בין קרקע למטלטלין. וכן מבואר **בתשו׳ הרי״ף** (סי׳ קנג). וכך היא לשון **הרמב״ם** (פט״ו מהל׳ מכירה ה״ג), **והשו״ע** (ס״ג).

ב. יש מומים שמבטלים המכירה ויש שאין מבטלים ונאמר בזה כלל איזה מומים מבטלים ואיזה אינם מבטלים. מה הוא הכלל?

הכלל הוא שהכל הולך אחר מנהג המדינה, כלשון **הרמב״ם** (פט״ו מהל׳ מכירה ה״ה) **והשו״ע** (ס״ו): ״כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזירים בו מקח זה, מחזירין. וכל שהסכימו עליו שאינו מום, ה״ז אינו מחזיר בו אלא אם פירש, שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך״. ועי׳ **כתובות** עב ע״ב ״מידי דקפדי בה אינשי - הוה קפידה קפידא״ וכו׳ [הגר״א ציין מקור זה]. **והרא״ש בתשובה** (כלל צו סי׳ ו) כתב שאם שמו של המקח עליו לא הוי ביטול מקח דהוי מום עובר שאפשר לתקנו, ולכן ינכה את דמי הקלקול והמקח קיים. וכ״כ **השו״ע** ס״ה. והוסיף **הרמ״א** ע״פ **הגהות מרדכי** (כתובות, רמז רצב; בשם ר״י מיגאש) דה״ה במום שאינו בגוף המקח אלא מום צדדי שאפשר לסלקו, אינו מבטל המקח.

ג. מה הדין אם יש ספק האם המום מבטל המכירה?

בפרק אלו טריפות (**חולין** נ ע״ב): ״תנו רבנן, מחט שנמצאת בעובי בית הכוסות - מצד אחד כשירה, משני צדדים טריפה, נמצא עליה קורט דם בידוע שלפני שחיטה, לא נמצא עליה בידוע שלאחר שחיטה. הגליד פי המכה, בידוע ששלשה ימים קודם שחיטה, לא הגליד פי המכה המוציא מחבירו עליו הראיה״. ופירש **רש״י**: ״הוגלד בידוע שהוא שלשה ימים קודם שחיטה ואם לקחה בתוך שלשה ימים הוי מקח טעות וצריך המוכר להחזיר לו מעותיו. לא הוגלד פי המכה איכא לספוקי אי קודם מקח הוה אי לאחר מקח הוה, ועל הטבח שהוא מוציא מידו דמסתמא כל כמה דלא יהיב זוזי לא יהבי ליה חיותא, עליו להביא ראיה שקודם מקח הוה, דמספיקא לא מפקינן ממונא מחזקיה״. **והתוספות** (ד״ה המוציא) **והרא״ש** (סי׳ לד) כתבו: המוציא מחבירו עליו הראיה - פירוש, על הלוקח להביא ראיה שברשות מוכר נטרפה, ואף על פי שלא נתן מעות, דכאן נמצא כאן היה, כדאמרינן בכתובות (עו ע״ב). והא דקרי ליה המוציא משום דסתמא דמילתא כל כמה דלא יהיב דמי לא יהיב ליה חפצא. ע״כ. וכ״כ **הרמב״ם** (פ״כ מהל׳ מכירה הט״ו) והובא לעיל בסי׳ רכד ס״א. ועי׳ גם סי׳ רכב ס״ד. וכן נפסק כאן בסי״א לענין ספק מתי נטרפה. וביאר **הסמ״ע** (סקכ״ד) לפי שהספק נולד ברשות הלוקח עליו הראיה. וכנ״ל. ועוד כתבו הטוש״ע, דאפי׳ אם לא שילם עדיין - המקח קיים וחייב לתת הדמים.

וכן מבואר **בשו״ת הרא״ש** (כלל קב סי׳ ט) והובא בטור: ״ששאלת ראובן שמכר לשמעון גבינות ולאחר ג׳ ימים פתחם ומצאם מרוקבות ריקבון גדול. תשובה: יש לשאול לעושי גבינות בכמה ראוי לבוא ריקבון ועיפוש כזה אם יאמרו שנעשה הריקבון בבית המוכר נמצאו שהיה מקח טעות, ואם הדבר ספק המע״ה״. והובא בשו״ע סט״ז.

מבואר מכל זה שבאופן עקרוני המקח חל, ויש ללוקח זכות לבטלו אם מוכח שהיה מום בכפוף לדיני מום במקח, ולכן במקרה של ספק עליו מוטלת חובת ההוכחה.

ד. ראובן ושמעון אחים, חילקו על תנאי, שמי שיפול לו בית פלוני שיפתח לו פתח למבוי, ולא שמו אל ליבם שיכולים בני המבוי לעכב, ונפל אותו בית לראובן ואומר שמעון אסלק ממך התרעומת של בני המבוי האם יכול ראובן לבטל החלוקה.

שייך לסי׳ רכז, והובא שם בתשובה 12 סעיף ב. המקור **בתשו׳ הרא״ש** (כלל צח סי׳ ה), ופסק להלכה שאם רוצה ראובן לבטל החלוקה הרשות בידו. וכ״כ **השו״ע** שם סל״ט.

וכתב הרא״ש שם דאפילו אם יאמר שמעון אסלק ממך התרעומות של בני המבוי, ראובן יכול לטעון שאינו רוצה במריבות עם השכנים. ועוד, כיון שבשעת החלוקה טעו בזה שהיו סבורים שיכול לפתוח הפתח והוא אינו יכול, החלוקה מעיקרא בטעות היתה ובטלה לה. וכתב הסמ״ע (סקע״ב) שכ״כ הטוש״ע בסי׳ קעה ס״ג גבי שנים שחלקו ובא להן אח שלישי דחלוקתן בטילה כיון דמעיקרן חלוקתן בטעות היתה.

ויש להקשות, שהרי בסי׳ דידן ס״ה כתב **הרמ״א** ע״פ **הגהות מרדכי** (כתובות רמז רצב; בשם ר״י מיגאש) שאם היה מום חיצוני כגון שיש לאחר דרך עליו, או אמת המים עוברת שם, מסלק המום והמקח קיים. ואילו בטעמו השני של הרא״ש הנ״ל מבואר שכיון שטעו בשעת החלוקה הכל בטל, ומשמע שטעם זה נכון כשלעצמו גם ללא הטעם הראשון שכתב שאינו רוצה להכנס לתגרה עם בני המבוי. וצ״ע איך שני הפסקים עולים בקנה אחד. שו״ר שעמד בזה **בשער משפט** (סי׳ רלב סק״ג) ונשאר בצ״ע. ועי׳ גם **בפתחי חושן** (ח״ה פי״ג הערה ו) **שבמשפט שלום** (ס״ס רכח) הביא בשם **ספר יהושע** (סימן שי) שהקשה כן, ותירץ דכיון שקודם שחלקו לא ידעו למי יפול הגורל, ואם היה נופל לחלק שמעון היה ראובן צריך לפצות את השכנים, ויכול לומר אילו הייתי יודע מכך לא הייתי רוצה בתיגרא, הוי גורל בטעות. ועוד תירץ, דבסימן רלב המוכר עצמו מסלק המום, משא״כ בהך דסימן רכז מוטל גם עליו לפצות השכנים. וכתב המשפ״ש שהתירוץ השני צ״ע, ולכן תירץ דבהך דסימן רכז איירי שהבית בלי פתח אינו שוה כלום, כדמוכח מדברי הרא״ש, והוי מום בגוף הבית. וע״ע שם בפתח״ח.

עוד אפ״ל ע״פ מש״כ **הנתיבות** בחידושים (סק״ז) שכל שיכול לתקן המום שיחזיר הבית לקדמותו ע״י ניכוי הדמים ולא יהיה נחשב כפנים חדשות שיהיה נחשב כדבר שלא בא לעולם, מנכה לו מן הדמים. אבל בכותל שלם ונמצא רעוע, כשיתקן אותה ויבנה פנים חדשות באו לכאן, והוי כדבר שלא בא לעולם לכך המקח בטל. עכ״ד. וא״כ י״ל שבנידון דתשו׳ הרא״ש הנ״ל פתיחת הפתח הוי פנים חדשות ולכן המקח בטל.

3. ראובן מכר כלי לשמעון ונמצא פגום פגם המפחית אותו מדמיו האם ראובן יכול לומר לשמעון קח את הכלי ואני אשלם לך דמי הפגם? ומה הדין אם שמעון מוכן לקחת את הכלי ואומר לראובן אקח את הכלי בתנאי שתשלם לי דמי הפגם?

ראובן אינו יכול לומר כן, והמקח כולו בטל, שהלוקח יכול לומר חפץ שלם אני רוצה. **רמב״ם** (פט״ו ממכירה ה״ד), **שו״ע** (ס״ד). ועי׳ **ביהגר״א** כמה מקורות לדין זה. וביאר **הסמ״ע** (סקי״א) דלא דמי לאונאה [כנראה כוונתו לאונאת שתות], ששם המקח עצמו טוב אלא שהמחיר לא כהוגן, ולכן די בהחזרת הדמים, אבל הכא שהחפץ עצמו פגום, יכול הקונה לבטל כל המקח.

ואם רוצה הלוקח לקחת הכלי עם דמי הפגם, הרשות ביד המוכר לומר: או קח אותו כמו שהוא או תקח מעותיך והחזיר לי מקחי. רמב״ם ושו״ע שם. **בשו״ת שבו״י** (ח״ג ס״ס קסט; הובא **בפת״ש** סק״ב) כתב דה״ה מי שקנה כמה חתיכות בגד במקח אחד ונמצא מום באיזה מהם, הרשות ביד המוכר לומר החזר לי כולם, כיון שבמקח אחד קנה כולם.

וכתב **הסמ״ע** שלדעת **רבינו יונה** (ב״ב פד ע״א) **והטור והרמ״א** בסי׳ רכז (ס״ד) גבי אונאה יותר משתות, שאם לא גילה המתאנה דעתו שרוצה לקיים המקח ומסתמא יחזור בו, הרשות גם ביד המאנה לחזור בו, כך הדין גם כשנמצא מום שיכול המוכר לחזור בו כל זמן שלא נתרצה הלוקח. אמנם **הב״ח** חולק, דבאונאה ביתר משתות מסתמא אין אדם מוחל על הפסד ממונו לקנות שוה ארבעה בחמשה, אבל על מום קל שנמצא בממכרו אין דרך רוב בני אדם להקפיד ומחיל איניש (וכעין חילוקו שיובא בתשובה הבאה לענין תנאי). וגם **במחנ״א** (דיני אונאה סימן יב) משמע דס״ל שבמום אין המוכר יכול לחזור לכו״ע. גם **בערוה״ש** (ס״ו)

כתב לחלק שבאונאה אפשר שלא ידע המוכר, משא״כ במום מסתמא ידע ולכן אינו יכול לחזור, ואין המוכר יכול לטעון כיון שאתה יכול לחזור גם אני יכול לחזור, שביטול המקח הוא לטובת הלוקח בלבד.

4. מה מקרי מום לבטל מקח, ואם המוכר התנה על מנת שאינך חוזר במום, האם מהני התנאי?

הגדרת מום נתבארה לעיל תשובה 2 סעיף ב.

תנאי - כתב **הרמב״ם** (פט״ו מהל׳ מכירה ה״ו) שאם התנה המוכר ״על מנת שאין אתה חוזר עלי במום״, הרי זה חוזר, עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול הלוקח, או עד שיאמר הלוקח שמקבל עליו עד סכום מסוים שנפחתו דמי המקח, שהמוחל צריך לידע הדבר שמוחל לו בו ויפרש אותו, כמו המפרש האונאה״. וכ״פ **השו״ע** ס״ז.

וכתב **המ״מ** שאינו יודע מקור לדין זה, אלא הרמב״ם למדו בקל וחומר מאונאה, שבאונאה המקח חוזר רק עד זמן מסוים [כדי שיראה לתגר וכו׳] ובכל זאת צריך לפרש כמה האונאה כמבואר בב״מ (נא ע״א), וכל שכן במום שחוזר לעולם, דינא הכי.

אולם **הטור** ביאר שמקור דין זה הוא סברת הרמב״ם (פי״א מהל׳ מכירה הט״ז) שא״א להתחייב בדבר שאינו קצוב [הרחבנו בזה קצת לעיל סי׳ רא תשובה 1 סוף סעיף א, ובסי׳ רז תשובה 17], וה״ה למחילה דלא מהני בדבר שאינו קצוב לדעתו. ולכן אם לא פירש המום הוי אסמכתא. ולכן הטור פסק בזה דמהני תנאי ודלא כהרמב״ם, כי אפשר להתחייב או למחול בדבר שאין לו קצבה [כהרא״ש ושאר ראשונים]. **בב״י** ביאר כהטור, אבל **בבדק הבית** [וכן **בכסף משנה**] חזר בו והסכים לדברי המ״מ, שהרי הרמב״ם עצמו כתב ״כמו המפרש האונאה״, ומשמע שלמד דין זה משם.

והב״ח ביאר שלדעת הטור אינו דומה כלל לאונאה, דבאונאה אין אדם מוחל כלל מן הסתם, אבל במומין יש המקפידים יותר או פחות, ואין ללמוד מאונאה למום. ולכן הוצרך הטור לפרש דעת הרמב״ם ע״פ שיטתו בדבר שאינו קצוב, ומה שהזכיר הרמב״ם ״כמו המפרש באונאה״ הוא רק לומר שדיניהם שווים אבל לא התכוון בזה לגלות מקורו כהבנת המ״מ.

וציין הב״ח למש״כ בס״ס רז ביישוב פסקי השו״ע, שבכמה מקומות פסק דלא כהרמב״ם בענין דבר שאינו קצוב, וכאן פסק כמותו. ותירץ שם שיש לחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים [ראה סי׳ רז תשובה 17]. ונראה שהב״ח ראה רק את דברי הב״י שביאר שיטת הרמב״ם כהסברו של הטור, ולפ״ז באמת פסקיו סותרים. אבל לא ראה שבבדק הבית (ובכס״מ) חזר בו מרן וכתב כהמ״מ (יש לציין שבמקומות אחרים הב״ח מזכיר את בד״ה), וא״כ פשוט שהשו״ע פסק כאן כהרמב״ם מפני שלדעתו אינו ענין לסוגיית דבר שאינו קצוב, אלא נלמד בק״ו מאונאה. גם **בדרישה** (אות ז) **ובסמ״ע** (סקט״ז) הקשה על הב״י שכתב ״ודברי רבינו נכונים״ וכתב שצ״ל ״אינם נכונים״ (ולפ״ז צריך לשנות גם הגרסא בהמשך), וביאר שהב״י סובר כהמ״מ דילפינן ק״ו מאונאה. והב״ח דחה דבריו. אבל באמת מפורש כן בבד״ה, וא״כ א״צ לשנות הגרסא בב״י, שאכן סבר בתחילה כהטור ואח״כ חזר בו. וכידוע הסמ״ע לא ראה ספר בדק הבית. ועי׳ **ש״ך** סק״ד.

וביאר הדרישה מדוע בהל׳ אונאה הטור פסק כהרמב״ם דלא מהני תנאי בלי שיפרש, וכאן חלק עליו, דבאונאה סבר הלוקח שאין בו אונאה אלא דבר מועט, אבל במום אין נ״מ בין מום גדול למום קטן, וכיון שאמר לו ע״מ שאין אתה חוזר עלי, הרי יודע ומוחל. [ובתחילה כתב הדרישה דאפשר שגם באונאה ס״ל להטור שא״צ לפרש הסכום ודי לפרש שיש אונאה, ובשני המקומות חולק על הרמב״ם].

ובנתיבות (סק״ב) כתב בביאור דעת הטור, דבאונאה הוא פחות משוויו וצריך למחול דמי אונאה, וכיון דלא ידע כמה מחיל לא מהני, משא״כ כשמכרו במחיר ששוה עם המום ואין לו מה למחול, לא שייך לומר לא ידע דמחל, רק מסתם אמרינן דחזקה שאין אדם קונה דבר שיש בו מום, אבל כיון שפירש לו שיש בו

מומין וחזינן דהאי גברא לא קפיד במומין המקח קיים. **ובפת"ש** (סק"ד) תמה, דהא מבואר להדיא בדברי הרמב"ם דמיירי במום הפוחת דמים, ואעפ"כ פליג הטור, וצ"ע. **ובפתחי חושן** (ח"ה פי"ב הערה סה) כתב דלנתיבות שאני מום שמבטל המקח אפילו אין בו אונאת דמים, ומוכרח דאיירי באופן זה, דאל"ה תיפוק ליה שיש בו אונאה, ולכן ס"ל להטור בשיטת הרא"ש דכיון שהסכים לקבל מום במקח, שוב אינו בגדר לא ידע דמחיל. וכתב דאפשר שלחילוק זה נתכוין הדרישה. עכ"ד. [ולכאו' לא יגהה מזור לתמיהת הפת"ש, שברמב"ם מפורש שמדובר במום הפוחת דמיו].

ובסי' ס סק"ד תירץ **הנתיבות** את שיטת הטור עפ"ד **הרמב"ן** המובא בסה"ת (שער סד ח"א ס"ב) שיש לחלק בין אונאה שכל אחד יודע שחבירו מעלה בדמים ולכן נתנו שיעור זמן לחזרה, משא"כ במום דבסתמא אינו חושש שיש מום ולכן המקח בטל אפי' אחר זמן רב. וא"כ כיון שמפרש שיש בו מום, אפילו לא פירש לו איזה מום איכא למימר דמחיל. ואילו הרמב"ם ס"ל דמום גם כן בכלל "לא תונו הוא", וכל שהוא באיסור אונאה רחמנא אמר דלא תיהוי מחילה כל זמן דלא ידע דמחיל, ונלמד בק"ו מאונאה. **ובפת"ש** כאן (סק"ד) ציין שכ"כ **בשער המלך** (פי"א מהל' מכירה הט"ז).

ובשו"ת ושב הכהן (סי' מה) כתב לפרש דברי הטור שבאמת מסכים לרמב"ם לדינא, רק חלק עליו בטעם הדין. ועוד כתב דלפי הטעם שכתבו הפוסקים גבי אונאה ומום דלא מהני מחילה בסתם משום דמן הסתם לא היה דעתו למחול אלא סמיכות דברים בעלמא, יש להסתפק היכא שמודה שבשעה שהתנה ואמר ע"מ שאין לך עלי אונאה או מום היה דעתו למחול, רק שעתה רוצה לחזור - אם יכול לחזור או לא, דאפשר כיון דקיי"ל כל תנאי שבממון קיים והא דאמרינן דלא מהני מחילה בסתם הוא משום שלא היה דעתו למחול, וזה שמודה שהיה דעתו למחול אינו יכול לחזור, או דילמא כיון דמן הסתם אם אמר ע"מ שאין לך עלי אונאה אינו כלום לכן אפילו מודה שהיה בלבו למחול הוה המחילה דברים שבלב ואינו כלום, וצ"ע.

ובתשובת שבות יעקב (ח"ב סי' קסו) אודות ראובן שהיה לו טבעת מזוייפת וא"ל שמעון "מכור לי טבעת זו", וא"ל ראובן "איני ערב לך שהיא טובה, כי אולי היא מזויפת" כאילו מסתפק בדבר, וא"ל שמעון: "איני חפץ בערבות שלך", וקנאו ממנו, וגילה שהיא מזויפת ורוצה לחזור בו, וראובן טוען שמחל לו באמירתו "איני חפץ בערבות שלך". והשיב, דפשוט שהמקח בטל, ומה שאמר "איני חפץ" וכו' לא הוי מחילה, אלא התכוון שאם ימצא שהיא מזויפת - גם בלי ערבות צריך להחזיר לו מעותיו. ולא מיבעיא בנידון זה שהמוכר ידע שהוא מזויף ועשה עצמו כמסתפק לפני הלוקח דהוי מטעהו גמור, ובזה אף בלשון מחילה ממש לא מהני, דומיא דהמבואר לקמן בשו"ע ס"ח לענין פרה זו נגחנית וכו'. אלא אפילו אם המוכר באמת היה מסופק מ"מ צריך לחזור, דמחילה בטעות היא, וכדאיתא בב"ב (מא ע"א) גבי רב ענן שקל בידקא בארעא כו'. ועוד, כיון שהלוקח לא ידע שהוא מזוייף לא שייך מחילה כלל, על כן פשוט שהמקח בטל.[45]

5. א. המוכר לחבירו מטלטלין או בהמות ונולד מום וקשה לקבוע מאימתי המום - מי צריך להוכיח? והאם לטריפות של סירכות יש דין מיוחד?

ראה לעיל תשובה 2 סעיף ג מהגמ' בחולין נ ע"ב, ובסי' רכד תשובה 1 מהגמ' בכתובות עו ע"א, ומחלוקת הראשונים בפסק ההלכה. לדינא בספק טריפה לכו"ע חובת הראיה על הלוקח, כמבואר שם.

---

[45] והעיר **בפתחי חושן** (ח"ה פי"ב הערה סד) שמדברי **הריב"ש** (סימן תג) משמע שאף אם ידע כבר שהיא נבילה והטעהו, אף על פי שעבר על איסור גניבת דעת, מ"מ אין זה מקח טעות, אף על פי שלא אמר לו בלשון ברור. ואפשר דשאני נדון הריב"ש שמכר לו בפחות משווי בשר כשר והוי כקונה על הספק, ומעיקר הדין אין זה מקח טעות, אין בלשון זה כדי לגרוע, אבל בדבר שהוא מום והמקח בטל, אין בלשון זה להוציא מדין מקח טעות, וצ"ע. עכ"ד.

וכ״פ **השו״ע** (סי״א): ״המוכר בהמה לחבירו לטבחה, ושחטה ונמצאת טרפה, אם נודע בודאי שהיתה טריפה כשלקחה, כגון שנקבו בית הכוסות והוגלד פי המכה שאז ידוע שיש לו שלשה ימים שניקב, אם קנאה תוך שלשה ימים, הוי מקח טעות וצריך להחזיר הדמים. ואם לא קנאה תוך ג׳ ימים, או שקנאה תוך ג׳ ימים ולא הוגלד פי המכה, דאז הוי ספק אם ניקב תוך ג׳ אם לאו, על הלוקח להביא ראיה, ואם לא, יפסיד ויתן הדמים אם הם עדיין בידו״.

בפת״ש (סק״ו) כתב שנראה שעכשיו אין נוהגים להחזיר המקח על בהמה שנמצאת טריפה, ומנהג מבטל הלכה כמ״ש השו״ע לקמן סי״ט לענין ביצים מוזרות שלא נהגו לבטל המקח. וה״ה בשאר דברים שדרך למוכרן סתומים וחתומים כמות שהן, כגון תיבות עם דפי זכוכית לחלונות או תיבות עם אתרוגים וכיוצא בזה, יש לב״ד בכל מקום לחקור אחר המנהג. [וכ״כ **בכסף הקדשים** על סי״א. ועי׳ **חכמת שלמה** סי׳ רט ס״ב שכתב כן להדיא לגבי אתרוגים הנמכרים חתומים, ולא שמענו מעולם שמחזירים המקח אם יש בהם פסולים, עש״ב]. וכ״כ **במסגרת השולחן** סי׳ רכד שבזה״ז דרך לקנות בהמות על הספק והמקח קיים אפי׳ נמצאה טריפה. ובמשפט שלום כאן כתב דהיינו דוקא בבהמות, אבל בעופות שחוטים יכול לחזור כדין השו״ע, ושכן מורים. וכתב **בפתחי חושן** (ח״ה פי״ב הערה נה) שנראה שגם זה תלוי במנהג. ויש לדון איך נוצר מנהג זה, שהרי כתב הרמ״א בסימן שלא ס״א שלא אמרו מנהג מבטל הלכה אלא כשהונהג ע״פ דין. ואפשר שצריך זמן ממושך להודיע ללוקח שלא יוכל לחזור עליו, ולאחר זמן נהפך למנהג, וצ״ע. עכ״ד.[46]

<u>לענין טריפות דסירכא</u>, נחלקו בזה הראשונים: דעת **הרמב״ן** (חולין נא ע״א) שגם בטריפות כאלה המקח בטל [וכן משמע דעת **הר״ן** שם יד ע״א מדפה״ר]. והביא ראיה ממוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דאמרינן בב״ב (צב ע״א) דלכו״ע אי לאו דמצי א״ל לשחיטה מכרתיו לך הוי מקח טעות, ואף על גב דרוב שוורים לאו בחזקת שימור קיימי ולא אתני לוקח. וכן מבואר שם (ע״ב) המוכר עבד ונמצא גנב או קוביוסטוס, הגיעו, משום שכולם כך והיה לו להתנות. משמע דאי הוי רובא כך [ולא כולם] הוי מקח טעות אע״פ שלא התנה. וכל שכן בטריפות דמיעוטא נינהו. וכן משמע בלשון **הרמב״ם** (פט״ז מהל׳ מכירה ה״ו) שלא חילק בין סוגי הטריפות.

אבל דעת **רבינו אפרים ובעל העיטור והרא״ש** (חולין פ״ג סי׳ לד) דלא הוי מום לענין ביטול מקח, הואיל והוי דבר השכיח שנמצאת סרכא בבהמה, הו״ל לאתנויי, וכמבואר בכתובות (ב ע״ב- ג ע״א) אונסא דשכיח שאני דכיון דאיבעי ליה לאתנויי כו׳. ודחו ראיות הרמב״ן דשאני שור ועבד שהמוכר מכיר במומיהם ועל זה סמיך הלוקח, ולא התנה משום דשארית ישראל לא יעשו עולה ולא יאנהו במקחו. אבל בדבר ששניהם אינם יודעים כמו טריפה, בעי ליה ללוקח לאתנויי במידי דשכיח, ומדלא אתני אחולי אחיל וקנה, כדרך שאר לוקחים בהמות שאינן נמנעים מליקח בשביל ספק טריפות. ועי׳ מחנ״א (אונאה סי׳ ג) ושער משפט (סק״ד) ששקו״ט בדעות הראשונים.

בשו״ע (סי״ב) נפסק: ״טריפות דסירכא, הוא הדין דמבטל מקח; ויש חולקים״. והרמ״א ביאר טעם החולקים [ונראה שכן דעתו להלכה]. כתב **הר״ן** (חולין יד ע״ב מדפה״ר) שאפי׳ טריפות שאנו אוסרים מחמת ספק או אפי׳ חומרת הגאונים, הוי מום במקח, כיון דסו״ס בדילי אינשי מיניה. והביאו הרמ״א שם.

יש לציין ש**בשער משפט** (לעיל סק״ב; ע״ד השו״ע ס״ג שאם נשתמש אחר שראה המום מחל) הביא דברי **הריטב״א** (כתובות עה ע״ב) שאם היה ניתן להבחין בנקל במום לא הוי מקח טעות דאמרינן שנתפייס, וכ״כ **בהגמ״ר** כתובות סי׳ רצב [עיין לעיל תשובה 1 בדברי המ״מ, ולכאו׳ הם הדברים]. וכתב השע״מ

---

[46] וע״ע **בערוה״ש** (ס״ל) שכתב לענין מש״כ השו״ע שמנהג מבטל הלכה בביצים המוזרות: ״ואנחנו בימינו לא שמענו המנהג הזה ויש לנו לדון כעיקר הדין <u>וכל בכל דבר סחורה החתומה וסתומה</u> שמכר לאחר אף שגם הוא קנאה חתומה וסתומה מ״מ אם נמצא בו הפסד או איזה מרמה ההפסד על המוכר כמ״ש שם דלא מפני שנתאנה יכול לאנות אחרים״. ופשוט שהכל הולך אחר המנהג.

דמ״מ גם בכה״ג חלים דיני אונאה, שאם מחמת המום הוי אונאה יותר משתות בטל מקח ובשתות מחזיר אונאה, כמ״ש **הריב״ש** (סי׳ תג) במוכר בשר שחוטה שלא נבדקה והתנה המוכר שבין טריפה בין כשרה יפרע הלוקח, אע״ג דלא הוי מקח טעות, מ״מ יש בזה דין אונאה. ולפ״ז כותב השע״מ שגם לדעת הסוברים דבטריפות דסירכא המקח קיים, מ״מ חלים בזה דיני אונאה כנ״ל, דאע״ג שהמוכר לא ידע [וזהו טעם החילוק בין זה לשור ועבד כנ״ל] מ״מ דין אונאה יש גם בכה״ג. וציין שכ״כ **בתשו׳ גאונים בתראי** סי׳ יט.

ב. אם התנה עמו שלא יהיה טריפה ונמצא שהיה נבילה, מה הדין?

בתשו׳ הריב״ש (סי׳ תג) נשאל באחד שמכר בני מעיה של הבהמה קודם שנבדקה הריאה, והתנה עמו שישלם לו בין שתהיה כשרה או טריפה, וא״כ נמצא שנתנבלה בשחיטה. וכתב הריב״ש שהדבר תלוי האם קוראים לנבילה טריפה, ואם קצתם אינם קוראים לנבילה טריפה, הלוקח פטור מתשלום, דהוא המוחזק וקי״ל אין הולכים בממון אחר הרוב, כדמוכח בש״ס בכמה מקומות.

ובקצה״ח (סק״א) הקשה דלא מובן כלל מה הדיון, דמאי נפק״מ בין נבילה לטריפה כיון דשניהם אסורים, והיכי מצי לוקח למימר טריפה לקחתי ולא נבילה, והא אפילו בשני מינין דהמקח בטל (סי׳ רלג) היינו משום דאיכא דניחא ליה האי מינא ואיכא דניחא ליה בהאי, אבל בין טריפה לנבילה מאי קפידא בין האי להאי? ותירץ עפמ״ש **הרשב״א** בתוה״ב הארוך (בית ב ש״ג) **ובש״ך** (יו״ד סי׳ כז סק״ב) דהא דקי״ל ״מזמנין לנכרי על בני מעיים״ היינו דוקא בטריפה, אבל בנבילה אסור דהוי אבר מן החי. נמצא שבבני מעיים דווקא יש נפק״מ בין נבילה וטריפה, שנבילה אסור למוכרה לנכרי. ולכן כתב הריב״ש שהיות והתנה ״אם כשרה אם טריפה״ - אם הכל קוראים לנבילה בשם ״טריפה״, הלוקח סבר וקיבל שגם אם תימצא נבילה חייב לשלם, אבל אם מיעוטא אינם קוראים טריפה לנבילה, אין הולכים אחר הרוב והלוקח פטור דהוי מוחזק. ולפ״ז אם מוכר סתם בשר ונמצאה נבילה - אפי׳ אם רובא קרו לנבילה נבילה דוקא ולא טריפה, מ״מ צריך הלוקח לשלם כי בזה אין שום נפק״מ בין נבילה לטריפה. [אמנם **התוס׳** (מעילה כ ע״ב ד״ה קרביים) כתבו שאין דין מקח טעות במכירת בני מעיים אפי׳ נמצאה נבילה או טריפה, כי ראויים רק לכלבים דאוכליהן לאו בר אינש כמבואר שם בגמ׳, וא״כ בכל גוונא חייב לשלם. אלא שדבר זה תלוי במנהג, וכיון שעכשיו אוכלים אותם ע״י תיקון ומקפידים בין כשרה לטריפה, שפיר הו״ל מום וכנ״ל].

ובנתיבות (סק״ד) כתב דודאי אם מכר לו ״בחזקת״ טריפה ונמצאה נבילה אינו מקח טעות, אלא ביאור דברי הריב״ש דהואיל וכאן מדובר בתנאי, הוי כתנאי ד״על מנת שלא תחזור עלי במום פלוני״, וכל שאינו כלול בלשון התנאי חוזר עליו משום מום, אף שהוא שוה למום שהתנה עמו. וכגון שהתנה עמו ״אין אתה חוזר עלי בטריפת הריאה״ ונמצאה טריפה בחוט השדרה - חוזר עליו, ואע״פ שאין נפק״מ בין סוגי הטריפות להלכה, משום דספק אחד קיבל עליו [טריפת הריאה] ולא שני ספיקות [גם חוט השדרה], וא״כ ה״ה אם נבילה אינה בכלל טריפה בלשון בני אדם, דמי ממש להתנה שלא יחזור עליו בטריפות הריאה ונמצא טריפה בשדרה. ולפ״ז דברי הריב״ש נכונים בכל בשר ולאו דוקא בבני מעיים.

6. א. ראובן קנה פרשיות תפילין מהודרות מסופר סת״ם. בהגהה אחרי שנה נמצאו הפרשיות פסולות מעיקרן. האם יכול לתבוע את דמי הפרשיות מהסופר?

עי׳ בתשובה הקודמת בדין בהמה ונמצא טריפה. ועי׳ כסף הקדשים (על סי״א) שעסק בנידון השאלה וכתב דכל שניכר שהפסול הוא מתחילת הכתיבה פשיטא שצריך להחזיר המעות, אך פסול טשטוש או מחק שאפשר שנעשה מחמת היישון אין המקח חוזר [וכן אם אפשר שהניח התפילין במקום חם וכדו׳ שכידוע עלול להזיק]. וכתב שם שבכה״ג אפי׳ לא שילם יכול הסופר להוציא המעות מהקונה. וע״ש שהאריך בדין ״כאן נמצא כאן היה״.

ב. ראובן מכר לשמעון 'קרקע חקלאית' על דעת שכבר הופשרה לבנייה, אלא שלאחר מכן הוברר לקונה שטרם בוצעה ההפשרה - האם חשיב מום במקח?

לכאורה פשיטא שהמקח בטל, דקי"ל שגם בקרקעות יש דין מקח טעות כמבואר בתשובה 2 סעיף א. ועי' שאלה דומה **בקובץ הישר והטוב** תש"ע, עמ' מז-נב [מאמר של הגרמ"מ שפרן], ושם מיירי שאמר שהקרקע "עומדת להפשרה" בתוך שנתיים, והתברר שהתהליך יקח כעשרים שנה, ע"ש. ובנ"ד השאלה פשוטה יותר, שאמר שכבר הופשרה. אמנם אפשר שהיה עליו לבדוק ולא לסמוך עליו, ועיין לעיל.

7. א. מכר דבר שיש בו מום והקונה עשה מום אחר בממכר טרם שנודע לו המום, ורוצה להחזיר את המקח, האם חייב לשלם למוכר עבור תיקון המום שעשה בו?

כמובא לעיל, **בחולין** נ ע"ב איתא שאם קנה בהמה ושחטה ונמצאת טריפה, אם מוכח שהטריפה היתה קודם שקנה את הבהמה, המקח בטל. ומכאן למד **הרמב"ם** (פט"ז מהל' מכירה ה"ו-ה"ז) שהמוכר דבר שהיה מום בממכרו ועשה בו הלוקח מום אחֵר קודם שיוודע לו המום הראשון - אם עשה דבר שדרכו לעשותו כגון זה ששחט את הטרפה - פטור [והמקח בטל], ואם שינה ועשה מום שאין דרכו לעשותו - מחזיר המקח לבעליו ומשלם דמי המום שעשה. עוד דוגמא כתב הרמב"ם: קנה בגד וקרעו לעשות ממנו חלוק ובעקבות הקריעה התגלה בו מום [כגון שהבד מתפורר וכדו'] - מחזיר לו את הקרעים, תפרו ואחר כך נודע המום, אם השביח נוטל שבח התפירה מן המוכר, וכן כל כיוצא בזה. וכ"כ **השו"ע** סי"ג-סי"ד.

בנתיבות (סק"ה) הקשה מדוע אם שינה מהדרך המקובלת חייב, הרי בסי' שמא ס"ד נפסק ביורשים שהניח להן אביהן פרה שאולה וטבחוה ואכלוה דמשלמין דמי בשר בזול משום הנאה דידהו, משמע דאם הזיקו הבהמה ולא היתה להן שום הנאה דאין משלמין כיון שנאנסו וסברו שהיא שלהן. ואפשר לחלק, דבמזיק באונס יש חילוק בין אונס דדמי לאונס גניבה שפטור ובין אונס דדמי לאונס דאבידה דחייב כמ"ש התוס' בב"ק (כז ע"ב, ד"ה ושמואל אמר). וא"כ בנ"ד שאפשר לבדוק אחר המום קודם שנשתמש בו - הוי כאונס שהוא כעין אבידה וחייב [וכן מבואר בסט"ו לענין דר בחצר], אבל שם ביורשים הוי אונס כעין גניבה.

ב. מכר בית לחבירו ונמצא בו מום שמבטל המקח, ובא להחזירו למוכר, האם חייב לשלם לו שכ"ד על התקופה שדר בו?

כתבו **הרמב"ם** (שם ה"ח) **ושו"ע** (סט"ו): "המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה, ולאחר זמן נראה לו בה מום, אם רצה להחזיר הקרקע לבעלים מחזיר כל הפירות שאכל. ואם היה חצר ודר בו, צריך להעלות לו שכר". והמקור **בב"מ** סו ע"ב שאם המקח בטל הדרא ארעא והדרי פירי [וראה שיטות הראשונים לעיל סי' רט תשובה 1 סעיף א].

הלבוש כתב שאם לא יחזיר הוי כריבית, דכיון שנתבטל המקח מעיקרא ה"ל הדמים הלואה גביה, והפירות שאכל הן בעד דמי המעות שהיו בידו בטלים. וה"ה לגבי דמי השכירות. **ובסמ"ע** (סקל"ג) הקשה עליו דלא משמע כן בפוסקים, ועוד דאם כבר נתן דמי המקח לא עדיף מאבק ריבית דא"צ להחזיר, וכו'. ולכן פירש שצריך להחזיר דכיון דהמקח בטל מעיקרו, הפירות שאכל או שכר השכירות של החצר שדר בה יהיו בגזל בידו, ולפ"ז אף אם עדיין לא נתן לו דמי הקניה צריך להחזיר לו הפירות ושכר החצר. וע"ש עוד שהאריך. וכעי"ז כתב **בנתיבות** לעיל (סק"ה) כתב דהוי מטעם מזיק, ולכן חייב לשלם אפי' אם הוא גברא דלא עביד למיגר ולא נהנה, דסו"ס החצר קיימא לאגרא והזיק.

8. א. אדם שקנה שור מחבירו מסרסור והעמידו ליד שוורים שלו והשור לא אכל ומת, והתברר שלא היו לו שניים והסרסור לא ידע מזה, על מי חוזר הלוקח?

בב"מ (מב ע"ב): "ההוא אפוטרופא דיתמי דזבן להו תורא ליתמי, ומסריה לבקרא, לא הוו ליה ככי ושיני למיכל, ומית. - אמר רמי בר חמא: היכי נדיינו דייני להאי דינא? נימא ליה לאפוטרופא: זיל שלים, אמר: אנא לבקרא מסרתיה. נימא ליה לבקרא: זיל שלים, אמר: אנא בהדי תורי אוקימתיה, אוכלא שדאי ליה, לא הוה ידעינן דלא אכל. - מכדי בקרא שומר שכר דיתמי הוא, איבעי ליה לעיוני אי איכא פסידא דיתמי! - הכי נמי, והכא במאי עסקינן - דליכא פסידא דיתמי, דאשכחוהו למריה דתורא ושקול יתמי זוזי מיניה. - אלא מאן קא טעין - מריה דתורא קטעין. - איבעי ליה לאודועי! - מאי מודעינן ליה, מידע ידע דמקח טעות הוי! - בספסירא דזבן מהכא ומזבין להכא. הלכך, מישתבע איהו דלא הוה ידע, ומשלם בקרא דמי בשר בזול".

ועפ"ז נפסק שאם מכר לחבירו דבר שיש בו מום שאינו נראה, ואבד המוכר מחמת אותו המום - הרי זה מחזיר הדמים. ואם הוא סרסור שקונה ומוכר ואפשר שגם הוא לא הכירו - לדעת **הרמב"ם** (פט"ז מהל' מכירה הי"א) ישבע שלא ידע במום זה ויפטר, מפני שהיה לו ללוקח לבדוק השור ולהחזירו קודם שימות, והיה הסרסור מחזירו לבעלים הראשונים, והואיל ולא עשה כן הפסיד על עצמו. ותמה **הטור** שבגמ' מבואר שהמוכר חייב לשלם ליתמי אע"פ שהיה סרסור ואפשר שלא ידע, מ"מ כיון שהטעה אותם חייב לשלם.

ובביאור הבנת הרמב"ם בגמ' נאמרו כמה ביאורים:

א. החכם המרשים (הובא בב"י): בעובדא שבגמ' מיירי שהמוכר שילם מרצונו אע"פ שבאמת פטור. ותמה ע"ז הב"י דאטו בשופטני עסקינן. ועוד, דא"כ לא הו"ל לתלות הדבר ביתומים אלא במוכר, ע"ש.

ב. הב"י: באמת המוכר שם טרם שילם, אלא דמצי לשלם וזו כוונת הגמ', אך פטור ע"י שבועה שלא ידע, כי הוא סרסור. וכתב הד"מ שזה דוחק.

ג. הב"ח, דרישה בתירוצו הראשון, **והגר"א**: שם הסרסור שילם ממש, אבל שאני התם דהאפוטרופוס לא פשע כי נתן לבקרא, אבל כאשר מכר לחבירו והניחו הקונה עם הבקר שלו - הקונה פשע והסרסור פטור.

ד. הדרישה בתירוצו השני: אכן רמי בר חמא הסתפק מי חייב והגמ' דנה בספיקו, ולמסקנא פשיטא לגמ' כהרמב"ם דהסרסור פטור ע"י שבועה שלא ידע.

ה. הנתיבות (סק"ו) תירץ דבש"ס מיירי דבסתמא קנו לרדיא, כמ"ש המפרשים (שיטמ"ק ועוד) דסתם יתמי לרדיא זביני, ובעל השור יכול לומר לסרסור "לשחיטה מכרתיו". אבל הרמב"ם לא איירי ביתומים, וא"כ ע"כ מיירי שפירש לרדיא וס"ל דלוקח כש"ש, ע"ש בנתיבות.

בשו"ע (סי"ח) פסק כהרמב"ם, **והרמ"א** כתב דעת הטור ושכן נראה לו עיקר.

ב. מה הדין באם אדם קנה מסרסור מטיל בחזקת בדיל, ואחר כך מתברר שהיה בו כסף. למי שייך הכסף? [ראובן קנה מגוי כלי בחזקת כלי נחושת ומכרו לשמעון. אחרי זמן מצא שמעון שהיה הכלי כלי כסף מצופה נחושת, האם יכול ראובן לטעון למקח טעות ומדוע?]

ע"פ הגמ' הנ"ל כתב **המרדכי** (ב"מ סי' רצא) בשם **מהר"ם**, וכן בב"ב (סי' תקסג), והביאו **הרמ"א** בהגה (סי"ח), דכל שכן בדבר שלא פשע הקונה כלל, כגון שמכר לו טבעת בחזקת זהב ואחר כך שברו הלוקח ונמצא בו בדיל, שחייב להחזיר מעותיו אף על גב שגם המוכר נתאנה בו. ואם אינו מאמינו שנמצא בו בדיל, נשבע שאינו יודע מזה, ונפטר. והקשה **הסמ"ע** (סקמ"ג) הא אין משביעין על טענת ספק, ומהיכא תיתי לומר שידע המוכר שהיה בו בדיל והרי הוא גם כן קנהו בחזקת זהב ולא ידע שהיה בדיל. ואפשר

דמיירי, דזה הלוקח שמצא בו בדיל טוען עליו, אתה לא קניתהו מאחר אלא צוית לצורף לעשות לך כך תוכו בדיל, משו"ה צריך לישבע. **והש"ך** (סקי"ג) תירץ דכיון שהלוקח אומר ברי לי שהיה בו בדיל א"כ ה"ל כאומר ברי לי שאתה חייב לי והלה משיבו א"י אם אני חייב לך דנשבע שאינו יודע, כמבואר בסי' עה ס"י.

ובנידון השאלה - מובא **במרדכי** (סי' רנח) ע"פ המשנה דמצא בגל או בכותל ישן (ב"מ כה ע"ב): "מעשה באחד שקנה בדיל מן העובד כוכבים לכסות גגו ושוב נמלך ומכרו לישראל חבירו בחזקת בדיל ונמצא שכולו כסף מבפנים אך מבחוץ היה מחופה בדיל ותבעו בדין שאינהו אונאה, ופטרו אבי העזרי[47] שאמר שלא זכה בו כשקנאו מן העובד כוכבים כיון שלא ידע ולא נתכוון לקנות הכסף מן הראייה שכתבתי לעיל והודה לו ר"ת". והובא בב"י סי' רלג. וכ"כ **הרמ"א** (סי' רלב סי"ח): "אם קנה הסרסור דבר בחזקת בדיל ומכרו, ואחר כך נודע שהיה בו כסף או זהב, זכה הלוקח, שלא זכה בו הסרסור מעולם הואיל ולא ידע בו".

וכתב **הנתיבות** (סק"ח) דוקא בכה"ג שאין דרך להוודע כלל, והוי כאבודה ממנו ומכל אדם דהוי הפקר (כמבואר בסי' רנט ס"ז), משא"כ במצא כסף שהוא כרוך במטלית ולא ידע מה הוא וכיוצא בזה בדבר שדרכו להוודע זכה הראשון.

ג. ומה הדין אם היה הכלי כלי כסף אלא ששניהם לא היו מבינים בדבר?

בתשו' עבודת הגרשוני (סי' צד; הובא בפת"ש סק"ח) רצה מתחילה לחלק, דדוקא בנדון זה שהיה כסף מבפנים ומבחוץ היה מצופה בבדיל, משא"כ אם הכל כסף אלא שהקונה והמוכר לא היו מבחינים בזה. אמנם שוב מצא **בלבוש** (ס"ס רלג) שכתב "או אפילו עצמו כסף" כו', מבואר שגם בכה"ג הדין כן. ובפרט שהסמ"ע לא השיג עליו כדרכו, שמע מינה שתיקה כהודאה דמיא ויש לפסוק כן למעשה. וכ"כ **בהגרע"א** בשם הלבוש ועבוה"ג.

ד. ומה הדין אם מכר לחברו חצר והקונה חפר בור ומצא בו אוצר, למי שייך האוצר, ומדוע? האם שייך בזה קנין חצר, ומדוע?

עי' לעיל **בש"ך** סי' קצח סק"ז ובסי' רב סק"ג שכתב דאין בקנין חצר דין באין כאחד, אבל **הקצה"ח** סי' קצח סק"ב וסי' רב סק"ג חולק, ע"ש בראיותיו ובראיה לש"ך מהשיטמ"ק ב"מ כה ע"ב מצא בגל או בכותל ישן [ועי' חי' הגרש"ש ב"מ סי' כו במהדורה החדשה, ובקה"י שם סי' כז, ועוד]. ולקמן סי' רס מבואר ע"פ הגמ' הנ"ל שאם הוא אוצר ישן ודאי שייך למוצאו. ועי' **במרדכי** פ"ב דב"מ (סי' רנח וסי' רס) והביאם **הרמ"א** סי' רסח ס"ג, שלמד מהסוגיא דמצא בגל (כה ע"ב) ומצא בחנות (כו ע"ב) דאין חצירו קונה לו אלא ביודע במציאה או דאסיק אדעתיה, אבל בדבר שאינו רגיל לבא אין חצירו קונה לו אע"פ שבאה מציאה לשם, ובא אחר ונטלה שם זכה, הואיל ולא ידע בעל החצר במציאה אשר שם קודם שזכה בה השני. והרמ"א ציין לדבריו בסי' רלב סי"ח המובאים לעיל.

ובנתיבות (סי' רסח סק"ג) תמה שהראשונים חולקים על זה, שהרי הרא"ש (ב"מ פ"ב סי' ט) כתב הטעם דמצא בגל וכו' משום יאוש שלא מדעת, והרמב"ם (פט"ז מהל' גזילה ה"ח) כתב משום דאבודה מכל אדם. והתוס' (ב"מ כו ע"א ד"ה דשתיך) כתבו משום דהאבידה אינה הווה להימצא. וע"ש מה שהקשה עוד. ולכן ביאר כוונת הרמ"א "בדבר שאין רגיל לבוא" - היינו דמחמת זה אפשר שלא יבוא לידו כלל, ומ"ש "דאסיק אדעתיה", הכונה דאסיק אדעתיה לפעמים לבוא למקום זה ועתיד לפעמים להמצא ולבוא

---

[47] בהגהות אשר"י (ב"מ פ"ב סי' ט) מובא גם כן דין זה, ושם איתא "**ר"א ממיץ**" במקום "אבי העזרי", ונראה שכצ"ל, שהרי ר"ת היה מבוגר מראבי"ה ב-40 שנה וחי כל ימיו בצרפת, ואילו ראבי"ה חי בגרמניה, ולא ידוע שלמד תורה מר"ת, וא"כ תמוה איך ומתי הודה לו ר"ת. משא"כ ר"א ממיץ היה מתלמידיו המובהקים של ר"ת.

לידו, אבל טמון בגל ובכותל דלא מסיק אדעתיה לעולם לבקש שם מציאה ואפשר הוא שלא יבוא לידו, לכך לא קנה, ופירש כן גם בדברי המרדכי, ודוחק לפרש כאן בכל הראשונים. ולכן נראה שחסר בהג"ה תיבות "יש מי שאומר", דדעה זו רק דעת יחיד שהיא דעת המרדכי, וכל הראשונים חולקין על דעה זו, והעיקר תלוי אם יתכן להימצא. עכ"ד הנתיבות. עכ"פ בדבר שלא העלה בדעתו שיימצא לא קנה.

9. ראובן קנה משמעון רכב בירושלים והודיעו שהוא מוליכו לת"א למוכרו שם. כשהגיע לת"א נמצא בו מום (המנוע נתקלקל). על מי חל הוצאות ההולכה והחזרה? הבא מקור לכך. האם יש חילוק אם הודיע לשמעון שהוא מוליכו לת"א או לא?

בב"ב צב ע"א תנן: המוכר פירות לחבירו וזרען ולא צמחו, אפי' זרע פשתן, אינו חייב באחריותן. רשב"ג אומר זרעוני גנה שאינם נאכלים חייב באחריותן. ובגמרא (צג ע"ב): תנו רבנן, מהו נותן לו? דמי זרע ולא הוצאה, ויש אומרים אף הוצאה. מאן יש אומרים? אמר רב חסדא רשב"ג היא וכו'. וכתבו **הרי"ף** (מו ע"א) **והרא"ש** (סי' א) דכאשר חייב באחריותם נותן לו רק דמי זרע ולא דמי הוצאה, כתנא קמא. וכ"כ **הרמב"ם** ז"ל (פט"ז מהל' מכירה ה"א-ה"ב), וכתב דהוא הדין לדברים הנמכרים לרפואה או לצביעה וכן כל כיוצא בזה. וע"ע בדברי הראשונים דהא דחייב באחריותן היינו דוקא כשאין דבר אחר לתלות בו מה שלא צמחו. ועוד כתב **הר"ן** בחידושיו שם (צא ע"א) דדוקא שזרע בקרקע בדוקה ושנים כתקנן, אבל בטרשים או שלא היו שנים כתקנן תלינן בריעותא זו, אע"כ באו בקיאים ואמרו שבדקו ולא היו ראויים לזריעה.

ומכאן למד הרמב"ם (שם ה"ג-ה"ד): "שכל הלוקח מחבירו מקח והודיעו שהוא מוליכו למדינה פלונית למכרו שם ואחר שהוליכו לשם נמצא בו מום, אינו יכול לומר החזר לי מקחי לכאן, אלא מחזיר לו את הדמים והמוכר מטפל להביא ממכרו או למכרו שם, ואפילו אבד או נגנב אחר שהודיעו הרי הוא ברשות מוכר. אבל אם לא הודיעו שמוליכו למדינה אחרת, והוליכו ונמצא שם בו מום הרי זה ברשות לוקח עד שיחזיר המקח במומו למוכר". וכתבו הראשונים (**ריטב"א** ב"ב צב ע"א; **נמוק"י** מו ע"א מדפה"ר), דמ"מ אינו נותן ההוצאות דלית הלכתא כרשב"א. אמנם כתב **הרמ"ה** (ב"ב שם אות סב) שיש לחלק בזה: אם המוכר ידע שהיה בו מום חייב אף בהוצאה שהוציא הלוקח להוליכו למקום פלוני, משום דינא דגרמי. אם לא ידע המוכר במום - הוצאות החזרה על המוכר, כיון דלצורך המוכר הוא ואין הלוקח חייב אלא בטרחא בעלמא, אבל הוצאות ההולכה על הלוקח. [אמנם בלשון הרמב"ם מבואר שהלוקח אינו חייב אפי' בטרחא בעלמא, שכתב שהמוכר מטפל להביא ממכרו וכו', וראה בסמוך].

ובשו"ע (סכ"א) פסק כלשון הרמב"ם בתוספת דברי הרמ"ה, שאם היה המוכר יודע בממכרו שהיה בו מום, חייב בהוצאות שהוציא הלוקח להוליך אותו למקום פלוני, ואם לא היה יודע שהיה בו מום, פטור מהוצאת ההולכה, ואינו חייב אלא בהוצאת החזרה: "הלוקח מקח מחבירו והודיעו שהוא מוליכו למדינה פלונית למכרו שם, ואחר שהוליכו לשם נמצא בו מום, אינו יכול לומר: החזר לי מקחי לכאן, אלא מחזיר לו הדמים והמוכר מטפל להביא ממכרו או למכרו שם; ואפילו אבד או נגנב (אחרי שהודיעו), הרי הוא ברשות מוכר. ואם היה המוכר יודע בממכרו שהיה בו מום, חייב בהוצאות שהוציא הלוקח להוליך אותו למקום פלוני. ואם לא היה יודע שהיה בו מום, פטור מהוצאת ההולכה, ואינו חייב אלא בהוצאת החזרה [ולרמב"ם גם בטיפול בחזרה ודלא כרמ"ה. **סמ"ע** סקנ"ב]. ואם לא הודיע למוכר שמוליכו למדינה אחרת, והוליכו ונמצא בו שם מום, הרי זה ברשות הלוקח עד שיחזיר המקח במומו למוכר".

וכשלא ידע המוכר שיש מום, אע"פ שגם זה בכלל דינא דגרמי, מ"מ היות ולא כיון להזיק פטור, וכן משמע **בביאור הגר"א** (סקל"ה). ועי' **פתחי חושן** (ח"ה פי"ג הערה נג).

במקרה שנגנב המקח בטרם הספיק הלוקח להודיע על המום - **הסמ"ע** (סקנ"א) כתב דנראה בדעת הרמב"ם שהוא ברשות המוכר, דמה היה ללוקח לעשות. אבל **הב"ח והש"ך** (סקי"ז) **ונתיבות** (סק"ט) כתבו שהוא באחריות הלוקח דסו"ס לא הודיע, ע"ש בנתיבות באורך בטעמי דין זה.

וכתב **הנתיבות** (סק"י) דאם ידוע שדרך סחורה זו שקנה להוליכה למקום אחר, או שידוע שהלוקח הוא ממקום אחר ובודאי יוליכו למקומו, הוי כהודיעו, דלא גרע מהמבואר לעיל סעיף י"ג בעשה בו הלוקח מום אחר דכשהוא דבר שדרכו לעשותו פטור, אף שהיזק המום עולה סך רב, ומשמע אפילו לא הודיעו, וה"נ דכוותה. ולכן צ"ל דהכא מיירי בדבר שאין דרכו להוליכו למקום אחר ולא היה לו למוכר להעלות על דעתו שיוליכנו למקום אחר, ולכן חייב להודיעו.[48]

בנידון דידן שהודיעו שהולך לת"א למוכרו שם, המקח ברשות המוכר, ומחזיר לו הדמים והמוכר מטפל בהבאת הרכב בחזרה. וכאן מדובר בפשטות שלא ידע במום, ולכן פטור מהוצאות ההולכה שהוציא הלוקח, אבל חייב בטיפול ובהוצאות החזרה כנ"ל. וגם אם לא הודיעו, לכאורה הוי כסחורה שהדרך להוליכה למקום אחר, שהרי מדובר ברכב שהוא נע ונד בארץ תדיר.

אולם יש להעיר ש**במשפט שלום** למהרש"ם תמה על השו"ע שסתם כהרמ"ה, שמדברי **התוס'** (ב"ב צב ע"א ד"ה זרעוני גינה) משמע דלא ס"ל כהרמ"ה, ולעולם פטור המוכר מלשלם ההוצאות. וגם **הרדב"ז** (ח"א סימן קצז) סתם דלא כהרמ"ה, **ובשו"ת תועפות ראם** (סימן כא) כתב שגם מדברי הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי משמע שאפילו ידע המוכר במום פטור, שהוא גרם לעצמו. וסיים מהרש"ם שהמוכר יכול לומר קים לי. ולפ"ז בכל גוונא פטור מכל ההוצאות [כשהלוקח כבר שילם]. וצ"ע.

סימן רלד

1. המוכר חלב לחברו ואחרי שהלוקח שתה החלב נודע לו שזה היה חלב בהמה טמאה, האם יכול לדרוש בחזרה את הדמים? ומה הדין אם לפני ששתה עירב הלוקח את החלב בששים של היתר אם חייב הלוקח לשלם למוכר דמי החלב, או יכול אף לדרוש החזרת הכסף אם כבר שילם למוכר דמי החלב? האם יש הבדל בהלכות מכירה בין מכר דבר האסור מן התורה לבין דבר האסור מדרבנן, מה ההבדל ומה הסברא בזה? [מה הדין השוחט בכור ומכרו ואכלו הבשר?]

בבכורות לז ע"א תנן: "השוחט את הבכור ונודע שלא הראהו [למומחה, ואסור באכילה מדאו' שהוא בחזקת שאין בו מום] - מה שאכלו אכלו ויחזיר להם הדמים, ומה שלא אכלו הבשר יקבר, ויחזיר את הדמים, וכן השוחט את הפרה ומכרה, ונודע שהיא טרפה - מה שאכלו אכלו, ומה שלא אכלו - הם יחזירו לו את הבשר, והוא יחזיר להם את הדמים. מכרוהו לעובד כוכבים או הטילוהו לכלבים - ישלמו דמי טרפה". ובגמ' שם: "ת"ר: המוכר בשר לחבירו - ונמצא בשר בכור, פירות - ונמצא טבלים, יין ונמצא יין נסך - מה שאכלו אכלו ויחזיר להם את הדמים, ר' שמעון בן אלעזר אומר: דברים שהנפש קצה בהן - יחזיר להן את הדמים, ושאין הנפש קצה בהם - ינכה להם את הדמים, ואלו הן דברים שהנפש קצה בהן: נבילות וטריפות שקצים ורמשים, ואלו הן דברים שאין הנפש קצה בהן: בכורות טבלים ויין נסך. בכור - ולימא ליה מאי אפסדתך? לא צריכא, כגון דזבין ליה ממקום מומא, דא"ל אי לאו דאכלת הוה מחזינא ליה ושרי ניהליה כרבי יהודה. טבלים - הוה מתקיננא להו ואכלנא להו, יין נסך - על ידי תערובת וכרשב"ג, דתנן: יין נסך שנפל לבור - כולו אסור בהנאה, רבן שמעון בן גמליאל אומר ימכר כולו לעובדי כוכבים חוץ מדמי יי"נ שבו".

---

[48] ועפ"ז חידש דאם ראובן חטף חפץ משמעון והוליכו למקום אחר, חייב ראובן להחזיר לו החפץ על הוצאותיו, שהרי מזיק בידים הוא, דהא הכא בשוגג הוליכו ואפילו הכי חייב בהוצאות החזרה, מכל שכן כשעשה במזיד גמור. וע"ע שם.

הרי"ף הביא דין זה בב"ב (מו ע"ב) וכן **הרא"ש** שם (פ"ו סי' ד). וכ"כ **הרמב"ם** (פט"ז מהל' מכירה הי"ב - הי"ג), והוסיף (בהלכה יד): "וכן כל המוכר דבר שאסור לאכלו מן התורה כך הוא דינו, בין שהיה איסורו בכרת בין שהיה איסורו בלאו בלבד, אבל המוכר דבר לחבירו שאיסור אכילתו מדברי סופרים, אם היו הפירות קיימין מחזיר את הפירות ונוטל את דמיו, ואם אכלן אכל ואין המוכר מחזיר לו כלום, וכל איסורי הנייה בין מדברי תורה בין מדבריהם מחזיר את הדמים ואין בהן דין מכירה כלל". וכתב **המ"מ** שאמנם אין ראיה ברורה לחילוק בין דאו' לדרבנן, אבל כל הדוגמאות בש"ס הם של איסורי דאו' או איסורי הנאה של דבריהם כמו יין נסך, ולא של איסורי אכילה דרבנן, ומזה למד הרמב"ם את החילוק הנ"ל [ועי' ירושלמי שביעית פ"ז ה"א חילוק בין דאו' לדרבנן לענין איסור סחורה]. וכתב **הריב"ש** (סי' תצט) שלא מצאנו מי שחלק על הרמב"ם בזה. ועוד כתב, שאם מכר לו מבהמה שלא נבדקה כראוי, הוי כאיסור מדברי סופרים, שהרי הבדיקה היא מדברי סופרים.

כל הדינים הללו נפסקו **בשו"ע**: "**א.** השוחט את הבכור ומכרו, ונודע שלא הראהו למומחה, מה שאכל אכל ויחזיר לו את הדמים, והנשאר מהבשר ביד הלקוחות יקבר, ויחזיר להם את הדמים. **ב.** וכן השוחט פרה ומכרה, ונודע שהיא טרפה, מה שאכלו אכלו ויחזיר להם הדמים, ומה שלא אכלו יחזיר לו הבשר והוא יחזיר לו הדמים. ואם מכרו הלוקחים בשר זה של טריפה לעובד כוכבים, או שהאכילוהו לכלבים, יחשבו עם הטבח על דמי הטרפה, ויחזיר להם הטבח את המותר. וכן דין כל המוכר דבר שאיסור אכילתו מן התורה. **ג.** אבל המוכר לחבירו דבר שאיסור אכילתו מדברי סופרים, אם היו הפירות קיימים מחזיר הפירות ונוטל דמיו, ואם אכלם אכל ואין המוכר מחזיר לו כלום. **הגה:** מכר לו מבהמה שלא נבדקה כראוי, הוי כאיסור מדברי סופרים, שהרי הבדיקה היא מדברי סופרים (ריב"ש). **ד.** כל איסורי הנאה, בין מדברי תורה בין מדברי סופרים, מחזיר את הדמים ואין בהם דין מכירה כלל".

הסמ"ע (סק"ד) ביאר החילוק בין איסור תורה לאיסור מדברי חכמים, דדוקא כאשר הכשיל את חבירו באיסור דאורייתא קנסוהו. ועוד, דאין אכילת האיסור נחשבת לו הנאה, אלא מצטער שעבר על איסור דאורייתא אע"פ שהיה שוגג, משא"כ כאשר אכל איסור דרבנן. **ובנתיבות** (סק"ב) כתב נ"מ בין שני הטעמים, <u>אם עירב הלוקח</u> איסור דאו' בששים בלח בלח ואכל אחר שכבר הותר, דבכה"ג חשיב הנאה שהרי לא עבר באכילתו באיסור דאו', ומ"מ שייך קנס למוכר על שגרם במזיד לבטל האיסור. וע"ע בנתיבות שם.

<u>לענין איסור דרבנן</u> - **בש"ך** (יו"ד סי' קיט סקכ"ד) הקשה על הסמ"ע, דנהי דלא קנסוהו כיון שהוא מדרבנן, מ"מ מדוע לא יחזיר המוכר מה שקיבל יותר מדמי הטריפה שהוא חייב מדינא ולא מצד הקנס? ולכן כתב דהטעם הוא דלא גזרו איסור כדי להוציא ממון, דלענין ממון אוקמוה אדין תורה, והוכיח כן מלשון המגיד משנה, ע"ש. וע"ש **בפרי חדש** (שם סקכ"ד) שחולק ע"ז, ועי' **בשער משפט** כאן (סק"א) שהסכים עם הש"ך. הש"ך שם פסק, דבאיסור דרבנן אפילו המותר משויו א"צ המוכר להחזיר ע"ש. והקשה **הנתיבות** (סק"ג) כיון דהמקח בטל הוי כמזיק או כאוכל שלא במקח, ולמה יצטרך לשלם יותר משויו? ותירץ דבאיסורי תורה צריך כפרה ותשובה גם על שוגג, אבל באיסור דרבנן א"צ שום כפרה וכאילו לא עבר דמי. והוכיח זאת מעירובין (סז ע"ב) "בדרבנן עבדינן עובדא והדר מותבינן תיובתא", ואילו היה נענש על השוגג היאך היה מניחין לו לעבור ולקבל עונש, אלא ודאי דאינו נענש כלל על השוגג באיסור דרבנן והרי הוא להאוכל כאילו אכל כשירה, והרי נהנה כמו מן הכשירה, ומש"ה צריך לשלם כל דמי הנאתו כמו בזה נהנה וזה חסר מועט, דכללא הוא דצריך לשלם כפי מה שנהנה, משא"כ באיסור דאורייתא שמקבל עונש על השוגג וחסרונו גדול מהנאתו.[49]

---

[49] וכבר נכתב ונחתם בספרם של צדיקים, שלדעת הנתיבות איסורי דרבנן הם איסורי גברא ולכן כאשר אינו עובר בשאט נפש במרד ובמעל אין איסור כלל, משא"כ איסורי דאו' החלים על החפצא ולכן גם בשוגג עבר על איסור (ועי' **גיטין** ז ע"א

עולה מדברי הנתיבות, שבאיסור דרבנן אפילו אם לקח בהקפה צריך לשלם לו את מלא שווי המאכל שכן נהנה, וכ״כ **בשער משפט** (שם), והשווה זאת לפסק השו״ע ביו״ד סי׳ שה ס״ד, שאם כתב לכהן שהוא חייב לו ה׳ סלעים בשביל פדיון בנו חייב ליתנם לו ובנו אינו פדוי מדרבנן. מבואר דאף דנתחייב בטעות מ״מ חייב ליתן לו כיון דמה״ת בנו פדוי הוי חיוב מעליא כו׳, וה״ה כשכבר אכל איסור דרבנן הרי נהנה ממנו כמו מבשר כשר וחייב לו כל הדמים שנתחייב לו עבורו כיון שמה״ת היתר הוא לגמרי, עש״ה.

אולם **בשו״ת חתם סופר** (חו״מ סי׳ קפ; מובא **בפת״ש** סק״א) סובר דדוקא אם כבר קיבל המוכר הדמים א״צ להחזיר היתרון כיון דעכ״פ היה צריך לשלם לו דמי טרפה, אבל אם עדיין לא פרע לו, א״צ לשלם אלא דמי טרפה [וסובר כסמ״ע בטעם החילוק בין דאו׳ לדרבנן ודלא כהש״ך]. וכן דעת **הפת״ש** להלכה, שכן נראה פשטא דלישנא דהרמב״ם והשו״ע שכתבו ״ואין המוכר מחזיר לו כלום״, משמע דמיירי שכבר קיבל ממנו דמי כשרה. ובפרט שדעת **הפר״ח** הנ״ל שאפילו אם המוכר כבר קיבל הדמים צריך להחזיר לו המותר שבין כשרה לטרפה [ומה שכתבו שאינו מחזיר לו כלום, היינו במידי שאין חילוק במקח בין כשרה לטרפה כגון גבינה של גויים וכדו׳]. אם כן בודאי דיכול הלוקח לטעון קים לי כהפר״ח והחתם סופר הנ״ל.

2. מי שמכר איסורי הנאה לחבירו והקונה אכלם, האם חייב לשלם? ומה הדין אם הלוקח ערבם עם אוכל שלו ובישלם יחד האם המוכר חייב לשלם על כל התערובת?

ראה בתשובה הקודמת לענין יין נסך, שדינו כאיסור דאורייתא לענין תשלום המוכר כיון שאסור בהנאה, אע״פ שהוא איסור דרבנן [סתם יינם]. **ובנתיבות** (סק״א) כתב שאם הלוקח עירב את האיסור עם כשירות ונטרף מחמת זה שאר בשר, נראה שהמוכר חייב לשלם על כל התערובת, שהרי לדעת רבי מאיר (סנהדרין לג ע״א) דיין שטיהר את הטמא חייב לשלם, **והתוס׳** (שם, וב״ק ק ע״א) **והרא״ש** (סנהדרין פ״ד סי׳ ה) פסקו כר״מ, וכן דעת **הרמ״א** (לעיל סי׳ כה ס״א). והתוס׳ בב״ק שם כתבו שלדעת ר״מ חייב אפילו כשעירבו בעה״ב עם פירותיו. וא״כ ה״נ כאן חייב, שהרי בכאן עשה במזיד. ואפילו לסוברים שפטור בטיהר את הטמא, היינו משום שלא היה לבעל הדין לסמוך עליו כ״כ [ע״ש בש״ך סק״ה אות ב], אבל בנ״ד נראה דחייב לכו״ע, כי מכר לו במזיד בחזקת כשר, ולא היה לקונה שום ספק בדבר ולכן עירבו מתוך שסמך על המוכר, והאחריות כולה מוטלת על המוכר.

סימן רלה

1. קימ״ל קטן מקחו מקח במטלטלין, איך הדין אם נתן הקטן מעות על חפץ וחזר בו או שחזר המוכר האם יש מי שפרע?

בגיטין נב ע״א איתא: נכסי יתומים הרי הם כהקדש ואינם נקנים אלא בכסף. לכן אם משך הלוקח חפץ מהיתומים והתייקר, יכולים היתומים לחזור בהם. אבל אם הוזל לא יוכל לחזור בו, שלא יהא כח הדיוט חמור מהקדש. וכן אם משכו היתומים ונתייקר, לא יוכל המוכר לחזור בו, וגם אם הוזל לא יוכלו לחזור, אע״פ שלפני הנ״ל היה אפשר שיחזרו, וזאת משום שאם יוכלו לחזור לא ירצו הבריות למכור להם אלא

תוד״ה השתא **ובקוב״ש** שם אות ו). וגם נודע שכמה וכמה אחרונים חלקו בזה על הנתיבות (עי׳ **אתוון דאורייתא** כלל י ובספרו **בית האוצר** ח״א כלל קכב; **שדי חמד** כללים מערכת ה אות קח - איסור דרבנן. והרחיב בזה **בשו״ת יביע אומר** ח״א יו״ד סי׳ יד ובהערה שם, ובח״י או״ח סי׳ נה, ע״ש). וכן יש שפירשו דברי הגמ׳ בעירובין שם בענין אחר (עי׳ **בתה״ד** סי׳ מד **ובשו״ת רדב״ז** ח״ד סי׳ אלף צג, **ובשו״ע** יו״ד סי׳ רמב סכ״ב). וגם בדעת הנתיבות עצמו יש שכתבו שאין כוונתו שמותר להכשיל אדם באיסור דרבנן כשאינו יודע שהוא איסור (כפי שהבין **באור שמח** פ״א מהל׳ גירושין הי״ז ולכן חלק עליו בתוקף וכתב שישתקע הדבר ולא יאמר), אלא ודאי שזה אסור גם לדעתו מדין לפני עור (עי׳ **שו״ת מנחת שלמה** ח״א סי׳ מד בענין קניית פירות מחנוני המסתמך על היתר המכירה בשביעית). והדברים עתיקים.

בכסף. ועוד מובא שם שאם נתנו כסף עבור מטלטלין והוזלו, יכולים לחזור כהדיוט, דאל"כ יאמר המוכר נשרפו חיטיך בעליה. ואם קנו מהם בכסף והתייקר החפץ, יוכלו לחזור בהם כהדיוט. ואם הוזלו יכול הקונה לחזור ולקבל מי שפרע, דאל"כ לא יקנו מהם עד שימשכו את המקח עצמו. וכ"כ **השו"ע** בסי' קצט ס"ד. ובסי' רלה ס"ד פסק השו"ע ע"פ **הרמב"ם** פכ"ט מהל' מכירה ה"ח (וכתב המ"מ שם שכן משמעות הגמ'), שהיתומים עצמם אינם מקבלים מי שפרע [במקרה שקנו מהם בכסף ורוצים לחזור בהם], ורק הקונה מהם מקבל עליו מי שפרע. וה"ה לכל קטן.

2. מה דין קטן לבצע קנייה או מכירה של קרקעות או מטלטלין? לתת או לקבל מתנה? לתת או לקבל הלוואה? להיות ערב והגדיל האם חייב לשלם?

מכירת וקניית מטלטלין - תנן **בגיטין** נט ע"א: הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין. ובגמ' שם: "ועד כמה? מחוי רב יהודה לרב יצחק בריה: כבר שית, כבר שב. רב כהנא אמר: כבר שב, כבר תמני. במתניתא תנא: כבר תשע, כבר עשר. ולא פליגי, כל חד וחד לפי חורפיה". וזו תקנה מדרבנן משום כדי חייו כמבואר שם בגמ'. הראשונים נחלקו עד איזה גיל צריך לברר שהוא חריף: **לרמ"ה** עד גיל עשר, ומשם ואילך מסתמא הוא חריף. **והרא"ש** (סי' יט) כתב שמגיל עשר כל שאינו שוטה ממכרו ממכר [וא"צ שיהיה חריף ודלא כהרמ"ה]. **השו"ע** כתב כלשון הרמב"ם שמגיל שש עד שיגדיל בודקים אם הוא חריף ובקי, ומשהגדיל [י"ג לקטן וי"ב לקטנה] המקח חל אפי' שאינו יודע בטיב מו"מ. **והרמ"א** כתב כהרא"ש וטור שמגיל עשר מקחו מקח כל שאינו שוטה. **הסמ"ע** (סק"ג) ביאר שהרמ"ה כהרמב"ם ושהשו"ע פסק כמותם. עוד נחלקו האם יכול למכור יותר מ"כדי חייו" - לדעת **רב האי גאון** אינו יכול, ולדעת **שאר הראשונים** יכול דלא פלוג. וכן הלכה.

סוגי הקניינים בקטן: קנין משיכה ומעות ודין מי שפרע - עיין בתשובה הקודמת. קנין סודר וחצר - **הרמב"ם** (פכ"ט מהל' מכירה ה"ט) כתב דלא מהני כי הקנין נועד לכתיבה, ואין העדים חותמים על שטר של קטן. אבל **הראב"ד** השיג עליו. השו"ע (ס"ו) פסק כרמב"ם. ועי' מ"מ וסמ"ע ונתיבות בביאור דעת הרמב"ם. **הסמ"ע** בסי' צו (סקט"ו; והובא **בנתיבות** כאן סקי"א) כתב טעם אחר דלא מהני סודר בקטן, מדכתיב "שלף איש נעלו" ולא קטן. ועי"ש בנתיבות דלפ"ז בחליפי שוה בשוה הדבר תלוי במחלוקת הראשונים האם בעינן כלי [וכשם שצריך "נעל" כך צריך "איש"], או לא [וא"כ מהני גם בקטן]. קטן אינו קונה גם בקנין חצר. אמנם קטנה היות וריבתה התורה קנין חצר "ונתן בידה" מכל מקום (ב"מ יא ע"א, גיטין עז ע"א), כתבו הרמב"ם והשו"ע שיש בה גם קנין סודר. **והש"ך** (סק"ג) תמה על השוואה זו, ודעתו שלענין קנין סודר דין קטנה כקטן. וכן הוכיח מדברי תוס' והר"ן. **הנתיבות** (סקי"ב) ביאר שיטת הרמב"ם, דכיון דקנין חצר בקטנה הוא מדרבנן כמ"ש התוס' (ב"מ שם ד"ה ילפינן), י"ל דלכל הקנינים עשאוה כגדולה. משא"כ בקטן. מכירת שטר חוב וקנין מסירה - כתב **בתשו' הרא"ש** (כלל פה סי' י) שקטן יכול למכור שט"ח שירש מאביו, דהוי כמטלטלין. וכ"כ **השו"ע** ס"א. אמנם **בשו"ת הריטב"א** (סי' קסה) חולק דלא מהני כי צריך כתיבה ומסירה ומילי נינהו ולא מהני אלא בגדול. **בקצה"ח** (סק"ג) כתב שיש להוכיח **מהרמב"ם** כשיטת הריטב"א, שכתב לענין סודר שעדים אינם כותבים על שטר של קטן. וכן נראה דעת **ר"ת** (ב"ב עו ע"א תוד"ה ספינה) הסובר שמסירה אינה מועילה שלא בפני המוכר, והרי בקטן תמיד הוי כמו שלא בפניו וא"כ לא מועילה אצלו מסירה. להלכה כתב הקצות שאם קדם הקטן וגבה אין מוציאין מידו. אמנם **בנתיבות** (סק"ה) חולק וכתב שקטן יכול למכור שט"ח בכתיבה ומסירה, ולא דמי למש"כ הרמב"ם לענין כתיבת שטר, דדוקא בשטר הצריך עדים אמרינן הכי, אבל בנ"ד אין צורך בעדים. וגם לא דמי לדברי ר"ת, כי לדעתו אין הקפידא שתהיה המסירה בפניו, אלא שתהיה מיד ליד, ולפ"ז בקטן מהני.

אפוטרופוס - **בכתובות** ע ע"א מבואר שאם יש לקטן אפוטרופוס, ממכרו אינו ממכר, שכיון שיש מי שדואג לו, לא שייכא תקנת כדי חייו. **לרמב"ם** (פכ"ט ממכירה ה"ז) ה"ה במתנה דלא מהני, אבל לדעת

ר"ח בשם רב האי גאון, במתנה מועיל. **בשו"ע** ס"ב לא חילק ומשמע כהרמב"ם [וכן הבין הגר"א סקי"ב]. אמנם **מהר"ם אלשיך** (סי' קא; הובא בפת"ש סק"ב) הכריע כשיטת ר"ח, שכן דעת הרבה ראשונים, ע"ש. ועוד כתב שגם לרמב"ם כאשר ברור שרצונו לתת המתנה בלב שלם [כמו בנידון דידיה שנתן לזקנו שהיטיב עמו]. וכן נראה שיודה הרמב"ם במתנת שכ"מ דמהני, שהרי חיילא רק לאחר מיתה [אמנם עי' סי' רנ שיש בזה מחלוקת ראשונים, ע"ש בקצה"ח סק"א] ובאותה שעה כבר אין לו אפוטרופוס. ועוד דלאו בהקנאה תליא מילתא. ועוד דאפוטרופוס אחראי רק על הנאתו ולא על הנאת יורשיו. **הפת"ש** נשאר בצ"ע לדינא. משהגדיל מקחו וממכרו חלים אע"פ שיש לו אפוטרופוס (**ריב"ש** סי' קמא והובא בהגה).

<u>מכירת קרקע</u> - לא מהני עד שיגדיל [קטן בן י"ג וקטנה בת י"ב] ויביא שתי שערות, כמבואר **בב"ב** קנה ע"ב, וכן שיהיה יודע בטיב מו"מ. שו"ע ס"א וס"ח. אמנם קרקע שירש מאבותיו אינו יכול למכור עד שיגיע לגיל עשרים ויביא שתי שערות, שמא ימכור בזול מפני שעוד לא בשלה דעתו וממהר לנטות אחר המעות. וכשהגיע לגיל עשרים והביא שתי שערות מוכר אפי' אינו יודע בטיב מו"מ. שו"ע ס"ט [ודלא כמחמירים (הריטב"א והרא"ה) שהצריכו גם חריף וגם גיל עשרים ושערות, וגם לא כמקילים דסגי בהגדיל והוא חריף, אלא כדעה אמצעית. כתב **בהגהות מרדכי** (ב"ב סי' תרס) שבי"ד יכולים למכור קרקעותיו כדי לפרוע חוב אביו וכיו"ב, וכ"כ **הרמ"א**.

<u>שעבוד קרקע</u> - כתב **הרשב"א בתשובה** (ח"ג סי' קכא) דאע"ג דלא יוכל למכור קרקעותיו, מ"מ יוכל לשעבדן. ואף במכירה שלא עשה כלום, צריך להחזיר המעות שלקח, ואם אין לו, הלוקח גובה ממנו בני חורין, כמעשה דההוא פרדיסא (ב"ב מ ע"ב). והובא **בב"י ובהגה** סט"ו. ועי' **נתיבות** סקי"ט.

<u>קניית קרקע</u> - כתבו **הרמב"ם** (פכ"ט ממכירה הי"א) **והשו"ע** ס"ז: קטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע, תעמוד בידו, לפי שזכין לאדם שלא בפניו. כתב **המ"מ** שמקורו בקידושין מב ע"א שזכין לאדם שלא בפניו מחלוקת הארץ שחילקו גם לקטנים. ואע"פ שנדחה קרו לה שם בגמ', מוכח שהדין עצמו נכון כדאיתא בב"ב קלז ע"א שרב ביבי הקנה דקל לבנו הקטן. **בקצה"ח** (סק"ד) תמה על המ"מ, שהרי בקידושין שם מיירי שמזכין לקטן ואילו בנ"ד הוא עצמו זוכה. והנה **בשו"ת מהרי"ט** (חו"מ סי' כא) ביאר בדעת הרמב"ם דמהני משום דדעת אחרת מקנה. ומציין הקצות דאמנם **התוס'** (גיטין סד ע"ב) כתבו כן, אבל בדברי הרמב"ם מפורש שהוא מדין זכין. ולכן ביאר הקצות דהא גופא דמהני בדע"א מקנה הוא מדין זכין, שהנותן הוא גדול, וזו כוונת הרמב"ם ומובנת ראיית המ"מ מהא דקידושין. וע"ש עוד שהאריך בדין קנין דרבנן אי מהני לדאו' [וכבר הבאנו חלק מדבריו לעיל סי' קצט תשובה 5], והוכיח מהמשנה בשקלים (פ"א מ"ה) "אף על פי שאמרו אין ממשכנין נשים ועבדים וקטנים, אם שקלו מקבלין מידם", והרי פעוטות אין מתנתן מתנה מדאו' אלא מדברי סופרים, והרי מן התורה אינם יכולים למסור לציבור יפה ונמצא קרבן צבור קרב משל יחיד. אלא ע"כ כיון דמדרבנן הוי קנין מדין הפקר בי"ד הפקר מהני נמי לדאורייתא, וכדעת הב"י באה"ע סי' כח דהמקדש במעמ"ש מקודשת מדאו', ודלא כרבינו ירוחם המובא שם. אמנם **הנתיבות** (סקי"ג) כתב לדחות, דהפקר בי"ד הפקר הוא מן התורה רק להפקיר ולא להקנות, ולפ"ז אין ראיה [וכמ"ש במקור חיים סי' תמח סק"ט ובקהלת יעקב אה"ע סי' כח סקי"ג. ומציין שכ"כ בגט פשוט סי' קכ סק"ה. ועי' גם במחנ"א קנין משיכה סי' ב].[50] וע"ע בקצות ובנתיבות שם **ובפת"ש** סק"ד.

כתב **הסמ"ע** (סק"ב, סקי"ב, סקכ"ט) שאם קנה קרקע יכול לחזור בן מן המקח כמו במטלטלין. **ובנתיבות** (סקי"ג) כתב דנראה שמשלם הפירות שאכל.

---

[50] אמנם עי' בגיטין לו ע"ב שהובאו שני מקורות לדין הפקר בי"ד הפקר, ונראה שהמקור הראשון הוא לענין הפקר ("יחרם כל רכושו") והמקור השני לענין הקנאה ("אלה הנחלות") ולכאו' מוכח דשני הדברים מועילים מה"ת. ושו"ר שמפורש כן בחי' הרשב"א שם (ד"ה רבא אמר). וע"ע בחת"ס שם ובשו"ת הגרע"א (מהדו"ק סי' רכא אות ו) בשם בנו הגר"ש, ובחי' רבי נחום גיטין שם. ועי' גם עליות דרבינו יונה ב"ב ק ע"א. וצ"ע.

עוד כתב **הסמ"ע** (סקכ"ט) דלכאורה קטן יוכל לזכות בקרקע ע"י קנין חזקה ללא נתינת מעות, שהרי גם בכה"ג י"ל דזכין לו שלא בפניו. ושוב כתב דאפ"ל דדוקא כשנתן דמים דעתו לקנות, אבל אם טרם נתן לא גמר לקנות דקריבא דעתיה לגבי זוזי.

הלואה - קטן שלוה מאחרים - **לרמ"ה** ע"פ כתובות קז ע"ב [ת"ש כיצד אמרו וכו'] חייב לשלם כשיגדיל, **לרבינו יונה** אינו חייב לשלם, שאם נפרעין ממנו לכשיגדיל יבזבז כל ממונו בקטנותו [והתם בכתובות מיירי בחוב ידוע מהבעל]. **והרא"ש** (כתובות סי' ז) חילק, שאם ידוע שלוה לצורך מזונותיו נפרעין ממנו אפי' כשהוא קטן כמו שתיקנו שקונה מטלטלין משום כדי חייו, כדי שימצא מי שילוה לו בשעת דחקו [**נתיבות** (סקי"ח): ופשוט דה"ה אם מודה כשהגדיל שלוה לצורך מזונות]. אבל אם אין ידוע שלוה לצורך מזונותיו אין מעשיו כלום ואין נפרעין ממנו לכשיגדיל. **בשו"ע** סט"ו הביא את שלש הדעות בסדר הנ"ל. **הטור** בסי' צו הביא רק דעת הרא"ש, וכאן שהוא מקור הדין הביא כל הדעות ודעת הרא"ש באחרונה שכן הלכה [**סמ"ע** סקמ"ג. ומש"כ הסמ"ע דמיירי בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות, תמה ע"ז **הש"ך** סק"ז שזה רחוק מן השכל. ועפ"ת סק"ט בשם **שו"ת רע"א** מהדו"ק סי' קמז שכתב ראי' לסמ"ע ודחאה].

ערבות - כתב **הרמב"ם** (פכ"ו ממכירה הי"א): "קטן שערב את אחרים הורו הגאונים שאינו חייב לשלם כלום אף כשיגדיל וזה שנתן את מעותיו על פי הקטן אבד את מעותיו שאין לקטן דעת כדי לשעבד עצמו בדבר שאינו חייב בו ולא בערבנות ולא בכל כיוצא בזה ודין אמת הוא וכן ראוי לדון". וכתב **הרב המגיד** דלא דמי למתנתו, דהתם מדעת גמר ומקנה ומוציא הדבר מרשותו, אבל ערבות מהני מדין שעבוד כמבואר בב"ב (קעג ע"ב) דכיון דהימניה גמר ומשעבד נפשיה, ואין לקטן דעת כדי לשעבד עצמו בזה. והובא לעיל **בב"י סי' קלב**. ובסי' דידן כתב הב"י דין זה בשם **רבינו ירוחם** [מישרים ני"ט ח"א, וע"ש שג"כ כתב זאת בשם הגאונים. וצ"ע מדוע לא הזכיר הב"י גם כאן שכ"כ הרמב"ם]. וכ"כ **בשו"ע** סט"ז. וכתב **הסמ"ע** (סקמ"ה) שני טעמים לדין זה: א. בקל מתפתה להיות ערב. ב. ואין בו משום תקנת כדי חייו. וטעמים אלה נוספים על טעמו של הרמב"ם והמ"מ. ולענין ערב קבלן ע"ש בסי' קלב בב"י שהביא מחלוקת ראשונים אם חייב לשלם כשיגדיל, ובשו"ע בשני המקומות לא הזכיר כלל דין קבלן, ועי' **בכנה"ג** בסי' דידן (הגב"י אות מב) דמשמע מסתימת השו"ע שגם בקבלן פטור מלשלם, וכן נוטה דעת גדולי תרומה. וסיים הכנה"ג: "ולי נראה דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המוציא מחבירו עליו הראיה".

3. מי שמכר בנכסי אביו ומת ובאו קרוביו וערערו שקטן היה בשעת מכירה ובקשו לבדקו האם שומעים להם? הבא שלושה טעמים לדין זה.

בב"ב קנד ע"א: מעשה בבני ברק באחד שמכר בנכסי אביו ומת ובאו בני משפחה וערערו לומר קטן היה בשעת מיתה ובאו ושאלו את רבי עקיבא מהו לבדקו אמר להם אי אתם רשאים לנוולו ועוד סימנים עשויים להשתנות לאחר מיתה. ומסיק התם בגמרא (קנה ע"א) טעמא אחרינא: מאי קאמרי קטן היה, חזקה אין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה גדול. הרמב"ם (פכ"ט ממכירה הט"ז) כתב את שלושת הטעמים, והטור כאן כתב רק את הטעם האחרון.

בשו"ע הובא דין זה בלי טעם והרמ"א הביא את שלושת הטעמים: "מי שמכר, בין בנכסיו בין בנכסי אביו, ומת, ובאו קרוביו וערערו לומר שקטן היה בשעת המכר ובקשו לבדקו, אין שומעין להם. **הגה**: דחזקה אין עדים חותמין על השטר אלא אם כן יודעים שהמוכר נעשה גדול (טור), ועוד דסימנים עשויין להשתנות, ועוד דאין מנוולין את המת (שם ברמב"ם)". ועי' **בנתיבות** (סקט"ו) שביאר מדוע צריך את כל הטעמים.[51]

[51] כתב שם שהב"י הקשה למה לי כל שלושת הטעמים. ולא מצאתי כן בב"י [רק ציין שהרמב"ם כתב כולם והטור לא].

[ועי׳ בפת״ש יו״ד סי׳ שסג סק״ז שהביא מהפוסקים שדנו האם מותר לפתוח קבר להתרת עגונה ע״פ גמרא זו, ועי׳ בשו״ת מהרי״ל דיסקין סי׳ לא. וכן פוסקי זמננו דנו אם מותר להוציא קוצב לב מן המת לצורך החיים, עיין בנשמת אברהם כאן וכן בשו״ת יבי״א (ח״י יו״ד סי׳ נ) שהעלה להתיר וכמ״ש האג״מ והצי״א והגרשז״א, ודלא כמנח״י שאסר, ע״ש].

4. מה הדין קטן שלוה כסף או הזיק או גנב או חבל האם חייב לשלם כשיגדיל?

לוה כסף - עיין לעיל תשובה 2.

הזיק, גנב, חבל - תנן **בב״ק** פז ע״א חש״ו פגיעתן רעה, החובל בהן חייב והם שחבלו באחרים פטורים. העבד והאשה פגיעתן רעה, החובל בהם חייב והם שחבלו באחרים פטורין, אבל משלמין לאחר זמן.

ועי׳ **בהגה״א** (ב״ק פ״ח סי׳ ט) שכתב בשם אור זרוע שהקטן חייב לשלם כשיגדיל וכן פרש״י לקמן בהגוזל עצים כפייה רפרם לרב אשי ששרף שטר חבירו בילדותו ואגבי מיניה גוביינא מעלייתא וכן משמע לעיל (לט ע״ב) דקאמר רבי יוסי בר׳ חנינא מעליית אפוטרופוס וחוזרים ונפרעים מיתמי לכי גדלי וכ״ש היכא דאזקי נפשייהו. וע״ש **בתפארת שמואל** (אות ב) שחולק ע״ז, שבכתובות פ׳ הכותב פרש״י בענין אחר שהיה רב אשי מדקדק עמו וכפייה והקיפו בראיות עד שהסכים עמו ע״ש וכן עיקר, וכן מוכח מפ׳ הגוזל דף קיב ע״א גבי קטנים מי מחייבי וכן פסק רש״ל. ע״כ.

להלכה דעת **הרמב״ם** (פ״ד מהל׳ חובל ומזיק ה״כ) כפשט המשנה שפטור מלשלם אף כשהגדיל [ושאני מעבד ואשה ש״משלמים לאחר זמן״, דהיינו כשהאשה תתאלמן או תתגרש, וכשהעבד ישתחרר]. וכ״כ הרמב״ם לגבי גניבה (פ״א מהל׳ גניבה ה״א). וכ״כ **השו״ע** בסי׳ שמט ס״ג לענין גניבה [אא״כ הדבר שגנב בעין, שמחזירו לבעליו], ובסי׳ תכד ס״ח לענין חבלה [ונזק].

אמנם כתבו הרמב״ם (הל׳ גניבה שם ה״י) ובשו״ע (סי׳ שמט ס״ה) שראוי לבית דין להכות הקטנים כפי כח הקטן על הגניבה, כדי שלא יהיו רגילים בה. וכן אם הזיקו שאר נזקים.

בשו״ת שבו״י (ח״א סי׳ קעז; מובא בפת״ש סי׳ שמט סק״ב) כתב דדוקא אם איבד ממון פטור, אבל אם נהנה מהממון ודאי חייב לשלם, וכמבואר בסי׳ רלה סט״ו לענין הלואה ובסמ״ע סקמ״ג [הובא לעיל תשובה 2]. ועוד כתב דאפי׳ מה שהזיק והלך לאיבוד, אם רוצה לצאת ידי שמים חייב לשלם, כמובא **באו״ח סי׳ שמג** בהגה ע״פ **תה״ד** (סי׳ סב) שקטן שעבר עבירה בקטנותו צריך לעשות תשובה כשיגדיל, ובין אדם לחבירו עיקר התשובה לפייס חבירו ולשלם היזקו, אלא שאין כופין על זה בדיני אדם [וכתב דאע״פ שבתשובת **בית יעקב** (סי׳ ג) השיג על תה״ד והרמ״א שם, דבריו דחויים]. ומ״מ לא חייב לשלם הכל אלא ״איזה דבר לתשובה״ כלשון הרמ״א שם, ועל כן המוחל לא יהיה אכזרי ויפויס במה דיפייס משום תקנת השבים כאלו שרוצים לצאת ידי שמים. **ובספר חסידים** (סי׳ תרצב) משמע שחייב לשלם הכל כשהגדיל, ואולי ממדת חסידות קאמר, או שהיה ממון הגניבה תחת ידו. עכ״ד השבו״י.

ע״ע בדיני זכייה לקטן - בסימן רמג תשובה 1.

סימן רלז

1. עני המהפך בחררה: א. פרט דין זה במכר, מתנה, הפקר, הקדש, קרקעות ומטלטלין?

בגמ׳ **קידושין** נט ע״א: ״רב גידל הוה מהפיך בההיא ארעא, אזל רבי אבא זבנה, אזל רב גידל קבליה לרבי זירא, אזל רבי זירא וקבליה לרב יצחק נפחא, אמר ליה: המתן עד שיעלה אצלנו לרגל. כי סליק, אשכחיה, אמר ליה: עני מהפך בחררה ובא אחר ונטלה הימנו, מאי? אמר ליה: נקרא רשע. ואלא מר מאי טעמא

עבד הכי? א"ל: לא הוה ידענא. השתא נמי ניתבה ניהליה מר! א"ל: זבוני לא מזבנינא לה, דארעא קמייתא היא ולא מסמנא מילתא, אי בעי במתנה נישקליה. רב גידל לא נחית לה, דכתיב: ושונא מתנות יחיה, רבי אבא לא נחית לה, משום דהפיך בה רב גידל. לא מר נחית לה, ולא מר נחית לה, ומיתקריא ארעא דרבנן". ודין זה בין בקרקע בין במטלטלין [שהרי עובדא דרב גידל היתה בקרקע, והדין נאמר על חררה שהיא מטלטלין].

רק במכר ושכירות או גם במציאה והפקר - פירש **רש"י**: עני המהפך בחררה מחזר אחריה לזכות בה מן ההפקר או שיתננה לו בעל הבית. מבואר שדין זה אינו רק במכר ושכירות אלא גם במציאה והפקר. אולם **רבינו תם** (מובא בתוס' ד"ה עני, ובפסקי הרא"ש סי' ב) הקשה על רש"י מהא דתנן במסכת פאה (פ"ד מ"ג) נפל לו עליה פירש טליתו עליה מעבירין אותו ממנו, משמע דאותו שנטלה לא מיקרי רשע, ולכן נראה לר"ת דבהפקר ומציאה לא נקרא רשע לפי שאינם מצויים בכל מקום וכל הזריז לקדום ולזכות בה מותר, ודוקא במכר או שכירות שיכול למצוא לקנות או להשתכר במקום אחר נקרא רשע. וכ"כ **הטור**. וכ"כ **המרדכי** (ב"מ סי' רלה) בשם **מהר"ם** (ד"ק סי' רעו) לענין היפוך בקרקע על המצר דהוי כמציאה ואינו נקרא רשע. **ורמב"ן** (ב"ב נד ע"ב, מובא בר"ן ב"מ כד ע"א מדפה"ר) סובר כרש"י, ותירץ הקושיא ממסכת פאה, דהתם היינו טעמא שלא הוא בלבד מחזר אחריה, שהרי כל העניים מהפכים כמותו אחר הפאות. ומכל מקום כתב שעשיר המהפך בחררה של הפקר או מציאה ובא אחר ונטלה ממנו אינו נקרא רשע, לפי שהעשיר מצוי לו לחם בביתו או ליקח משכניו. ואע"ג דבעובדא דרב גידל מוכח דה"ה בעשיר, הני מילי דוקא במכר דאין קרקעות מצויים ליקח.

בשו"ע (ס"א) הובא בסתם דין עני המהפך במכר ובשכירות, ולגבי הפקר כתב שיש אומרים דאינו נקרא רשע (ר"ת), ויש אומרים דלא שנא (רש"י ורמב"ן). לכאורה דעתו להכריע כשיטה אחרונה, דהלכה כי"א בתרא. אמנם ראה בתשובה הבאה בדין מלמד, שנראה שפסק כר"ת [והכלל הנ"ל דהלכה כיש בתרא הוא רק היכא שלא גילה דעתו בהיפך]. גם **הרמ"א** כתב שהלכה כסברא ראשונה, והביא את דברי המרדכי לענין קרקע על המצר דהוי כמציאה ואינו נקרא רשע. וכן הביא את דברי הרמב"ן, שאפי' לשיטה שנקרא רשע גם בהפקר, היינו דוקא בעני אבל לא בעשיר, אא"כ הדבר שאינו מצוי דאז אפילו בעשיר מקרי רשע. ועי' **סמ"ע** סי' רסח סק"ט שגם דעת **ראבי"ה** כר"ת, וכ"פ **בשו"ע הרב** (הל' השגת גבול ס"י), אלא שכתב שבעל נפש יחמיר לעצמו. וכ"כ **בשו"ת אגרות משה** (אה"ע ח"א סי' צא - בענין עני המהפך בשידוכים).

קודם פיסוק דמים - כתב **המרדכי** (ב"ב סי' תקנא) בשם **מהר"ם** (ד"ק סי' רעז) דלא מיקרי מהפך בחררה אלא היכא דגמרו הפיסוק כבר הלוקח והמוכר ונתרצו זה לזה ולא היו חסרים רק הקנין והלך זה וקנאה או באותם דמים או הוסיף דמים אז נקרא רשע, אבל אם המוכר אינו רוצה למכרה בכך והלך אחר וקנאה לאו רשע הוא. וכ"כ **הרמ"א**. אמנם **בפרישה** כתב שגם כאשר לא היה פיסוק דמים נוהגים לפסוק דהוי הסגת גבול. ושוב כתב לחלק, שאם יש כבר דין ודברים על פיסוק הדמים - הוי הסגת גבול, אבל אם צד אחד מתעקש על עמדתו ובא אחר וקנה, לא הוי הסגת גבול [הובא בפת"ש סק"ג, ותמה למה לא כתב זאת בסמ"ע].

מכר בזול - הוסיף הרמ"א שם בשם **תשו' מהרד"ך** (בית כז): "וכן אם קונה דבר אחד ובא חבירו ויוכל לקנותו בזול שאינו מוצא לקנותו כך במקום אחר, הוי כמו מציאה ויכול לקנותו כל זמן שלא זכה בו הקונה". אמנם **הש"ך** (סק"ג) ציין **שהרמב"ן** בחידושיו לב"ב שם כתב שבמכר אין לחלק, ואפי' אם הוא בזול נקרא רשע. וכתב **בערוה"ש** (ס"א) שכן עיקר, ע"ש.

חרם רגמ"ה - הרמ"א הביא ש"יש מי שכתב" [והוא **מהר"ם פאדובה** סי' מא], שיש חרם ר"ג שלא להסיג גבול בשכירות בתים מן גויים, והוא הדין במקום שנהגו לשכור ההלואה מן העובד כוכבים. ועי' **נה"מ** (סק"א) **וחי' רע"א**. ועי' **בפת"ש** (סק"ד) **שבתשו' חת"ס** (חו"מ סי' קד) כתב דמלשון רמ"א "יש מי שכתב"

נראה דלא ברירא ליה האם יש חרם כזה, אולם בתקנות רגמ"ה שבסוף שו"ת מהר"ם (דפוס פראג) כתב להדיא תקנה שלא לשכור בית גוי שדר בו ישראל עד מלאת לו שנה אחר שיצא ישראל מהבית [וכ"כ בתשו' מהר"ם מינץ סי' קב אות סה, ובהגרע"א ציין שכ"כ בכלבו סי' קטז]. וא"כ הדברים נכונים, אלא נראה שהרמ"א התכוון לסיפא "ה"ה במקום שנהגו לשכור ההלואה" - שזו סברת מהר"ם פאדובה מדנפשיה, ובזה יש לפקפק. וע"ש עוד בענין החרם.

גדר נקרא רשע - כאשר נקרא רשע מכריזים עליו בבית הכנסת (**סמ"ע** סק"א). **בפת"ש** (סק"ב) הביא מספר **ארעא דרבנן** (אות תצט) שהסתפק אם נקרא רשע מד"ת או מד"ס, ומוכח מדיני עדות (סי' לד ס"ד בהגה) שהמגביה יד על חברו להכותו פסול מדרבנן, משמע שגם מד"ס יש דין "רשע". אמנם תמה עליו הפת"ש שהרי הסמ"ע (שם סק"ז) כתב שהוא איסור דאו' אך אין בו מלקות ולכן פסול רק מדרבנן, וא"כ אין ראיה. **ובתשובת מהרי"ט** (ח"א בחידושיו על הרי"ף פ"ג דקדושין) מבואר דנקרא רשע מדברי קבלה. וכ"כ **בתשו' חת"ס** (חו"מ סי' עט).

ב. באופן שעבר איסור האם חייב להחזיר המקח?

כתב **בבני חיי** (מובא בבאה"ט סק"ו): דעת **ר"ת** (מובא בחי' הריטב"א קידושין שם), דכל מקום שאמרו חכמים דנקרא רשע מחייבין אותו להחזיר המקח. **והריטב"א** חולק, דאע"פ שנקרא רשע אין מחייבין אותו להחזיר כלום. **ובפת"ש** (סק"ב) הביא שכ"כ **הנ"י** (ב"ב כט ע"א מדפה"ר) בשם האחרונים דלא כר"ת. וכ"כ **מהרי"ק** (סוף שורש קלב), **ומהרש"ל** בתשו' (סי' לו), ותמה אם יצא דבר זה מפי ר"ת ז"ל. וכן הסכים בתשובת **משאת בנימין** (סי' כז) ובשו"ת **חמדת שלמה** (חו"מ סי' ד), וכתב דאפשר יש ביד ב"ד לענשו עונש אחר דרך קנס כדי שלא יעשה כזאת, אבל המקח קנה לגמרי כו'. וכתב עוד דבשוגג דלא ידע פשוט דאין עליו שום דין כלל, ומה שאמר ר' יצחק לר' אבא [שהיה שוגג] בקידושין שם "השתא נמי ניתבה ניהליה מר", הוא רק למדת חסידות [ובספר **משפטיך ליעקב** ח"ב זכורני שהאריך בזה, במאמר בדין קבלן שסגר עם ראובן בשעה ששמעון היפך בקרקע עם המתווך].

ועוד כתב החמד"ש שיש להסתפק האם בהחזרת המקח מתוקן מעשה הרשע שעשה [במזיד], דשמא דמי להא דב"מ כו ע"ב "נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה עובר בכולן וכו' מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה", וכמבואר בסי' רנט ס"א דכל היכא דאין בו דין חזרה אין האיסור מתוקן בהחזרה, אם לא שעושה כן דרך תשובה וחרטה, אבל אם אינו עושה כן רק להנצל מן ההכלמה שיכריזו עליו ברבים אין בזה די השב כיון שלא ניתן להשבון ומתנה בעלמא הוא דיהיב.

ג. האם דין זה נאמר גם בשכירות?

כן, כפי שנתבאר לעיל בסעיף א. אמנם בשכירות מלמד הדין שונה כדלקמן תשובה 2.

2. אדם שיש לו מוסד חינוכי פרטי שיש בו צוות עובדים בהוראה ובתחזוקה, האם רשאי חברו למשוך עובדים ממנו באיזה שהיא טענה? האם חברת הייטק רשאית להציע לפועלים העובדים בחברה אחרת לעבוד אצלם?

כתבו **התוספות** (קידושין שם) על דברי רבינו תם [שדין עני המהפך אינו במציאה והפקר]: "מכאן נראה למהר"ר יצחק שאסור למלמד להשכיר עצמו לבעל הבית שיש לו מלמד אחר כל זמן שהמלמד בביתו, שמאחר שהוא שכור שם ילך המלמד במקום אחר להשתכר שם, אם לא שיאמר בעל הבית דאין רצונו לעכב המלמד שלו. אבל אם שכר בעל הבית מלמד אחר יכול בעל הבית אחר לשכור אותו מלמד עצמו ואינו יכול לומר לו הבעל הבית [הראשון] לך ושכור מלמד אחר, דנימא ליה [השני] אין רצוני אלא לזה שהרי כמדומה לי שזה ילמד בני יפה ממלמד אחר". וכ"פ **השו"ע** (ס"ב). וביאר **הסמ"ע** (סק"ח) דאינו

דומה לשכירות בתים או כלים, דהתם כולם שוין הן, משא״כ בהסברת הלימוד ועיונו אין מלמדים שוין וה״ל כדבר שאינו מצוי. מוכח מכאן שהשו״ע פסק כר״ת שבדבר שאינו מצוי כמציאה והפקר אינו נקרא רשע. וכ״כ **הנתיבות** (סק״ב) בדעתו השו״ע.

אמנם **בערוה״ש** (ס״ה) כתב שבמלמד אין שייך דין מהפך בחררה דאין זה דבר שבממון אלא דבר מצוה ודלא כהסמ״ע שכתב שהטעם הוא משום דהוי דבר שאינו מצוי. עכ״ד. ולפ״ז אין הוכחה שהשו״ע פסק כר״ת, וממילא לדבריו נראה שפסק כרש״י שהביא ביש אומרים בתרא בסעיף א.

וכתב **בהגרע״א** בשם **מהרש״ל** בתשו׳ (סי׳ לה) דהיינו היכא שהמלמד לא נשתכר לבעה״ב אלא לשכיר יום או יומיים ולא עשה עמו עת קצוב עד כמה ימים. אבל אם שכרו הבעה״ב לזמן קצוב והקדים זה קודם כלות הזמן והשכיר עצמו לבעה״ב, אינו בכלל עני המהפך. זולת במלמד ששכרו בעה״ב על הישוב במקום שלא נמצא מלמדים וחבורת אנשים, דמסתמא דעת המלמד אינה על זמן אחד אלא על כמה ימים. ועי׳ **בשו״ע הרב** (הל׳ השגת גבול סי״ג) שלא פסק כן. ועי׳ **פתח״ח** (ח״ד פ״ז הערה מז).

אמנם אם עשה בעה״ב הראשון קנין עם המלמד, כתב **הנתיבות** (חידושים סק״ה) דודאי שאין מועילה חזרה. והוסיף **בערוה״ש** (שם) דאסור לאחר לשכרו דהוא כקנוי לראשון, ואין זה קנין דברים דהמלמד הקנה לו גופו.

נמצא שאם עשו קנין א״א למשוך עובדים. ואם לא עשו קנין, נראה שיש לחלק בין עובדי תחזוקה או הייטק שאפשר למצוא כמותם וא״כ לא דמי למציאה, לבין עובדי הוראה שיש בהם ייחודיות ״בהסברת הלימוד ועיונו״ כלשון הסמ״ע וא״כ א״א למצוא כמותם והוי כמציאה. אכן יש לדון שאולי גם בשאר אנשי מקצוע יש ייחודיות. ומלשון הפוסקים שכתבו כן דוקא במלמד ולא בשאר בעלי אומנויות משמע שיש לחלק. ובפרט לפ״ד הערוה״ש הנ״ל שדוקא בדבר מצוה אין דין עני המהפך.

סימן רלח

1. מתי כותבין שטר למוכר בלעדי הקונה?

הסוגיא **בב״ב** (קסז ע״ב) ״כותבין שטר למוכר אע״פ שאין לוקח עמו, ואין כותבים ללוקח עד שיהא מוכר עמו. והלוקח נותן שכר״. **ובב״מ** (יב ע״ב) הקשו, שאם יכתבו את השטר ללא הקונה עלול להיות שטר מוקדם, שיגבה על ידו מן הלקוחות שלא כדין? רב אסי ביאר שדין זה הוא בשטרי אקנייתא, היינו שמתחייב גם קודם ההלואה. ואביי אמר עדיו בחתומיו זכין לו, כלומר שהעדים יוצרים שעבוד בכתיבת השטר ולכן יכול לגבות מן הלקוחות. **הרי״ף** פסק כרב אסי דדוקא בשטרי מכר, **והרא״ש** פסק כאביי. **השו״ע** פסק כדעת הרי״ף (גם לעיל סי׳ לט וכאן בסי׳ דידן).

ונאמרו שלוש שיטות:

א. **ר״י מיגאש** (ב״ב שם): הא דכותבים שטר מוקדם ללא הקונה היינו כאשר מעידין על עצמו שכבר קיבל הדמים מיד הלוקח שאין כאן חובה על הלוקח שיהא צריך להיות מדעתו, אבל אם לא העידו על עצמו שקבל הדמים אין כותבים אלא מדעת הלוקח דשמא אינו רוצה לקבל אותה לקיחה. **הטור** הביא שיטת ר״י מיגאש וכתב על זה: ״הילכך אם טעו עדים וכתבו שטר מכירה למוכר בלי קבול דמים, כשיתבענו לדין ליתן הדמים צריך להביא ראיה שמכירה זו היתה מדעתו״. **הנתיבות** כתב שזו גם דעת **הרמב״ם**, וס״ל דהשטר הוי רק כעין תנאי במקח, וזוכה משעה ראשונה ע״י נתינת המעות [ודלא כ**הש״ך** שכתב שלדעת הרמב״ם דוקא בהלואה בעינן שטרי אקנייתא, אבל במכר אין צורך].

ב. **רמ"ה**: אפי' העיד על עצמו שקבל המעות, אם משמע מתוך השטר שהמקח הוא מדעת שניהם אין כותבין ללא הלוקח, שהם מעידין שהלוקח חפץ במקח ופעמים לא ניחא ליה ללוקח בהכי דליפוק עליה קלא דאית ליה מאי דלית ליה דילמא גרים ליה האי קלא הפסד מאנפא אחרינא.

ג. **רמב"ן**: כותבין ללא הלוקח אפי' לא העיד המוכר על עצמו שקבל המעות, שכתיבת השטר אינה מחייבת הלוקח ליתן מעות שלא מדעתו, ופשיטא שיוכל לומר שלא מדעתו נכתב השטר. וכתב **הטור**: ומסתברא שאם העיד על עצמו שקבל הכסף מן הלוקח וקנה בכסף או בחזקה או בחליפין כותבין אפילו בלא שטרי הקנאה, שאין שטר זה אלא לראיה שהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים ולקנוניא ליכא למיחש שהרי נכסים שלו הם ומה שירצה יעשה בהם מהיום ואילך והיינו שטרי הודאה ולא שייך בהו קנין כלל.

בשו"ע (ס"ג) הובאו שלוש השיטות בשם "יש מי שאומר". וע"ע לעיל סי' לט ובמפרשים שם.

הלכות מתנה

סימן רמא

1. א. מה הדין אם מחל לחברו על חוב שהיה לו אצלו ואח"כ חזר בו, האם מועילה המחילה?

מחל לחברו חוב שיש לו עליו, הרי זו מתנה הנקנית בדברים בלבד. **שו"ע** (ס"ב) ע"פ **הרמב"ם** וסוגיות הש"ס (קידושין טז ע"א, ב"מ קיב ע"א, כתובות קד ע"א). וגם אם חזר בו החוב נמחל. וכתב **הרמ"א** בשם **רא"ש ומהרי"ק** (שורש צד), שאם מדובר במעות מהני בלשון מחילה, אבל אם מדובר בחפץ לא מהני. ועי' **בקצה"ח** (סק"ג) שהביא את ראיות מהרי"ק, והסכים עמו לדינא אך חלק עליו במש"כ שעבד הוי מוחזק בעצמו.

ב. ומה הדין אם היה מלוה בשטר או שהיה המלוה תפוס במשכון ומחל לו על ההלואה ולא החזיר לו את השטר או המשכון?

במרדכי (סנהדרין סי' תרפא) כתב שאפי' אם היה שטר או משכון עליו, מחילתו מחילה בדברים בעלמא, ובראייתו מקידושין (טז ע"א) "לימא ליה באפי תרי זיל, ש"מ ע"ע גופו קנוי", משמע דאי לאו דגופו קנוי היתה מועילה מחילה אע"פ דהו"ל משכון. **ובעיטור** (אות מ, מחילה) הביא שיש לענין שטר מחלוקת בירושלמי (גיטין פ"ה ה"ה) ופסק לקולא דמהני מחילה. וכ"כ **הרמ"א** (ס"ב). **והש"ך** (סק"ד) כתב דהוי ספיקא דדינא [לכאורה כוונתו רק לענין שטר, שרק בזה יש מח' בירושלמי, אבל **בנתיבות** (סק"א) משמע דקאי גם על משכון]. וע"ע לעיל סי' יב, שדעת רבינו ישעיה המובא בטור דלא מהני מחילה בחוב בשטר, וכן נקט הב"ח שם להלכה, ועי' ש"ך שם.

ובקצה"ח (סק"ב) הביא **שהרשב"א והריטב"א** (קידושין ח ע"ב) כתבו דלא מהני מחילה במשכון. וביאר שהמחלוקת תלויה בשאלה האם משכון נמכר בלא כתיבה ומסירה, וכתב להלכה שקשה להוציא מיד המוחזק (המלוה המוחזק במשכון) נגד הרשב"א והריטב"א. [ואע"ג דקי"ל המוכר שט"ח ומחלו מחול, היינו משום שלא מכר שעבוה"ג, עי' סי' סו בשיטת ר"ת]. ולענין ראיית המרדכי מקידושין שם, דחה הקצות דהתם בע"ע אי לאו דגופו קנוי היתה מועילה מחילה כי הרי הוא כמשכון שאינו נמצא בביתו וברשותו, אלא כלווה המייחד משכון בביתו, אבל במשכון הנמצא תחת יד המלוה לא מהני מחילה. עכ"ד. ויש לציין **שהר"ן** בחידושיו לגיטין (לז ע"א; עי' **בהגרע"א** שרמז לדבריו) הוכיח מהגמ' דקידושין הנ"ל בדיוק להיפך מהמרדכי, דכל דבר שגופו קנוי לא מהניא ביה מחילה. ואזיל בשיטת הרשב"א והריטב"א.

ובנתיבות (סק״א) כתב ע״פ דבריו לעיל (סי׳ סו סקי״ב) דמהני מחילה רק לענין שלא יהיה יכול לגבות מהמשכון, שיכול למחול על שעבוד הגוף, וכיון שנמחל ממילא אינו יכול לגבות, אבל לא יוכל לתובעו להחזיר גוף המשכון דלזה בעי קנין. וכן לענין שטר, אף לסוברים דלא מהני מחילה, מ״מ אינו יכול לתובעו, דשעבוה״ג ממילא נפקע, אלא שיכול להחזיר בשט״ח עד שיפרע לו, דבזה ל״מ מחילה.

ג. ומה הדין קנה מחברו חפץ ועשה קנין המועיל ואח״כ נתחרט וחזר בו מהקניה, והמוכר מחל לו והסכים לבטל הקניה, ואח״כ החפץ נגנב או אבד קודם שהגיע ליד המוכר, האם מועילה מחילתו של המוכר והקונה פטור?

מבואר בסי׳ קפט ובר״ס קצה ובר״ס רמא שלאחר שנגמר הדבר בקנין ובאופן הראוי, אין שום אחד יכול לחזור אפילו לא היו עדים בדבר, ואין המקח מתבטל אפילו כשמוחלים זה לזה הקנין, אלא צריכים לחזור ולהקנות בקנין המועיל, ואין מתנה בשטר מתבטלת ע״י החזרת השטר. ועי׳ מקורות לזה בכתובות פג ע״א ״האומר לחברו דין ודברים״ וכו׳, גיטין לב ע״א ועוד. **בערך ש״י** סי׳ קפט כתב שאם עשה הלוקח קנין ולא נתן המעות ומחל לו המוכר שאינו צריך ליקח המקח, מהני מחילתו, שאין עליו אלא חוב ממון, אבל הלוקח יכול לתבוע קיום המקח.

כתב **הרשב״א בתשובה** (שו״ת החדשות מכת״י, סי׳ שכא) שבמטלטלין אם מחל על מה שיטול מנכסיו יכול לחזור בו קודם שיטול, אבל לאחר שנטל לא מהני מחילה. ואילו בקרקע מהני אפי׳ אחר שירד לקרקע, דבחזקת בעליה עומדת. והובא **בב״י** סי׳ רמא וכ״פ **בשו״ע** ס״ג.

ובסמ״ע (סק״י) כתב דלא שייך לשון מחילה אלא על דבר שאינו בעין, ולכן ביאר שהכוונה שאמר לו בלשון המועיל ולא בלשון מחילה. אמנם **הש״ך** (סק״ה, מימי חורפו) ביאר דמהני בלשון מחילה דדוקא מחילה על תביעה הויא מחילה [שמחל על מה שיטול מנכסיו, שבזה יכול לחזור בו קודם שיטול], אבל כשיש לו חפץ לא שייך לומר ״מחול לך״ דאין לו תביעה עליו. ועוד, דכאן מירי שלא ידע מה הם אותם נכסים. **והנתיבות** (סק״ד) תמה דא״כ גם בגוזל חפץ או בפיקדון יועיל לשון מחילה, שהרי יש לו תביעה עליו? וגם מ״ש שאינו יודע מה יטול קשה, דמ״מ כשנטל אח״כ חפץ מדוע יקנה אותו? ולכן ביאר דמהני מדין אחר, כמו דמהני תפיסה בדשלב״ל (ב״מ סו ע״ב, וע״ל סי׳ רט), דהקנין בא לו עכשיו במה שנתרצה לו ואיכא אומדנא דמוכח שנתן לו במתנה, וה״ה כשלא מועילה מחילה מחמת שהוא לשון גרוע, מ״מ כשמאפשר לו ליטול הרי מקנה לו עכשיו באופן המועיל. וע״ע **בחכמת שלמה** שכתב כן בקצרה, דכיון שלא חזר בו עד שכבר נטלה הרי הוא תפוס ולכן מהני מחילה. וגם **בביאור הגר״א** (סקי״ב) רמז לזה. ובאמת לענ״ד הדברים מפורשים בשו״ת הרשב״א שהוא מקור דין זה, ע״ש. [ועי׳ **בכסף הקדשים** שאולי הש״ך לא כתב דבריו להלכה, שהרי ציינו שכתב זאת בימי חורפו, ומאידך הובא לדפוס ע״י חתנו וחזקה על חבר וכו׳, וע״ש עוד].

ד. ומה הדין בשכר או שאל חפץ מחברו ועשה קנין המועיל לשכירות או לשאלה, ואח״כ התחרט השוכר או השואל וחזר בו מהשכירות או מהשאלה, והבעלים מחל לו והסכים לבטל את השכירות או השאלה והחפץ נגנב או אבד לפני שהגיע לידי הבעלים, האם מועילה המחילה והשוכר או השואל פטורים?

חיוב השוכר או השואל באחריות - **בב״מ** צט ע״א אמר רב הונא השואל קרדום מחבירו בקע בו קנאו ולא מצי משאיל למהדר לא בקע בו לא קנאו ומצי משאיל הדר ביה, ופליגא דרבי אלעזר דאמר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים. ע״כ. ושיטת **התוס׳** (שם ד״ה כך תקנו) **והרא״ש** (סי׳ טו) דמשיכה קובעת רק לענין חזרת המשאיל, אבל לענין אחריות השמירה - משעה שנסתלק הבעלים חייב לשמור. אולם **הרמב״ם** (פ״ב משכירות ה״ח) חולק וסובר דמשיכה קובעת בין לחזרת המשכיר ובין לאחריות השמירה. עיין בטור סי׳ רצא וסי׳ שמ ובב״י סי׳ שז. **בשו״ע** סי׳ שז ס״ב הביא בסתם דעת

הרמב"ם ובשם י"א דעת התוס' והרא"ש: "יכולין המשכיר והשוכר לחזור בהם, עד שימשוך או שיעשה אחד מדרכי הקנין. וכן אינו מתחייב בגניבה ואבידה, עד שיעשה אחד מדרכי הקנייה. ויש אומרים שמשסילק הבעל שמירתו מעליה מדעת השומר, נתחייב בשמירתה".

ובקצה"ח (סק"א) ביאר שיטת התוס' והרא"ש דהו"ל דין פועל דמשהתחילו במלאכה הוי להו קנין וכמבואר ריש פרק האומנין (עו ע"ב) ובטור ושו"ע סי' שלג (ס"ד). והנה בנימוקי יוסף (ב"מ נז ע"א בדפי הרי"ף) כתב דאית דמפרשי דהא דתיקנו משיכה בשומרין היינו דוקא בשואל ושוכר דקנו גוף הדבר לדידהו מהני משיכה, אבל בשומר חנם ושומר שכר לא מהני משיכה כיון דלא קנו גוף הדבר. והרמב"ן סובר דמהני משיכה משום דהו"ל משיכה כמו התחילו במלאכה דהוי קנין אצל הפועלים ומש"ה בשומר חנם ושומר שכר מהני משיכה ע"ש. והקשה הקצות על הרמב"ן, למה לי משיכה הא פועלים משהתחילו במלאכה אינן צריכין לשום קנין וכמשנ"ת בדעת התוס' והרא"ש. ואפשר דס"ל להרמב"ן דעיקר התחלה בשמירה מכי משכו לרשותן אבל כל זמן שלא משכו לרשותן לא הוי התחלת השמירה. אבל יותר נראה שהתוס' והרא"ש ס"ל דמשיכה מהני בשומר חנם ושומר שכר אף על גב דלא קנו שום דבר, דהו"ל קנין להתחייב על החפץ באחריות כל שומר כדינו וכמו גנב וגזלן דקנו להתחייב באונסין מכי משכו אף על גב דלא קנו שום דבר. ואילו הרמב"ן אזיל לטעמיה (בב"מ צז ע"ב ד"ה גמ') כלישנא בתרא דפרק אלו נערות (כתובות לד ע"ב) דשומרין משעת פשיעה הוא דמיחייבי והובא בש"ך סימן שמ"א (סק"ו). וא"כ לא דמי לגנב וגזלן דחייבין כשעת הגזילה ושפיר מהני משיכה להתחייב באונסין על שעת משיכה, אבל שומרין דלא מיחייבי אלא משעת פשיעה א"כ הו"ל כמשוך פרה ולא תקנה אלא לאחר שלשים (כתובות פב ע"א) דכלתה משיכה קמא, ומש"ה צריך לומר בטעמא דמשיכה דהו"ל כמו התחילו במלאכה. אבל לדעת הרמב"ם (פ"א משאלה ה"ה) דס"ל כלישנא קמא דריש פרק אלו נערות דשומרין משעת משיכה הוא דנתחייבו, א"כ שפיר מצינו למימר טעמא דמשיכה בשומרין להתחייב בדינו כמו גנב וגזלן דקנו במשיכה להתחייב באונסין ודו"ק [ועי' בזה גם בקצות ר"ס רצא].

<u>לענין מחילה על שכירות ושאלה</u> - **בהגהת הסמ"ע** (סי' שטו סק"ב) הביא מדברי **הריב"ש** (סי' תקי) במי שעשה קנין שכירות והקדים לו שכרו, והיה המשכיר דוחהו מלמסור לו הקרקע, ואמר לו השוכר מכיון שאינך מוסר לי הקרקע החזר לי מעותי, ולאחר מכן נתרצה המשכיר להחזיר לו מעותיו ולבטל השכירות, ועתה מסרב השוכר, וטוען המשכיר שכיון שכבר נתרצה לבטל השכירות וביקש שיחזיר לו מעותיו הרי מחל ונסתלק מהשכירות. ופסק הריב"ש שכל שלא חזר וקנה ממנו לא נתבטלה השכירות, דשכירות ליומיה ממכר הוא (וכמ"ש הרמ"א בסי' קפט גבי מכר שאינו מתבטל אלא בקנין חוזר), וה"ה בשכירות מטלטלין. אמנם **בשער משפט** (סי' שטו סק"א) האריך לחלוק על הריב"ש לענין קרקע, דכל שגוף הקרקע אינו שלו, לגבי זכות שימוש מהני מחילה בדיבור בלבד, ומ"מ מודה לדעת הריב"ש בנדון דידיה שאמר לו תחזיר לי מעותי ואסתלק, הרי שתלה הסילוק בהחזרת המעות, וכל שלא החזיר לו המעות אין כאן סילוק, אבל כשלא תלה הסילוק בהחזרת הדמים, יכול להסתלק בדיבור בעלמא.

ובפתחי חושן (שכירות פ"ד הערה ז) הביא **משו"ת שואל ומשיב** (מהדו"ג ח"ב סימן ח) שדחה דברי השעמ"ש וראיותיו. וגם **המחנ"א** (הל' שכירות סימן ט) כתב שאם אמר השוכר איני חפץ בשכירות ומסלק עצמו ממנה (והיינו שאומר שמסתלק), כיון שגוף הבית של משכיר ואין לשוכר בו כי אם קנין פירות, יכול להסתלק בלשון זה, וזכה המשכיר בדיבור בלבד.

ובהגהות **חכמת שלמה** (סי' שיב ס"ה) כתב שאינו מועיל אלא בלשון הודאה [כמו "אין לי עסק עמך", דמשתמע לתרי אפי - לשון עבר ולשון עתיד, והוכיח מהגמ' בברכות (לח ע"א) על לשון "מוציא", וכן "גואל ישראל" (עי' פסחים קיז ע"ב וט"ז או"ח סי' סו סק"ו), אבל לשון "איני חפץ" או "מסתלק אני" לא מהני, ע"ש בדבריו הנחמדים].

ובשו"ת הראנ"ח (סימן לח) מחלק בין שוכר המסתלק שיש לו קנין בדבר המושכר, אינו מועיל בדיבור בעלמא, אבל המשכיר שאין לו על השוכר אלא תביעת דמי השכירות, כל שפוטרו מחיוב זה מהני כאילו מחל לו, ואין לומר דהוי כמוחל דשלב"ל, שחוב השכירות חל מיד על כל הזמן, ויכול למחלו, ועיי"ש בדברי מהר"י בסאן שהסכים לדבריו. נמצא שהשאלה תלויה במחלוקת הפוסקים.

ועי' **במשפט שלום** (סי' קפט) שכתב בשם ספר יהושע שדין זה תלוי במחלוקת האם לכל דבר אמרינן שכירות ליומיה ממכר הוא, ולכן אי אפשר לבטל השכירות בדיבור, או שרק לענין אונאה אמרו ממכר הוא, אפשר לבטל השכירות במחילה. [וא"כ דין זה תלוי בחקירה במהות השכירות האם הוי קנין או זכות השתמשות, וכתבנו בזה בקצרה לעיל סי' קצב תשובה 3]

בקצוה"ח (סי' שטז סק"ג) הביא דברי **מהרי"ט** (חו"מ סימן קיח) בשוכר בית לשנה ונפלה מריבה ביניהם ואמר לו המשכיר תריק לי הבית, ועתה רוצה השוכר לצאת והמשכיר מסרב, ולאחר שדן בלשון זה אם כוונתו תריק והפטר קאמר או לא, כתב שמסתמא והפטר קאמר, דאין סברא שיפרע לו כשאינו דר בו, אלא שלאידך גיסא יש לומר דבשלמא כשיכול המשכיר להחזיק בבית אה"נ שמועיל לשון זה שיכול השוכר לצאת ולהפטר, אבל אין סברא לומר שהשוכר יוכל לצאת מתי שירצה והמשכיר ידיו אסורים, וא"כ ודאי שלא פטרו אלא לכשיצא מן הבית, וכל זמן שלא יצא, גם הוא יכול לחזור, כשם שבאמר זרוק לי חובי והפטר, אם חזר בו קודם שזרק ודאי שאינו נפטר, וכן בקרע כסותי וכו', וכ"ש בנדון זה שמסתבר שלא מתוך לב שלם מחל אלא מתוך כעס ומריבה אמר ולא נתכוין למחול כלל, ע"כ. **והמל"מ** (פ"ה משכירות ה"ה) כתב בשם **שו"ת דרכי נועם** (סי' ד) שאם אמר לו צא והניחו ואתה פטור משכרך, וחזר בו המשכיר, שחייב השוכר לשלם דמי השכירות, ולפמ"ש **הראנ"ח** הנ"ל, נפטר השוכר בדיבור בעלמא. וכתב הקצות שמסתבר טעמיה דמהרי"ט לחייב השוכר. ועוד כתב שאין השוכר נפטר בדיבור בעלמא, ע"פ דברי הריב"ש שאין קנין שכירות מתבטל אלא ע"י קנין חוזר, ובמחילת החוב אינו קונה, שאין קונים במלוה, אא"כ אמר לו בפירוש שבהנאת מחילת החוב יקנה לו השכירות בחזרה, עיין שם. ואפשר שאף הראנ"ח מודה שקנין השכירות קיים אלא שמ"מ פטור השוכר מדמי השכירות משום שמחל לו, וכסברת הראנ"ח. אבל בערוה"ש כתב דאף בדמי שכירות חייב, שלא מחל אלא אם יצא מן הבית, והוי מחילה בטעות. ועי' אמרי בינה (דיני דיינים סימן נ אות טז), ובקובץ הפוסקים (סימן יב - עמוד ריג). ועי' בשו"ת מהרש"ם (ח"א סימן ק) בדין שוכר ומשכיר שנתוכחו ביניהם בענין דמי השכירות, ואמר לו המשכיר לך לשלום, אם חשיב כאילו נתרצה לדברי השוכר ואם יש בזה משום סילוק השכירות, והביא בשם שו"ת מהר"ם אלשיך (סימן ט) שדן בכיוצא בזה, עיין שם.

וע"ע בפתחי חושן שם, שכל זה כשהשכירות לזמן קצוב בלי שום תנאים, אבל אם הסכימו ביניהם בשעת שכירות שבתוך הזמן יכול כל אחד מהצדדים לבטל השכירות אחרי הודעה מוקדמת של ל' יום, נראה שמיד כשהודיעו שרוצה לבטל, הרי השכירות בטלה משיגיע יום הל', ואפילו אם חזר מהודעתו תוך הל' יום ורוצה להמשיך בשכירות, אפשר שצריכים קנין חדש. ובפת"ח ח"ג (דיני פקדון פ"א הערה פג) הביא מדברי כמה פוסקים שגם שאלה אינה נפקעת בדיבור, וכתב שנראה לחלק, דשאני שכירות שיש חיובים משני הצדדים, משא"כ שאלה לזמן שהזמן הוא לטובת השואל, מסתבר שנפקע בדיבור.

כיון שיש פלוגתא בדבר האם מועילה מחילה לפטור השוכר או השואל, נראה שאין להוציא מיד המוחזק.

2. מתנה נקנית בא' מדרכי הקנייניים. ציין לפחות ארבעה מקרים שבהם המתנה נקנית בדיבור בלבד.

א. סיכום בשידוכין, כמימרא דרב גידל אמר רב (מו"ק יח ע"ב, כתובות קב ע"א, קידושין ט ע"א): "כמה אתה נותן לבנך? כך וכך, וכמה אתה נותן לבתך? כך וכך, עמדו וקידשו - קנו, הן הן הדברים הנקנין באמירה", עי' אה"ע סי' נא. **ב.** דברי שכ"מ ככתובין וכמסורים דמו כדאיתא בש"ס. **ג.** התחייבות באופן

המועיל, ראה לקמן סי׳ רמה. **ד.** קנין אודיתא, ראה לעיל סי׳ קצד. **ה.** קנין סיטומתא, ראה כסף הקדשים סי׳ רא. **ו.** אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. גם לענין אמירה לצדקה י״א דהוי כמסירה להדיוט, ראה לעיל סי׳ ריב. **ז.** מחילה מהני בדיבור בעלמא, ולכן מועילה נתינת הפקדון לנפקד בדברים בלבד. שו״ע סי׳ רמא ס״ב ע״פ קידושין טז ע״א, ב״מ קיב ע״א, כתובות קד ע״א. **ח.** קנין מעמד שלשתן (סי׳ קכו, מקורו בגיטין יג) - הקנאת חוב מאחד לשני בדיבור בעלמא. לענין חוב שיש עליו שטר או משכון ראה לעיל. **ט.** קיום קנין של עבד או של אשה ע״י האדון או הבעל מהני בדברים בעלמא. עי׳ רמב״ם פ״ל מהל׳ מכירה (ה״ב-ה״ג), והובא בפת״ש סי׳ קצא סק״ב בשם שו״ת בית אפרים, בביאור נוסח השטר, ע״ש. **י.** אם המקבל עני ואמר לשליח הולך מנה זה לפלוני, במתנה מועטת אינו יכול לחזור בו דהוי נדר. שו״ע סי׳ רמג ס״ב. ולרמ״א וסמ״ע שם (סק״ה) אם המקבל עני - ה״ה אפי׳ במתנה מרובה, דצדקה הוי כנדר, ובעשיר רק במועטת כמבואר בסי׳ רד. **יא.** מתנה ש״ח להיות אפי׳ כשואל להתחייב באונסין בדברים בלא קנין. ב״מ צד ע״א, שו״ע סי׳ רצא סכ״ז [וע״ש בהגרע״א אם כשמתנה להיות כש״ש בעי קנין או לא].

3. קיי״ל אדם יכול לזכות מתנה לחבירו על ידי אדם שלישי, מה הדין אם אדם מחל לחבירו על חוב שיש לו עליו בפני עדים, האם זכה החייב ואין בעל החוב יכול לחזור בו או לא, אע״פ שהמחילה לא היתה בפני החייב.

קי״ל דמחילה א״צ קנין. הסתפק **הבית מאיר** (אה״ע סי׳ לח סל״ה, הובא בפת״ש כאן סק״א) האם מהני מחילה ללא קנין שלא בפני החייב. ודייק מלשון השו״ע כאן ״מחל לחבירו״ - משמע בפניו דוקא. אך פקפק דילמא לאו דוקא הוא, ומהני גם שלא בפניו דמסתמא ניחא לחברו שימחול לו. ומלשון השו״ע באה״ע שם משמע ג״כ דבעינן מחילה בפניו. ואפשר לדחות. ובסי׳ קו ס״א דעתו דמהני גם שלא בפניו.

4. אם עשו קנינים ורוצים המוכר והקונה למחול זה לזה האם המכר בטל?

ראה לעיל תשובה 1.

5. נתן את כל נכסיו לבניו מחיים, כדי שלא תהנה אשתו מנכסיו, האם רשאים הבנים לפרנם את אשתו?

בנדרים מח ע״א **וב״ב** קלד ע״א מובא מעשה דמתנת בית חורון, שכל מתנה שהמקבל אינו יכול להקדישה אינה מתנה. וכתב **הרא״ש** (ב״ב שם סי׳ לח) שאם פירש שעושה זאת בתנאי, אז המתנה חלה לאותו ענין בלבד. והובא **בשו״ע** (ס״ה): ״יש מי שאומר שהנותן מתנה לחבירו אינו מתנה, אלא אם כן שיהיה בדעת הנותן שתהא ברשות מקבל לעשות בה כל חפצו. בד״א, שנתנה לו סתם אלא שניכר מתוך מחשבתו שאינו מכוין ליתנה לו שיעשה בה כל חפצו. אבל אם מפרש, אפילו אם נותנה לו על מנת שלא ליתנה לאחר או שלא למוכרה או שלא להקדישה, או אפילו ע״מ שלא יעשה בה שום דבר אלא דבר פלוני, הוי מתנה לאותו דבר שפירש בלבד״.

וא״כ אם אמר להם בפירוש ״על מנת שלא תיהנה אשתי מנכסי״, התנאי מועיל, אבל אם היתה כמתנה גמורה אלא שהשתמע מכל הענין שאינו רוצה שתיהנה אשתו כההיא דבית חורון, המתנה בטלה.

6. במתנה על מנת להחזיר האם צריך הקנאה חדשה או שממילא היא חוזרת, והאם ניתן לומר לפי זה שאפשר להקנות לולב לקטן בחג הראשון של הסוכות?

שיטת **הרא״ש** (סוכה פ״ג סי׳ ל) **והריטב״א** (קידושין ו ע״ב) שצריך מעשה קנין חדש כאשר מחזיר את המתנה. ואם אמר ״יהא לך במתנה עד שתצא בו ואח״כ יהא שלי״ - לא יצא בו דהוי כמו שאול. וראיית הרא״ש מסוכה מו ע״א דלא ליקני איניש לינוקא ביומא קמא, כי קונה ואינו מקנה, משמע דמעמ״ל אינו מועילה בו כי אינו יודע להקנות, מוכח שצריך קנין בחזרה. [ונראה שכן דעת **הכס״מ** פ״ח מהל׳ לולב ה״י, ולכאו׳ מוכח כן גם **ברמב״ם**, וכ״פ הטוש״ע בהל׳ לולב סי׳ תרנח. ובמק״א הארכתי בזה].

אבל **בקצה"ח** (סק"ד) כתב "לולי דברי הרא"ש והריטב"א", שא"צ קנין, אלא דין מעמ"ל הוא מתנה גמורה לזמן, דהיינו קנין גוף לשעה, ופוקע מאליו בתום הזמן. ולשיטתו הא דאמרו בגמ' דבקטן לא ידע לאקנויי היינו כשמקנה לו בלי שום שיור, דבכה"ג צריך הקנאה בחזרה, אבל אה"נ אם מקנה לו לזמן - מהני, דמעמ"ל חוזרת מאליה ללא קנין. וכתב הקצות דלא הוי כמו שאול, כדמוכח מדין "אתרוג זה נתון לך במתנה ואחריך לפלוני" (ב"ב קלז ע"א), וכן מאתרוג השותפין שמבואר בב"י או"ח סי' תרנח בשם הרשב"א שהקהל יוצאין בו, דהוי קנין גוף לכל אחד לשעה שמשתמש, והו"ל כמו "ואחר שעה לעצמי". ומש"כ הר"ן בנדרים (כט ע"א) דכל קנין שאינו עולמית לא הוי אלא קנין פירות, כוונתו רק לענין אישות. ועוד הוכיח כן מתוס' בערכין (ל ע"א) שכתבו שכל דבר שסופו לחזור כשאלה ושכירות ומעמ"ל לא מהני ביה חליפין, ואם יש צורך בהקנאה גמורה כהרא"ש - מדוע אינה נקנית בחליפין, הרי זו מתנה גמורה וחלוטה, והצורך להקנות הוא רק מצד התנאי? אלא מוכח שזו מתנה לשעה, וכיון שסופה לחזור ממילא, הו"ל כשאלה ושכירות דלא מהני בהו חליפין. וכתב שלא מצא מקור לדבריו ואחר החיפוש מצא בתשו' הרא"ש (כלל לה סי' ב) בשם **רבי אביגדור כהן צדק** שכתב כן להדיא.

בנתיבות (סק"ה) דחה ראיות הקצות. ראשית כתב שמפורש בר"ן בנדרים שם, שגם לענין ממון כל שאינו קנין עולמית מוגדר כקנין פירות בלבד, וא"כ אין מציאות של "קנין גוף לשעה". [ועי' בקצות לקמן סי' רנז סק"ג שעמד בזה]. ולענין הראיה מ"אחריך לפלוני" ומאתרוג השותפין, שם הכוונה היא כדין מעמ"ל. ולכן העיקר כרוב הראשונים שצריך קנין כשמחזיר.[52] גם **בתשו' חמדת שלמה** (סי' י; הובא בפת"ש סק"ו) חולק על הקצות. אמנם **בחת"ס** (אה"ע סי' קו) משמע כהקצות.

וע"ע בקצות לקמן סק"ט. **ובאבני מילואים** (סי' כח סקנ"ג) כתב שגם דעת **מהר"ם מרוטנבורג** (בתשו' סי' תתקפא) כשיטתו דא"צ קנין כשמחזיר. ובסי' לח סק"י כתב שכ"ד **בעל התרומות**. וע"ע **בשער המלך** (פ"ג מזכיה ומתנה ה"ו) שדייק גם מדברי **ה"ר ישעיה** כסברת הקצות. ועי' **בחזו"א** (הל' כתובות סי' עד סקט"ו) **ובחי' הגרש"י שקאפ** (מערכת הקנינים סי' ט). ועי' גם בביאור הלכה (סי' תרנח ד"ה דהוי כמו שאול).[53]

7. ראובן נתן לשמעון שור על מנת להחזיר והלך שמעון והקדישו והחזירו לראובן האם הוא מוחזר בזה או לא? ומה דינו של השור האם הוא קדוש או לא?

בב"ב קלז ע"א איתא שהנותן שור לחבירו, אם אמר "על מנת שתחזירהו", יכול להקדישו ולומר לו הרי שלך לפניך, אך אם נתנו "על מנת שתחזירהו לי" - אינו יכול להקדיש. ונפסק **בשו"ע** ס"ז. **בנתיבות** (סק"ה) הקשה איך יכול להקדיש כשאמר לו "ע"מ שתחזירהו", הרי אם הקדיש שוב לא יוכל לקיים התנאי של הקנאה לנותן (כדעת הרא"ש והריטב"א המובאים בתשובה הקודמת)? ויישב דמיירי בהקדישו לשלמים שהם קדשים קלים וממון בעלים הם, ובזה מבואר מדוע כתוב דוקא "שור", דלא מיירי בקדשי בדק הבית. אמנם **בנ"י** (ב"ב סג ע"א מדפה"ר) משמע שדין זה נכון גם בקדשי בדק הבית דממון גבוה הוא, שהרי כתב שאפי' אם מכרו והחזירו מהני [ועי' **בקצה"ח** סק"ו שתמה בזה על הנ"י, שיש לחלק בין הקדש למכירה, ע"ש]. וביאר הנתיבות שהנ"י סובר **כהר"ן** (גיטין מג ע"ב מדפה"ר) גבי המגרש ע"מ שלא תנשא לפלוני ונשאת דהולד ממזר, וקשה שאם נשאת לזה שנאסרה עליו נמצא גט בטל ואין קידושין

---

[52] הנתיבות לא התייחס לראיית הקצות מהתוס' בערכין, ונראה פשוט דטעמייהו דהתוס' שם דלא מהני חליפין משום דכיון שחוזר הוי כטובת הנאה, וסברא זו במקומה עומדת גם אם צריך הקנאה בשעת החזרה, דסו"ס לא היתה כאן הנאה גמורה אלא לזמן והוי כטוה"נ, דהרי פשיטא שאם לא היה מקנה בחזרה בטלה המתנה מעיקרה כמ"ש בשו"ע ס"ו וס"ט. ופשוט. ועוד, שהרי הרא"ש גופיה (ב"מ פ"א סי' לא) סובר דמעמ"ל נקנית בחליפין ודלא כהתוס', והקצות עצמו הביא דבריו לעיל (סי' קצה סק"ח), וא"כ גם להבנת הקצות בתוס' אין כל קושיא על הרא"ש, דאזיל לשיטתו. וכבר הערנו מזה לעיל בסי' קצה.

[53] שם (ובדיבור הבא) המקום היחיד שמוזכר קצה"ח בכל המשנ"ב וביאור הלכה. כמדומני ששמעתי מהגרז"ן גולדברג זצ"ל ואכן כך עולה בבדיקת מחשב.

תופסים כלל? אלא, דהוי כאילו אמר לה: "הרי את מותרת לכל אדם, אלא שאם תנשאי לפלוני הרי את אשתי עד שעת נישואין ומשעת נישואין ואילך, אך בשעת נישואין אין את אשתי", ומהני כאשר עשה זאת רק לצורך חלות נישואי אותו פלוני. וה"ה בנ"ד בלשון התנאי בעצם מאפשר לו להחזיר לנותן ומיד אח"כ חוזרת הבהמה להיות הקדש כמקודם.

8. הנותן לחבירו מתנה על מנת להחזיר, והמקבל החזיר רק את דמי המתנה ולא את גופה, האם המתנה עומדת בתוקפה?

כתב **הרא"ש** (קידושין פ"א סי' כ) שאם קידש אשה במעמ"ל שקיבל מאחר, הרי היא מקודשת, כי יכול להחזיר לנותן את דמי החפץ, וכ"כ **רי"ו** (ני"א ח"א) **ובטוש"ע** אה"ע (סי' כח ס"כ) **והרמ"א** כאן (ס"ז). וכתב **הקצה"ח** (סק"ז) דהיינו דוקא כשהחפץ אינו בעין, אבל אם החפץ בעין צריך לתת דוקא את גוף החפץ בחזרה, כמבואר **בתה"ד** (סי' שיא). וגדר "אינו בעין" הוא דוקא כשמכרו או הקדישו או קידש בו אשה וכדו' - שכבר קנה הלוקח והמקבל, אבל אם רק נתן תקיעת כף או נשבע לתת לאחר, אין השבועה עושה קנין וצריך להחזיר את החפץ עצמו. ובהקדשות דידן שהם צדקה לעניים, לדעת הקצות אין בהם דין אמירה כמסירה להדיוט (וכ"כ בסי' ריב וסי' רנב ועוד, לעיל הבאנו רשימה), וא"כ כל עוד לא הגיע ליד עניים או גבאי צדקה - החפץ נחשב בעין וצריך להחזירו. ורק לענין הקדש של קדוה"ג או קדושת דמים דאמרינן אמירה כמסירה, נחשב שאינו בעין משעת ההקדש. וכן הסכים **הנתיבות** (סק"ז). וכ"כ **בתשו' פנים מאירות** (ח"א סי' צב, מובא בפת"ש סק"ט ובהגרע"א), אע"פ שהרמ"א לא חילק בזה.

9. נתן מתנה לחבירו על מנת להחזירו בזמן מסוים, והדבר נגנב או מת. א. האם חייב לשלם לו. ב. האם צריך לשלם לו מה שנהנה מן המתנה. ג. מה הדין אם פשע?

כתב **רשב"ם** (ב"ב קלז ע"א) שאם קיבל מעמ"ל ונגנב או מת אינו חייב לשלם. משמע שחייב בפשיעה וכדין שומר חנם. והקשה **הנתיבות** (סק"ט) דאי חשבינן ליה כאילו קיבל שמירה, א"כ הוי כש"ש שהרי התחייב בשכר שימוש וכדין שוכר. ואם אינו שומר - מדוע חייב בפשיעה? ותירץ, דכאשר מחזיקו בביתו להנאתו הוי שומר עליו, אך אינו נחשב כשוכר כי השימוש היה מצד מתנה, ואח"כ אע"פ שמשלם בעד ההנאה [ראה לקמן] אך לא נעשה שוכר למפרע. [ועי' במלחמות ר"פ שור שנגח ד' וה' דש"ח א"צ קבלת שמירה, וסגי במה שמחזיק חפץ של חברו. ועי' בקצה"ח סי' רצא סק"ב דלא משמע כן, ובנתיבות שם סק"א וכן בסי' שמו סק"ז, ולמעשה זו מח' בין תוס' לרמב"ן. ועי' מחנ"א ריש הל' שאלה].

אמנם **הרא"ש** בסוכה (פ"ג סי' ל) כתב שיש לחייבו בגניבה ואבידה, משום שכאשר הוא לא הציל הוא נחשב כגזלן לכתחילה, אך הביא בשם **רבינו ישעיה** היא שאינו חייב לשלם והמקח לא בטל, הואיל וכל התנאי ההוא שיחזיר במידה והדבר בעין, והיות ואינו בעין לא הפר תנאו, וכדעת רשב"ם.

המשנה למלך (פ"ג מהל' זכיה ה"י) העירו שיש חילוק בין טעמו של רשב"ם לטעמו של רבינו ישעיה, שנחלקו האם המקח בטל לחלוטין - לרשב"ם כן ולה"ר ישעיה לא. נפק"מ: **א.** קיבל לולב במעמ"ל ונגנב או נאבד - לדעת רבינו ישעיה יצא ידי חובה, ולדעת רשב"ם לא יצא. **ב.** אכל פירות בינתיים - **המל"מ** הסתפק אם חייב לשלם ושורש ספיקו תלוי בשאלה האם המקח בטל או לא. **השער משפט** הסיק שחייב לשלם וכטעמו של רשב"ם, והוכיח כן מפסק השו"ע באו"ח סי' תרנח לגבי לולב שניתן לו במעמ"ל ונגנב, שלא יצא ידי חובתו, מבואר שבטל המקח לגמרי ונמצא שלא היה לו לולב. **ג.** המשנה למלך הבין שלדעת רבינו ישעיה פטור גם על פשיעה, ואילו ברשב"ם נראה שחייב בפשיעה כנ"ל.

השו"ע כאן (ס"ח) כתב שאם נתן שור לחברו ע"מ להחזירו ומת בתוך הזמן, פטור מלשלם. והעיר הסמ"ע (סקכ"א) שלרשב"ם פטור גם בגו"א. ואכן כאמור באו"ח שם נראה שהשו"ע פוסק כרשב"ם. נמצא לענין

השאלות: אם נגנב או מת פטור, ואם פשע חייב. לענין תשלום על מה שנהנה - המשנה למלך הסתפק בזה כאמור, והכריע שחייב לשלם דבטל מקח. וכ"כ בשער משפט, וכן מבואר בנתיבות שהבאנו לעיל.

סימן רמב

1. **קיי"ל שכל הנותן מתנה בין של בריא ובין של שכיב מרע צריך שתהא גלויה ומפורסמת, מה הדין בשכיב מרע שאמר אל תגלו מתנה זו אלא לאחר מותו?**

בב"מ מ ע"ב האי מתנתא טמירתא לא מגבינן ביה, וכ"פ השו"ע ס"ג בין בבריא בין בשכ"מ. וכתבו הראשונים (רי"ף שם כא ע"ב; רמב"ם פ"ט מהל' מתנה פ"א) בשם **רב האי גאון**, ששכיב מרע שאמר אל תגלו מתנה זו ולא תודיעו אלא לאחר מיתה הרי המתנה קיימת, שבעת שהקנין חל [אחר מיתה] הרי אמר גלו אותה. וכ"פ **השו"ע** ס"ו. וכתב **הגרע"א** בשם **חוט המשולש**, שאפי' אמר לגלותה כמה שנים אחר מיתה מהני. [לכאורה דין זה צ"ע לדעת התוס' (גיטין יד ע"ב ד"ה הא) והרא"ש (שם סי' יט) המובאים בקצה"ח ר"ס רנ, הסוברים שמתנת שכ"מ חלה למפרע ולא לאחר מיתה]. אמנם במצווה מחמת מיתה אע"פ שהמתנה נתנה בסתם אין חוששים לכך שהיא מסותרת, וביאר **הסמ"ע** (סקי"ב) שהיות ועומד קרוב למיתתו ודאי לא בא לעשות קנוניא או למסור מודעה וכדו', אלא נתן בלב שלם. משא"כ בשכ"מ דרוב חולים לחיים.

סימן רמג

1. **מה דינו של קטן בעניינים דלהלן: א. לזכות לעצמו. ב. לזכות לאחרים. ג. לזכות במציאה. ד. לזכות בקניין אגב. ה. לזכות בחמישה סלעים של פדיון הבן.**

א. לזכות לעצמו - כאשר יש דעת אחרת מקנה אית ליה זכייה מה"ת אם נותנים לו צרור וזורקו אגוז ונוטלו. גיטין סה ע"א (ועי' תוס' שם סד ע"ב ד"ה שאני), וכ"כ השו"ע סט"ו. [לעיל סי' רלה תשובה 2 הבאנו דלענין מטלטלין תיקנו רבנן שיכול לישא וליתן אם יודע בטיב מו"מ, ע"ש בהרחבה פרטי הדינים].

ב. לזכות לאחרים - קטן אינו זוכה לאחרים כדאיתא בגיטין שם ובקידושין מב ע"ב ועוד, ונפסק בשו"ע שם. וכתב **הש"ך** (סק"ז) דבמילי דרבנן כגון שיתופי מבואות זוכה לאחרים, וכן מוכח בגיטין שם וכ"כ הר"ן שם (לא ע"א-ע"ב מדפי הרי"ף).

ג. לזכות במציאה - כשאין דע"א מקנה כגון במציאה: לדעת **הר"ן** (גיטין ל ע"ב מדפה"ר) **ומ"מ** (פ"ד מהל' זכיה ה"ז) ושאר פוסקים קטן אינו זוכה, וכ"כ **הרמ"א** שם. אבל יש בזה גזל מדרבנן מפני דרכי שלום כדאיתא בגיטין נט ע"ב ובשו"ע ר"ס ער. אולם **הש"ך** (סי' רמג סק"ו) חולק וכתב שדוחק להמציא חילוק שלא נזכר בש"ס, והביא שבירושלמי איתא להדיא דזוכה מדאו' גם במציאה, והוכיח גם גם מהבבלי. ולדעתו הא דאיתא בגיטין שאינו זוכה אלא מפני דרכי שלום היינו בקטן שאינו בר דעת כלל. ועי' **בקצה"ח** (סק"ה) **ובנתיבות** (סק"ב) שפסקו כרמ"א וכן דעת **המחנ"א** (הל' זכיה ומתנה סי' ד) **וחת"ס** (בחידושיו סי' רמג). ועי' גם **בחכמת שלמה** שהוכיח כן מפירש"י (ב"מ צב). ולענין גזל מדרבנן, היינו אפי' אם הוא קטן ממש שאין בו שום דעת, כמבואר בסמ"ע (סקכ"ח) [ולש"ך הנ"ל היינו דוקא בקטן כזה, אבל ביש בו דעת הוי גזל מדאו']. לפיכך אם עבר וגזלה אינה יוצאת בדינים. שו"ע ר"ס ער. וע"ש בש"ך סק"א.

ד. לזכות בקנין אגב - ראה לעיל סי' רלה תשובה 2 המחלוקת בדין קנין סודר האם יש לחלק בו בין קטן לקטנה, וה"ה לקנין אגב.

ה. לזכות בפדיון הבן - **בקצה"ח** (סק"ד) הביא שבקונטרס **מים חיים** לבעל פרי חדש (בשו"ת סי' ד) העלה דמותר ליתן לכהן קטן פדיון חמש סלעים דבן, שהרי בדע"א מקנה יש לו זכיה מה"ת, והוכיח מיבמות צט ע"ב דכהן קטן זוכה במתנות כהונה. הקצות תמה ע"ז דכיון דקי"ל טובת הנאה אינו ממון (עיין ש"ך סי' שנ) א"כ אין לבעלים במתנות כלום הו"ל כמו מציאה דאין דע"א מקנה. ולכן ביאר הא דאיתא ביבמות שם שחש"ו זוכים במתנות כהונה, היינו משום דממון כהנים הם וכבר זכתה בהם התורה לכהנים. ולפ"ז ה"ה בחמש סלעים כיון דחוב הוא, זוכה. אמנם במתנות עניים איתא להדיא בב"מ (יב ע"א) דקטן אינו זוכה מדאו', ואפ"ל דהתם שאני שיש דין "עזיבה" ("תעזוב אותם") כדי שיזכו בהם העניים בעצמם, ולכן קטן אינו זוכה, אבל במת"כ הוי ממון כהנים ממש דזוכים בו חלף עבודתם ודמי לשכירות הקטן שזוכה בו מה"ת (**הנתיבות** סק"ח תמה דקטנים לאו בני עבודה נינהו). עוד כתב שיועיל מדין פירעון בעל כרחו דקי"ל שמיה פירעון וממילא גם בנותן לחש"ו מהני,[54] דדמי לגירושי שוטה דאיתא בגמ' (יבמות קיג ע"ב) שמדאו' מהני דלא בעינן דעתה [ורק משום דמשלחה וחוזרת לא מהני]. ועוד מבואר שם שאינה מתגרשת כי אין לה יד וכתיב "ונתן בידה", אבל כאן לא כתוב "ונתן ליד הכהן" אלא "לכהן" וא"כ מועיל אע"פ שהוא קטן ואין לו יד. והא דכתבו הפוסקים (רא"ש הל' פדיון בכור סי' ב; שו"ע יו"ד סי' שו ס"ד) בכהן שאינו רוצה לקבל בכור בהמה מישראל מחמת טורח טיפולו, דאינו רשאי משום דהוא כמבזה מתנות כהונה, ולא אמרו משום דנתינה בע"כ שמיה נתינה, אינה קושיא, דלא אמרו בע"כ שמיה נתינה אלא שיפטור הנותן מחיובו אבל המקבל אם אינו רוצה אינו זוכה בע"כ. ולכן הוצרכו לומר שמבזה מת"כ. אולם קשה מקידושין ח ע"א ללישנא קמא שיראי צריכי שומא משום דלא סמכה דעתה, ורב יוסף הוכיח מהברייתא "עגל זה לפדיון בני טלית זה לפדיון בני לא אמר כלום, עגל זה בחמש סלעים לפדיון בני בנו פדוי", וכתבו שם תוס' (ד"ה מנא אמינא): "ללישנא קמא מייתי ראיה", ותמוה דכיון דבמתנות כהונה אפילו בע"כ שמיה נתינה א"כ למה בעינא סמיכת דעת הכהן? ובעצמות יוסף שם (הלכה טז) תירץ שצריך דעת הכהן בשיווי הדמים כמו בקידושי אשה. מוכח דלא מהני בע"כ. גם בדרישה ביו"ד שם כתב דנוהגין עכשיו לפדות באבנים טובות ומרגליות בלי שומא, משום דא"צ דעת כהן, וגם זה דלא כהתוס' דקידושין הנ"ל. ואפ"ל דאע"ג דפרעון בע"כ שמיה פרעון, היינו כשרוצה ליתן לידו והוא אינו רוצה לקבל וזורקו לו בפניו, אבל כשרוצה לקבלו בידו צריך ליתן לידו דוקא כמבואר בטור ושו"ע סימן קכ, וא"כ ה"נ בפדיון הבן דצריך ליתנו לכהן בכדי שיהיה סמכה דעתו בהם, ומש"ה צריכי שומא כסברת תוס', ואם אינו רוצה לקבל רשאי לזרקו בפניו, וא"כ דברי הפר"ח נכונים. אך הקצות מפקפק בזה משום דמשמע בסי' קכ דהא דצריך ליתנו לידו כשרוצה לקבלו אינו אלא משום דאומר המלוה "אילו נתתו לידי הייתי שומרו" וע"ש, וא"כ אכתי אינו צריך סמיכות דעת הכהן. ולכן נראה מדברי התוס' דאע"ג דפרעון בע"כ שמיה פרעון, אבל מתנות כהונה בעינן דרך נתינה ואינו יוצא בנתינה בע"כ, ומש"ה בעי סמיכת דעת כהן, ולא יועיל בקטן. ונשאר בצ"ע. לסיכום: לפר"ח מועיל מדין דע"א מקנה, הקצות דוחה וכותב שיועיל מדין דממון כהנים הוא ופירעון בע"כ מועיל. אך מסיים שבתוס' מוכח שצריך דרך נתינה והיינו שיהיה דעת כהן וא"כ לא יועיל.

ובנתיבות (סק"ח) כתב דהא דמשגרים מת"כ לחש"ו, היינו הואיל והתורה אפשרה לבעלים לבחור לאיזה כהן לתת, ויש לו בזה טוה"נ, ואם רוצה להפקיר הטוה"נ אין להם חיוב נתינה לכהן [ועי' אמרי בינה ריש הל' פדיון הבן מה שהקשה ע"ז]. אבל בפדה"ב לא שייך לומר טוה"נ כי יש בו שעבוה"ג ושעבו"נ כמבואר בבכורות (מח ע"א). וגם מש"כ דמהני מדין פירעון בע"כ, דוחה הנתיבות דדוקא שחייב למלוה מסוים אמרינן הכי, אבל כאן מתנה קרייה רחמנא (כמו ירושת בכור), ואין מזכין לו בע"כ, דהרבה כהנים יש בעולם וכשאחד אינו רוצה נשאר חיובו לשאר הכהנים. ועוד דלא דמי לנתינת גט לשוטה, דהתם אם היתה

---

[54] וכ"כ **בביאור הגר"א** יו"ד סי' שה סקי"ז, ע"ש. אמנם **בתשו' חמד"ש** יו"ד סי' לא אות כ, **ובחי' הגרש"ש** קידושין סי' כב במהדורה החדשה (סי' טז במהדורה הישנה) ס"ל דבפדיון הבן אין זה רק פירעון חוב, ע"ש.

יכולה לשומרו היה מועיל כי א״צ בדעתה, אבל בפירעון חוב א״א לפרוע לשוטה, דדמי לזורק החוב לפניו במקום שא״א לשומרו דודאי לא נפטר [ועי׳ שלט״ג פרק השוכר את האומנין בשם הרמב״ן]. ולפ״ז אם נתן לכהן קטן ואבד מידו, לא יצא, כיון שאם תקף אין מוציאין מידו, עי׳ תוס׳ ב״מ ו ע״א (ד״ה והא הכא). אבל להאכיל לכהן קטן ה׳ סלעים מועיל, דאע״פ שא״א לזכות לו, מ״מ התורה לא חייבה לזכות את חמשת הסלעים וסגי במה שנהנה בהם. עכ״ד.

2. האם בית הדין יכולים לפדות בכור שמת אביו?

הקצות (סק״ז) הביא מספר **צידה לדרך** (פרשת בא)[55] שכתב שיש כח ביד בי״ד לפדותו משום דזכין לקטן. אבל **הט״ז** (יו״ד סי׳ שה סקי״א) חולק דדוקא בגדול זכין לו אפי׳ יש קצת חובה (כההיא דתורם משלו על של חברו בנדרים לו ע״ב), אבל בקטן אין זכין לו אלא בזכות גמור, והכא יש קצת חובה שהרי לקח ממנו את המצוה לכשיגדיל. **ובנקה״כ** סובר כהרב צידה לדרך והשיג על הט״ז, דהא בגר קטן מטבילין אותו ע״ד ב״ד אע״פ שלוקחים לו המצוה, ועוד דהכא באמת אין לוקחים לו את המצוה, דכאשר בי״ד פודין הם מזכים לקטן את המעות וא״כ פודים במעותיו והמצוה שלו. ועוד הביא ראיה מגיטין (נב ע״א) שאפוטרופוס תורם על היתומים, ומקידושין (מב ע״א) בהא דרב גידל אמר רב. ומזה הקשה על התוס׳ (כתובות יא ע״א ד״ה מטבילין) שהקשו איך מטבילין קטן והא זכיה מטעם שליחות ואין שליחות לקטן. ועוד הוכיח כן מהתוס׳ סנהדרין (סח ע״ב ד״ה קטן), ובגיטין (סד ע״ב ד״ה שאני) ובחי׳ הרשב״א שם, ותוס׳ בקידושין (יט ע״א ד״ה אומר) והרא״ש (שם סי׳ כה). עכ״ד. **ובקצה״ח** דחה כל ראיותיו, דלא מהני אלא כשתורם משלו על של חברו, אבל כשתורם משל חברו לא מהני דלא שייך זכיה בזה כלל, וה״ה הא כשנוטלין מעות הקטן לא יועיל כיון דתורת זכיה לא שייך בזה ושליחות לקטן ליכא. והא דגיטין נב ע״א היינו דוקא בתרומה משום דכמי שהורמו ואינו אלא כחלוקה. וה״ה בקידושין שם בהא דרב גידל, הוי גילוי מילתא בעלמא על החלוקה כמ״ש הר״ן (שם טז ע״ב מדפה״ר). וכן שאר ראיות הש״ך מהתוס׳ בכמה מקומות, דחה הקצות דהתם מיירי שהקטן זוכה מדנפשיה ע״י דעת אחרת מקנה. ע״ש. והביא שכ״כ זקנו בעל תוי״ט בדברי חמודות (בכורות פ״ח אות יז) כדעת הט״ז.

לסיכום: לצידה לדרך והש״ך - יכולים. לט״ז והתוי״ט והקצה״ח - אינם יכולים.

3. האם אשה יכולה להפריש חלה מעיסה של חברתה עבור חברתה?

בתה״ד (סי׳ קפח) כתב שאם רואה שהעיסה תתקלקל אם תמתין לבעלת הבית, יכולה להפריש עבורה דזכין לאדם שלא בפניו ונעשית שליחה שלה שלא מדעתה. ודוקא גבי תרומה אמרינן שאם צוה לשלוחו לתרום לא יתרום אחר, כי בעה״ב רוצה שדוקא השליח יתרום שיודע באיזו מדה רגיל, אבל בהפרשת חלה בזה״ז שהכלב כזית אין חילוק. וכן פסק **הרמ״א** (יו״ד סי׳ שכח) **והט״ז** הוסיף דאפי׳ ליכא קלקול העסה מהני ההפרשה.

אמנם **הקצה״ח** כאן (סק״ח) כותב דזכין לאדם אמרינן, זכין מאדם לא אמרינן, וכאשר מפריש משל בעה״ב אין זו זכות אלא ניחותא, ולכן צריך דעתו [וע״ע בקצה״ח לעיל ר״ס קה]. וכתב שכן מוכח **בתוס׳** (נדרים לו ע״ב ד״ה אלא) **ורשב״א** (שם), וכן בתוס׳ נזיר (יב ע״א ד״ה מאי). ולענין מה ששכתב תה״ד שמשום קלקול העיסה חשיבה זכות, הרי יכולה להפריש אחר האפיה בדיעבד. ולכן נראה להחמיר שלא תפריש עבור חברתה שלא בידיעתה, ואם רואה שמתקלקל תאפה את העיסה ובעלת הבית תפריש אח״כ. [ועי׳ **חי׳ הגרש״ש** קידושין סי׳ כח במהדורה החדשה].

---

[55] חיברו רבי יששכר בער איילנבורג בעל ספר באר שבע [תלמיד הסמ״ע והלבוש], והספר סובב הולך על פירש״י עה״ת, ובתו״ד חורז וקודח מענין לענין בהלכה בעיון ופלפול גדולים. נדפס בפראג שפ״ג - שפ״ד.

4. ראובן זרק חפץ לביתו של שמעון שיקנהו במתנה ונכנס בפתח אחד ויצא בפתח השני ובעוד החפץ באויר חזר בו ראובן האם קנה שמעון? ומה הדין כשזרקו ראובן מגגו לחצר שמעון וחזר בו בעודו באויר האם קנה שמעון?

בב"מ יב ע"א הסתפק רבא לענין אויר שאין סופו לנוח [כמו המקרה הראשון בשאלה] האם אמרינן שכיוון שהוא עובר באוויר של הבית כמונח בחצרו דמי, או שלא. הגמ' נשארה בספק. **הרא"ש** (סי' לב) פסק שיש להעמיד בחזקת מרא קמא, והחפץ נשאר ברשותו של הזורק. **הטור** כתב שאם חזר בו נותן המתנה בעודו באוויר יכול לחזור בו. וכ"פ **בשו"ע** (סכ"ד): "הזורק ארנקי לבית בפתח זה ויצא בפתח אחר ונתנו לבעה"ב במתנה וחזר בו בעודו באויר הבית, הוי ספק ולא זכה בעה"ב משום דמוקמינן ליה בחזקת מרא קמא, אבל אם הפקירו וזכה בו אחר, מוציאין מידו ונותנין לבעל הבית".

והקשה **הש"ך**, הרי דעת הרמב"ם והשו"ע בכמה דוכתי (סי' רב ס"ג, סי' רמח סי"א, סי' שמו סי"א, סי' שפח ס"ז, סי' שצ ס"ב) שמועילה תפיסה בספיקא דדינא, ומדוע כאן פסק השו"ע דמוציאין מידו ולא זכה בעה"ב? ודוחק לומר דמיירי שלא תפס, דלישנא ד"מוקמינן בחזקת מרא קמא" משמע שתפס ומוציאין מידו. וכ"כ בבדק הבית להדיא. ונשאר בצ"ע. גם **הט"ז** הקשה דבסימן ערה ס"ט כתב השו"ע דאם בא אחר והחזיק בה זכה האחרון, וגם זה מהרא"ש (ב"ב פ"ג סי' ס), והא ק"ו הוא, דבכאן הוא מטלטלין והשני זכה בהן בחזקה ותפיסה, ואפ"ה מוציאין כיון שהראשון יש לו זכות מחמת בעיא דלא איפשטא, כל שכן התם דבקרקע אין שייך תפיסה, ואפ"ה זכה האחרון. ותירץ **החכם צבי** (בהגהת הט"ז) ע"פ **הנ"י** שיש לחלק בין מתנה לבין הפקר, שמתנה לעולם אינה יוצאת מיד הבעלים עד שהיא מגיעה לרשות המוכר, ולכן במקרה של ספק, המתנה אינה חלה ומוציאין מיד התופס גם לדעת הרמב"ם והשו"ע. ותירץ גם את קושית הט"ז, דאדרבה היא הנותנת, כיון דבקרקע לא שייך תפיסה דהארץ לעולם עומדת, הרי היא כמות שהיתה וכמ"ש הרא"ש בפ"ג דב"ב (סי' יג), אבל במטלטלין דשייך בהו תפיסה, חזקת ספק מהני, כיון שאין שם מרא קמא. אמנם **הקצות** (סקי"ב) תמה על החכם צבי, כיוון שהרמב"ם סובר שגם נגד חזקת מרא קמא אין מוציאין מיד התופס, ועוד שמבואר בשו"ע סי' רמח סי"א שגם לענין ספק מתנה מהני תפיסה. ועוד, שכאן בשו"ע משמע שאפי' בהפקר מהני תפיסה.

ועי' **בנתיבות** בדיני תפיסה (אות יט) שהלך בדרכו של זקנו החכם צבי שיש לחלק בין מטלטלין לקרקע, אך מטעם אחר, דבכל מקום שיש ספק אם מועיל הקנין במטלטלין - רפויי מרפיין בידיה ולא קנה כלל, ובזה אין מועילה תפיסה אף לפי הרמב"ם. אבל בקרקע של הפקר אם עשה ספק קנין, כגון החזיק באחת לקנות חברתה (סי' ערה הנ"ל) ובא אחר והחזיק בקנין, ודאי השני קנה ולא ראשון. ע"ש שהאריך בביאור הדברים.

במקרה השני המובא בשאלה - הוי אויר שסופו לנוח, מבואר שגם בגמ' שאינו יכול לחזור בו אפי' בעודו באויר, דכמונח דמי וכבר זכה בו המקבל.

5. האם יש קניין חצר בקטן, בקטנה? בגוי? או בספינה?

נסכם בקצרה: **בב"מ** י ע"ב מבואר שקטנה קונה בקנין חצר וכ"פ השו"ע (סכ"ג). בחצר משתמרת והקטנה אינה עומדת בצידה - לרש"י ותוס' וריטב"א ורא"ש לא מהני, לרמב"ם סמ"ג נ"י שו"ע וש"ך (סק"י) מהני. כשיש לה אב - לרי"ף ורמ"א לא מהני, לרש"י תוס' רז"ה בעה"ע רא"ש ש"ך (סקי"א) ונתיבות (סקי"ד) מהני. חצר לקטן - לרמב"ם ושו"ע (סכ"ג) לא מועיל כלל, לראב"ד וקצה"ח (סי"א) מועיל במתנה. במגיד משנה נשאר בצ"ע. חצר בגוי - עיין לעיל בתשובתנו לסי' קצד. ספינה - עי' ב"מ ט ע"ב דלא הוי חצר מהלכת, דספינה מינח נייחא ומיא הוא דקא ממטו לה. וכ"פ השו"ע סי' רעג סט"ו.

דין זכייה לשוטה - עיין לעיל סימן רט תשובה 1 סעיף ד.

סימן רמה

1. **א. פרט המושג של קנין דברים והמקרים שמדובר בנדון זה.**

בב"ב ג ע"א לענין חלוקת שותפין "קנין דברים בעלמא הוא", ע"ש. בכמה מקומות הוזכר בעניינים שונים וראה גם לעיל סימן קפט תשובה 2 סעיף א.

ב. קנין "אתן" מועיל או לא מועיל?

בגיטין מ ע"ב פליגי תנאי אם לשון "אתננה" מועיל בשטר, ולהלכה לא מהני. **בע"ז** עב ע"א איתא שאם אמר לחברו שאם ימכור הקרקע ימכרנה לו, מהני. אמנם אם הציעו לו מחיר יקר ומכר לשני, קנה השני דזוזי אנסוהו, עיין לעיל סי' רו. עכ"פ לכאורה "אתן" מהני. ובאמת שיטת **רש"י** (ע"ז שם, ד"ה קנה קמא) דקנו מיניה ולכן מהני קנין אתן. אבל שיטת **רמ"ה** דאתן לא מהני, ובע"ז שם מירי במעכשיו והיה מעשה קנין. וכ"כ **הרמב"ם** ולכן בדין שבגמ' ע"ז הנ"ל כתב "הרי היא מכורה לך מעכשיו". דעת **הרשב"א** בתשובה דאתן מהני, דלא הוי קנין דברים ומסתמא שעבד עצמו לקיום הדבר. **השו"ע** (ס"א) הביא לשון הרמב"ם וכשיטת רמ"ה דלא מהני, ובס"ב הביא בשם יש אומרים שיש אומרים שאם קנו מידו מהני, **ובבאר הגולה** ציין שכוונתו לשיטת הרשב"א דמהני מדין התחייבות (עי' לעיל סי' ס). אמנם **בביהגר"א** (סק"ה) ציין כמקור את דברי רש"י הנ"ל ומשמע דמהני כקנין גמור.

הרמ"א הביא בשם **מהר"י וייל** דקנין אתן לא מהני כסברא ראשונה שהובאה בשו"ע, ולכן לא די בקנין בשעת השידוכים וצריך לחזור ולהתחייב בשעת הנישואין. וביאר **הסמ"ע** (סק"ב) דבשעת הנישואין כבר עושים קנין גמור ולא בלשון אתן כמו בשידוכין שאז אין רוצים לשעבד עצמם שמא יתחרטו. וע"ע בסי' רג תשובה 3.

2. **ראובן נתן שדה לשמעון בשטר מתנה, ואח"כ החזיר שמעון את השטר לנותן, ומחל על המתנה, האם המתנה בטילה?**

בב"ב קסט ע"א מבואר דלא מהני מחילה, והמתנה כבר קיימת, וכ"כ **הרא"ש** בתשובה **ובשו"ע** ס"ט. ואם רוצה להחזיר המתנה צריך להקנות מחדש.

3. **הפקיר הלוה נכסיו אם גובין ממנו מלוה ע"פ? ומה הדין אם בע"ח זכה מההפקר, האם נאמן לומר שזכה מהפקר ורוצה לגבות פעם שניה?**

בכריתות כד ע"א מבואר שאם מקבל המתנה אמר "אי אפשי בה", הוי כהפקר, וכל אחד יכול לזכות בה. וכתבו הטור והרמ"א (ס"י) שבעל חוב יכול לגבות מהפקר זה. **בסמ"ע** (סקי"ח) כתב דמיירי דוקא בחוב בשטר, שיכול בעל החוב להוציא אף מן הזוכים מההפקר. אולם **הט"ז** סבר דמיירי אף במלוה על פה, והוכיח שהרי אדם אינו נאמן לומר על חפץ שאינו שלו, ואם היה יכול להפקירו ולגרום שלא יוכל הלווה לגבות ממנו - היה נאמן לומר שהחפץ אינו שלו במיגו שהיה יכול להפקירו. **בקצה"ח** (סק"ב) דחה ראיה זו, דהא בלאו הכי יכול לתת מתנה ובכ"ז אין לו מיגו כנגד חזקה מה שתחת יד אדם שלו (כמ"ש המ"מ) או שאין זה מיגו טוב שיש לו ריעותא שהרי אינו רוצה לתת לאחר. אמנם לדינא הסכים הקצות עם הט"ז דאף במלוה על פה גובין מהפקר, כדמוכח מנכסי הגר (סי' רעה סעי' לא): "גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו והיה עליו חובות, כל מלוה שנגבית מן היורשין ומן הלקוחות נגבית נמי מאלו, ואין גובין מהם אלא בשבועה", ומבואר דכל מלוה שנגבית מן היורשין גובה מהפקר, וא"כ מלוה על פה דנגבית מן היורשין (עי' סי' קח ס"א) גובין מהפקר. וכן מוכח בדברי הרשב"א (ב"ק מט ע"ב ד"ה משכונו). ואע"פ שבשלט"ג (ב"ב ל ע"א מדפה"ר) הסתפק בזה, נראה לדינא כנ"ל.

<u>אם בע"ח זכה מההפקר</u> - **הסמ"ע** (שם) למד בדברי הנמוקי יוסף (ב"ב סג ע"ב מדפה"ר והובא בדרכי משה) דלא מצי למימר "האי מהפקרא קא זכינא וחובי במקומו עומד". אמנם **בקצות** (סק"ג) **ובנתיבות** (סק"ה) תמהו על כך, למה יגרע הבע"ח מאחר ולא יוכל לזכות בהפקר, וכתבו שהמעיין בנ"י יראה שכוונתו למקרה שהבע"ח הוציא בתור גוביינא מאדם שזכה מההפקר, אבל אם זכה בעצמו מההפקר יכול לשוב ולגבות חובו מהלווה.

4. **א. ראובן זיכה מתנה על ידי אחר לשמעון, וזה שתק ואחר כך צווח שאינו רוצה בה, ובא לוי והחזיק בה, האם זוכה לוי. ב. ומה יהא הדין אם בא ראובן ותפסה מידו של לוי, האם זוכה בה ראובן?**

בב"ב קלח ע"א פליגי ת"ק ורשב"ג האם זכה או לא. **בחולין** לט ע"ב מבואר שחששו לשתי השיטות לחומרא. **הרמב"ם** פסק עפ"ז דהוי ספיקא דדינא האם ששתק הסכים ואח"כ חזר בו, או ששתק כי לא הגיע לידו כלום ואח"כ שצווח הוכיח סופו על תחילתו. ולכן אם קדם לוי וזכה - אין מוציאין מידו, שמא שמעון זכה וכיון שאמר איני רוצה בה הפקירה, והרי לוי זכה מן ההפקר. ואם חזר ראובן ותפס מיד לוי, אין מוציאין מידו, שמא שמעון לא זכה כלל וא"כ הרי היא עדיין ברשותו של ראובן. וכ"פ **השו"ע** (סי"א). אמנם **הרא"ש** (ב"ב פ"ח סי' נא) **וראב"ן** הכריעו כת"ק שזכה המקבל (שמעון) בכל ענין, וממילא אם צווח הפקיר וזכה לוי. וכן דקדק בב"י מדברי **הרי"ף ורשב"ם**. וכ"פ **הרמ"א ורש"ל**.

הסמ"ע (סקכ"א) ביאר בדעת הרמב"ם דלא דמי לשאר ספיקא דממונא דקי"ל דמאחר שתפס האחד אין השני יכול לחזור ולהוציאו מידו, דשאני הכא שידוע הוא מי בעליו הראשונים. ולכן לאחר שחזרו ותפסוהו הבעלים הראשונים מיד זה שקדם וזכה, שוב אין שום אדם יכול להוציא מידו, ואפילו אם אותו שקדם וזכה חזר והוציאו מיד בעלים הראשונים אין מניחין אותו בידו. אמנם **הש"ך** בתקפו כהן השיג עליו בזה (הובא בהגהת חתנו בש"ך סק"ז).

בשו"ע הוסיף: "וי"א שאם היתה מתנת שכיב מרע. כיון ששתק בשעה ששמע, קנה". **הרמ"א** כתב שלא ראה מי שמחלק בזה בין בריא לשכ"מ. הסמ"ע (סקכ"ג) ביאר שכוונת השו"ע לדעת הרא"ש הנ"ל, די"ל דדוקא בשכ"מ אמרו רבנן שזכה המקבל אבל בבריא מודו לסברת רשב"ג. אולם **הש"ך** (סק"ז) כתב[56] שדברי השו"ע קאי אדלעיל סעיף י', שכתבו הרי"ף הרא"ש שאם הנותן שכיב מרע, אם שתק המקבל מתחילה בשעה שאמר ליתנה לו הו"ל כאילו שתק בשעה שבא לידו, דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין וא"צ שתבוא המתנה ליד הנותן. והשו"ע כתב דין זה בשם "יש אומרים" כי סבר שהרמב"ם לא חילק בזה, אבל נעלם ממנו שהרמב"ם חילק כן להדיא בפ"ט מהל' זכיה. והש"ך דחה דברי הסמ"ע הנ"ל. גם **הט"ז** ביאר שדברי השו"ע נסובו על ס"י, וכן הסכים **הנתיבות** (סק"ו).

ועוד כתב הנתיבות ע"פ הנ"י (ב"ב סב ע"א מדפה"ר) דדוקא כששתק גם אחר מיתה, אבל כששתק רק בחיים יכול המקבל לחזור בו, כיון שאינו קונה אלא לאחר מיתה יכול המקבל לחזור בו קודם מיתה. **ובקצה"ח** (שם) כתב שלתוס' (גיטין יד ע"ב ד"ה הא) והרא"ש (שם פ"א סי' יט) שזוכה המקבל למפרע לאחר מיתה, אין המקבל יכול לחזור בו. ובנתיבות הכריע כדברי הנמוקי יוסף.

סימן רמו

1. **ראובן נסע לעיר רחוקה בהגיעו ליעדו לא מצא אכסניא, אחד מתושבי העיר, שמעון, הזמינו לביתו ללינת לילה ולארוחה למחרת, הגיש שמעון לראובן חשבון ותבעו לשלם לו עבור הלינה והארוחה, ראובן סירב וטען שקיבל את ההזמנה משום שסבר כי מדובר במצות "הכנסת אורחים" ללא תשלום. מי צודק? [בזמננו**

[56] ע"פ ביאור חתנו בהג"ה.

מי שמסיע את חבירו בטרמפ, האם יכול לתבוע תשלום, ומה הדין באם אמר לו אכול אצלי או שבור כדי, האם חייב לשלם? האם יש הבדל בין אם ידע שזה של חבירו לאו לא ידע]? האומר לחבירו בוא ודור בחצרי, האם חייב לשלם? המפרנס יתום האם יכול לתבוע שכרו? האומר לחבירו בוא ואכול עמי האם חייב? היה אוכל בבית התבשיל בחינם והזמינו לאכול אצלו ותובע? נסע לחו"ל לחופשה, ואמר לידידו שיכול לבוא לנופש בדירתו, ואחר כך תובע שכרו, האם מגיע?

כשאדם אמר לחברו "אכול עמי" או "דור עמי בחצרי": **לתשב"ץ** (ח"א סי' קעד; הובא בב"י סי' שסג) פטור. **לתה"ד** (סי' שיז) בשם מהרי"ח חייב לשלם, דמסתמא התכוון שישלם לו כדמוכח בב"ק צב ע"א דהאומר לחברו קרע כסותי ולא אמר "והפטר", חייב.

האחרונים הקשו על שיטת תה"ד:

א. הש"ך (סק"ט) הקשה, שהרי בב"ק שם (צג ע"א) מבואר שבאומר "קרע כסותי" אם לא הגיע לידו בתורת שמירה פטור אף כשלא אמר לו "והפטר", וכן נפסק בשו"ע סי' שפ ס"א. **הקצות** (סק"א) תירץ, דהנה לכאורה טעם החילוק שם בגמ' הוא, שאם בא בתורת שמירה, כל עוד לא אמר לו בפירוש "והפטר" - לא התכוון לפוטרו. אבל כשלא בא בתורת שמירה, ממילא כשאמר "קרע כסותי" הכוונה היא על מנת ליפטר והוי מחילה, ולפ"ז אם ידוע שכוונתו על מנת ליפטר, בכל גוונא פטור. אבל אין נראה לפרש שלשון אחת תתפרש בשני אופנים שונים. ולכן נראה שבאמת בלשון "קרע כסותי" לא כלולה מחילה ["והפטר"], אך כשלא בא לידו בתורת שמירה פטור משום שעושה ברשות בעלים ואיהו דאזיק אנפשיה. וכן מוכח בלשון השיטמ"ק (כתובות לו ע"ב ד"ה מתני') בענין מפותה קטנה, דהמפתה פטור מקנס אע"ג שאינה בת מחילה, מוכח דאינו משום מחילה אלא משום דליכא דין נזק כלל היכא דעבד ברשות בעלים. אבל כאשר בא לידו בתורת שמירה, אע"פ שאמר לו "קרע כסותי" - כיון שכבר נתחייב בשמירה הרי הוא מזיק, וקבלת השמירה שהיא ע"י מעשה אינה משתנה בעקבות דיבורו של המפקיד. וכן מבואר במרדכי (ב"ק סי' ק). כל זה בדין מזיק, אבל כשאמר לחבירו בא ואכול עמי דאין חיובו משום תורת מזיק אלא משום שנהנה, וא"כ אפילו עשה מדעת בעלים חייב, כדין יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות דחייב לשלם מה שנהנה אפי' שעשה מדעתו (ב"מ קא ע"א), ולכן הוכיח תה"ד מ"קרע כסותי, שבור כדי", דאין בלשונו לשון והפטר, ולכן חייב אם עשה שלא ברשות בעלים, וה"ה "בא ואכול עמי" דאין במשמעותו מחילה, וכמו שנתבאר כאשר נהנה חייב אפי' ברשות בעלים כיורד לשדה חברו וכנ"ל. וכן הסכים **בנתיבות** (סק"ה).

ב. מהרי"ט (אה"ע סי' כא) הקשה על תה"ד ממ"ש התוס' (חולין קלא ע"א ועוד) שאין חיוב מדין "נהנה" על מה שהאכילו חברו, שיכול לומר שהיה מתענה. ותירץ, דמ"מ הכא חייב מדין מזיק, משא"כ בחולין שם מדובר במתנות כהונה דהוי ממון שאין לו תובעים. אמנם **בקצות ובנתיבות** שם דחו דבריו, דודאי חייב על אכילה משום נהנה, אבל לא קשה מהתוס' בחולין, דסו"ס אע"ג שהיה מתענה טפי עדיף ליה אכילה. וכן מוכח מכתובות ל ע"ב גבי תרומה כיון שתחב לו חבירו בבית הבליעה, וע"ש ברש"י (ד"ה שתחב) דמפרש דמחייב משום הנאת מעיו וע"ש בתוס' (ד"ה ואי וד"ה לא צריכא), והתם ליכא לחיובי כלל מתורת מזיק כיון דבעל כרחו תחב לו חבירו, ומוכח מזה דהנאה בכלל אכילה ואינו יכול לומר הייתי מתענה. אלא דגבי מתנות כהונה כשם שאינו חייב על היזקו משום דהו"ל ממון שאין לו תובעין, כך אינו חייב על הנאתו כיון דהוא ממון שאין לו תובעין אא"כ משתרשי ליה, כמו באנסו בית המלך גורנו, ולזה הקשו בתוס' דבאכילה נמי משתרשי ליה דהיה צריך לקנות פירות אחרים לאכילה, וע"ז כתבו דיכול לומר הייתי מתענה ולא חשיבי הנך שבביתו משתרשי ליה, ומשום הנאה אף על גב דאית ליה במה שלא היה צריך להתענות, במתנות כהונה פטור על הנאתן כשם שפטור על היזקן ובמשתרשי לבד הוא דמחייב, אבל הכא דמחייב על הנאה א"כ הנאה בכלל אכילה כמו דמוכח בפרק אלו נערות דמחייב על הנאת מעיו.

הרמ"א בסי' רמו (סי"ז) פסק כתה"ד: "האומר לחבירו אכול עמי, צריך לשלם לו, ולא אמרינן מתנה קא יהיב ליה. ולכן מי שמאכיל לחתנו עם בתו יותר מזמן שקצב לו מזונות, צריך החתן לשלם לו מזונותיו כשיתבע ממנו, אבל לא מזונות אשתו. ודוקא דליכא הוכחה דנתן לו לשם מתנה, אבל היכא דמוכח דנתן לו לשם מתנה, רק אחר כך נפלה קטטה ביניהם ולכן תובע ממנו, פטור". אולם בסי' שסג (ס"י) הביא הרמ"א את דברי התשב"ץ: "האומר לחבירו: דור בחצרי, אין צריך ליתן לו שכר". והעירו האחרונים (**ש"ך** סי' שסג סקי"ז, **ט"ז** בשני המקומות) שדבריו סתראי. הט"ז פסק כתה"ד. **והב"ח** (סי' שסג) פסק דהמע"ה, ובש"ך שם כתב שבגברא דלא עביד למיגר מודה הב"ח שפטור. **הקצות** (סק"ב) ביאר שהתשב"ץ איירי בגברא דלא עביד למיגר ולכן פטור, ואילו בתה"ד איירי באכול עמי דנהנה [ראה לקמן] וא"כ אין ביניהם מחלוקת. [וכ"כ **הגר"א** סי' שסג סקל"א, ע"ש].

בנידונים שהועלו בשאלות:

בוא ואכול עמי - לכאורה הדין שנוי במחלוקת תה"ד ותשב"ץ. לט"ז הלכה כתה"ד שחייב לשלם, לב"ח וש"ך המע"ה. אמנם לקצה"ח ולגר"א כאשר נהנה אין מחלוקת ולכו"ע חייב, ואילו התשב"ץ איירי ב"דור עמי" ובגברא דלא עביד למיגר.

בוא ודור בחצרי - כנ"ל, ולקצה"ח והגר"א אם הוא עביד למיגר לכו"ע חייב, ואם לא עביד למיגר לכו"ע פטור. ועי' **פת"ש** סי' שסג (סק"ז) בשם **חת"ס** (חו"מ סי' קיט) שהכריע כהתשב"ץ דפטור, ולכה"פ המע"ה, וע"ש עוד.

נסע לחו"ל לחופשה וכו' - אם הבית לא עביד לאגרא, אע"ג שחברו עביד למיגר, הוי זה נהנה וזה לא חסר, עי' בפרטי הדינים בסי' שסג תשובה 3 סעיף א.

בדין טרמפ - המנהג הוא שלא גובים על כך תשלום וכמשמעות המילה "טרמפ" [הסעת חינם], ולכאו' פטור כאשר העלהו בסתם.

אם היה אוכל בבית-התבשיל בחינם - כתב **מהרש"ל** (פ"ח דב"ק סי' סח, הובא **בש"ך** סי' רמו סקי"א) שאם קרא לאורח הסועד אצל בעה"ב אחד בחנם פטור האורח בשבועת היסת שדעתו היה לאכול בחנם.

המפרנס יתום - בב"י סי' רצ הביא **תשו' הרשב"א** (ח"ד סי' סח) **ותה"ד** (סי' שמח) שיכול לגבות שכרו, דהוי כיורד לשדה חברו שלא ברשות שחברו נהנה וחייב לשלם. אולם בסי' קכח הביא הב"י מספר התרומות (שער סה ח"ב סי' ב) בשם **תשובת הרי"ף** (סי' רטז) שהיתום א"צ לשלם לו, דמסתמא עשה כן בתורת גמ"ח. אמנם דייק הב"י שם שאם היו בידו מעות היתומים יכול לעכבם בידו. **השו"ע** ביו"ד סי' רנג ס"ה כתב כשיטת הרי"ף: "מי שפירנס יתום, והיה מכוין למצוה, וכשהגדיל תבע ממנו מה שפרנסו, פטור". ואילו בחו"מ סי' רצ סכ"ה כתב: "יתומים שסמכו אצל בעל הבית וזן אותם משלו, לא הניח מעותיו על קרן הצבי". וציין הרמ"א ליו"ד שם, והוסיף ע"פ סה"ת: "אבל אם פרנסן בתורת גמילות חסדים, פטורים". **בתשו' נו"ב** (מהדו"ת חו"מ סי' לד; הובא **בפת"ש** סי' רמו סק"ג) כתב שהלכה זו עמומה, ולכן נראה שאם אין לנו הוכחה ברורה שהאפוטרופוס כיון בתורת צדקה, והאפוטרופוס מוחזק בנכסי יתומים, ישבע האפוטרופוס שהיתה דעתו ע"מ לקבל תשלומין וינכה דמי המזונות ממה שבידו, והכל לפי ראות עיני הדיין איך היתה דעת האפוטרופוס בעת שנתן המזונות. **בתשו' רע"א** (מהדו"ק סי' קמז; פת"ש שם) תירץ שאם היתום סמוך על שולחנו הוי כאפוטרופוס וחייבים לשלם לו, אבל אם אינו סמוך הוי בתורת גמ"ח ופטורים, ואפי' תפס מוציאין מידו דלא כהב"י. ואמנם בתה"ד לא חילק וכתב שחייבים לשלם לו בכל גוונא דלא הניח מעותיו על קרן הצבי, אך לא ראה דברי הרי"ף, ואילו היה רואה היה חוזר בו. ועי' גם **בהגהות רע"א** בסי' רצ שם.

ובכל המקרים הנ"ל, אם מוכח שנתן לו לשום מתנה, לכו"ע פטור כמ"ש בתה"ד וברמ"א.

סימן רמז

1. **מי שהיה במדינת הים ושלח בגדים מעורבים או תכשיטים שונים ואמר לשליח שיתנם במתנה לביתו. היו בהם דברים הראויים גם לבנים ולבנות ואין לו לא אשה ולא בנות. למי השליח צריך ליתנם נמק.**

בב"ב קמג ע"ב איתא: אם שלח בגדי משי לביתו, אם ראויים לבנים - ינתנו לבנים, אם ראויים לבנות - אם בנותיו אינן נשואות ינתנו להן, ואם בנותיו נשואות ינתנו לכלות, ואם אין לו כלות ינתנו לבנות הנשואות. [וכתב **הרמ"ה** שאם יש לו אשה - היא קודמת לכולן, והובא **בשו"ע** (ס"ב) בשם י"א]. **בירושלמי** הוסיפו שאם היה במדינת הים ואמר ינתנו לבניו - הרי בנותיו בכלל, אא"כ היה בשעת מיתה שאין בנותיו בכלל. וביאר **הנ"י** שדין זה נאמר בנכסים המתאימים לבנות, שבזה חילק הירושלמי בין מתנה רגילה לשעת מיתה, דבשעת מיתה אמרינן דלא רצה להוציא מהיורשים ולכן הבנות אינן מקבלות.

כתב **הרמ"ה** שאם הנכסים מתאימים גם לבנים וגם לבנות - חולקים בשווה. ואילו **הרמב"ם** כתב שיתנו רק לבנים, וביאר **המ"מ** שדעתו קרובה אצל בניו יותר ויש להניח שהתכוון לתת להם. וכ"כ **הב"י**. אולם **הב"ח והסמ"ע** סברו שאין מחלוקת, והרמ"ה איירי כששלח סתם ולכן יחלקו בשווה ואילו הרמב"ם איירי כשאמר "בניו", ולכן יתן רק להם. **השו"ע** (ס"א) סתם כלשון הרמב"ם שבדברים הראויים לבנים ולבנות יתן לבנים, והש"ך כב"ח והסמ"ע דהיינו דוקא כשאמר "בני" להדיא, הלא"ה יחלוקו בשווה.

2. **שכיב מרע שאמר נכסי לקרובי או לקרובותי מי נכנס במסגרת קרובים?**

כתב **הנ"י** (ב"ב סו ע"ב מדפה"ר) בשם **הריטב"א** שהכוונה לכל קרוביו הפסולים לעדות. **בקצה"ח** (סק"ב) דן האם יש להעדיף את הקרוב יותר, ותלה זאת בסוגיא דב"ב ל"ג שאם טען אחד שהוא קרוב יותר, יש להעדיפו כמבואר שם בתוס'. אולם **בנתיבות** (סק"ה) כתב שאין למי שיותר קרוב עדיפות על פני הפחות קרוב, אלא כל הקרובים מדאו' נוטלים בשווה וכמ"ש הב"י.

בפת"ש (סק"ה) הביא **מהחת"ס** (חו"מ סי' קכז) שאם צווה לתת סך גדול לקרוביו שבעיר והם מועטים, יש אומדנא שכוונתו אף לקרובים שאינם פסולים לעדות. והסתפק אם יש קרובים הפסולים לעדות בעיר סמוכה, אם עדיף לתת להם. עוד כתב החת"ס שאם אמר לתת לקרוביו "העניים" - יש להעדיף את העניים יותר. ועוד כתב, שקרובי אשתו אינם בכלל קרובים, אא"כ יש אומדנא שהתכוון אליהם.

3. **מי שהיה לו בנים מאשה אחת ועמד לשאת אשה שניה והתנה עם בניו שהיו לו מהאשה הראשונה שחצי מהירושה יטלו אותו בניו שיהיו לו מאשתו השניה, ונולדו לו מהאשה השניה רק בנות, האם הבנות נוטלות חצי מהירושה או לא? סעיף א' ברמ"א**

כתב **המרדכי** והביאו **הרמ"א** (ס"א) שאין לתת לבנות, כיון שאינן נכללות בלשון "בניו", וכן שלא ניתן לעקור ירושה דאו'. **הסמ"ע** כתב שבוודאי התכוון לתת לבנות שהרי בניו יורשים בלאו הכי, ולכן נקט שהעיקר כטעם השני שא"א לעקור ירושה דאו'. **הנתיבות** (סק"ב) הקשה דבלא"ה לא מהני בכה"ג דהוי דבר שלא בא לעולם. והביא **שבחידושי אנשי שם** על המרדכי תירץ שהמרדכי סבר דאפשר להקנות לדבר שלא בא לעולם לכשיבוא לעולם (עיין לעיל סי' רט), ולפ"ז להלכה גם הבנים לא קנו, דלא קי"ל הכי.

4. **מחלק נכסיו מחמת מיתה, וכתב שיחלקו יתומי אחותו ויש בהם בנים ובנות, גדולים וקטנים, האם כולם בכלל?**

כתב **הרא"ש** בתשובה (כלל פה ס"ג) שכולם בכלל, וכ"פ **הרמ"א** (ס"ג) **והשו"ע** (ס"ד). אמנם **הרשב"א** (ח"א סי' תתקסג) כתב שגם בכה"ג יש לפרש שהכוונה לבנים בלבד. **הרמ"א** בד"מ ביאר שטעמו של

הרא״ש הוא מפני שלשון ״יתומים״ חל גם על בנות, וכן הובא **בסמ״ע** (סקי״א). אבל בתשו׳ **פנים מאירות** (ח״א סי׳ לז) מסיק לדינא דלא כהרמ״א, **ובשבו״י** (ח״ב סי׳ קכב) דחה דבריו, הובאו בפת״ש סק״ד.

סימן רמח

1. קי״ל נכסי לך ואחריך לפלוני אין לשני אלא מה ששייר ראשון. א. היש חילוק בזה במתנת בריא למתנת שכיב מרע?

בב״ב קלז ע״א פליגי רבי ורשב״ג באומר נכסי לך ואחריך לפלוני והראשון מכר הנכסים - לרבי השני מוציא מיד הלקוחות ולרשב״ג אין לו אלא מה ששייר ראשון. הלכה כרשב״ג (שו״ע ס״א). ושם מבואר שמודה רשב״ג שאם נתנם הראשון במתנת שכיב מרע לא עשה כלום, דלא קנה אלא אחר מיתה וכבר קדמו אחריך. וכ״פ השו״ע. עוד מבואר שם בגמ׳ קלג ע״א, שאם הראשון ראוי ליורשו - אפי׳ כשאמר לשון מתנה אמרינן שהתכוון לירושה וירושה אין לה הפסק והשני לא זכה. **הרמב״ם** (פי״ב מהל׳ זכיה ה״ה) כתב דהיינו דוקא במתנת שכ״מ, אבל במתנת בריא - זכה השני אפי׳ אם הראשון ראוי ליורשו, דאמרינן שהתכוון למתנה. וביאר **המ״מ** שבכה״ג לשונו מוכרחת להתפרש כלשון מתנה, שהרי בריא אינו יכול לתת בלשון ירושה. וכתב **הנתיבות** (סק״ד) שלפ״ז ה״ה בשכ״מ שיש לו בכור ופשוט, ואמר ״נכסי לבני הפשוט במתנה ואחריו לפלוני״, דמהני, שהרי הוי מתנה. אך הנתיבות חולק ע״ז וס״ל דאף בכה״ג אמרינן ירושה אין לה הפסק כמ״ש **מהרי״ט** (חו״מ סי׳ עד) שגם אם אמר בלשון מתנה לא ביטל לשון ירושה וארכביה אתרי רכשי - שלגבי הבכור הוי כמתנה ולענין הפלוני הוי כירושה, אא״כ אמר בפירוש שנותן במתנה ולא בירושה. וע״ש עוד שהאריך בזה.

ב. היש חילוק אם הראשון ראוי ליורשו או זר?

מפורש בגמ׳ שדין זה בראשון ראוי ליורשו וכנ״ל, אבל אם הוא זר ודאי קיבל במתנה ויזכה השני אחריו.

ג. מה הדין אם גם השני ראוי ליורשו?

כתבו **הגאונים** שאם גם השני יורש, יש לירושה הפסק ועוברת אליו. וכ״כ **הרמב״ם**. אך **הרמב״ן והר״ן והמ״מ** ועוד, סוברים שאין לחלק בזה, וכדמוכח בב״ב קכט במימרא דרב אחא בר רב עויא, דאע״פ שהשלישי יורש אמרינן שאם השני יורש אין לשלישי כלום. **הרמ״א** ס״א פסק כרמב״ן. ועי׳ **בקצה״ח** (סק״ב) שביאר סברת הגאונים דדמי ל״אחריך לעצמי״ דאמרינן ששייר לעצמו הגוף ולא נתן אלא הפירות, וכמבואר בגמ׳ (ב״ב קלז ע״ב) לענין רב ביבי שהקנה את הדקל שקיבל לבנו, ורב פפי אמר דלא מהני כי הדקל הוקנה לרב ביבי רק לימי חייו והוי כאחריך לעצמי, וכתב רמב״ן שם ששיירה לעצמה הגוף, וכ״פ הרמ״א עצמו בסעיף ז׳. וא״כ יש לחלק בין ״נכסי לך ואחריך לפלוני״ לבין ״ואחריך ליורשי״. ואת הוכחת רמב״ן מהא דרב אחא בר רב עויא דוחה הקצות, דהתם מיירי שהקנה לראשון גם את הגוף, שהרי אמרו שם שאם מת שני יחזרו ליורשי ראשון, וא״כ לא קי״ל כשיטה זו שהרי נפסק כרב פפי כנ״ל. לפ״ז דברי הרמ״א [וגם הרמב״ן] סתראי. **בפת״ש** הביא שבספר **דברי משפט** חילק בין פסקי הרמ״א: בסעיף א׳ מיירי שהראשון ראוי ליורשו, ולכן פסק כרמב״ן וסיעתו שירושה אין לה הפסק אפי׳ אם גם השני ראוי לירש. אבל בסעיף ז׳ מיירי שהראשון אינו ראוי ליורשו, ולכן כששייר הנותן לו או ליורשיו אמרינן ששייר בעין יפה ולא הקנה לאותו אדם אלא הפירות. ואה״נ אם הראשון ראוי ליורשו אמרינן שקנה גם את הגוף ואין לירושה הפסק גם בכה״ג וכמו בסעיף א.

ד. מה הדין אם אמר ואחריך לפלוני מעכשיו?

בב"ב קכה ע"ב מובא מעשה בההיא סבתא שאדם הקנה לה ואח"כ שתירש בתו, ומתה בתו בחיי הסבתא ובעלה תובע מהסבתא. ואמר רב הונא שהדין עמו כי כוונת המקנה שגם יורשי הבת יקנו. ורב ענן סובר שאינו יורש, שלא התכוון הנותן אלא לבת ולא ליורשיה. ומובא שם שבמערבא הכריעו שאינו יורש, אך מטעמא אחרינא - שבעל אינו יורש בראוי. ורב הונא סבר דקנין אחריך הוי כמעכשיו, ולכן לא הוי ראוי.

נראה מכאן שלהלכה דאינו יורש משום דהוי ראוי, דאומר אחריך לאו כאומר מעכשיו דמי, וכך למדו **הרי"ף והרמב"ן** (בתשו' סי' מה), וא"כ כאשר אומר מעכשיו ירושה יש לה הפסק, והראשון לא יוכל למכור את המתנה. אולם דעת **רז"ה** שהאומר אחריך הוי כמעכשיו גם להחולקים על רב הונא, אבל הם סוברים שהראשון יכול למכור, והשני יקנה למפרע רק מה שנשאר אצל הראשון, ולכן הוי בגדר ראוי ולא מוחזק [וראה להלן מדברי הקצות]. שיטת **הרשב"א** (בחי' לב"ב קכט ע"ב ובתשו' סי' תשד) היא שגם אם יאמר במעכשיו ירושה אין לה הפסק, וכ"כ **הריטב"א והנ"י** ועוד [והקשו על רמב"ן שהרי רב הונא שהוא בעל המימרא דאחריך, ס"ל דכל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי, וא"כ מדוע צריך לומר להדיא מעכשיו].

ולכאו' בסברא דברי הרמב"ן מובנים, שכאשר אמר "נכסי לך ואחריך לפלוני מעכשיו" מוכח שלא נתן לראשון אלא פירות ולא גוף, ומסתברא דירושה יש לה הפסק בכה"ג, וצ"ב בסברת הרשב"א וסיעתו מדוע "מעכשיו" לא מהני. ונאמרו בזה כמה ביאורים בדברי האחרונים:

א. הקצה"ח (סק"א) ביאר, דהנה המדד לדעת האם יש לירושה הפסק או לא, הוא האם יש לראשון זכות לכלות ולמכור את המתנה. ונחלקו הראשונים מה יוצרת אמירת "מעכשיו" כלפי השני - האם קונה מיד את הגוף, או רק מה שישתייר מהמתנה: לרמב"ן כשאמר "מעכשיו" כוונתו שהגוף נתון לשני מעכשיו והפירות לראשון, וממילא הראשון א"י למכור ואין כאן ירושה כלל, והשני מקבל. אבל לרשב"א "מעכשיו" הכוונה שאם יוכל לזכות בנכסים בלא מעכשיו, יזכה בהם מעכשיו, וכשיטת בעל המאור הנ"ל, דהרי הוא כמי שאמר לו "לכשתרד לנכסים שישתיירו לך מן הראשון, קנה מהיום". ולפ"ז הראשון קיבל גוף ופירות ויכול למכור, ולכן שייך בזה "ירושה" אע"פ שאמר "מעכשיו", ובראוי ליורשו נמצא שלא נשתייר כלום לשני, דירושה אין לה הפסק.

ב. הסמ"ע (סקכ"ב) ביאר באופ"א את שיטת הרשב"א, שהוא מודה לרמב"ן שכאשר אמר "מעכשיו" הגוף נקנה מיד לשני, אך קנין הפירות שהוא קנין גוף לפירות (כמבואר בשו"ע סי' רט ס"ז) שייך לראשון, ודי בכך כדי לומר שירושה אין לה הפסק. לפ"ז אין תלות בין יכולתו של הראשון למכור לבין הגדרתו כיורש, דאע"פ שאינו יכול למכור - עצם העובדה שקנה גוף לפירותיו מגדירה אותו כיורש וירושה אין לה הפסק. **ובנתיבות** (סקי"א) הלך בדרכו של הסמ"ע והוסיף עוד, שבאופן עקרוני השני קנה את הגוף, אבל הראשון קנה פירות עולמית מדין ירושה אין לה הפסק, וממילא קנין הגוף של השני הוי כדבר שאין בו ממש ומתבטל לגמרי. מדברי הנתיבות עולה חידוש לדינא, שלדעת הרשב"א אע"פ שהראשון קנה רק פירות - יוכל למכור את המתנה אם הוא ראוי ליורשו אע"פ שהנותן אמר "מעכשיו", כי אין שום משמעות לקה"ג של השני.[57]

---

[57] וצ"ב מהיכי תיתי לומר שק"פ קנוי עולמית לראשון, הרי לכאו' הגדיר זאת לתקופה מסוימת, וכן הקשה בחי' הגר"ש רוזובסקי (ב"ב פ"ח אות קלה), ומו"ח רה"י שליט"א הביא בשיעורו את ביאור המקדש דוד (ב"ב סי' מו) שייסד ע"פ הגמ' בתמורה (כה) בעי אילפא וכו' שברגע פקיעת הבעלות יש זמן ביניים ואין רצף של בעלות, ובנקודת התפר הזו יכול להקנות לאחר, ועפ"ז ביאר שיטת הרשב"א שהנותן אומר מעכשיו הביאור הוא שנותן לראשון ק"פ לעולם, ובאותו זמן נותן לשני קה"ג מהיום, וק"פ לאחר מות הראשון לעולם, ע"ש. ותירוץ נוסף ע"פ מש"כ בשו"ת רע"א (מהדו"ת סי' פח) שדן עם בעל בית מאיר בגוף מהיום ופירי לאחר מיתה האם הוי כב' מתנות נפרדות או כאחת, ע"ש. ועוד עולה מדברי הנתיבות כאן שאם אין לאדם אופק של קנין פירות (הנאה מהחפץ) לא יכול להיות לו קנין הגוף, וגם זה צ"ב, דלכאו' מוכח בש"ס שאפשר לשייר בקניינו (נדרים מח וב"ב קלד מעשה דבית חורון, יבמות סו ע"א אלמנה לכה"ג וכו' ובתוס' שם, ב"מ עח הנותן דינר

השו"ע (ס"ז) פסק שאם אמר ואחריך מהיום לפלוני, ומכר הראשון, השני מוציא מיד הלקוחות, וכתב **הרמ"א** את שיטת הרי"ף והרמב"ן: "וי"א דלא אמרינן בכי האי גוונא דירושה אין לה הפסק" אלא יש לה הפסק וממילא יכול הראשון למכור, והוסיף: "ויש חולקין וס"ל דאין לחלק בין אמר מהיום או לא", והכריע כסברא ראשונה. לגבי סברת ה"יש חולקין" שהביא הרמ"א, **הסמ"ע** ביאר שזו שיטת הרשב"א, ומודה שהראשון אינו יכול למכור. אולם כאמור **הקצות** סבר שזו שיטת הרז"ה, שכל דין אחריך הוא קנין מעכשיו, ואעפ"כ הראשון יכול למכור, וכמו שנתבאר.

ה. נכסי לך ואחריך להקדש ומכר הראשון האם מה שעשה עשוי או אמרינן כל דלהקדש ככתובים וכמסורים דמי?

כתב הב"י בשם **הגאונים** (שערי צדק ח"ד שער ג סי' ד) **ובתשו' הרשב"א** (סי' תשד) שאם הקנה לאדם הראוי ליורשו ואמר אחריך להקדש - לא מהני להקדש, שגם בכה"ג אמרינן ירושה אין לה הפסק. והרא"ה חולק. הרמ"א (ס"א) פסק כשיטת הרשב"א. וכתבו **הגאונים** ומובא בב"י וד"מ וסמ"ע (סק"ד) דהיינו דוקא שנתן סתמא, משא"כ אם התנה באם יצא בנו מהבית יזכו בו עניים, אזי מיד שיצא מהבית זכו בו עניים. וע"ש בב"י שתמה על זה. **ובנתיבות** (סק"ב) כתב שדין זה תליא בהמחלוקת, דלדעת הרמב"ן אם אמר בלשון "זה" - בית זה לבני ואם יצא בני מהבית יהיה לעניים או אחר שיצא יהיה לעניים, אמרינן ירושה אין לה הפסק, אבל אם לא אמר מקודם ביתי לבני רק אם יצא בני מהבית או אחר שיצא בני מהבית יהיה לעניים, כמו בהמעשה שנזכר בתשובת הגאונים, זכו בו עניים.

ו. היש חילוק בין הקדש להקדש בדין זה?

לא ברורה כוונת השאלה. הקצות כתב (בכמה וכמה מקומות) שיש לחלק בין הקדש לבדק הבית לבין הקדשות שלנו דהיינו לעניים, שבהם לא אמרינן דין אמירה כמסירה, וא"כ בזה כו"ע מודים שירושה אין לה הפסק.

2. כתב לחבירו שנתן לו ד' אמות ואגבן כל מטלטלין וקרקעות, האם קונה הכל ומה הדין אם היה במטלטלין ספר תורה?

בב"ב קנ ע"ב-קנא ע"א איתא שאם אמר נכסי לפלוני, הוא נוטל כל המטלטלין והקרקעות והבגדים והבהמות והעופות והתפילין עם שאר ספרים. לענין ספר תורה נשארה הגמ' בספק, האם אינו בכלל "נכסים" מכיון שאסור למוכרו, או דלמא כיון דמזדבן ללמוד תורה ולישא אשה - כלול אף הוא ב"נכסים". **השו"ע** (סי"א) כתב שהוא ספק, ואם תפס אין מוציאין מידו [**סמ"ע** סקמ"א: דספיקא דדינא הוא, ואם יבוא אליהו יופשט האיבעיא, וכל ספק העומד להתברר, במקום דקאי הממון יקום בידו].

בפת"ש (סק"ה) כתב בשם **שו"ת נו"ב** (מהדו"ת חו"מ סי' מג) שאם היה ודאי לנו שספר תורה בכלל "נכסי", לא היה אכפת לן שא"א למוכרו לצרכי חולין, דסו"ס כלול בלשון המתנה. ולפ"ז יוצא שאם אמר להדיא שנותן "כל הספרים", פשיטא שספר תורה כלול בתוכם, שהרי כל הספרים שלנו הם בלשון מושאלת מספר תורה שהוא המקור. אמנם **בשו"ת חת"ס** (חו"מ סי' קמג) הביא שיש מבארים שספק הגמ' הוא שמא ס"ת אינו כלול ב"נכסי" מחמת חשיבותו [וצ"ל דהא דא"א למוכרו הוא רק סימן לחשיבותו], ולפ"ז גם אם אמר "כל ספרי" יש להסתפק אם ס"ת בכלל, דשמא התכוון רק לספרים שאינם כ"כ חשובים. ואף על גב דהכא הוי ספק ספיקא, ספק כמאן דמפרש טעמא משום דאסור למכור וזה לא שייך הכא, ואפילו את"ל כמאן דאמר טעמא משום חשיבות הא הוי ספק תיקו בש"ס, מ"מ לא מוציאין ממון בספק

לעני וכו), וא"כ מדוע לא יוכל השני למנוע מהראשון למכור. ויש מקום לחלק בין שיור זכות לעצמו לבין הקנאת זכות כזו ולנתיבות י"ל שזה לא סחיר, ע"ש בשיעור.

ספיקא. עכ"ד. וע"ש עוד. עוד הביא הפת"ש (סק"ז) **שבמג"א** (סי' קנג סקכ"ב) כתב שהספק הוא דוקא לגבי ס"ת שנתנו לבית הכנסת לקרות בו, דבכה"ג אסור למוכרו [ומשמע שביאר את הספק כדעת הנו"ב ודלא כהפוסקים שהביא החת"ס שהספק מצד חשיבותו, שהרי ס"ת הוא חשוב גם כשהוא אצלו בבית].

בשו"ת משכנו"י (חו"מ סי' סב; הובא בפת"ש סק"ו) כתב שאם היה בעזבונו מלוה על פי משכון מקומות בבית הכנסת אינה בכלל "כל נכסי", והוכיח כן מסוגיית הגמ' הנ"ל "זוזי איקרי נכסי כו', שטרא איקרי נכסי" וכו', ואי נימא דהא דזוזי איקרי נכסי הכונה אפילו במלוה על פה, למאי צריך תו למיבעי אי שטרא איקרי נכסי הא כל שטר יש לו מלוה עליו, אלא ודאי דמלוה על פה לחוד לא מיקרי נכסי כלל, וזוזי דאיקרי נכסי הכונה על מעות בעין כו'. אך דקצת יש לדון בזה מטעם המשכנתא שהיא מוחזקת בידו, אבל נראה דגם מזה אין להחליט בבירור שיהיו בכלל נכסי כו', ולו יהא הדבר במחלוקת שנויה קשה להוציא מיד היורשים, בפרט במתנת שכיב מרע דהוא דרבנן.

כתב **הרא"ש** בתשובה (סוף כלל עה) והביאו **הרמ"א** שם: "אמר לתת לה בגדיה, כל מה שמקרי בגד הוא בכלל, בין בגדי חול בין בגדי שבת". וכתב הגרע"א: "אין תפילין בכלל לשון מלבושים דאין דרך ב"א לכללם בלשון מלבושים. תשו' תולדת אדם להרשב"א סי' קפ"ג ועיין תשובת שבות יעקב א"ח סי' כ"ד דמנעלים בכלל מלבושים". ועפת"ש (סק"ח).

הלכות מתנת שכיב מרע

סימן רנ

1. א. מהו גדר שכ"מ, האם: א. פיסח ב. סומא, ג. גידם ד. חושש בראשו, ה. כאב עיניים, ו. כאב רגליים, נחשב שכ"מ?

כל הנ"ל בפני עצמם לא הוי שכיב מרע אלא כבריא, כמבואר **ברמב"ם** רפ"ח מהל' זכיה **ובשו"ע** ס"ה. רק החולה שתשש כח כל הגוף וכשל כחו מחמת החולי עד שאינו יכול להלך על רגליו בשוק והרי הוא נופל על המיטה - הוא הנקרא שכיב מרע, כמבואר **בב"ב** קמו ע"ב "חולה ומוטל במיטה", ושם קנג ע"א "קציר ורמי בערסיה", וכן **בגיטין** עב ע"ב "אם עמד חוזר". רמב"ם ושו"ע שם.

בירושלמי איתא ששכיב מרע הוא מי שלא קפץ עליו החולי וקרוביו נכנסים אצלו לאחר ג' ימים ואז מתנתו מועילה דוקא כשנתן כל נכסיו ולא שייר [וצריך שיאמר שהם כל נכסיו, או שהוא מוחזק שאין לו עוד נכסים, כדאי' בגמ' ובשו"ע ס"י, ולהלכה א"צ עדים]. אבל אם קפץ עליו החולי [וזהו "המסוכן" במשנה] הוי "מצוה מחמת מיתה" שמתנתו מתנה אף במקצת (כמבואר בב"ב קנא ע"א). ואם לא קפץ עליו החולי ונפל למשכב יותר מג' ימים: **לרא"ש** הוי מצוה מחמת מיתה, **לרמב"ם** הוי שכיב מרע. עוד מבואר במשנה שהמפרש בים והיוצא בשיירא והיוצא בקולר הוו כמצוה מחמת מיתה והובא בס"ח.

ב. האם צריך החולה לומר שהוא מצווה מחמת החולי?

כתב **הרשב"א** בתשובה (ח"ב סי' קכו) שא"צ לומר שמצוה מחמת החולי, וכ"פ **הרמ"א** ס"ה. אמנם כל זה במקנה כל נכסיו, אבל אם אמר שמצוה מחמת החולי הדבר מועיל דהוי מתנת שכ"מ אפי' במקצת, דהוי כמצוה מחמת מיתה. ואם רואים שהוא מצוה מחמת מיתה (ע"פ ההגדרות הנ"ל) מהני במקצת אפי' בלא אמירה. **סמ"ע** סקכ"ג.

ג. צוואת שכ"מ שלא נכתב בה שהיה מיושב בדעתו, האם היא תופסת?

כתב **הריטב"א** בתשובה (סי' עו) שאם לא נכתב בה שהיה מיושב בדעתו, מהני, ולא חיישינן שלא היה מיושב. ומה שכותבים כן הוא רק לשופרא דשטרא. וכ"כ **הרמ"א** ס"ו. ועי' **ביהגר"א** ע"פ **גיטין** עא ע"א, דדוקא במי שיש לו ריעותא כגון שנשתתק חיישינן שלא עשה מדעת, משא"כ הכא דליכא ריעותא.

2. ראובן שהתנה עם אשתו שאם ימות בחייה תיטול מחצית מנכסיו, והמחצית השניה יטלו אחיו, ולאחר מכן חלה וציוה שמחצית מנכסיו ינתן לישיבה פלונית ומת, ובאו אחיו וביקשו מבי"ד לבטל את הצוואה מאחר ויש בידם שטר התנאים שהתנה ראובן עם אשתו כנ"ל, מה הדין?

כתב השו"ע (סט"ז) ע"פ **תשובת הרא"ש** (כלל מא סי' ה), שאין בדבריהם כלום כיון שהתנאי היה עם האשה שאם תיטול תשאיר לאחיו, אבל לא הקנה לאחיו דבר מחיים.

3. מתנת שכיב מרע בכל, דקיי"ל אם עמד חוזר. א. היאך הדין אם קנו מידו?

בב"ב קנא ע"ב אמר שמואל שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר, אפי' קנו מידו יכול לחזור בו. ושם קנב ע"א פליגי רב ושמואל כאשר עשה קנין האם ארכביה אתרי ריכשי או דאמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין קנין לאחר מיתה. נפסק **בשו"ע** (סי"ז) כשמואל דמתנת ש"מ בכולה שנתנה בקנין, לא קנה אפילו מת, ואפילו אם נכתבה המתנה בשטר ומסר לו השטר מחיים לא קנה, דשמא לא גמר להקנות לו אלא בקנין, ואין קנין לאחר מיתה. אמנם אם פירש שלא הקנה אלא כדי ליפות כחו, כגון שכתב: וקנינא מיניה מוסף על מתנתא דא, קנה. וכתב **מהר"ם פאדובה** (סי' נו) והובא בהגה שם: וכן אם כתב דשטר זה יהיה בכל אופן המועיל, הוי כאילו כתוב יפוי כח, וקנה.

ובסעיף כא מבואר: "אבל שכיב מרע שמסדר ענינו וגומר צוואתו ומצוה לכתבה, אינו מצוה לכתבה אלא לזכרון בעלמא וגמר להקנות לו מיד, ואין צריך יפוי כח".

ב. היאך הדין אם זיכה על ידי אחר?

בב"ב קנב ע"ב פליגי רב שמואל כאשר כתב וזיכה לזה כתב וזיכה לזה, לרב הראשון קנה ולשמואל השני קנה. ומבואר שם דפליגי בשכ"מ שעשה קנין האם ארכביה אתרי ריכשי וקנה (רב) או שהמתנה בטלה אם חזר בו (שמואל). "כתב וזיכה לזה כתב וזיכה לזה" - **לרשב"ם** הכוונה שמסר שטר לאחד ואח"כ מסרו לאחר. אבל התוס' הביאו בשם **ריב"ם** דמיירי שזיכה ע"י אחד ואח"כ זיכה ע"י אחר, ולכן דומה הדבר למחלוקת רב ושמואל בשכ"מ שעשה קנין. וכתב **הרא"ש** דמיירי שפירש שלא הקנה אלא כדי ליפות כוחו, דאל"ה גם השני לא קנה, דהוי מתנת שכ"מ בקנין. **השו"ע** (סי"ג) כתב: "שכיב מרע שכתב לאחד וחזר וכתב לאחר, האחרון קנה, שיש לו לחזור עד שימות. (אם פירש שיהא במתנת שכיב מרע, כמו שנתבאר סעיף ט'), בין בכל בין במקצת, בין לעצמו בין לאחר, ואפילו כתב וזיכה לראשון, וכתב וזיכה לאחרון, האחרון קנה, ששכיב מרע שזיכה עדיין מתנת שכיב מרע היא. אבל שכיב מרע שכתב וזיכה וקנו מידו, אין לאחר קנין כלום ואינו יכול לחזור בו לא לאחר ולא לעצמו, בין שנתן בכל בין שנתן מקצת".

ג. היאך דין מצוה מחמת מיתה בכל הדרכים הנ"ל?

בגמ' משמע במעשה דרב דימי בר יוסף שבמצוה מחמת מיתה יכול לחזור אפי' שעשה קנין. ושיטת **הראב"ד** שדינו כמתנת שכ"מ שהקנין מגרע כוחו אא"כ היה ייפוי כוח, וכן הובא **בשו"ע** (סי"ז): "ויש מי שאומר דהוא הדין נמי מצוה מחמת מיתה בקנין דינו כמתנת שכיב מרע, שהקנין מגרע כחו, אלא אם כן יפה כחו". **הנתיבות** (סקכ"א) העיר שזה דלא כתשו' **מהרי"ט** (חו"מ סי' נ) שבמצוה מחמת מיתה א"צ

בייפוי כח, דהוי כקנין מהיות ולאחר מיתה ולכן הקנין אינו גורע. גם בנ״י מובא בשם הר״י מיגאש דאין לדמות בין שכ״מ לממ״מ בענין זה. מחלוקת דומה תהיה בענין זיכה ע״י אחר.

כתב וזיכה וקנו מידו - נחלקו הראשונים במצוה מחמת מיתה: לדעת **ר״י מיגאש** (מובא בנ״י) אפילו כתב וזיכה וקנו מידו בכל מיני הקנאות, יכול לחזור בו. אא״כ פירש בהדיא שנותן במתנת בריא במעכשיו וקנו מידו, קנה. הובא בשו״ע (סי״ד) בסתם. אמנם דעת **רמ״ה** דהני מילי כשפירש בהדיא שמחמת מיתה הוא נותן, אבל סתם מצוה מחמת מיתה, כגון דאמר: וי דקא מיית, דינו כשכיב מרע. הובא בשו״ע בשם יש מי שאומר. **הב״ח** כתב דהמע״ה והנכסים ישארו ביד היורש.

ד. מה הדין אם התנה שלא יוכל לחזור?

בב״ב קנא ע״ב אמר שמואל ששכיב מרע שעמד חזרה מתנתו. וכתב הרא״ש דה״ה כשלא חזר בו להדיא, שיש אומדנא שלא נתן אלא עד דעת שימות. וכתבו בתשובות **הרשב״א** (סי׳ תתקעה) **ורמב״ן** (סי׳ ו) **וריב״ש** (סי׳ רז), שאפילו אם התנה שלא יוכל לחזור ולא נעשה קנין, לא מהני התנאי ואם עמד חוזר. וטעמם, דדברי שכ״מ ככתובים וכמסורים משום שמא תיטרף דעתו, וממילא כאשר עמד לא תקנו חז״ל שיועילו דבריו. אמנם אם עשה קנין בצירוף לתנאי - אינו יכול לחזור בו. דין זה הובא **בהגה** ס״ב. ועי׳ **ביאור הגר״א** שתמה, דלכאורה בגמ׳ משמע שאפי׳ אם עשה קנין יכול לחזור.

ה. מה הדין אם הודה?

בב״ב קמט ע״א: איבעיא להו שכיב מרע שהודה מהו, ומובא מעשה דאיסור גיורא, שאם הודה על נכסיו שהם של פלוני, קנה הלה, ואפילו יעמוד זה אינו יכול לחזור בו. וכ״פ **השו״ע** ס״ג. וביאר **הסמ״ע** (סק״ח) דמיירי שאמר אתם עדי, דליכא למימר שלא להשביע את עצמו או את בניו הודה, או שאמר תנו כמ״ש בסי׳ רנה ס״ב, או בשאר לישני דנתברר דלא שלא להשביע אמר כן. ולהשטות בלאו הכי ליכא למיחש אף אם היתה הודאתו ע״י תביעה, דאין אדם משטה בשעת מיתה. ואפילו אם ידוע לנו שלא היה של זה שהודה לו מעולם, אפ״ה אמרינן שמשום הכי הוציא מתנתו בלשון הודאה כדי שלא יהיה יוכל לחזור בו, וכ״כ **התוס׳** (ב״ב שם ד״ה שכיב מרע). ודלא **כלבוש** שכתב דאין צ״ל אתם עדי שאין אדם משטה בשעת מיתה כו׳, דאכתי איכא למיחש שמא שלא להשביע אמר כן.

4. דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו: א. מהן התנאים הדרושים כדי שיהיה למתנה דין מתנת שכיב מרע?

התבארו לעיל גדרי שכ״מ, ושצריך שיקנה כל נכסיו דוקא (ב״ב קנא ע״ב), וידוע לנו שאלו הם כל נכסיו (שם קמח ע״ב). ואם הבריא אח״כ שהלך על משענתו בחוץ (ולא בבית, כלישנא דקרא ״אם יקום והתהלך בחוץ״) לא הוי מתנת שכ״מ. ואם חלה שוב ומת, אומדין אם היה מחולי הראשון, ומ״מ אם התהלך בלא משענת א״צ אומד ופשיטא שמת מהחולי השני ומתנתו שנתן בחולי הראשון בטלה. עוד תנאי צריך שיתן בלשון מתנה ולא ״יהנה פלוני מנכסי״ וכדו׳, שיש בו ספק בגמ׳ (ב״ב קמט ע״א) ולהלכה לא קנה. ואם כתב בשטר צריך שיהיה כתוב שמתוך החולי הזה מת או שיש עדים על כך, עי׳ ב״ב קנג ע״א. אם ניתנת בשטר צריך שלא יהיה בה קנין אא״כ יש יפוי כח, וכנ״ל.

ב. באלו מקרים גם במתנת שכיב מרע אם עמד אינו חוזר?

א. אם המתנה היתה במקצת ועשו קנין, דהוי כמתנת בריא. **ב״ב** קמט ע״ב **ושו״ע** ס״ד. אא״כ פירש מחמת מיתה, או אפילו לא פירש אלא שנראה מתוך דבריו שהוא נותן מחמת מיתה כגון שמתאונן על מיתתו וכיוצא בזה, דבכה״ג אפילו אם יש בה שיור נקנית באמירה בלא קנין, לכשימות; ואם עמד, חוזר אפילו יש בה קנין במקצת. **שו״ע** ס״ז.

ב. הקדיש לעניים הוי ספק בגמ׳ (קמח ע״ב) אם יכול לחזור או לא. לדעת **הרא״ש** (פ״ט סי׳ כג) להלכה אינו יכול לחזור בו, דבעינן אומדנא דמוכח כדי להוציא, ועי׳ קצה״ח סק״ה. אמנם **השו״ע ורמ״א** פסקו **כהרמב״ם** שכל עוד אין ראיה שנתן להקדש, יכול לחזור בו. והוסיף הרמ״א ע״פ ריב״ש (סי׳ קס) שאפי׳ כבר תפסו העניים מוציאין מידם.

ג. אם התנה שלא יוכל לחזור בו ועשה קנין, אינו יכול לחזור כמבואר בתשובה 3 סעיף ד.

ד. מכר כל נכסיו והוציא את הכסף שקיבל בתמורה, לא מהני חזרה. ב״ב קמט ע״א. שו״ע ס״ג.

ה. כתב ונתן השטר בקנין ועשה ייפוי כח, התבאר לעיל תשובה 3 סעיף ב שאינו חוזר.

ו. פירש שנותן לו הכל מעכשיו מחיים, קנה וא״י לחזור בו אם הגיע השטר לידי המקבל. שו״ע ס״ט.

ז. אם הודה, א״י לחזור כמבואר בתשובה 3 סעיף ה.

ג. באיזה מקרים גם במתנה במקצת דינה כמתנת שכיב מרע?

א. בשכיב מרע - לשיטת הרא״ש כששייר פחות מכדי פרנסתו, בין לפי פירוש הסמ״ע שהכוונה שהשאיר פחות משיעור כדי פרנסתו של כל חייו ובין לפי פירוש בעל העיטור ששיעור פרנסתו של י״ב חודש, מ״מ כיוון שלא השאיר שיעור כזה הווי כמתנת שכ״מ בכל נכסיו. **ב.** בשכ״מ - כשפירש שמתנה זו על אף שהיא בקניין ובמקצת הרי היא כמתנת שכ״מ, המתנה היא מתנת שכ״מ ואם עומד חוזר. כמבואר בב״ב קנא ע״ב, שאם אדם מצווה בפירוש מחמת מיתה אז גם אם עשו קניין חוזר בו, ולומדים דין זה גם בשכ״מ ולא רק במצווה מחמת מיתה. **ג.** במצוה מחמת מיתה.

ד. מהם ההבדלים בין מתנת שכיב מרע למצווה מחמת מיתה?

א. נתבאר לעיל שלדעת הרא״ש ע״פ הירושלמי שכ״מ הוא בג׳ ימים הראשונים, ומצוה מחמת מיתה היינו לאחר מכן. **ב.** שכ״מ צריך קנין במתנה במקצת כדי שיועיל, אבל ממ״מ א״צ קנין. ב״ב קנא ע״ב. **ג.** שכ״מ שעשה קנין במקצת נכסיו א״י לחזור בו, אבל ממ״מ יכול לחזור בו. ב״ב שם. **ד.** כתב וזיכה לאחד וכו׳ - ראה לעיל תשובה 3 סעיף ג שלדעת ר״י מיגאש יש לחלק בין שכ״מ לממ״מ. **ה.** בדין מתנתא טמירתא (ב״ב מ ע״ב) כתב רב האי גאון ונפסק בשו״ע סי׳ רמב ס״ו, ששכ״מ שאמר שיגלו מתנתו לאחר מותו, כיון שלאחר מותו כאשר חלה המתנה הרי היא גלויה, מהני. אמנם בממ״מ אפי׳ המתנה כתובה סתם אין חוששים שמא היא מסותרת, כיון שהוא כבר סמוך למותו ודאי אינו משטה ואינו חוטא עבור אחרים לעשות קנוניא וכדו׳. משא״כ בשכ״מ דרוב חולים לחיים, יש לחשוש לקנוניא. כך ביאר הסמ״ע שם והובא לעיל סי׳ רמב תשובה 1.

5. מה הגדרת גוסס, והאם גוסס יכול לתת מתנה או לצוות מחמת מיתה?

עי׳ בסוגיא בגיטין עא ע״א, ובקידושין עח ע״ב.

<u>גוסס שיכול לדבר</u> - דעת **ר״ח ורש״י** (קידושין שם ד״ה כשהוא) דלא מהני מתנתו, ע״פ הגמ׳ שם. אבל רוב הראשונים [**תוס׳** (שם ד״ה לא צריכא), **רא״ש** (שם סי׳ טז), **רשב״ם** (ב״ב קכז ע״ב) **רשב״א** (גיטין עד), **ר״ן** (שם), **סמ״ג**, **סמ״ק**] כתבו שמתנתו מתנה, ע״ש בראיותיהם. וכ״פ **השו״ע** ס״ו. והא דקידושין שם מיירי שאינו יכול לדבר דלא מהני.

<u>וכשאינו יכול לדבר</u> - **מהרי״ט וקצה״ח** (סק״ח) ביארו דכשאינו יכול לדבר הוי בחזקת שאינו שפוי ולכן גם הרכנה לא מהני, אבל **בגט פשוט** (סי׳ קכא) כתב שיש לו רק בעיה טכנית ולכן לדעתו הרכנה מהני]. וע״ע בקצה״ח שם.

6. באיזה מקרה אפילו נכתב בשטר לאחר מיתה מהני, ובאיזה מקרה אף על פי שכתוב בשטר היום ולאחר מיתה לא מהני?

בב"ב קלה ע"ב מבואר דין מתנה שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה. לרשב"ם קונה גוף מהיום ופירי לאחר מיתה. לתוס' קונה גוף ופירות מהיום, בתנאי שלא יחזור בו עד לאחר מיתה. **בקצה"ח** הקשה סתירה מדברי רשב"ם להלן בדף קלז ע"א בדין אחריך ונשאר בצ"ע, ע"ש.

אם חזר בו מהמתנה לא חלה אע"פ שכתוב בשטר מהיום ולאחר מיתה, כמבואר **בתוס'** שם וכן הובא **בקצה"ח** סי' רמח סק"ד. עוד מקרה הוא דברי שמואל שאם עשה קנין בשטר יתכן שלא גמר להקנות אלא בשטר.

7. אדם שמת ומצאו צוואה בביתו, מתי היא מחייבת ומתי לא?

נאמר במשנה **ב"ב** קלה ע"ב שאדם שנמצאה דייתיקי על ירכו, אם זיכה ע"י אחר, הרי מתנתו מתנה, ואם לא, הרי זו אינה כלום. מדוע אם לא זיכה לא מהני? **לרמב"ם ושו"ע** (סכ"ה) - כיוון שיש חשש שמא נמלך ולא רוצה ליתנה. לכן בכל מקרה אף אם כתוב בה ייפוי כח וכו', לא חוששים למתנה זו. **לרשב"ם** - כיוון שיש חשש שמא רצה להקנות דווקא במסירה. ממילא אם יש ייפוי כח, לרשב"ם ברור שרצה להקנותה לא במסירה והמתנה תהיה קיימת, אבל לרמב"ם לא.

עוד נחלקו הראשונים מה משמעות הביטוי זיכה בה לאחר: **לראב"ד** - זיכה לאחר את השטר עבור המקבלים. **לרשב"ם** - נתן למי שמזכה לו את המתנה את השטר ואמר לו שיזכה ע"י השטר בנכסים. **לרמב"ם** ע"פ המ"מ - במקרה וזיכה לאחד מהרשומים בשטר חפצים בערך שכתוב לו בשטר, גם שאר הרשומים בשטר זוכים ע"י זכיה זו של אחד מהם, כי הדבר מוכיח את תוקפו של השטר. נמצא שכשזיכה ע"י אחר, המתנה חלה וכשלא זיכה ע"י אחר אינה חלה, אא"כ לדעת רשב"ם כשכתוב ייפוי כח בתוך הצוואה.

וכתב הרמב"ם ע"פ הרי"ף שאף כאשר נתן לשליש אין נותנים, דשמא לא התכוון עדיין להקנות. ונחלקו האם דין זה הוא רק גבי הלואה או גם בשטר מתנה. **לרא"ש** רק בשטר חוב, וכ"כ **הרמ"א**. **לנ"י** בדעת ריי"ף ורמב"ם - ה"ה בשטר מתנה. לש"ך בדעת ריי"ף ורמב"ם - אם היה מעשה קנין נותנים גם שטר חוב, ומש"כ הריי"ף והרמב"ם שאין נותנים היינו רק כשלא היה מעשה קנין.

8. השו"ע פוסק בהלכות מתנת שכיב מרע שאם נתן מטלטלין סתם מעכשיו ולאחר מיתה ולאחר מותו טוענים יורשיו למקבלים: "הביאו ראיה שהמטלטלין היו בשעת המתנה" - אין בדבריהם כלום, מה סיבת הדין, ומהו הקושי בדברי המחבר? האם יש הבדל בין מטלטלים לקרקע?

לשון **השו"ע** (סכ"ו): "הנותן סתם מטלטליו לאחר מעכשיו ולאחר מותו, ואחר שמת טוענים היורשים הבא ראיה שמטלטלים אלו היו לו בשעת מתנה, דשמא לאחר מכאן לקחן, אין בדבריהם כלום, דמסתמא כאן נמצאו וכאן היו". **והרמ"א** ציין: "ועיין לעיל סימן ס' סעיף ו'".

ובאמת הקשו האחרונים על השו"ע שבסי' ס שם פסק שאם ראובן שהוציא שטר בקניין על שמעון שבו כתוב שנתן לו מאה זהובים ושעבד נכסיו לגבות ממנו, ושמעון טוען שלא היה לו מאה זהובים באותו זמן, וממילא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם - על ראובן להביא ראיה שהיה לשמעון מאה זהובים, ודלא כמ"ש בסי' דידן "כאן נמצאו כאן היו". עוד הקשו מסימן קיב, שאם הקנה במהיום ולאחר מיתה והיורשים רוצים הוכחה שבשעת מתן המתנה, אכן המתנה הייתה קיימת, הביא השו"ע בי"א קמא שעל המקבל להביא ראיה ובי"א בתרא כתב שאם לא ידוע אחרת, על הנותן להביא ראיה. וזו מחלוקת בין הגאונים הסוברים שעל היורש להביא ראיה כיוון שכאן נמצאו כאן היו, לבין המרדכי והנמו"י הסוברים

שעל המקבל להביא ראיה כיוון שאין ספק (שיתכן והיה ברשותו גם אז) מוציא מידי ודאי (המוחזק עכשיו). ועוד, שיד המקבל על התחתונה (כיוון שהמוציא מחבירו עליו הראיה). ומדוע כאן סתם השו״ע כי״א קמא [בפרט שקי״ל בשו״ע הלכה כי״א בתרא].

הב״ח חילק שבסימן ס׳ ובסי׳ קיב הנתבע טוען ברי, ולכן על המקבל להביא ראיה, ואילו בסי׳ דידן היורשים טוענים שמא ולכן עליהם להביא ראיה.

הסמ״ע הסכים לב״ח בנוגע לסי׳ ס, שם הנתבע (שמעון) חי, וטוען כנגד ראובן שלא היו לו מאה זהובים אז, וממילא ביחס לטענת ברי שכזו של בעל הדבר עצמו, אין ביכולת ראובן להוציא ללא ראיה, ועליו חובת הראיה. אך לגבי סימן קיב, גם שם מדובר על יורשים ולכן לא שייך לדעת הסמ״ע טענת ברי אצל יורשים, לכן הוא מחלק בין קרקעות למטלטלין: בקרקעות לא אמרינן כאן נמצאו כאן היו, כיוון שקרקע במקומה עומדת, משא״כ במטלטלין.

הש״ך דחה חילוק זה ונשאר בצ״ע על השו״ע, ופסק להלכה שבכל המקומות על המקבל להביא ראיה, כי הוא המוציא מחבירו, כדעת הנמו״י והמרדכי (י״א בתרא בסי׳ קיב, וסתם השו״ע בסי׳ ס) ודלא כגאונים וכשו״ע כאן.

הנתיבות חילק בשני אופנים: א. בסימן ס מיירי בקצת נכסים וזוזים, בהם לא אמרינן כאן נמצאו כאן היו, כיוון שיכל להיפטר במיגו שהיו ונאנסו ואלו אחרים. אך כשמדובר על כל הנכסים ועל כלי הבית כבנידון דידן, אמרינן כאן נמצאו כאן היו. ב. כשהנכסים אינם עומדים לסחורה אלא הם כלי הבית ותשמישו, אמרינן כאן נמצאו כאן היו, אך כשהנכסים עומדים לסחורה כמו בסימן קיב, לא אמרינן כאן נמצאו כאן היו, כיוון שאין הגיון למי שרגיל להוציא את כליו ולמוכרם שאכן אלו שנמצאים כאן הם אלו שהיו קודם.

סימן רנב

1. **מזון האלמנה והבנות וכן חיוב כתובה, האם גובה ממתנת שכיב מרע? מה הדין אם נשארו הנכסים ביד היורשים? סעיף א**

2. **מהם התנאים הדרושים לדין "מצוה לקיים דברי המת"? האם יש מצוה לקיים דברי אדם שצוה בהיותו בריא, ואחר כך מת? סעיף ב**

3. **חפץ שנתן במתנת שכיב מרע וחפץ אחר שיש בו דין מצוה לקיים דברי המת - אם קדמו היורשים ומכרו החפצים הללו, מה דינם? האם יש הבדל בין קרקעות למטלטלים? סעיף ב סמ"ע ש"ך [האם יש הבדל בין דבר שזוכין בו מחמת דין מתנת שכיב מרע לבין דבר שזוכין בו מחמת הדין שמצוה לקים דברי המת]**

4. **האם אמרינן מצווה לקיים דברי המת במצווה לעשות איסור?** גיטין לח ע"א ותוס' ורשב"א שם לגבי פלונית שפחתי, ואחיעזר ג, לה וע"ע פד"ר יז עמ' 263 **במילי דעלמא?** פת"ש ס"ק א וס"ק ג **או בדבר שלא בא לעולם?** שו"ת מהר"י בן לב ג, מג, ואחיעזר ח"ג סי' לד

5. **אם נשבע לתת מנה לפלוני ומת הנשבע האם יש כאן מצוה לקיים דברי המת סעיף ב בהגהת הרמ"א**

סימן רנג

1. **א. איזה לשון מועיל בצוואת בריא ואיזה לא מועיל ואם לשונות המועילים בשכיב מרע מועילים גם בבריא.)שכיב מרע שאמר "אני מניח לפלוני חפץ זה", ב"ב קעח:(ב. אם כתב לשון שאינו מועיל האם יש בזה משום מצוה לקיים דברי המת? סעיף ב' ברמ"א ,סימן רנ סעיף כג**

2. **א. נתן מתנה לבנו הבכור, לאשתו או לבעל חובו, מתי יזכו במתנה בנוסף לחלקם בירושה, בכתובה או בחוב?**

ג. ואם נתן לבתו לצורך נישואיה מה הדין? ומה הדין במי שנתנו מתנה לאדם להשיא את בתו ולא השיאה, האם חייב להחזיר?

ד. שכיב מרע שצווה לתת כסף לפלוני וישא בתי, אם פלוני אינו רוצה לישא הבת, האם יזכה בכסף? ומה הדין אם אמר "תנו לבת כסף ותקנה חגורה", ומתה לפני שנתנו לה את הכסף, האם נותנים לילדיה את הכסף?

3. **האם מתנת שכיב מרע מועיל במקום שקנין בריא לא מהני. סעיף כ,כא**

4. **א. שכיב מרע שאמר פלוני יאכל פירות אילן זה ובשעת הציווי לא היו פירות ולפני מיתתו גדלו פירות האם מתנתו קיימת .סעיף כא', ובפת"ש סקי"ט ב. באיזה אופן יזכה בפירות אע"פ שלא צמחו**

5. **אם אמר תנו נכסי לחנן ובא אחד ואמר אלי התכון האם נותנים או שיש להסתפק למישהו אחר ואם באו שניים האם יש עדיפות לאחד על השני והאם זה משנה אם אמר מתנה או אמר שחייב לחנן ובאו שניים באותו שם? סעיף כט**

6. א. צוה בחייו שבן אחד לא יאמר קדיש אחריו אם חייב לשמוע לו? פת"ש יורה דעה שדמ ב.ציוה שכל סכסוך שיהיה בענין הצוואה שידון דווקא דיין מסוים אם חייבים לקיים דבריו? פת"ש רנב סק"א ג. ציוה שלא יספידו אותו ולא יקברו אותו אם צריכים לשמוע לו? סעיף ל

7. שטר צוואה שנעשה בערכאות של גויים: א. באיזה ענין השטר כשר - סבר ונמק ב. באיזה ענין השטר פסול? צוואה שנערכה שלא על פי דין תורה, האם יש לה תוקף מדין מצוה לקיים דברי המת, או מדינא דמלכותא? מהריט"ץ החדשות לב, פד"ר ירושלים חלק י עמ' שמו-שנ

8. מה הדין שכיב מרע שאמר נכסי לבני שמעון הזכרים אם היו לו, ואם לא היו לו יהיו נכסי לבני נפתלי הזכרים. וירדו מיד בני נפתלי לנכסים. ואחר פטירת המצוה נולדו בנים זכרים לשמעון? סעיף לג

סימן רנה

9. האם יש הבדל בין שכיב מרע לבין בריא לגבי טענת "משטה אני בך"? האם יש הבדל בין שכיב מרע לבין בריא בענין "שלא להשביע את בניו"? סעיף ב

10. הקדיש כל נכסיו ובתוך כדי דיבור אמר אני חייב מעות לפלוני, או כלי זה שייך לפלוני, האם נאמן? סעיף ג ונו"כ

סימן רנו

11. האם שתוקי יכול לתת מתנת שכיב מרע? סעיף א' הגהת הרמ"א

הלכות אבידה והפקר

סימן רנט

1. מהם התנאים שצריכים להיות כדי שיחייבו להשיב האבידה?

בטור ובשו"ע: במה דברים אמורים שהוא במקום שחייב להשיב משם - לאפוקי מצאה במקום שרובה גוים כמבואר בב"מ כד ע"א ובסי' רנט. ובמקום שראוי להסתפק שהיא אבידה - לאפוקי מצאה בצד גדר וכיוצא בו שהוא מקום המשתמר כמבואר בב"מ לא ע"א ובסי' רסא. ושתהא בענין שמוכחת שהיא אבידה - שם ר"ס רסא למעט חמור וכליו הפוכין וכיוצא בו. ושלא תהיה מדעת - למעט אשפה העשויה לפנות כמ"ש בס"ס רס. ויהיה בה שוה פרוטה - כמ"ש בריש סימן רסב. ושיש סימן בגופה או במקומה - כמבואר שם. ושיהיה מטפל בה אם היתה שלו - למעט זקן ואינה לפני כבודו, ומבואר בסי' רסג. ושתהיה של מי שהיה חייב להשיב אבידתו - לאפוקי של גוי, כמבואר בסימן רסו.

2. באיזה מקרים חייבים להשיב אבידה לפנים משורת הדין?

במקום שיש רוב גויים כההיא דאבוה דשמואל (ב"מ כד ע"ב) ובשו"ע סי' רנט ס"ה. בזוטו של ים (רמ"א שם ס"ז). בזקן ואינה לפי כבודו לרמב"ם ע"פ הגמ' ב"מ ל ע"ב וכ"פ השו"ע סי' רסו [אבל לרא"ש אסור, אלא יכול לתת לו שוויה]. כאשר אבידתו קודמת - יש לאדם ליכנס לפנים משורת הדין ולא לדקדק בהפסדו אלא היכא דמוכח שיפסיד. ע"פ ב"מ לג ע"א כל המקיים בעצמו כך וכו', ובשו"ע ר"ס רסד.

סימן רס

3. המוצא דבר בדרך הנחה ואין בו סימן ונטלו, מה הדין?

4. מצא דבר שאין בו סימן וספק אם הונח או נפל ולקחו, האם מותר לו להשתמש בו)מצא דבר שספק לו אם דרך הינוח או דרך נפילה האם חייב להרים?(סעיף י, ומה הדין ביאוש שלא מדעת ולקחו, האם מותר להשתמש בו)*2 ?)ש"ך סקכ"ו ונתיבות סקי"ג

סימן רסא

5. המאבד ממונו לדעת מה דין הממון ומדוע? סעיף ד ועיין בסימן שפו

דין מאבד ממונו לדעת מופיע בכמה מקומות: ארבע פעמים בפרק אלו מציאות [כא ע"ב מכנשתא דבי דרי, כג ע"ב חביות יין פתוחות, כה ע"ב כלים באשפה העשויה להפנות, לא ע"א פרה רצה בין הכרמים] ועוד פעם אחת בב"ב [פז ע"ב השולח את בנו אצל חנוני].

בשני המקרים הראשונים שבב"מ מפורש שאפשר לקחת לעצמו אבידה זו, אבל בשני המקרים האחרים בגמ' איתא שאינו חייב להחזיר [ובמקרה החמישי העוסק במזיק נדון לקמן], ונחלקו הראשונים בזה: לדעת **הרמב"ם** (פי"א מהל' גזילה הי"א) א"צ להחזיר דכתיב "אשר תאבד" פרט למאבד מדעתו, אך אסור לקחת לעצמו, וכמו השליך כיסו ברה"ר והלך או שהניח פרתו ברפת ללא קשירה וללא דלת. **הטור** השיג על הרמב"ם וס"ל שאבידה מדעת הוי הפקר גמור ויכול לקחת לעצמו. וכן משמע **בהגהות אשר"י** (ב"מ פ"ב סי' ט - הוזכר בש"ך סק"ג, וסנהדרין פ"ג סי' ל - הוזכר בקצות סק"א). **הב"י** הסכים עם הרמב"ם, דאמנם לא חשש לפקח על נכסיו אבל אין זו ראיה שהפקירם, וכ"פ **בשו"ע**. **הרמ"א** הביא דעת הטור.

הב"ח הוכיח כהרמב"ם שאבידה מדעת לא הוי הפקר אא"כ אמר בפירוש "נכסי אלו הפקר הם". אמנם **הש"ך** (סק"ג) סובר כהטור ולדעתו "אבידה מדעת" משמעותו אחת ויחידה כמו בשני המקרים הראשונים הנ"ל שמפורש בגמ' שמותר לקחת לעצמו, וה"ה בשאר המקרים, וא"צ שיאמר בפירוש דהוי הפקר (כמבואר בסי' רעג ס"ג) דהכא ניכרת מחשבתו להדיא. **הט"ז**, **הגר"א** (סק"ט), **הקצה"ח** (סק"א) **והנה"מ** (סק"א) הסכימו עם שיטת הרמב"ם ש"אבידה מדעת" היא לשון מתחלפת ואינה שרירותית. והוכיחו (הט"ז והגר"א והקצות) כן מהגמ' בב"ב שם שהחנוני חייב על האיסר שנתן כעודף לקטן, ואם הפונדיון היה הפקר, היה צ"ל פטור לגמרי. והנתיבות שם כתב שבכל מקום שיערו חכמים לפי עניינו האם הפקיר או לא, ולכן במכנשתא דבי דרי הוי הפקר, ועי' **בדרישה** שהנתיבות כיוון לדבריו. ובקצות הלך בדרך אחרת דהתם פריך לאביי ממעות מפוזרין ומתרץ במכנשתא וכו' דאבידה מדעת היא, כלומר דלא שייך לומר בה "באיסורא אתא לידיה" דאין חיוב השבה, וממילא יכול לקנות ביאוש שיבוא אחר כך. עוד ביאר עפמ"ש הרמב"ן במלחמות (ב"מ יד ע"ב מדפה"ר) שהביא הקצות לעיל סי' רנט סק"א, נמצא שבאבידה מדעת שאינו שומר אבידה דליכא חיוב השבה, הרי הוא כמונח בקרקע ונקנית ביאוש בתר דתיתי לידיה.

בסוף דבריו הביא הקצה"ח דברי **הב"ח בתשובה** (סי' צז) שמעות ביד קטן הם אבידה מדעת ואם לקחו מהקטן לקדש בהם אשה מקודשת לדעת הטור הסובר דהוי הפקר [וגם הביא ראי' לטור מהא דמכנשתא דבי דרי[58]]. והקשה ע"ז **הקצות** דנידון זה דמי להא בב"ב פ"ז הנ"ל, ושם מבואר להדיא שהנותן לתינוק לא הוי הפקר, וגם הטור יודה בזה שהרי הביא דין זה בסי' קפח. ועל כרחך דכל מה שכתב הטור דהוי

---

[58] וצ"ע שהב"ח על הטור כתב שהעיקר כהרמב"ם, וסותר לדבריו בתשובה הנ"ל שנוטה לדעת הטור [וע"ש שכתב להדיא כהש"ך: "וחשיב כאלו אמר בפירוש שיהיה הפקר לכל דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שהפקיר"].

הפקר הוא רק במניחו במקום שאינו משתמר [וכ״מ בהגה״א הנ״ל], אבל נותן לקטן הוי משתמר קצת וא״כ כשלקח מהקטן וקדש בו אשה אין חוששין לקידושין.

סימן רסב

6. מה הדין אם מצא אבדה שווה פרוטה, והוזל ושווה פחות שווה פרוטה. סעיף א

ב״מ כז ע״א: בעינן שתהיה שו״פ בשעת אבידה ובשעת מציאה, אבל אם הוזלה אחר מציאה חייב להכריז. ס״א.

7. ראובן שראה שנפל חפץ משלושה אנשים ומצאו ואין בו סימן, באוזה אופן חייב להכריז ובאיזה אופן אינו חייב?

עי׳ ב״מ כו ע״א-ע״ב. **ובשו״ע** ס״ב: אפילו אבידה ששוה הרבה, אם היא של שותפים הרבה, שאין מגיע לכל אחד שוה פרוטה, אינו חייב להחזירה. בד״א, שידוע שהם שותפים בה. אבל בסתם, שראה חפץ או מטבע שנפל משלשה ואינו שוה אלא שתי פרוטות, חייב להחזיר, דשמא שותפים הם בו ואחד מהם מחל חלקו לחבירו והרי יש בו שוה שתי פרוטות לשנים. ואם אח״כ נודע שלא מחלו אחד לחבירו, הרי הוא שלו אפילו בא לידו קודם שנודע. ואם היה שוה פחות משתי פרוטות, הרי הוא שלו, דלא חיישינן דילמא שנים מחלו לאחד.

ושם ס״ד: ראה אבידה שנפלה משנים או משלשה, צריך להחזיר אפילו אין בו סימן, שאם ראה ממי מהם נפל יחזירנו לו, ואם לא ראה ממי מהם נפל, אם יש בו סימן יכריז ביניהם, ואם אין בו סימן יהא בידו עד שיבא אליהו. וכתב **הרמ״א** ע״פ הטור: ״ודוקא ששוה שתי פרוטות, כמו שנתבאר ס״ב״. **הש״ך** (סק״ד) כתב **שרבינו ירוחם** הוסיף דדוקא שראה אותם מחפשים אחר האבידה, אבל אם אין בו ב׳ פרוטות או שראה שלא בקשו אחריה ונטלה אחר ששהא אחר שיוכל למשמש בכיסו ה״ז שלו. אמנם הטור ושאר אחרונים שלא חלקו בכך נראה דלא ס״ל הכי ולא בעינן שראה אותם מבקשים, וכן נראה עיקר לדידן דקיימא לן יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, דאף על פי שלא ראה אותם מבקשים ונטלה אחר ששהה כדי שיכול למשמש בכיסו לא מייאש ואימור שותפין נינהו ומחל חלקו ולכך לא ביקש מיד. **ובנתיבות** (סק״ב) תמה ע״ז, דאע״ג דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, מ״מ כיון שלא ראו אותן מבקשים ממילא אינו חושד כלל לחבירו. ונראה דכונתו דהא שכתבו התוס׳ (ב״מ כו ע״ב ד״ה שנפל) בהא דאמר שותפין נינהו דמיירי כשביקשו יחד ע״ש, הטעם הוא דכיון שחיפשו יחד - כל אחד מהם תולה שבודאי השותף מצאו, וכיון שאינו חושד לחברו שרוצה לגנוב רק שלקחו לצערו, אינו מתייאש. אבל כשלא חיפש, אינו תולה כלל ששותפו מצא, וממילא מתייאש בדבר שאין בו סימן. ולפ״ז לדידין דקי״ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, וכיון דשותפין נינהו ונאבד מאחד מהן, אף שממשמש בכיסו, מ״מ שני שותפין האחרים לא ידעו כלל מהאבידה והוי יאוש שלא מדעת, ואף שהאובד ע״כ ידע, אין לומר דיזכה המוצא בחלק שליש, שיש לחוש שמא האובד מחל חלקו לאחרים שלא ידעו. ולפי״ז כתב הנתיבות שאם ידוע שהוא של אחד מהן שכתב **הסמ״ע** (ס״ק ו) דא״צ להחזיר, מיירי שביקשו יחד, דבלא״ה אין תולה בהן שמצאו וסובר אולי מצאו אחר ויכריז כיון שיש בו סימן.

8. המוצא אבידה קודם יאוש ולאחר מכן הבעלים התייאשו, מדוע אינו זוכה? ומה הדין אדם שהפריש תרו"מ משדה חבירו ולאחר מכן הגיעו הבעלים ושבחוהו, האם התרומה חלה? ומי שלא ביטל חמצו קודם שש שעות, האם יכול לבטל לאחר שש?

יאוש שלא מדעת קי"ל (**ב"מ** כב ע"א) דל"ה יאוש. שו"ע ס"ג. לגבי הפרשת תרו"מ פסק **הרמב"ם** (פ"ד מתרומות ה"ג) דמהני אם אמר לו כלך אצל יפות ונמצאו יפות מאלה, דמוכח דניחא ליה. והקשה **הב"י** (יו"ד סי' שלא) דהא קי"ל כאביי דלא הוי יאוש, וא"כ לא מהני כלך אצל יפות אלא בדשויה שליח. ותירץ שהרמב"ם סמך על סוגיא דקידושין נב ע"ב האי סרסיא דקדיש בפרוזמא דשכרא וכו', וסוגיא דב"מ שם אידחיא מפני סוגיא זו. וכ"כ **הט"ז** דניחותא דמצוה שאני ואמרינן מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה ואע"ג דמעיקרא לא ידע. וכן הוכיח **הקצות** (סק"א) מעירובין עא ע"א שלדעת ב"ה מהני ביטול רשות משחשיכה והוי כאומר כלך אצל יפות וכן הלכה. וכ"כ הפוסקים בכמה ענינים שמותר לקיים מצוה בשל חברו שלא מדעתו, דניחא ליה בהכי [כמו אתרוג, סוכה וכדו']. [והעירו האחרונים שהדברים סותרים למש"כ הקצות בסי' רמג סק"ח לאסור על המשרתת להפריש חלה מעיסת בעלת הבית שלא בידיעתה, ודלא כתה"ד שהתיר. ואפ"ל דהתם מיירי כשאין גילוי דעת אחר כך ולכן לא מהני, וצ"ע].

לענין ביטול חמץ אחר שש - **בקצות** שם כתב שלפי הנ"ל יש להתיר, וסוגיא דפסחים ז ע"א אידחיא מפני הך סוגיא דעירובין, כמו שהסוגיא בב"מ נדחתה, אך כתב כן להלכה ולא למעשה, דחלילה להקל כיון שבפוסקים (או"ח סי' תלד ס"ב) לא משמע הכי, ורק במעשה שהיה כתב זאת כסניף לצדדי היתר נוספים. אמנם **בנתיבות** (סק"ד) חולק בתוקף, דהתם רחמנא אוקמיה ברשותיה בע"כ כל זמן שלא ביטל, אע"ג דידעינן דלא ניחא ליה, ע"ש.

סימן רסד

9. מי שירד להציל חמור חבירו, ועל ידי זה איבד את שלו, האם בעל החמור חייב לשלם למציל?

בב"ק קטו ע"ב איתא שאם לא התנה עמו חייב לשלם רק דמי פעולתו, ואם התנה משלם כפי מה שהתנה. וכ"פ **השו"ע** ס"ג. אמנם הרמ"א פסק **כתוס' והטור**, שאם הבעלים היו שם יש לחלק כנ"ל, אבל אם לא היו שם זכה בחמורו אף ללא תנאי, כמו בדין השבת אבידה שיכול ליטול שכר על ההשבה בנוסף לביטול מלאכתו (כך הבינו התוס' בדברי הגמ' בב"מ ל ע"ב; אמנם לרמב"ם הכוונה שיטול רק שכר בטלה ולא שכר השבה). ואילו הנ"י בשם הרמב"ן חילק דחמור לא שכיח ולא תקנו שיזכה בו, ואילו הפסד מלאכה הוא שכיח ולכן תקנו שישלם לו דאל"כ לא ישיבו אבידה. וע"ש עוד.

אם התנה עמו ולא הצליח להציל - משלם לו רק דמי מלאכתו, וביאר הנתיבות דע"י התנאי גילה דעתו שהיה שוכר אדם אחר להציל [ודלא כהלבוש שהתנאי מועיל רק אם אמר להדיא שישלם גם אם לא יצליח]. ואם לא התנה עמו ולא הצליח להציל, פסק הרמ"א שלא משלם לו כלום. ועי' פת"ש סק"א בשם חוות יאיר. ואם התנה עמו ובסוף החמור ניצל מאליו - **מהר"ם פאדובה** תלה זאת במח' רמב"ן וראב"ד ביישוב הסתירה בין ב"מ עז ע"א שאם ירד גשם מאליו פטור מתשלום לפועלים, לבין גיטין עד ע"ב דמשמע שחייב. הראב"ד חילק בין התחיל במלאכה שמשלם לו לבין לא התחיל שפטור, והרמב"ן חילק בין אריס שחייב לשלם לו דהוי כשותף לבין פועל, והוכיח כן מהירושלמי (והובא בב"י סי' שלד). עפ"ז פסקו מהר"ם פאדובה והרמ"א שמשלם לו דמי פעולתו. וכ"פ **הט"ז**. וכתב **הנתיבות** שכן מוכח **בשיטמ"ק** (ב"ק קטז ע"א) בשם הקדמונים, וכן עיקר. אבל **הסמ"ע** (סקי"ב) סובר שמשלם לו דמי חמורו, וכ"כ **מהרש"ל** (יש"ש ב"ק פ"י סי' מ) והובא **בש"ך** (סק"ד). **ובתשו' באר יצחק** (סי' ו ענף ד; הובא בפת"ש סק"ב) כתב שהדבר תלוי במחלוקת התוס' עם הרא"ש בב"מ עט גבי ספינה סתם ויין זה, שהובא בשו"ע סי' שיא ס"ג. ואם לא התנה עמו וניצל מאליו - פטור מלשלם לו.

10. א. שלטון שתפס שני אנשים למאסר ואחד יש לו עו"ד שטפל בשחרורו וממילא שוחרר גם השני, האם חייב להשתתף בהוצאות.

בשנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות גם עבור חבירו, ולבסוף השתחרר השני מעצמו. כתב **מהר"ם פאדובה** (סי' סג) שהשני א"צ לשלם אם לא התנו, וכמו בגמ' בב"ק הנ"ל [ומיירי שידוע שלא היה שוכר אדם אחר שיטפל בשחרורו, ע"ש בתשובת מהרמ"פ ובנתיבות). ואף אם התנו משלם רק דמי מלאכתו כי בפועל לא הצילו וכנ"ל בתשובה הקודמת. בדרכי משה העיר שלכאו' **מהר"ם** חולק על זה, שפסק (בתשו' דפוס פראג סי' לט והובא במרדכי ב"ק סי' קסז) שאם אחד טרח להציל עצמו והציל גם את חברו, אע"פ שחברו יכול היה להנצל לבדו חייב לשלם. ותירץ שאין מחלוקת, כי בתשו' מהר"ם מיירי שבפועל הצילו. וכ"פ בהגהתו לשו"ע ס"ד: "וכן שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות, אם השני יצא מן המאסר בלא השתדלות חבירו, אין חייב ליתן לחבירו כלום, הואיל ולא התנה עמו. ואם לא יצא רק ע"י השתדלות האחר, לא יוכל לומר: לא הייתי צריך להשתדלותך כי ידי תקיפה, אף על פי שהאמת אתו, מ"מ חייב ליתן לו לפי מה שנהנה, לפי ראות ב"ד".

והוסיף הרמ"א ע"פ שלטי גיבורים על המרדכי (ב"ק סי' קסב) בשם **ר"י מפריז**: "ואם נראה לב"ד שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשבילו, דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו, אינו חייב ליתן לו כלום, דזה נהנה וזה אינו חסר. לכן יש מי שפסק: מי שהציל ספריו וספרי חבירו, אם לא הוצרך להרבות הוצאות בשביל חבירו, אין חבירו חייב לשלם לו כלום". וכותב הרמ"א על זה: "ונ"ל דווקא שירד תחלה להציל שלו, אלא שהציל גם כן של חבירו עמו. אבל <u>אם ירד על דעת שניהן</u>, חייב ליתן לו מה שנהנה, מאחר שהציל של חבירו, וכמו שנתבאר, כן נ"ל".

וכתב **הנתיבות** שאפי' אם חבירו יאמר בפירוש שאינו רוצה להשתתף, יכול לכופו, כמו בשיירא שבא עליה גיס שכופים את כולם להשתתף בהוצאות ההצלה.

בפת"ש (סק"ג) הביא **מתשו' בית יעקב** (סי' קמח) שתמה על הרמ"א שכתב שאם לא היה צריך להוסיף עבור חבירו, פטור השני מלשלם, מהגמ' ב"ב (ז ע"ב) דכופין בני העיר זה את זה לעשות חומה דלתים ובריח כו', ואפילו מיתמי כל מילי דאית ביה נטירותא כו' (שם ח ע"א), והתם אף על גב דאי לא יתמי נמי היו צריכין להוציא כל כך כמו עתה, ואפ"ה צריכין היתומים ליתן לזה. ובאמת בתשו' מהר"ם הנ"ל כתוב כן להדיא. **ובתשובת שבות יעקב** (ח"א סי' קנח) דחה דברי הבית יעקב הנ"ל, וכתב דודאי דברי הרמ"א בכאן הם עיקר לדינא, וגם **בתשובת אמונת שמואל** (סי' לו) פסק כן בפשיטות להלכה, אלא שחילק בין דבר שנוגע לציבור וקהל שכולם חייבים כההיא דב"ב שם, לבין יחיד המדיין עם יחיד שכפוף לתנאים הנ"ל. ובזה לא יסתרו דברי הרמ"א למש"כ בסי' קסג (ס"ו) בשם מהרי"ק (שורש ד) שאם בא עלילה על עיר אחת, כל הקהלות אשר יש לחוש שגם עליהם יעבור, חייבין לשלם, כי שם מיירי בציבור. ועפ"ז פסק האמונ"ש בנידון שאדם שבר את גגו כדי למנוע שריפה, שהשכנים פטורים מתשלום, ע"ש. אמנם במקרה שהשלטון ציוה לשבור הגג, פסק השבו"י (ח"ב סי' קנו) שחייבים להשתתף, כי ציוו כן על דעת להציל את כולם, משא"כ בנידון שהיחיד שבר כדי להציל עצמו, והשני ניצל ממילא, פטור. וע"ע בפת"ש שם.

נמצא בנידון השאלה, שאם תשלום העו"ד לא עלה יותר בעקבות הטיפול בשניהם, ומתחילה לא אמר השוכר ששוכר עבור שניהם, פטור השני. אבל אם אמר מראש שמשלם עבור שניהם - חייב, אא"כ מוחה בו שלא להוציא, שפטור.

ב. ומה הדין בכל טובה שאדם עושה לחבירו מבלי ידיעתו, האם יוכל לטעון בחינם עשית לי.

כתב **הרמ"א** שם ע"פ **הר"ן** (כתובות סג ע"א מדפי הרי"ף): "וכן כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה, לא יוכל לומר: בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתיך, אלא צריך ליתן לו שכרו".

ועי׳ בפת״ש (סק״ג) בשם **שו״ת פרי תבואה** (סי׳ נח), דאע״פ שמוחה בפירוש ואומר שאינו חפץ לשלם, סו״ס נהנה ולכן חייב לשלם. אמנם **בתשובת בית יעקב** (סי׳ קמח; הובא בפת״ש סק״ד, לענין מש״כ הרמ״א דאם לא הוצרך להרבות הוצאות עבור חבירו פטור) כתב דאף אם הוצרך להרבות, מכל מקום אם חבירו מוחה שלא להוציא פטור, דדוקא בטובע בנהר לקמן סימן תכ״ו הוא דלא מהני מה שמוחה כמ״ש בתשו׳ מהר״ם הנ״ל, אבל בהצלת ממון אינו חייב באם מוחה.

11. שנים שהיו באים בדרך, ולאחד מהם היה כד של יין ולשני כד של ויסקי ונסדק הכד של ויסקי. ואמר לחבירו שפוך את יינך והציל את המשקה שלי, ואשלם לך את היין. האם חייב או לא. אם עשה כך מדעתו, האם חייב בעל הויסקי לשלם לו. הבא כמה אופנים.

ראה לעיל תשובה 1 הסוגיא ומחלוקת הראשונים. וכן בתשובה 2 בנידון דמהר״ם פאדובה וכו׳. נביא כאן בנוסף את פסק **השו״ע** (ס״ה) ע״פ הגמ׳ בב״ק שם: ״וכן שנים שהיו באים בדרך, זה בחבית של יין וזה בכד של דבש, ונסדק הכד של דבש, וקודם שנשפך הדבש לארץ שפך זה יינו והציל הדבש לתוך החבית, אין לו אלא שכרו הראוי לו. ואם א״ל: אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי, או שהתנה כן בפני ב״ד, הרי זה חייב ליתן לו״.

והרמ״א הוסיף ע״פ דברי הטור בסי׳ ערד בשם **הרא״ש**: ״ובעל היין חייב לשפוך יינו כדי להציל דבש חבירו, הואיל והבעלים אומרים לשלם לו״, וטעמם שזהו תנאי בית דין כמבואר ב״ק קיד ע״ב. אמנם **הרי״ף והרמ״ה** חולקים וסוברים שתנאי בי״ד הללו לא נפסקו להלכה, והביאם הרמ״א בשם ״ויש חולקין״.

הוסיף השו״ע ע״פ הגמ׳ שם קטו ע״ב: ״ואם נשפך הדבש לארץ, הרי זה הפקר, וכל המציל לעצמו מציל״. ושיטת **רש״י** שאפילו לא נשפך הדבש עדיין רק שנשבר הכד כל כך שהיה נשפך אם לא היה מציל, הוי הפקר, והובא בטוב״י ובהגהת הרמ״א כאן. וסיים הרמ״א ע״פ **המרדכי**: ״וה״ה בכיוצא בזה, כגון שהיה שריפה בעיר וברחו היהודים מן העיר מפחד הדליקה, והציל אחד, מה שהציל הוא שלו, דהוי כזוכה מן ההפקר״.

ועוד שם בגמ׳ קטז ע״א ונפסק בשו״ע ס״ו: ״היה זה בא בכד של דבש וזה בא בקנקנים ריקנים, ונסדק כד הדבש, ואמר לו בעל הקנקנים: איני מציל לך דבש זה בקנקני עד שתתן לי חציו או שלישו או כך וכך דינרים, וקבל עליו בעל הדבש ואמר לו: הן, הרי זה שחק בו ואינו נותן לו אלא שכרו הראוי לו, שהרי לא הפסידו כלום״.

12. א. אדם שהיה במצוקה - עצר מונית בסביבה שוממת, נזקק לרופא באמצע הלילה, עזרה בבריחה מהשלטון, והסכים למחיר מופרז. האם האם יכול ראובן לחזור בו, לאחר מכן?

בב״ק קטז ע״א **וביבמות** קו ע״א ונפסק **בשו״ע** ס״ז, מובא חילוק בין שני מקרים: ״<u>וכן מי שברח</u> מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו, וא״ל: העבירני ואני נותן לך דינר, והעבירו, אין לו אלא שכרו הראוי לו. <u>ואם היה צייד</u>, ואמר ליה: בטל מצודתך והעבירני, נותן לו כל מה שהתנה עמו, וכן כל כיוצא בזה״.

במקרה של המעבורת - **לרש״י הרמב״ן והרשב״א**, פטור משום שיכול לטעון משטה הייתי בך, דכיון שהיה אנוס יש אומדנא שהיה משטה בו. וכתב **ר״י מלוניל** דכיון שיש כאן אונאה מותר לו לשטות בו. **למרדכי** (יבמות שם), כיון שחייב מן הדין להציל חברו אינו יכול לדרוש מעבר לשכרו הרגיל. [וכתב הנתיבות דאפי׳ ביותר מכדי שהדעת טועה יכול לטעון ששיטה בו ולא אמרינן שנתן לו מתנה].

לעומת זאת במקרה של הצייד שיכול היה להרוויח ממלאכה אחרת באותו זמן, חייב לשלם מה שהתנה עמו. **בסמ״ע** (סק״כ) משמע שאם ברור שלא היה מצליח לדוג כשיעור שפסק עמו, א״צ לתת לו כ״כ הרבה

אלא רק כשיעור שהיה יכול לדוג. ורק כשלא ידוע כמה היה מצליח לדוג - נותן לו כל מה שפסק עמו. אולם **בפלפולא חריפתא** ביאר שחייב לשלם לו כל מה שהתנה עמו היות ודמי לשחרוריתא דאשייתא בסוגיית זה נהנה וזה לא חסר (ב"ק כ), שאם חסר אפי' מעט - מגלגלים עליו את הכל. והובא **בקצות** (סק"ב) והסכים עמו, וכן שכן משמע בלשון הרא"ש (ב"מ פ"ב סי' כח). וא"כ גם כשברור שלא היה מצליח לדוג כ"כ הרבה, חייב הכל.

נמצא שבמקרה של <u>המונית או בריחה מהשלטון</u> - אם היה יכול לקחת אדם אחר באותו זמן, חייב לשלם מה שהתנה עמו [לקצות בכל גוונא, ולסמ"ע רק אם יתכן שהיה מרוויח כך במלאכה אחרת]. ואם לא - משלם שכר רגיל.

וכתבו **התוס' והרא"ש** ביבמות שם, דהא דאין לו אלא שכרו היינו בדבר שאין רגילות ליתן עליו הרבה, אבל בדבר שדרך ליתן הרבה, כגון השבעת שדים או רפואה, חייב ליתן לו כל מה שהתנה עמו. והובא **ברמ"א** שם.

אמנם לגבי "רפואה" - כתב **הריטב"א** (קידושין ח ע"א, מובא **בקצה"ח** סק"א) וכן **הרשב"א** (מובא **בב"י** יו"ד סי' שלו **ובבאה"ג** כאן) דהיינו דוקא על חכמת הרפואה, אבל אם פסק לו תשלום גדול על הסממנים (תרופות) מפני חולי הדוחק, חייב לשלם רק כדי דמיהם ולא יותר.

ב. אם הבטיחו לשדכן או למתווך סכום כסף גדול לכשיגמור את הענין האם חייבים לתת לו כל מה שהבטיחו?

הרמ"א שם כתב ע"פ **תשו' הרא"ש** (כלל קה סי' א) **ומרדכי** (ב"ק סי' קעב) בשם **מהר"ם**, שבשדכנות אין לו אלא שכרו, אף על פי שהתנה עמו לתת לו הרבה. **בש"ך** (סקט"ו) הביא דעת **רש"ל** (פ"י דב"ק סי' לח) שמשלם כל מה שהתנה. וכתב הש"ך דנראה דלא פליגי, ומהרש"ל איירי במקום שאין לשדכנות קצבה. והעיר **הקצות** (סק"ג) שלפ"ד הפלפו"ח דלעיל, גם כאן מגלגלים עליו הכל ומחויב לשלם כל מה שפסק אפי' אם ברור שלא היה מרוויח כ"כ הרבה, אא"כ עשה פעולתו בדיבור בלי שום ביטול זמן באופן שלא היה לו הפסד, דבכה"ג לא שייך דין מגלגלין.

ובפת"ש (סק"ח) האריך בענין דמי שדכנות, **שבתשו' הב"ח** (סי' כח) כתב שנותן לו כל מה שהתנה לתת לו כדעת **רבינו שמחה ורבינו ברוך** כמובא במרדכי שם [גם **בחכמת שלמה** תמה על הרמ"א למה פסק כמהר"ם ולא כחולקים עליו. מה גם שמוכח מהרא"ש בפסקים שבדבר שדרך ליתן הרבה, אם אינו אנוס בדבר משלם כל מה שהתנה, ואף שבתשו' כתב להיפך, פסקיו עיקר כנגד תשובותיו. וע"ש עוד מה שתמה בזה ונשאר בצ"ע]. אמנם **בתשו' פנים מאירות** (ח"א סי' צז) **ושבו"י** (ח"ב סי' קנז) כתבו שאין לזוז מפסק הרמ"א. אמנם בתפוס במשכון או שטר חוב כתב הפמ"א שיכול לומר קים לי כהנך רבוותא הסוברים שמשלם הכל. וכ"כ **בחכם צבי** (סי' נז) ובשבו"י שם לענין משכון, וכן מבואר להדיא **בתשו' הרמ"א** סי' פו. אבל לענין שטר חוב כתב הח"צ כתב דלא הוי כמוחזק, דקי"ל העומד לגבות לאו כגבוי דמי, וכן משמע **בנו"ב** (מהדו"ק חו"מ סי' ה) [וכתב הפת"ש שאולי הפמ"א התכוון לשטר ממרנ"י דהוי כגבוי, אך א"כ לא מובן למה צריך קים לי, הרי הוי כגבייה ממש ונפסק בשו"ע (ס"ח) דאין מוציאין מידו. וצ"ע].

בחוות יאיר (סי' קנד) **ובחוט המשולש** (ח"ד בטור השלישי ס"ס כ) כתבו דאם מה שהתנה אינו סך רב יותר משכר הראוי, נוטל כפי מה שהתנה. והובא **בפת"ש** (סק"ז) **ובנתיבות** (סוף סק"ח), וכתב הנתיבות דנראה דשיעור קרוב בזה היינו שתות.

<u>לענין מתווך</u> - כתב **הש"ך** (סקי"ד) שדינו כדין שדכן. אבל **בדברי ריבות** (סי' שצו) כתב שיש לחייב כפי מה שהתנה עמו, דהלכה כרבינו שמחה. **ומהר"י בן לב** כתב שיש לחייבו משום שדוקא בדבר מצוה כמו שדכנות יכול לומר לו משטה הייתי בך. **בנתיבות** (סק"ח) האריך בזה, ולסיכום כתב שבמילי דמצוה יכול

לטעון משטה אפי׳ עשה קנין, אבל במידי דלאו מצוה כגון פועל וסרסור ושדכן, כשיש אונאה בדבר יכול לטעון משטה, אא״כ היה קנין או שהוא דבר שדרך ליתן סך רב ואין לו קצבה, דלא הוי אונאה. וע״ע שם.

ג. מה הדין באם שילם מראש, האם יכול לדרוש בחזרה?

בתשו׳ הרשב״א (אלף רמ) **והמרדכי** (יבמות שם) פסקו שאם כבר נתן לו, אין יכול להוציא מידו. וכ״פ **השו״ע** ס״ח. ועי׳ **בקצה״ח** (סק״ד) דה״ה אם נשבע או תקע כף לתת לו, חייב, דלא שייך בזה משטה אני בך דשבועה מסלקת טענת השטאה. ועיין בסעיף הקודם לגבי משכון ושט״ח.

אמנם שיטת **הריטב״א** (קידושין ח ע״א) שבמקרים שא״צ לשלם מה שהתנה, יכול לטעון משטה הייתי בכך ולחזור בו אפי׳ כאשר שילם כבר. **הנתיבות** (סק״ח) ביאר שיטת הריטב״א דמיירי במקרה שהמקח אינו יכול לחזור [כמו במעבורת שמה שעשה עשוי] היות ויש כאן דין אונאה יכול לטעון משטה. אבל במקח שהוא עדיין בעין, ודאי דא״י לטעון משטה, ועל כרחך ידע ומחל, דלמה היה לו להשטותו ולהחזיר המקח אחר כך.

סימן רסו

13. א. האם חייבים להשיב אבידת גוי? ומה הדין אבידה של גוי ששומר עליה שומר יהודי והאחריות עליו?

אבידת גוי מותרת שנאמר ״אבידת אחיך״ (ב״ק קג ע״ב), והמחזירה עובר עבירה כי מחזק ידי עו״ע (סנהדרין עו ע״ב), ואם החזירה לקדש את שם השם כדי שיפארו את ישראל וכו׳ ה״ז משובח (ירושלמי ב״מ פ״ד ה״ה), ובמקום שיש חילול השם חייב להחזיר לו (ב״ק שם). שו״ע ס״א.

לענין פקדון של גוי אצל שומר ישראל - **בפת״ש** (סק״א) הביא מש״כ **בחי׳ רע״א** (ב״מ כב ע״ב) דלכאו׳ חייב להחזיר, שהרי מציל את הישראל מן ההפסד שלא יצטרך לשלם, ואפי׳ לרבנן דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי, היינו שהחפץ אינו שייך לו, אבל הצלה ודאי יש כאן. אך כתב שחברו ה״ר ישראל מפקפק בדבר, דסו״ס לא הוי אבידת אחיך, ונשאר בצ״ע לדינא. **ובחכמת שלמה** כתב דבכה״ג חייב להחזיר.

ב. מה דין אבידת רשע לתאבון או להכעיס?

לתאבון חייב, להכעיס אסור להחזיר לו. ע״ז כו ע״ב ושו״ע ס״ב. אבידת מוסר - כתב בהגה״א (ב״מ פ״ב סי׳ ל) שאסור להחזירה כמו מומר להכעיס. הובא בש״ך סי׳ שפח ס״ק סב.

ג. חפץ שמזיק לציבור האם חייב להשיבו לבעליו?

ב״ק פ ע״ב - חתול רע המזיק לקטנים א״צ להשיבו, אלא המוצאו הורגו וזוכה בעורו. שו״ע ס״ד. וביאר הסמ״ע (סק״ח) ע״פ הגמ׳ שאסור לקיימו ונכלל במש״כ שהמוצאו הורגו.

סימן רסז

14. באר דין החזרה בסימנים - ״בראשונה״ ו״משרבו הרמאין״.

הסוגיא בב״מ כח ע״ב. לרמב״ם - בראשונה היו מחזירים בסימן לכל אדם אא״כ הוחזק כרמאי, משרבו הרמאים התקינו שיהיו אומרים לו הבא עדים שאינך רמאי וטול. שו״ע ס״ו.

הרמ״א הביא דעת הרא״ש דבסימן מובהק מחזירין אפי׳ בזה״ז וא״צ עדים שאינו רמאי, ובזה ביאר דברי המשנה [לדעתו המשנה איירי לאחר שרבו הרמאין]. ונחלקו האחרונים בדעת הרא״ש: בראשונה - לסמ״ע ט״ז והגר״א מחזירין בכל סימן אפי׳ אינו מובהק כלל, לש״ך וב״ח מחזירין בסימן מובהק רגיל. בזה״ז -

לסמ"ע מחזירין בסימן מובהק רגיל, לש"ך וב"ח רק בסימן מובהק גמור, לט"ז והגר"א לרמאי אין מחזירין כלל, לסתם אדם מחזירין בסימן מובהק. זה סיכום דבריהם ולהרחבה עיין בפנים.

15. בזמננו אם אדם מצא עט או תיק של חבירו האם יכול לעכבם לעצמו ולשלם תמורתם?

בדברים שאפשר להשיג כמותם בקלות משום שהם מצויים בשוק, עי' ב"מ כט ע"ב תפילין בי חבו משכח שכיחי ומותר לשום דמיהם ולהניחם ואח"כ לשלם למאבד. נחלקו הראשונים מה הכוונה "מניחם" - האם שמשתמש בהם (תוס' פסחים יג ע"א הובא ברא"ש ב"מ שם סי' טז) או מוכרם בבי"ד ומניח הדמים אצלו (רש"י). בב"י דייק ברמב"ם (פי"ג מהל' גזילה ואבידה הט"ו) כפירש"י שמוכרם בבי"ד, ע"ש.

וכתב הרמב"ם (שם הי"ד): "מצא תפילין שם דמיהן ומניחן עליו, שדבר מצוי הוא ביד הכל ואין עשויין אלא למצותן בלבד". דהיינו דוקא בתפילין שעשויים למצוותן ואפשר להשיגם במק"א, אבל בשאר דברים שיתכן שאדם נקשר אליהם אסור. אמנם **הרא"ש** (שם סי' יח) לא חילק בזה, וכ"כ **בשו"ע** סי' רסז סכ"א. משמע שכל דבר שמצוי לקנות ניתן לשום דמיו. **והסמ"ע** (סק"ל) כתב כהרמב"ם ותמה למה השמיטו השו"ע. **והש"ך** (סקט"ז) דחה קושייתו, ע"ש. ועי' **שו"ת מנחת שלמה** (תנינא סי' קו אות ג) לענין בגדים שנמצאו בישיבה, שהנהלת הישיבה יכולה למוכרם אחר חודש או חדשיים, וכ"כ עוד אחרונים.

סימן רסח

16. אם מישהו רואה אדם שעולה לרכב ונופל ממנו שטר כסף והרכב נסע, האם יהיה מותר לו לקחת ולהשתמש בכסף הזה? ומה דעתך באם נפל השטר לחצרו של אדם, האם יהיה מותר לו לקחתו לעצמו?

<u>נפל כסף מאדם</u> - שייך לסי' רס. עי' **ב"מ** כא ע"ב שבמעות אין חשש יאוש שלא מדעת, כי אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה. אבל אם ראה שנפל ונטל לפני יאוש מבואר שם כו ע"ב בשם רבא דהוי גזלן [אפי' למ"ד יאוש שלא מדעת הוי יאוש שהוא רבא עצמו]. והנה כאן בפשטות מדובר קודם יאוש, שעוד לא הספיק לשים לב שנפל ממנו השטר, ואם אינו מכיר את האיש ואין לו דרך להגיע אליו [ומיירי שאין בו סימן כמו רוב השטרות], לדעת **הש"ך** סי' רס (סקכ"ו) מותר לקחת את החפץ, שבכל מקום שלא נתברר מי הוא הבעלים מותר להשתמש, והא דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש היינו רק שאם נתברר מי הוא הבעלים צריך להחזיר לו, וכך ביאר בשיטת **הרמב"ם והשו"ע** שם (ס"ט). **והסמ"ע** (סקמ"ב) ביאר אחרת, שאם נטלה בתחילה על מנת להשיבה, ואין בה סימן, זכה הואיל ולא שייך בזה חיוב השב תשיבם, אך אם נטל שלא על מנת להשיב, יהיה מונח עד שיבוא אליהו. ודחאו הש"ך, ע"ש. ועי' גם **בנתיבות** שם שלדעתו הרמב"ם מודה לשאר הראשונים שאם נטל קודם יאוש לא זכה, ויהיה מונח אצלו עד שיבוא אליהו [כמ"ש **הראב"ד והרמב"ן והרשב"א והטור והרמ"א** (ס"י) ועוד], אלא דס"ל שמסתמא התייאש אלא שהיאוש לא מהני כל עוד מונח במקום המשתמר קצת, ולכן אם נטלו יכול להשתמש כי יש שינוי רשות.

<u>ואם נפל לחצרו שטר</u> - תלוי במחלוקת האם שייך דין יאוש שלא מדעת ("באיסורא אתא לידיה") בחצר. עי' **תוס'** ב"מ כו ע"א (ד"ה דשתיך) ודייק משם **מהרש"ל** בחכמת שלמה דס"ל שלא שייך דין באיסורא וכו' בחצר. ואילו **הנ"י והרא"ש** חולקים. וע"ש **למהרש"א** שהשיג על מהרש"ל בזה. **בש"ך** (סי' רסח סק"ח) הביא את מחלוקתם וכתב שהעיקר להלכה שיש דין באיסורא אתא לידיה גם בחצר, דחצרו כידו, ודלא כרש"ל.

סימן רסט

17. א. המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, האם מהני כוונה במחשבה, או בעינן שיאמר בפה?

בסמ"ע (סק"א) מבואר שצריך אמירה בפה דוקא, **והש"ך** (סק"א) חולק וס"ל דאפי' במחשבה בעלמא סגי אם מודה שהתכוון לכך. **הקצה"ח** (סק"א) הכריע כסמ"ע, דדברים שבלב אינם דברים, והוכיח כאן מהשו"ע סי' ריב ס"ח דלא מהני הקדש בלב, וכ"מ בירושלמי פ"ד דפאה ה"ב. והקשה מב"ק קב ע"ב גבי בגדים וצבע שצבע לשמן ומשמע שהבעל זוכה לאשה במחשבה גרידא, ואפשר דהתם מיירי שאמר מתחילה לפני עדים שקונה לשמן אלא שלא הודיע לצבע, וצ"ע. אמנם אם אמר לו חבירו שיגביה עבורו ושתק - קנה דהוי דברים שבלבו ובלב כל אדם דאדעתא דידיה אגבהה, כמ"ש הקצות בסי' יב סק"א ובמקומות נוספים. **הנתיבות** (סק"א) הכריע כש"ך כדמוכח מהרשב"א (קידושין נ ע"א) דדוקא במקום שהמחשבה סותרת הדברים שבפה אמרינן דדברים שבלב ל"ה דברים, אבל בסתמא הוו דברים כמו בתרומה דמהני מחשבה (ביצה יג ע"ב). ואין ראי' מב"ק שם דהתם יש הוכחה שנצבע לשמן. לכן אם אמר בפירוש שמגביה לצורך עצמו אך מודה שהתכוון עבור חברו - לא הוו דברים כי יש סתירה וכנ"ל.

ב. היה רוכב על החמור וראה מציאה, ואמר לחבירו זכה לי בה, כיון שהגביה לו קנה הרוכב, מה הדין אם המגביה טוען שהגביה לעצמו?

בגמ' **ב"מ** י ע"א מבואר שאם היה רוכב ע"ג בהמה ואמר לחברו זכה לי במציאה, כיון שהגביהה לו קנה הרוכב ואע"פ שלא הגיעה לידו. וכ"פ **השו"ע** ס"ו. וכתב **הטור** דאינו נאמן לומר שהגביה לעצמו. הביאו **הרמ"א** ס"ו. ועי' **בנתיבות** סק"ד דפליגי בזה עולא ור"י בב"מ שם, לעולא נאמן אפי' בזכה ולר' יוחנן אינו נאמן בזכה לי. וכתב הנתיבות דהא דאינו נאמן היינו דוקא בדאיכא עדים שאמר לחברו זכה לי והגביה בפניהם, אבל בדליכא עדים מסתבר שנאמן לומר שהגביה לעצמו במיגו שיכול לומר לא אמרת לי זכה לי. וע"ש עוד.

אמנם אם הגביה מעצמו לצורך חברו [ולא אמר לו "זכה לי"] כתב **הסמ"ע** (סק"ט) שאפי' אם אמר שהגביה עבורו, יכול לחזור ולומר משטה הייתי בך או שלא להשביע עצמי אמרתי כן. **והש"ך** (סק"ג) כתב שא"צ לטעם זה, והסמ"ע כתבו לשיטתו (בסק"ח) שבמגביה מעצמו צ"ל "אני מגביה לחברי", אבל באמת א"צ כלל לומר כן וא"כ פשיטא שנאמן לומר שלא הגביה עבורו [כשלא אמר לי "זכה לי"]. ועי' **בנתיבות** (סק"ה).

ובמשנה שם ט ע"ב מבואר (ע"פ **פירש"י** שם י ע"א ד"ה ואם תאמר) שאם אמר הרוכב לחברו תנה לי ונטלה ואמר אני זכיתי בה זכה הנוטל, ואם כבר נתנה לרוכב ואז אמר אני זכיתי בה לא אמר כלום. טוש"ע שם. ועי' בנתיבות (סק"ו וסק"ז).

ג. מה הדין במקח כשאמר לחבירו קנה לנו סחורה יחד והלך וקנה טוען שקנה רק לעצמו?

עי' **מרדכי** (ב"מ סי' רלב) שדעת **ראב"ן** ששניהם זכו ע"פ הגמ' ב"מ י ע"א דהמגביה מציאה לחברו קנה חברו, **וראבי"ה** מחלק דדוקא במציאה ששניהם יכולים לזכות, אבל במכר שרק לאחד יש דמים ולשני אין, לא קנה אלא לעצמו. אא"כ ברור לנו שהיה לו ג"כ ממון, או שנתרצה בפירוש לקנות עבור שניהם, שאז קנו יחד. **הרמ"א** (ס"ו) הביא את שתי השיטות בשם י"א וי"א. [וכתב **הנו"ב** (מובא בפת"ש סק"א) שגם ראב"ן לא אמר כן אלא כשידוע בעדים שקנה עבורו, אבל אם אין עדים פשיטא דמהני מיגו דלעצמו קנה, כמבואר בסעיף הקודם].

והקשו האחרונים דהנה לעיל סי' קפג הביא הטור בשם **הרמ"ה** שהשני אינו יכול לטעון שקנה גם עבורו, וכתב הב"ח שם שכ"כ **העיטור והרשב"א** [לעיטור משום דהוי דברים בעלמא, ולרשב"א דיכול לטעון

משטה הייתי בך], והרמ"א שם ס"ד פסק כן להלכה שיכול לחזור אפי' כשאמר בפירוש שקונה עבורו. ודבריו סתראי למה שכתב כאן כראבי"ה. **הב"ח** תירץ שהעיטור איירי כשלא מינהו שליח, וראבי"ה איירי כשהיה מינוי שליחות מפורש ולכן אינו יכול לחזור. **הסמ"ע** תירץ שבסי' דידן השליח מודה שקנה סתם עבור שניהם, אלא שעתה רוצה לחזור בו וזה א"א, ואילו בסי' קפג מיירי שטוען שבשעת המקח כבר חזר בו וקנה לעצמו בלבד.

18. מה דין שנים שמגביהים כאחד?

קנאוה שניהם. **ב"מ** ח ע"א ועי' **רא"ש** שם. **שו"ע** ס"ב. דאמרינן מסתמא ניחא להו להיות כ"א שלוחו של חבירו כדי לזכות כל אחד בחציה, והגבהת כל אחד היתה גם לצורך חבירו והוו שותפין בה (סמ"ע סק"ג).

סימן ער

19. למי שייכת מציאת אשתו בניו ובנותיו הקטנים או בן יתום הסמוך על שולחנו?

באשתו וילדיו הסמוכים על שולחנו הרי אלו שלו. **ב"מ** יב ע"א **ושו"ע** ס"ב. וה"ה לגדולים הסמוכים על שולחנו, דתקנו חכמים שישלם הטוב למי שעושה עמו טוב (**סמ"ע** סק"ב). אבל אם אינם סמוכים - בתו קטנה או נערה מציאתה לאביה, ובנו מציאתו לעצמו אפי' קטן [אלא שבקטנים היינו רק משום דרכי שלום כמבואר בגיטין נט ע"ב ובשו"ע כאן ס"א]. שם.

בן יתום הסמוך על שולחן אחרים מציאתו לעצמו (**תוס' ומרדכי** ב"מ שם ורמ"א ס"ב), דאם לא יזונו הוא, יזונו אחרים משום מצוה רבה, ולכן לא תקנו שמציאתו למי שמפרנסו.

וכתב **הט"ז** שאם התחייב האב לזון את בנו, מציאתו לעצמו, כיון שאינו נותן לו אלא דרך חיוב ולא בתורת חסד.

20. ראובן יש לו בנים גדולים הסמוכים על שלחנו והרויחו סכום גדול בעסק מסחרי או בעבודה אחרת למי שייך הרווח ומה הדין אם מת האב, האם זכאים היורשים האחרים לרשת חלק מהרווחים האלו או לא.

כתב **העיטור** והובא **בב"י** ס"ס קעז ובהגהת **הרמ"א** כאן ס"ב דה"ה אם הרויחו בסחורה או במלאכה שייך לאביהם אם הם סמוכים על שולחנו. וכן משמע **בתוס'** (ב"מ צב ע"ב ד"ה לא ; הובא בש"ך סק"ד). וביאר **הנתיבות** (סק"א) דשאני מתשלום שבת שינתן לבנים (ב"ק פז ע"ב), כי לא עשו מלאכה ונוטלין והוי כמידי דאתי מעלמא ולא קפיד, משא"כ כשעשו מלאכה קפיד.

[והנה **בהגרע"א** כתב **שבעיטור** בהל' כתובות מבואר דבבניו אפי' בסמוכים על שולחנו וכן בבת בוגרת מעשי ידיהם שלהם, ואכן בדברי **רמב"ן** (תולדות אדם סי' קה) **ותוס'** (ב"מ פז ע"ב) **וש"ך** (יו"ד סי' שפ) מבואר שהאב זוכה אפי' בגדולים. וצל"ע, דא"כ דברי העיטור סתראי נינהו, שהב"י סו"ס קעז הביא מדבריו (בערך שיתוף) שהאב זוכה בסמוכים על שולחנו].

ולענין מתנה - כתבו **רמב"ן וריטב"א ונ"י** (ב"מ שם), שהאב זוכה במתנה שקיבל הקטן [ואפי' אם אביו עצו נתן את המתנה. נ"י שם והובא בהגרע"א]. אבל בנו גדול שקיבל זכה בעצמו. וכ"כ **הרמ"א** ס"ב.. ולענין מתנה שקיבלה נערה - **בחלקת מחוקק ובית שמואל** (אה"ע סי' לז סק"א) הסתפקו האם האב זוכה, **והקצות** (סק"א) מוכיח שזוכה, מהשו"ע או"ח סי' שסו ס"ח שא"א לזכות עירוב ע"י בתו הנערה אפי' אינה סמוכה על שולחנו עד שתבגור, ומוכח שידה כידו. אמנם **בחכמת שלמה** ציין שכבר כתב לדחות ראיית הקצות. **ובנתיבות** (סק"ב) כתב שיש להוכיח להיפך שהרי דעת רמב"ן שיכול לזכות ע"י ילדיו הגדולים אפי' סמוכים על שולחנו, דלא שייך בזה משום איבה, ע"ש. ונראה שנשאר בספק.

אם מת האב, כתב **בהגהות מרדכי** שאינו מוריש מלאכת בן אחד לשאר יורשיו, והביאו **הרמ"א** שם.

סימן ערב

21. ראובן ושמעון שכרו יחד משאית כדי להוביל מטען שהיה לכל אחד מהם. באמצע הדרך אירעה במשאית תקלה, וכתוצאה מכך נאלץ הנהג להוריד חלק מהמטען. המטען שהורד היה במקרה של ראובן, אשר נאלץ לאחר מכן לשכור משאית במחיר גבוה שתוביל את מטענו ליעד. ראובן תבע משמעון להשתתף בהוצאות. שמעון סרב, מה הדין? הסבר. סעיף יז

22. אדם שבהמתו רובצת תחת משאו ובעל הבהמה יושב ואומר לחבירו, הואיל ועליך מצוה לפרוק, פרוק. האם קיימת מצוה עליו לפרוק. האם יכול לקבל שכר על פריקה זו? נמק תשובתך. באר גדרי האסור והמותר בקבלת שכר על מעשה מצוה

סימן רעג

23. בשו"ע הביא את לשון הרמב"ם "הפקר אע"פ שאינו נדר הרי הוא כמו נדר שאסור לחזור בו". א. כיצד פירש הסמ"ע את דברי הרמב"ם? והאם יש הבדל בענין זה בין יאוש להפקר?

שאינו נדר, דאילו נדר הוי לעניים לחוד והפקר בין לעניים בין לעשירים, כדאיתא בגמ' (נדרים ז ע"א). אבל הוא כמו נדר לענין שאסור לחזור בו. פירוש, בדיבור בעלמא אינו יכול לחזור ולמחות בהבא לזכות בו לומר שלי הוא עדיין, אבל אם הקדים הוא נפשו וזוכה בו במשיכה או בחזקה הרי הוא כאחר, כמבואר בסעיף ד.

[אמנם בדין יאוש - עי' **בנתיבות** סי' רסב סק"ג שאין הדין כן, אלא כל שלא זכה בו אחר, יכול לחזור בו בדיבור בלבד, משום שאין בזה הוצאה מרשותו, אלא מתן רשות לאחר לזכות בו. ובזה ביאר את דברי הגמרא בב"ק קטז שם שרב ספרא היה צריך לזכות בחמורו, מפני שרק התייאש ולא הפקיר ולכן לא יצא מרשותו].

ב. באר איזו תקנה עשו חכמים כנגד הרמאים? ואיך זה מתיישב עם הרמב"ם הנ"ל?

תיקנו שיכול לחזור בו כל ג' ימים ראשונים, ואח"כ אינו יכול לחזור בו. **נדרים** מג ע"ב, וביאר **הרא"ש** בפירושו שם, דהוא משום הרמאים שרגילים להפקיר פירותיהן ולחזור ולאכול מהם כדי לפוטרן מהמעשר, לכן תקנו שעד ג' ימים יכול לחזור בו, וממילא אפי' קודם שחזר בו אין שם הפקר עליו עד ג' ימים, וחייב במעשר. והקשה **הסמ"ע** (סקי"ג) מה הועילו בתקנתם, הרי יוכל הרמאי להפקיר ולהקדים ולזכות מיד וייפטר מן המעשר. ותירץ דכל שלא יכול לחזור בו בדיבורו מיד עד שיעשה בו חזקה גמורה, הרמאין יחששו פן אחרים יקדימו. **ובנתיבות** (סק"ב) תמה ע"ז דהא קי"ל כרבנן (נדרים שם) דבעינן זכיה גמורה אף קודם התקנה, ואם נאמר כהסמ"ע למה הוצרכו לתקן, ואם חששו חז"ל שיפקירו ולא ייראו, מה מועילה התקנה. ולכן חידש הנתיבות דלא מהני זכיה בכל השדה תוך ג' אלא רק ללקוט בתורת זוכה מן ההפקר.

ואין זו סתירה לרמב"ם, שהיות ותיקנו שיחזור לחזור בו, א"כ לא נגמר ההפקר עד ג' ימים, ומש"כ הרמב"ם שאסור לחזור בו בדיבורא דהוי כמו נדר, היינו כאשר הופקר הפקר גמור.

ג. מתי יכול לחזור בו גם אחרי שלשה ימים?

אם הפקיר שלא בפני שלושה, שתיקנו חז"ל שההפקר אינו חל בכה"ג. נדרים מה ע"א ושו"ע ס"ז [ובדינא דאו' נח' הרמב"ם והרא"ש אם צריך בפני אחד או אפי' בינו לבין עצמו]. ועי' **חכמת שלמה וקצה"ח** (סק"ג) מחלוקת האם צריך להפקיר בפני ג' רק בקרקע או גם במטלטלין.

וכן אם הפקיר ליום אחד, לחודש אחד, לשנה אחת, לשבוע [שמיטה] אחת, יכול לחזור בו עד שלא זכה בו מישהו. **נדרים** מד ע"א וע"ש בפירוש **הרא"ש** דבהפקר לזמן אמרו חז"ל דלא ליהוי הפקר עד דאתי לרשות זוכה, ושאני מהפקר סתם. וכ"פ **השו"ע** ס"י. [אמנם **הטור** השמיט דין זה, וביאר הדרישה דס"ל שאינו להלכה].

ד. האם יכול להפקיר דבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו?

למהרי"ט (אה"ע סי' מ) **וקצה"ח** (סי' ריא סק"ד) לא, כדמוכח מב"ק סט ע"א צנועין ור' דוסא וכו', **לב"ח** (בתשו' סי' קכד מובא בקצות שם וכן בהגרע"א סי' רעג ס"ב) מהני, וע"ש בקצות שהאריך. **בנתיבות** (סי' ריא סק"א) כתב שגם הב"ח מודה דבזמן שהדבר אינו ברשותו ההפקר לא חל, ע"ש.

ה. הבטה בהפקר האם קונה?

איתא **בב"מ** קיח ע"א שהבטה בהפקר לא קונה, ולכן אם בא אחד ושמרו והיה מביט בו שלא יטלנו אדם, לא זכה עד שיגביהנו או ימשכנו (במטלטלין) או יחזיק בו (בקרקע). **שו"ע** סי"א.

סימן ערה

24. גר שמת והניח בן שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה?

מבואר בגמ' ב"ב קמט ע"א במעשה דאיסור גיורא שאינו יורש עד שתהיה הורתו ולידתו בקדושה. וכ"פ השו"ע ס"א.

25. השולח שליח לעדור בנכסי הגר והתכוון על ידי עדורו של השליח לקנות השדה, והשליח לא ידע שהשדה של הפקר ולכן לא כוון לקנות השדה, האם קנה השולח את השדה על ידי מעשה השליח. ומה הדין בשלח את השליח להציע מצעות בשדה ולשכב עליהן אם קנה המשלח השדה. קצות סק"ג נתיבות סק"א

לקצות (סק"ג) קנה דשלוחו של אדם כמותו ולא בעינן ידיעת השליח, והוכיח כן דהנה בגמ' (ב"מ י ע"א) איתא: המגביה מציאה לחברו קנה חברו, וא"ת משנתנו דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי. והקשו התוס' (שם ד"ה ולא אמר) מהגמ' בגיטין (יא ע"ב) כל האומר תנו כאומר זכו כו'. ותירץ בתורא"ש (הובא בשיטמ"ק) 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 אעפ"י שהגבהתי לצורכך אני רוצה לזכות בה זכה בה, עכ"ל. ומבואר דאע"ג דלא ידע המהלך שהוא מציאה, קנה חבירו, אי לאו משום דאמר תנה לי דלא עשאו שליח אלא ליתנו לו, אבל אם אמר לו הגבה לי דבר זה והשליח לא ידע שהיא מציאה קונה המשלח בהגבהה של זה. וכן הוכיח מהתוס' שם (ע"ב ד"ה אי בעי), ע"ש. [אמנם בשליח להולכת הגט צריך שהשליח ידע שהרי צריך להתירה ולומר לה "הרי את מגורשת ומותרת לכל אדם"]. **והנתיבות** (סק"א) כותב דלכאו' מוכח מדברי הרמ"א בסעיף כא שאם בנה ע"י פועלים לא מהני וביאר הסמ"ע (סקכ"ו) שלא נתכונו לזכות, ומוכח שצריך שידעו שעושים מעשה קנין, ודלא כהקצות.

26. שתי שדות של הפקר ומצר אחד ביניהן ובא אחד והחזיק באחת מהן לקנות אותה ואת הבאר ואת השניה האם הוא קונה את המצר והשדה השניה או לא? ומה הדין אם בא אחר כך איש אחר והחזיק בשדה שניה, האם מעמידין השדה בידי השני?

בב"ב נג ע"א-ע"ב, ונפסק **בשו"ע** ס"ח: "שתי שדות בנכסי הגר ומצר אחד ביניהם, החזיק באחד מהם לקנותה, קנאה. החזיק בה לקנותה ולקנות את חבירתה, זו שהחזיק בה קנה, אבל חבירתה לא קנה. החזיק בה כדי לקנות חבירתה, לא קנה אחת מהן, חבירתה מפני שלא החזיק בה, ואותה מפני שלא החזיק בה כדי לקנותה". וכתב **הסמ"ע** (סקי"ד) דהיינו דוקא בנכסי הגר דאין דעת אחרת מקנה אותו, אבל במכר או מתנה, אפילו הן בעשר מדינות נתבאר בסימן קצ"ב סי"ב לדעת הרמב"ם (פ"א ממכירה ה"כ) דהחזיק באחת מהן קנה כולן, ולדעת הרא"ש (ב"ב פ"ג סי' ס) קנה אם פירש שבחזקה על אחת מהן יקנה את כולן. ועי' סי' קצב תשובה 2.

עוד מבואר שם בגמ' וברא"ש ובשו"ע ס"ט: "החזיק בה לקנותה ולקנות את חבירתה ואת המצר שביניהם, או שהחזיק במצר לקנות את שתיהן, הרי זה ספק, ואם בא אחר והחזיק בה כדי לקנותה, זכה האחרון".

27. גר שמת והיה לו שטר על שדה, ובא אחד והחזיק בשטר כדי לקנות את השדה, האם זכה בשדה?

בגמ' **ב"ק** מט ע"ב: בעי רב ייבא סבא מרב נחמן המחזיק בשטרותיו של גר מהו מאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא דאחזיק ובארעא הא לא אחזיק ושטרא נמי לא קנה דלאו דעתיה אשטרא או דילמא דעתיה נמי אשטרא א"ל אני מורי וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך א"ל לצור ולצור. ופסקו **הרמב"ם ושו"ע** סי"א: "המחזיק בשטר מנכסי הגר כדי לקנות הקרקע הכתובה באותו שטר, לא קנה אלא שטר בלבד לצור על פי צלוחיתו". ומשמע דמיירי בשטר מכר או מתנה, עי' ש"ך (סק"ד) וקצה"ח (סק"ב).

הש"ך (סק"ג) תמה, דבש"ס משמע דהוי בעיא דלא איפשטא ולמה כתב הרמב"ם בפשיטות דקנה הנייר וכו'. ולכאורה נראה לתרץ שהיה לרמב"ם גירסא אחרת בש"ס, וכן משמע במ"מ ומגדל עוז שם, דהוי בעיא דאיפשיטא. אבל יותר נראה דהרמב"ם קשיא ליה מאי קמבעיא ליה לרב ייבא ורב נחמן אי דעתיה אשטרא או לא הא אפי' לא הוי דעתיה אשטרא קני דלא גרע מחצרו של אדם דקונה לו שלא מדעתו, ועוד קשיא ליה למה השמיט הרי"ף האיבעיא, ולכן סבר דלדידן דקי"ל דחצרו שלא אדם וכו' לא שייך כלל בעיא זו, ואפשר גם דעת הרא"ש כן שהשמיט בעיא זו [והעיר **הנתיבות** (סק"ב) שכבר הקשו כן **התוס'** ב"ב נד ע"א ד"ה אדעתא, וע"ש מה שתירצו]. מיהו בהגהות אשרי ובבעה"ת שער מ"ט כתבו דהוי בעיא דלא איפשטא וכן נראה מדברי רבינו ירוחם, וצ"ע. עכת"ד הש"ך.

28. הזכר כל ההבדלים בין חזקה של מוכר וקונה לבין מחזיק בנכסי הגר. סעיף יב והלאה

29. ראה בית הפקר או של גר שמת וסייד בו קטע האם קנה הבית, ואם ראובן בנה בקרקע של גר ובא שמעון והתקין בו חלונות מי קנה? סעיף יג

30. גר שמת ולא השאיר יורשים שהדין הוא כל הקודם זה, ובא אחד ובנה בנין על הקרקע, האם זכה בקרקע, וכן אם בא אחד וגר בבית של גר האם קנה. סעיפים טו, כא

31. קיי"ל העודר בנכסי הגר וכסבור שלו הם לא קנה. מה הדין בעודר בנכסי הגר וכסבור שהם של גר אחר אם קנה?

קנה. יבמות נב ע"ב. שו"ע סכ"ו.

32. גר שמת ועמד אדם והחזיק בנכסיו כדין, ואח"כ שמעו שעדיין לא מת, והחזיר המחזיק את הנכסים, ואח"כ שמעו שהשמועה הראשונה היתה אמת, ובא אחר והחזיק בנכסים, מי זכאי בנכסים אלו ומדוע סעיף ל'

הלכות גניבה

סימן שמח

1. א. הגוזל או גונב מחבירו דרך שחוק או כדי להרגיז אותו או אפילו בכוונה לשלם לו יותר, האם מותר?

דרך שחוק - נאמר בתורה "לא תגנובו" ו"לא תגזול". וכתב **הרמב"ם** (פ"א מהל' גניבה) שאסור לגנוב אפי' דרך שחוק, וכ"כ **השו"ע** ס"א. ועי' **בשו"ת קנין תורה** (ח"ב סי' קב) שתמה מה המקור לזה, ועוד הקשה ממ"ש **הרמ"א** (או"ח סי' תרצו ס"ח) ע"פ מהר"י מינץ (סי' טו) שהחוטפים דרך שמחה בפורים אין בזה איסור לא תגזול. וע"כ כתב לחלק בין גניבה לגזילה, שגניבה חמור יותר ואסור אפילו דרך שמחה. **ובפתחי חושן** (ח"ה פ"א הערה טו) כתב דנראה שלא התיר הרמ"א אלא דרך שמחה בשעת שמחה, אבל גונב דרך שחוק סתם אסור. ועוד הביא **מהשל"ה** מסכת מגילה כתב ששומר נפשו ירחק מלחטוף שלא ברשות בפורים, כי זה שמחת הוללות, **ובאורחות"מ** (דיני עדות סימן מא) הביא בשם מעשה אברהם שדן אם החוטף בפורים דרך שמחה פסול לעדות, וכתב ג"כ לאסור משום דסו"ס מצטער הנגזל והוי כע"מ למיקט, אלא שמ"מ אינו נפסל משום שסובר שמותר (ועי' אורחו"ח סימן תעג בענין חטיפת האפיקומן ע"י התינוקות בליל הסדר). וכתב דנראה ע"פ דברי התה"ד שם שלא הותר לחטוף אלא דברי מאכל ולאכלו, וכיו"ב, אבל בשאר דברים, אף אם נאמר שמותר, אם הגזילה קיימת לאחר השמחה חייב להחזיר.

לצערו - אמרו חז"ל (תוספתא ב"ק פ"י; ב"מ סא ע"ב ועוד) "לא תגנובו - ע"מ למיקט". בפשטות הכוונה שאסור גם לצערו לזמן מועט ולהחזיר לו אח"כ [וי"א שעובר גם בלאו דאונאת דברים משום צער]. אך **בשטמ"ק** ב"מ שם כתב בשם **הרשב"א** לדחות פירוש זה, "דהא מעשים בכל יום שעושים כך", ולכך הביא שיש מפרשים שמעכב הגניבה בידו, אבל אינו גונב בשביל הנאה אלא לצער את חברו. אבל אם גונב ע"מ להחזיר אין איסור. ועי' **בשו"ת קנין תורה** הנ"ל שביאר שלדעה זו אם גונב ע"מ להחזיר דדמי לדרך שמחה שמותר. אמנם **בקצה"ח** (סק"א) כתב שמלשון הרמב"ם בספר המצוות (ל"ת רמד) נראה כפירוש הראשון שכתבנו, דאפי' רוצה להשיב הוי בכלל האיסור. וא"כ מ"ש השטמ"ק דמעשים בכל יום שעושים כך, ראוי ליזהר בזה. וע"ש שנסתפק אם בגונב ע"מ למיקט הוי גנב ממש להתחייב באונסין, ומהשטמ"ק (ב"מ מא ע"ב ד"ה תרגמה) נראה שאינו חייב.

ובביאור הגרי"פ לספר המצוות לרס"ג (עשה יט) מפרש ע"מ למיקט שמתכוין לטובתו כדי שיזהר מגנבים, **ובשד"ח** (כללים פאת השדה מערכת הג') כתב גם בשם החיד"א שמפרש כן, וציין השד"ח שכ"כ להדיא **בשאלתות** (פרשת נח) **ובספר חסידים** (סימן תקפה), וסיים הס"ח שאם הוא בענין שאם לא יגנוב ממנו יאבד כל ממונו בענין רע ויצא נקי מנכסיו שפיר דמי. וע"ש בשד"ח (סי' ה) שגם לגזול ע"מ למיקט אסור. ועי' **בפתחי חושן** (שם הערה טז) דצ"ע אם מותר לגנוב לצורך הנגנב, כגון שידוע שצריך לאיזה דבר ואינו רוצה ליהנות מממונו, ובצורך גדול נראה שמותר, אבל קשה לקבוע מה הוא צורך גדול, ע"ש. וע"ע שם בהערה יז לענין החרמת חפצים של תלמידים סוררים ע"מ להחזירם [ובמקרי קיצון ע"מ לאבדם].

על מנת לשלם לו יותר - ראה בתוספתא ובגמ' שם שאסור לגנוב ע"מ לשלם תשלומי כפל. וכ"כ הרמב"ם שאסור ע"מ להחזיר [היינו למיקט הנ"ל] או ע"מ לשלם [כפל]. אבל בשו"ע כתב גם "ע"מ לצערו" [למיקט] וגם את שני הדברים שכתב הרמב"ם, וביאר הסמ"ע ש"ע"מ להחזיר" היינו שלוקח לשימושו

כדי להחזירו. אמנם צ״ע דא״כ הו״ל שואל שלא מדעת שכבר כתב השו״ע שאסור. ובפתחי חושן שם (הערה יז) ביאר דמש״כ השו״ע ״ע״מ להחזיר״ הוא כותרת, ואח״כ אזיל ומפרש דהיינו ע״מ לשלם כפל או ע״מ לצערו. וכן מוכח ברמב״ם בסהמ״צ שם ובחינוך (מצוה רכד). ועי׳ בכסף הקדשים.

וכתב הב״י שאסור לגזול אפי׳ ע״מ לשלם דבר יפה ממנו. וכ״כ **בשו״ע** סי׳ שנט ס״ב בסתמא שאסור לגזול ע״מ לשלם. אמנם דעת **הרא״ש** בפרק הכונס (סי׳ יב) גבי דוד והגיבורים, שאם התשלומים בעין, כיון שהם יפים מהדבר שלוקח, זכות הוא לו ומותר, ויזכה אותם לבעלים ע״י אחר. והובא בשו״ע בשם יש מי שאומר. וביאר **הב״ח** דעה זו, דדוקא בגניבה אסור שלא ירגיל עצמו בכך, אבל בגזילה שהיא בפרהסיא אין לחשוש בכך אם משלם יותר. אמנם **רש״ל** ביש״ש (ב״ק שם סי׳ כז) הקשה על שיטת הרא״ש איך מותר להסתחר בממון חברו שלא מדעתו. **והש״ך** (סי׳ שנט סק״ד) תירץ דאיירי בדבר העומד להמכר וידוע בבירור שהבעלים ימכרנו ולא יחזיקנו אצלו. **ובסמ״ע** (סק״ח) כתב דמסתמא ניחא לבעלים. וע״ע **בט״ז** שג״כ הקשה על הרא״ש והעלה כדעת היש״ש, וסיים דמ״מ אם יש צורך גדול יש להקל, דמסתמא ניחא לבעלים בהכי. **ובקצה״ח** (שם סק״א) פירש כהט״ז אך תירץ קושיית היש״ש דכל שאין הבעלים כאן ומוחה אמרינן מסתמא דניחא ליה. ואם מוחה אח״כ יכול לבטל המכירה כמו במזכה לו מתנה ע״י אחר שיכול למחות ולבטל. וכ״כ **באמרי ברוך** (סי׳ קפה). מהשו״ע נראה לכאו׳ שסובר דלא כהרא״ש, שהרי כתב בסתם שאסור. **ובביהגר״א** נקט כהרא״ש וכביאור הש״ך.

ומ״מ אם הוא בסכנת נפשות מותר ליטול על דעת לשלם כדמוכח בב״ק שם, ובשו״ע סי׳ שנט ס״ד. אבל שלא במקום סכנת נפשות אלא סכנת אבר וכדו׳ י״א שאסור (**שו״ע הרב** הל׳ גזילה ס״ב, ועי׳ פתח״ח שם הערה כב).

וע״ע שיטות ופרטים בזה **בפתחי חושן** (שם הערה יט) ובסוף דבריו סיכם: ״היוצא מדברי האחרונים דלעיל להלכה: בחפץ שאינו עומד להמכר, לכו״ע אסור ליטול ע״ד לשלם, ואפילו בתשלומין יפים ובזיכוי ע״י אחר. ובחפץ העומד להמכר - לדעת הרא״ש והטור מותר ליטול ע״ד לשלם בדבר יפה [ואם משלם במעות, לדעת המחנ״א והבית אפרים א״צ תשלומין יפים], ובלבד שיזכה התשלומין ע״י אחר (ויש לעיין לדעת המחנ״א והבי״א אם צריך זיכוי ע״י אחר, ולדעת הכסף הקדשים אם חבירו חייב לו א״צ זיכוי ואפשר שכו״ע מודים בזה), ולדעת היש״ש והט״ז (וסתמא דשו״ע) גם באופן זה אסור, אלא שהט״ז מתיר לצורך גדול משום ניחותא דמצוה. ואף במקום שמותר, אם נודע אח״כ לבעלים ומוחה, צריך להחזיר, ונראה שהכל מודים בזה״.

וכל האיסורים האלו בפשטות הם מה״ת, שהרי נלמדו מהפסוק ״לא תגנובו״, אבל יש מן הראשונים שכתבו שטעמי האיסור (ע״מ לשלם וע״מ להחזיר) הם שלא ירגיל עצמו בגניבה, ולכאורה לפ״ז אינו אלא מדרבנן. וכ״כ **בלח״מ** דהילפותא היא אסמכתא. אמנם **בלבוש** משמע שגם לטעם זה הוי איסור תורה, וכ״כ **בקצה״ח** הנ״ל שמהרמב״ם בסהמ״צ משמע שהוא מה״ת. וכתב בשו״ע הרב (בקו״א) שכן דרך הרמב״ם לפעמים לכתוב טעמא דקרא. [ולענין איסור גזילה ע״מ לשלם כתב השו״ע הרב שהוא מדין לא תחמוד, עיין לקמן תשובה 2 סעיף ג].

ב. האם אדם רשאי לאכול במהלך עריכת קניות בחנות לפני ששילם?

אם המנהג להקפיד ע״ז, ודאי אסור, כמשנ״ת לעיל. ואם בד״כ לא מקפידים, לכאורה תלוי במחלוקת הראשונים: **התוס׳** (ב״מ כב ע״א ד״ה מר זוטרא) כתבו שאסור משום דקי״ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. וכ״כ **בהגה״א והגמ״ר** שם. אמנם **הר״ן** בחידושיו שם כתב בשם **הרשב״א** שאם יש אומדן דעת שאינו מקפיד, מותר, וכמו שמצינו בבן האוכל אצל אביו ועבד אצל רבו, שמותר לו לתת פרוסה לבנו ואוהבו שכך נהגו, וכן מותר לגבאי צדקה לקבל דבר מועט מן האשה, דמסתמא בעלה אינו מקפיד. וכ״כ

הריטב"א שם דבכה"ג הו"ל כזוטו של ים. **והש"ך** (ר"ס שנח) חידש עוד דשאני יאוש שלא מדעת שבע"כ מתיאש ובאיסורא אתא לידי המוצא, אבל כשידוע שיתרצה ולא יקפיד בהיתרא אתא לידיה. ועיין **בשו"ע הרב** (הל' מציאה ס"ד) שפסק דלא כהש"ך, אלא אפי' אם ברור לו שכשיוודע לבעלים שהוא נטלה ישמחו ויגילו, אסור ליהנות בלא דעת בעלים. ולפ"ז כתב שהנכנס לפרדס או לגינת חברו אסור לו ללקוט פירות שלא מדעתם. וצריך להזהיר על זה וכו'. **ובקונטרס אחרון** שם כתב שבאמת אין מחלוקת בין הראשונים, כי גם הרשב"א והריטב"א שהתירו, היינו רק במקום שנהגו כך כולם [כפי שהוכיחו מצדקה וכדו'] ובזה גם התוס' מודים שמותר. אבל במקום מסוים שיודע שחברו לא מקפיד אסור גם לשיטתם. ולפ"ז דברי הש"ך אינם כדברי הראשונים, כי הש"ך כתב להתיר גם במקרה מסוים וליתר הראשונים רק אם כך המנהג הרווח. נמצא שבמקום שנהגו להתיר, אפי' אם אחד יאמר שהוא מקפיד אין מתחשבים בו שבטלה דעתו, ובפרט לפמ"ש הריטב"א דהוי כזוטו של ים, דנעשה כצווח וכו'. [ועי' **בשו"ת עונג יו"ט** (סי' קיא) שהאריך בביאור דעת הש"ך, וכתב שגם לש"ך אמנם אין בו איסור גזל, אבל מ"מ אינו שלו, ונפק"מ שבפירות טבל אינו יכול לתרום בלי רשותו הבעלים, ע"ש]. ונראה שבנ"ד היות <u>ומשלם</u> מיד בסיום הקנייה, נראה פשוט שבזה אין שום קפידא, ולפמשנ"ת הדבר מותר לכל הדעות אם כך המנהג. וכן מוכח בשו"ע אה"ע סי' כח סי"ז ובמפרשים שם.

<u>ואם טועם ואינו משלם</u> - כתב **השו"ע** בסי' שנט ס"א ע"פ **הירושלמי** (דמאי פ"ג) שבדבר מועט שאין שום אדם מקפיד עליו כגון קיסם מחבילת עצים או מן הגדר, מותר. ומשמע אפילו יש בו שוה פרוטה אם ידוע שאין מקפידים בזה. **ובערוה"ש** (שם ס"א) כתב שנהגו ליטול טבק או גפרור בלי רשות בעלים, וכן כוס תה, מטעם שאין הבעלים מקפידין על זה. ועי' **במג"א** סי' קנו (סק"ב) ע"פ הגמ' בשבת (קלט) שהמקיז דם יכול לילך לכמה חנויות לטעום יין. ועמש"כ ע"ז **בפתחי חושן** (ח"ה פט"ו הערה לז).

ומ"מ איתא שם **בירושלמי** שהדבר אסור <u>ממידת חסידות</u>, והובא בשו"ע שם. והטעם (הובא בסמ"ע שם) שאם כל אחד יעשה כן נמצא החבילה והגדר כלים. וצ"ע לפי טעם זה מדוע אינו אסור מדינא? **ובחזו"א** (דמאי סי' ז סק"ה) פירש דבעה"ב אינו מקפיד גם אם יקחו הכל, שאין הדבר שכיח, או שכשיבוא לידי הפסד יפרשו, אלא דמ"מ ראוי לפרוש משום שהדבר מרגיל לזלזל בגזל, ויש לחוש לאנשים שאינם מהוגנים שיקחו אף בזמן שיש הפסד, ע"ש. וכתב **בפתחי חושן** (שם פ"א הערה לו) נראה לדבריו שאם רואה שעומד להגיע לידי הפסד אפשר שאף מדינא יש כאן ספק גזל עכ"פ.

ובפת"ש שם סק"ב הביא **משו"ת נו"ב** (מהדו"ת אה"ע סי' עז) דאע"פ שאין איסור גזל כשבעה"ב אינו מקפיד, אבל מ"מ לא זכה הנוטלו להיות חשוב שלו כל זמן שלא הפקירו בעליו בפירוש, ולכן אינו יכול לצאת בו י"ח לולב, וכמ"ש המג"א סי' תרלז סק"ג למ"ד גזל גוי מותר [ראה תשובה הבאה ס"א].

2. א. הגונב או הגוזל מגוי, האם עובר על איסור, ואיזה איסור?

בב"ק קיג ע"א דרש ר"ע מנין לגזל כנעני שהוא אסור וכו'. וכ"כ **הרמב"ם** (ריש הל' גניבה) **ושו"ע** ס"ב, ומשמע שגניבת וגזל הגוי הוי איסור תורה. וכ"כ **בלבוש**. אך אינו בכלל "לא תגנובו", אלא מ"וחשב עם קונהו" או מ"ואכלת את כל העמים" כדאיתא בגמ' שם. וכ"כ **בשו"ת רדב"ז** (ח"ד סי' רה). **והש"ך** (סק"ב וסי' שנט סק"ב) הביא שלדעת **היש"ש** (ב"ק סי' סי' כ) שהוא איסור דרבנן **וכפירש"י** בסנהדרין (נז ע"א ד"ה ישראל). **בכס"מ** ריש הלכות גזילה דייק מהרמב"ם שגזל הגוי אסור מדרבנן, שהרי כתב רק לשון איסור ולא שעובר עליו, ותמה ע"ז הש"ך (סי' שנט שם) שבהלכות גניבה משמע שאסור מה"ת כנ"ל. ולפ"ד המנ"ח שיובא לקמן אפשר ליישב קושייתו שיש חילוק בין גזל לגניבה.

בספר יראים (סי' קכד, דפו"י סי' רנה) כתב שגזל הגוי מותר ע"פ הגמ' בב"ק לח ע"א שדרשה את הפסוק "עמד וימודד ארץ ראה ויתר גוים", ראה שבע מצות שקיבלו עליהם בני נח, כיון שלא קיימו, עמד והתיר

ממונן לישראל. אבל **בנימוקי יוסף** שם (יט ע"א מדפה"ר) פירש דהיינו לענין נזיקין, אבל גניבה או גזל אסור. **ובמג"א** (סי' תרלז סק"ג; והובא בנתיבות סי' שמח סק"א ועוד) כתב שגם לדעת היראים שגזל הגוי מותר, מ"מ לא הוי "לכם" לענין לולב. ומקורו ביראים סי' תכב (דפו"י סי' קכד), ע"ש. אמנם **בפתחי חושן** (שם הערה ג) שפקפק בהבנת האחרונים בדברי היראים הנ"ל, וצ"ע. ועי' חי' הגרש"ש ב"ק סי' ט וסי' נא.

במנ"ח (מצוה רכד) כתב שאף למ"ד גזל הגוי אסור מדרבנן, אפשר שגניבת גוי אסור מן התורה, כיון שמצינו שאסרה תורה לגנוב את שלו וע"מ למיקט, הרי שלא מדיני ממונות הוא אלא מדה גרועה, ולכן אסור כדי שלא יתרגל בכך, וא"כ גם בשל גוי אסור מטעם זה, אלא שנשאר בצ"ע אם גם פחות מש"פ יהא אסור מטעם זה [אמנם לכאורה גם גזל ע"מ למיקט אסור כפי שהבאנו לעיל תשובה 1 ס"א מהשד"ח, וא"כ אין חילוק, וצ"ע]. ועי' שו"ת נו"ב קמא יו"ד סימן פא ובשו"ת מהר"י אסאד ח"ג סימן רלג. **ובחידושי רעק"א** סימן שע כתב שגזל מפני דרכי שלום אינו אסור בגוי.

ב. האם יש חיוב השבה כשגונב מגוי? ומה הדין בעיר שרוב ישראל והגוי יודע שישראל גנבו, אבל לא יודע מי גנב?

מהרש"ל (הובא בש"ך סק"ב) הקשה על הפוסקים שגזל הגוי מה"ת, מדוע פסקו (**רמ"א** אה"ע ר"ס כח ע"פ **מהר"י וויל**) שהמקדש אשה בגזל הגוי מקודשת, משום דא"צ להחזיר רק משום קידוש השם, הרי אסור מהתורה. ותירץ **בנתיבות** (סק"ג) כתב שאמנם גזל הגוי אסור מה"ת (ע"פ הפסוקים שהביא הלבוש), אבל חיוב השבה הוא רק מדרבנן משום קידוש השם, דדוקא בישראל דהלאו ניתק לעשה "והשיב את הגזילה", יש חיוב השבה מדאו'. ולכן דקדק הרמ"א באה"ע שם וכתב שא"צ "להחזיר" אלא משום קידוש השם. ולכן אחר שגזל אע"פ שעבר באיסור דאו', אך האשה מקודשת. ושוב הקשה הרי סו"ס לאו דידיה הוא, וכמ"ש היראים (הנ"ל), ותירץ דבקידושין א"צ שיהיה שייך לו אלא שיתן לה הנאה וזה שפיר איכא. [וע"ע בנתיבות סי' רצב (סקי"ז) שגם הגוי שגזל פטור מהשבה. ע"ש. ובקצה"ח (סי' שנא סק"ג) הביא מח' רש"י ותוס' אם בן נח חייב להשיב גזילה בעין. משמע שאם אינו בעין לכו"ע פטור]. מכל מקום, אם יש רוב ישראל בעיר ודאי יש בזה חילול השם וחייב להשיב.

בשער משפט (סי' שמח) **ובחי' הגרש"ש** (קידושין סי' יב במהדורת תשע"א) כתבו שיש חיוב השבה בגזל הגוי. ועי' גם **בביהגר"א** (סק"ח) שהביא מהתוספתא פ"י דב"ק שחייב להחזיר.

ג. האם מותר להטעות את הגוי, ומה הדין כשהטעה את עצמו?

בב"ק קיג ע"ב: אמר רבא, גזל הגוי אסור, הפקעת הלואתו מותרת. ושמואל אמר טעות הגוי מותרת. **הטור** כתב דהלכה כרבא וכשמואל שמותר להטעותו בחשבון או להפקיע הלואתו, ובלבד שלא יוודע לו דא"כ הוי חילול השם. אמנם **הרמב"ם ומרדכי** כתבו שאסור להטעות את הגוי, שהרי יסוד האיסור משום גניבת דעת, וקי"ל דגניבת דעת הגוי אסורה כפי שאמר שמואל עצמו בחולין צד ע"א. ורק אם טעה מעצמו שרי וזו כוונת שמואל בב"ק. **הרמ"א** ס"ב הביא בסתם דעת הטור ובשם י"א דעת החולקים. **ביש"ש** פסק כרמב"ם שאסור להטעותו, והובא **בש"ך** סק"ג. **בשער משפט** (סק"ב, הובא בפת"ש סק"ד) כתב דאף לדעה המחמירה נראה שאם הגוי נותן מעות לישראל שיקנה לו סחורה והישראל נשתכר בו, א"צ להחזיר לו [אע"פ שאסור לכתחילה לעשות כן משום גניבת דעתו], דכיון דאין שליחות לגוי הוי כאילו קנה הישראל הסחורה לעצמו ויכול להשתכר בה.

עוד כתב הש"ך שם בשם **היש"ש** שלא אמרו הפקעת הלואה מותרת אלא בחוב מכס או שאר חוב, אבל מה שהוא דרך מקח אסור. **בנה"מ** (סי' קצד סק"ז) כתב שגם פקדון הוי כהלואה ומותר להפקיע, וכ"כ במשפט שלום בשם המחנ"א. אבל מדברי שו"ע הרב לא משמע כן. ובתומים (סי' עב סקנ"ז) כתב שהוא מחלוקת הפוסקים, וכ"כ בנה"מ שם סקנ"ג.

בבאר הגולה (אות ה) ציין לסי׳ רסו שאם החזיר האבידה לגוי לקדש את השם ה״ז משובח, וכתב דה״ה בהחזרת טעותו אפי׳ שטעה מעצמו, וסיים: ״ואני כותב זאת לדורות שראיתי רבים גדלו והעשירו מן טעות שהטעו הגוי, ולא הצליחו וירדו נכסיהם לטמיון ולא הניחו אחריהם ברכה, וכמ״ש בספר חסידים סי׳ תתרעד. ורבים אשר קדשו ה׳ והחזירו טעויות הגוי בדבר חשוב, גדלו והעשירו והצליחו והניחו יתרם לעולליהם״. ועי׳ גם **בשו״ת חכ״צ** (סי׳ כו) שגזל גוי במקום שיש חילול ה׳ עובר משום לא תחללו את שם קדשי. **ובכנה״ג** כתב בשם ספר חסידים (סימן תר) שיש גזל גוי שיבא לכמה רעות יותר מגזל ישראל, שאם יבא ישראל ביניהם יגזלוהו, וזהו חוטא אחד יאבד לשאר יהודים הרבה. **ובפלא יועץ** ערך גזל כתב בשם המקובלים שהגוזל גוי גורם שהשר של הגוי יגזול שפע מהקדושה אל הקלי׳. **ובכנה״ג** סימן שנט האריך בדין גזל פחות מש״פ מגוי שהוא חמור מישראל, כמ״ש בגמרא דגוי אינו מוחל על פחות מש״פ. ומ״מ בדבר שאין הבעלים מקפידים (כמבואר בסי׳ שנט ס״א) אף בגוי מותר.

ענייני ממונות נוספים בגוי - עיין הרחבה גדולה **בפתחי חושן** (ח״ה פ״א הערה ג) ושם דן בדינים הבאים האם שייכים בגוי, ונכתוב במוסגר חלק מהמקורות בקצרה, והרוצה להרחיב יריעתו וידיעתו יעיין שם: לא תעשוק [בשו״ע הרב (הל׳ גזילה ס״ד) כתב שאינו בכלל ״רעך״]. גונב ע״מ לשלם [אם יסודו מדין גניבה אסור גם בגוי, אבל בשו״ע הרב כתב דאסור רק בישראל, דשורש איסורו משום לא תחמוד, ואינו שייך בגוי (ראה לקמן). וכ״כ בהפלאה (אה״ע סי׳ כח ס״א)]. גונב ע״מ למיקט [כנ״ל דאם יסודו באיסור גניבה וגזל ה״ה בגוי, אבל במנ״ח (מצוה רכד) משמע שאין איסור]. חמס - דהיינו שגוזל בע״כ ונותן דמים מיד [בפמ״ג (או״ח סי׳ תרד מש״ז ססק״א), מסתפק בזה, והובא בפת״ש (סי׳ שנט סק״א). ובאבנ״ז (חו״מ סי׳ שכד) כתב שמותר בשל גוי]. שליחות יד [בשו״ע הרב כתב שיש מתירין (ט״ז יו״ד סי׳ קכ סקי״א) דאינה גזילה ממש]. שואל שלא מדעת [נחלקו הפוסקים אם מותר בשל גוי]. גונב את שלו מהגוי [בשו״ע הרב (הל׳ גזילה סט״ז) כתב שמותר, וכ״מ במנ״ח]. לא תחמוד [לרוה״פ אין איסור בגוי, דכתיב ״רעך״. בפמ״ג שם הסתפק בזה]. אונאת גוי - עיין לעיל סי׳ רכז תשובה 8. להזיק - עי׳ מנ״ח (מצוה יא בקומץ המנחה) שאין איסור, כי יסוד האיסור מדין השב״א ואינו שייך בגוי [אמנם יש סוברים שיסוד איסור נזק הוא מדין גניבה וגזילה, כן משמע בטור ובלבוש ר״ס שעח, רבינו יונה ריש מסכת אבות ועוד. ובשו״ת חת״ס (יו״ד סי׳ רמא) כ׳ שאיסור נזיקין הוא גדר למצוות ונשמרתם לנפשותיכם ולא תעמוד על דם רעך. ועי׳ בקה״י ב״ק סי׳ א שהאריך בשיטות השונות בזה]. וע״ע בפתחי חושן (ריש ח״ו).

ד. האם מותר לגנוב דעת גוי?

מבואר בסעיף הקודם שאסור, ומקורו **בחולין** צד ע״א.

3. קיי״ל אין שליח לדבר עבירה. מה דין כאשר השליח עבריין, האם יתחייב השליח?

בב״מ י ע״ב יש שתי אפשרויות מתי יש שליחות לדבר עבירה: או כאשר השליח אינו בר חיובא, או כאשר עושה זאת בעל כרחו. נחלקו הראשונים כאשר השליח לא ידע שעושה איסור, האם יש שליח לדבר עבירה או לא. **התוס׳** (ב״ק עט ע״א ד״ה נתנו) סוברים שבכה״ג ישלד״ע והמשלח חייב, כדמוכח בב״ק עט ע״א בגנב שנתן לבכורות בנו או לבעל חוב, שכאשר אינו יודע שהדבר אסור אין לו בחירה אם לעשות או לא. אבל דעת **הנמוק״י** (שם כט ע״א מדפה״ר) שאין שלד״ע גם בכה״ג, שלא שייך כלל מושג של שליחות בדבר עבירה, ולכן המשלח פטור [ומ״מ גם השליח פטור שהרי שוגג, וכן העיר הש״ך סק״ו על לשון הד״מ שכתב שהשליח חייב, שאין לזה טעם]. **הרמ״א** ס״ח כתב שהמראה לחברו לגנוב או שלחו לגנוב אשלד״ע והשליח חייב, אבל אם השליח לא היה בר חיובא יש מחייבים את המשלח. ומקורו **במרדכי** פ״ק דמציעא (סי׳ רלז). ולכאורה כך יסבור גם בשוגג וכדעת התוס׳. **הסמ״ע** (סק״כ) ביאר טעם המרדכי דלא שייך הכא ״דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים״ שהרי הוא שוגג. אולם **הש״ך** (סק״ו) סובר

שבכה"ג לכו"ע המשלח פטור וכ"כ בר"ס קפב. גם לענין שליח שוגג דעתו כהנ"י שהמשלח פטור. ודעת **רש"ל** (פרק מרובה סי' לג) **והגר"א** (סקכ"ז) **והנתיבות** (סק"ד) כתוס', ואילו **הקצה"ח** (סק"ד) כתב כהנ"י והש"ך. וע"ש בש"ך ובקצה"ח ובנתיבות שהאריכו בזה.

כאשר השליח עבריין, דהיינו מומר להכעיס, הסתפק בזה **הגרע"א** בסי' קפב ס"א: לפי הטעם דאשלד"ע משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, שייך ג"כ בעבריין שהרי יכול היה שלא לעבור, ולשמוע בקול ה', וא"כ השליח חייב. אבל לפי הטעם שכתבו בתוס' בשוגג שיש לו בחירה אי בעי לא עביד, כיון שהוא עבריין ודאי היה עושה ושייכא בזה שליחות. וא"כ נידון זה תלוי במחלוקת התוס' והנ"י הנ"ל.

4. שליחות לדבר עבירה בגניבה: שלח אדם לגנוב חפץ מבית הבעלים, האם תחול השליחות? ומה הדין בגונב עבורו ועבור חבירו?

קי"ל (קידושין מב ע"ב) דאין שליח לדבר עבירה, ולכן אם שלח לגנוב חפץ השליח חייב. ואם הוא שוגג עיין בתשובה הקודמת.

בגונב עבורו ועבור חברו, איתא בב"מ ח ע"א דשותפין שגנבו חייבים. **לרש"י** שם מיירי שאחד גנב עבורו ועבור חבירו, ובכל זאת שניהם חייבים. אבל **לתוס'** שניהם הגביהו יחד את הגניבה, משמע שאם אחד הגביה עבור חברו אשלד"ע ורק הוא חייב ולא חברו. **בקצה"ח** סק"ג הקשה על התוס', הרי הגבהה זו מועילה רק מדין מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה, וא"כ ה"ה בהגביה אחד עבור חברו. ולכן נוקט כרש"י וגם תירץ הקצות את קושיית התוס' על רש"י, ע"ש.

5. שני גנבים אחד עלה על סולם והוציא מהבית וזרק לחבירו והשני לקח וברח, מי חייב בגניבה, הראשון השני או שניהם?

בפת"ש סק"ז הביא מח' בזה: **בשו"ת חו"י** (סי' ריב) כתב שבדברי **הרמ"א** כאן ס"ח משמע שהשני הוא הגנב העיקרי, שהרי כתב שאם הגנב החביא גנבתו וביקש מחברו שיביא אותה, השליח חייב כי בזכותו קיבל הראשון את החפץ. אבל מציין החו"י שבסי' תי סל"ז איתא ששנים שהזיקו וא"א להפרע מאחד, משלם רק מחצית [ומ"מ אם הוציא כל הסכום מאחד מהם, אינו יכול לתבוע את חברו שישלם לו מחצית]. **בשו"ת שבו"י** (ח"א סי' קעח) חולק עליו דלא דמי שנים שגנבו לשנים שהזיקו, דבהזיקו לא עשו להנאת עצמם ואינם ערבים זל"ז, אבל בגנבו בשותפות להנאת עצמם ודאי אחראים זל"ז כמו שנים שלוו כאחד (לעיל סי' עז) ולכן השני חייב לשלם הכל. **ובתשו' חת"ס** (חו"מ סי' קלג) דן בשנים שהודו שגנבו, אך רק לאחד יש מה לשלם, וכתב בתחילה כחו"י ששנים שגנבו דמי לשנים שהזיקו, ואילו בהמשך דבריו משמע כהשבו"י. החת"ס הכריע שם שאם רק אחד הגביה, הוא לבדו חייב דאשלד"ע, ואם שניהם הגביהו יחד שניהם חייבים (כתוס' בב"מ ח ע"א, המובאים בתשובה הקודמת). ואם מיד אחר הגניבה התחלקו ברכוש - כ"א ישלם חלקו ואפי' גנבו בשותפות, ואינם ערבים זל"ז. ואם אחד הוציא הכל לבדו ונתן מחצית לחברו הו"ל כגזל ולא נתיאשו הבעלים שיכול לגבות ממי שירצה. וע"ע שם.

סימן שמט

1. אשה שהשאילה לחברתה חפץ ויצא קול שנגנב החפץ, ובעלה של השואלת מודה שידע מהשאלה והחפץ גם בא לרשותו ולאשה אין ממה לשלם ומתה, מי יהיה חייב לשלם?

קי"ל (ב"ק פז ע"א) שאשת איש שגנבה אם אין הקרן בעין או חלופיו, אין לה ממה לשלם עד שתתאלמן או תתגרש, ונפסק בשו"ע ס"א.

ולענין השאלה, מקור דין זה **בשו"ת הרא"ש** (כלל לט סי' ז) והובא **בטור**: אשת ראובן השאילה לאשת שמעון כלי כסף וכלי זהב ויצא קול בעיר שנגנבו החפצים מאשת שמעון ושאלה אשת ראובן חפציה ואמרה אשת שמעון אין לי ממה לשלם שהכל של בעלי, ושמעון בעלה אמר גם כן לא אשלם לך כלום שלא נתת לי כלום, וגם חושדין לשמעון עצמו שיודע מה נעשה בהן ושמא הן עדיין ברשותו ומודה שבאו החפצים לרשותו ואינו יודע מה נעשה בהם. תשובה. הא מילתא פשיטא שאין שמעון חייב לשלם מה שלותה אשתו אמנם אחרי שהודה שבאו אלו החפצים לביתו צריך לישבע שאינם ברשותו ושלא שלח בהן יד ושלא פשע במה שנגנבו, וגם האשה תשבע שאינם ברשותה ויכתבו עליה פסק דין שחייבת לשלם לה החפצים לכשתתאלמן או תתגרש. ע"כ. **ובבדק הבית** תמה למה צריך לישבע שלא פשע, דמאחר שאינו שומר כי פשע מאי הוי? והביא שבספר **חזה התנופה** (לתלמיד הרא"ש, רבי משה די ברושליש[59]) גרסתו אחרת: "ישבע הוא וגם היא שאינם ברשותה ושלא שלח הוא יד בהם", והשמיט "שלא פשע בהם", וטעמו כנ"ל כיון דאין הבעל שומר. אבל אם שלח יד בהם אף על פי שאינו שומר חייב, דשואל שלא מדעת גזלן הוי וחייב. והאשה אינה צריכה לישבע אלא שאינם ברשותה אבל שלא שלחה בהם יד ושלא פשעה, אין להם ענין דבין כך ובין כך חייבת לשלם אפילו נגנבו באונס גמור דהא שואלת היא. ע"כ.

ובדומה לתשו' הרא"ש הנ"ל מצינו **בתשובת הגאונים** (מהדו' קושטא שנת של"ה, סי' שסא)[60] והובא **בפרישה** (אות ב). ושם הגרסא כמ"ש בחזה התנופה [עי' הגהות והערות אות ט]. וכ"כ **בשו"ע** ס"ב ע"פ גרסת חזה התנופה (בהשמטת השבועה שלא פשע): "אשת ראובן השאילה לאשת שמעון חפצים, ויצא קול בעיר שנגנבו, אם שמעון מודה שהחפצים באו לרשותו ואינו יודע מה נעשה בהם צריך לישבע שאינם ברשותו ושלא שלח בהם יד, וגם האשה תשבע שאינם ברשותה, ויכתבו עליה פסק דין שחייבת לשלם לה החפצים לכשתתאלמן או תתגרש".

אמנם **הב"ח** (אות ב) יישב דברי הרא"ש דצריך שבועה שלא פשע משום דהוי שומר חנם דמאחר שהודיעה לו אשתו שהחפץ שאול נכנס תחתיה כמ"ש בס"ס שמו, ע"ש (ולא הזכיר דברי בדק הבית). וכ"כ **בביהגר"א** סק"א. **ובפרישה** שם וכן **בסמ"ע** (סק"ד וסק"ה) ביאר דאע"ג דקי"ל (סי' רצא ס"ב) דבאומר הנח לפניך לא הוי שומר כלל, אך שאני התם דגילה דעתו שלא יסמוך עליו, משא"כ כאן. וציין שבשו"ע לא הזכיר "שלא פשע", אבל בשו"ת **אבקת רוכל** סי' קס כתב כן [וצ"ל שבבדק הבית חזר בו, ולכן בשו"ע השמיט. והפרישה לא ראה ספר בד"ה]. וציין הסמ"ע (סק"ה) שכ"כ **הרמ"א** לעיל סי' צו (ס"ו). עוד כתב בפרישה שם ובסמ"ע (סק"ד) שבתשו' הרא"ש מדובר שחושדים לשמעון שיודע מה נעשה בו וכו', ולכן משביעים אותו, אבל בשו"ע השמיט זאת וס"ל שגם בלא"ה משביעים אותו, דכיון שבאו לרשותו ועכשיו אינם, יש כאן ריעותא, ומשביעין על טענת ספק בזה במקום ריעותא ככל שבועת שומרין שהן ספק.

ובקצה"ח (סק"ב) הסכים עם השו"ע דא"צ שבועה שלא פשע. וכתב שלפ"ז גם השבועה דאינו ברשותו אינו משבועת השומרין כיון דאינו שומר כלל, ואינו אלא שבועת היסת ומשום דהוי רגלים לדבר כיון שמודה שהחפצים באו לרשותו וברגלים לדבר נשבעין היסת על הספק, כמ"ש הרמ"א בסימן עה סי"ז. ותמה הקצות על דעת הסוברים שנשבע שלא פשע ושזו שבועת השומרים דאו', כיוון שבעל בנכסי אשתו לוקח הוי, ממילא פטור אף מפשיעה כמבואר בס"ס שמו, ולסמ"ע (שם סקכ"ח) פטור גם מדין שמירה בבעלים. ואין לומר דמיירי שהודיעה לבעלים שהוא שאול (כמ"ש הב"ח, והקצות לא הזכירו), שהרי מפורש

---

[59] היא ככל הנראה העיר בריסל שבבלגיה. ספר חזה התנופה מוזכר בב"י כמה פעמים, ונעתיק מתוך הקדמת **החיד"א** לספר זה: "הגדתי היום כי ספר זה קראו בשמו מחברו הרב ר' משה ברושלי"ש זלה"ה יען כי קצר קצר שו"ת הרא"ש ז"ל לפום חורפא. המורם מהם כותב ומעלה ויהי הקצר אמין הכי קרא שמו חזה התנופה אשר הורם מזבחי תורת שלמי רבי' אדונינו הרא"ש ז"ל אגב אסיפ"ה. ועל כל תשובה כתב ראיה או סברא לרמוז אם תשו' זו הביא עליה ראיה או דן כן מסברא" וכו'.

[60] ונדפס מחדש בשנת תרמ"ד בווילנא ע"י הגר"מ רבינוביץ, ובהקדמתו שיער שהתשובות מסי' שנא ואילך הן העתקה מלשון השו"ע ולא מהגאונים. ותשובה זו היא אחת ההוכחות לכך, וגם הגרסא המתוקנת מורה כן.

ברמב"ם (פ"ב משאלה הי"א) שבכה"ג נכנס תחתיה לגמרי וחייב אפי' באונסין ולא רק כש"ח. ועוד דמבואר שם בס"ס שמו (בהגה) דבעינן שנשתמש בו אחרי שהודיעה לו, או שקיבל ע"ע להיות שואל. ולכן הכריע כבדק הבית הנ"ל. עוד כתב (סק"ג) שגם שבועת האשה היא מדרבנן, כיון שמודה שחייבת לשלם אין כאן שבועת התורה.

2. מה הדין קטן שהזיק או גנב או חבל האם חייב לשלם כשיגדיל?

עיין לעיל סי' רלה תשובה 4.

סימן שנא

3. החופר בור בשבת ואחר כך נפל בו שור או חמור האם הוא חייב?

בכתובות לא ע"א **וסנהדרין** עב ע"א איתא שהגונב כיס בשבת ולא הגביהו ברשות הבעלים אלא היה מגרר ויוצא לרה"ר ואבדו שם, פטור מתשלומין, שאיסור שבת ואיסור גניבה באים כאחד. אבל אם גנבו בשבת והגביהו ברה"י ואח"כ הוציאו לרה"ר והשליכו לנהר, חייב לשלם, שאיסור גניבה קדם לאיסור שבת ונתחייב בשניהם. וכ"פ **השו"ע** סי' שנא. וכתב **הרמ"א** על המקרה הראשון: "אבל אבדו אח"כ חייב", ומקורו בדברי **רבינו ישעיה** המובא בטור לענין בא במחתרת ושבר הכלי אחר שיצא מהמחתרת, דחייב לשלם. ועי' **מ"מ** פ"ג מהל' גניבה ה"ב, ובב"י ודו"פ. **ובש"ך** (סק"א) תמה על הרמ"א שהשווה בין דין מחתרת לדין גניבה בשבת, דדוקא במחתרת מיד שיוצא כבר אינו חייב מיתה ולכן חייב אם אבדה הגניבה אחר שיצא מהמחתרת, אבל בגניבה בשבת עדיין עומד בחיוב מיתה דשבת, ולכן פטור אפי' כשאבדו אחר כך.

ובקצה"ח (סק"ב) כתב שבאמת מבואר כדברי הש"ך **ברש"י ותוס'** (סנהדרין שם) וכ"כ **בעל המאור** (שם יז ע"א מדפה"ר). אבל **במלחמות** (שם) כתב כהרמ"א, וע"ש במה שפירש הסוגיא [וכן ציין בהגהות **אמרי ברוך**]. **ובדרישה** (וכן בהגדו"פ) כתב שדעת **רבינו ישעיה** כהש"ך דדוקא בא במחתרת ולא בגונב בשבת, אבל הקצות סובר שדעתו כרמב"ן, ע"ש. גם **בהגרע"א** נוטה לדעת הרמ"א, שכ"כ המ"מ בשם רבינו מאיר והרמב"ן. וע"ע **בחכמת שלמה** שכתב הוכחה לש"ך משבועות יז ע"א. והקצות כתב לדחות מש"כ הש"ך ש"עדיין עומד בחיוב מיתה", שהרי מי שחילל שבת ואח"כ שיבר כלים לכ"ע חייב אע"ג דעדיין עומד בחיוב מיתה, כיון דחיוב מיתה שנתחייב כבר עבר, וכמבואר להדיא במשנה (ערכין ו ע"ב) "היוצא ליהרג והזיק חייב לשלם", הרי דחיוב מיתה אינו פוטר אלא בשעת מעשה ולא אח"כ.

<u>לסיכום</u>, נחלקו הראשונים והאחרונים בגונב בשבת ואח"כ אבד החפץ: **לרש"י ותוס' וש"ך** וסיעתם פטור משום שעדיין חייב על חילול שבת וקלב"מ, **לרמב"ן ורמ"א וקצה"ח וסיעתם** חייב, דחיוב מיתה כבר עבר ואינו פוטרו מעונש על מה שהזיק אח"כ.

ולכאורה לפ"ז גם בחופר בור בשבת (וכמובן מדובר באיסור דאו', ולא באינו צריך אלא לעפרו דהוי משאצל"ג וכדו') ונפל שמה שור או חמור, תלוי הדבר בפלוגתא זו, האם חיוב מיתה בעינו ופטור על הנזק, או שחיוב מיתה כבר עבר וחייב.

ויש להרחיב עוד, דהנה ידועים דברי **הנמוקי יוסף** (ב"ק י ע"א מדפה"ר) בסוגיית אשו משום חציו, שברגע שהדליק את האש נגמר כל המעשה, ואם מת קודם שהספיק להדליק את הגדיש, ודאי משתלם ניזק מאחריות נכסים דידיה, דהא קריא כאן כי תצא אש שלם ישלם. ועפ"ז כתב **החזו"א** (ב"ק סי' יד סקי"א) דוא הדין החופר בור ומת, והבור הזיק לאחר מיתתו, שחייבים היורשים לשלם מנכסיו, ע"ש. ואילו **בשו"ת מהרי"ל דיסקין** (קונטרס אחרון סי' רנה) כתב שאם עדיין לא ירשו בודאי אינם מחויבים לשלם, ואם ירשו

יש להסתפק אם יכולים לומר "בור זה אין אנו יורשים", וסיים שהיורשים פטורים שהרי כסהו ונתגלה, נותנין לו זמן כדי שיכרות ארזים, והכא נמי צריכים לתת זמן ליורשים לכסות הבור, ולא חייבים לשלם הנזקים שאירעו תכף למיתה. ולחייב את אביהם עכשיו לא מסתבר כלל, דעכשיו לאו בר חיובא הוא.

ולכאורה עוד נפק"מ בזה כאשר כרה בור כשהוא קטן, ואחר שהגדיל אירע הנזק. אמנם עי' **בשו"ת הר צבי** (או"ח ח"ב סי' א אות ז) שכתב דבכה"ג פטור, ע"פ הא דאיתא בגמ' (פסחים דף ו ע"ב) שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו ברשותו, ואחד מהם בור ברה"ר, ומבואר דבאמת לכל מילי אין בור זה שלו כלל, אלא חידשה תורה לאוקמי ברשותו רק לענין חיובי נזקו, ונמצא דכל עיקר חיובו הוא רק ע"י הכריה, ובההיא שעתא לאו בר חיובא הוא. [ויתכן שאף לפי דברי החזו"א שהחיוב הוא על שעת כריית הבור, היינו שהחיוב חל באותה שעה על השמירה, ומי שמתחייב בשעת הכרייה מתחייב גם לאחר מיתתו, אולם אפשר שגם כאשר בשעת הכרייה היה פטור, יחול עליו חיוב כשיגדיל לאחר מכן על שמירתו].

ועכ"פ נראה מדברי החזו"א הנ"ל, שאם חפר הבור בשבת יש לחזור ולתלות דין זה במחלוקת שהזכרנו לעיל, שהרי לדעת החזו"א אזלינן בתר שעת הכרייה, וא"כ יש לדון אם איסור שבת עומד בעינו וכנ"ל. וע"ע **בהר צבי** שם (אות ט) שהסתפק בנידון דידן ותלאו במחלוקת **התוס' והרשב"א** (ב"ק כב ע"ב) לענין נזקי אש, דפליגי האם החיוב נובע ממעשה ההדלקה או שחיובו מתמשך, ורצה לדמותו לנזקי בור כנ"ל.

אכן יעוין **בברכת שמואל** (ב"ק סי' יז אות ז) שכתב שיש לחלק בין אש לבור, ובנ"ד לא שייך לפטור משום דינא דקלב"מ, משום דכריית הבור אינה תנאי בדיני התשלומין של הבור, אלא שע"י הכריה נחשב הבור ממונו לענין חיוב שמירה שלא יוזקו בו אחרים, וע"י שלא כסהו מתחייב, וא"כ פשיטא שחייב אע"פ שכרהו בחילול שבת. והביא ראיה לזה מדברי **רש"י** ב"ק נג, ע"ש. ואילו **באמרי משה** (סי' ל סקכ"א) כתב להיפך, דאם חפר בשבת אינו חייב על נזקי הבור, ודלא כהברכת שמואל, ע"ש. ולכאורה סברתו כדברי הגרצפ"פ, דבשעת הכריה לא היה היה בר חיובא שהרי התחייב באיסור שבת.

וע"ע **בחי' הגרש"ש** (מהדורת תשע"א ב"ק סי' כז אות ד) שבדברי התוס' (ב"ק כב ע"ב, ד"ה והיה גדי כפות) לכאורה משמע שבנ"ד פטור, ושוב כתב לדחות. ועי' גם בספר **קוב"ש** (ציוני דברים למסכת ב"ק, ד"ה החופר בור). ובביאור דברי הברכ"ש הנ"ל עי' בדברי תלמידו **רבי נחום** בחידושיו לב"ק (כב ע"ב אות קסט).

סימן שנג

1. קיימא לן: יאוש ושינוי רשות קונה, היכי תימצי שמכירה לא תחשב כשינוי רשות?

ב"ק קטו ע"א: "איתמר: גנב ומכר ואח"כ הוכר הגנב, רב משמיה דרבי חייא אמר: הדין עם הראשון, ר' יוחנן משמיה דרבי ינאי אמר: הדין עם השני... רב זביד אמר: כגון שנתייאשו הבעלים ביד לוקח ולא נתייאשו ביד גנב, ובהא פליגי, מר [ר' יוחנן] סבר: יאוש ואח"כ שינוי רשות - קני, שינוי רשות ואח"כ יאוש - לא קני, ומר [רב] סבר: לא שנא. רב פפא אמר: בגלימא - דכ"ע לא פליגי דהדר למריה, והכא בעשו בו תקנת השוק קמיפלגי, רב משמיה דר' חייא אמר: הדין עם הראשון, דינא דלוקח דלישקול זוזי מגנב, ולא עשו בו תקנת השוק; ור' יוחנן משום דר' ינאי אמר: הדין עם השני, דינא דלוקח דלישקול מבעל הבית, ועשו בו תקנת השוק".

הרמב"ם (פ"ה מהל' גניבה ה"ג; פ"ג מהל' גזילה ה"ג) פסק ששינוי רשות קונה גם קודם היאוש, וכ"פ **השו"ע** בס"ג. וביאר המ"מ שדעת הרמב"ם לפסוק כאוקימתא דרב פפא דהוא בתרא, ולכן אין חילוק אם שינוי רשות לפני יאוש או אחריו.

אולם **הרשב"א** (בחידושיו ב"ק שם ובתשו' סי' תתקסח), **הרא"ש** (ב"ק שם סי' יח) **והמרדכי** (ב"ק סי' קלט) פסקו כאוקימתא דרב זביד וכרבי יוחנן שהלכה כמותו נגד רב, דדוקא יאוש ואח"כ ש"ר קני ולא להיפך, וכ"פ **הרמ"א**. **ובש"ך** (סק"ד) כתב שכן נראה מדברי **רש"י** (ב"ק שם וגיטין נה ע"א), **ואגודה** (ב"ק שם סי' קלד) **ותוס'** (ב"ק סז ע"ב ד"ה אמר) **והגה"א** (על הרא"ש שם), **ורז"ה ורמב"ן** (מא ע"א מדפה"ר). וכ"כ הרמ"א לקמן סי' שנו ס"ג, **ורש"ל** (יש"ש מרובה סי' ז והגוזל בתרא סי' כז וסי' לא).

וכתב הש"ך ראיה נגד הרמב"ם (ונביא דבריו ע"פ ביאור הנתיבות סק"ב), דהנה קי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש (סי' רסב ס"ב), והגמ' (ב"מ כב ע"א) הקשתה שם על אביי: "ת"ש הגנב והגזלן שנטל מזה ונתן לזה, מה שנטל נטל ומה שנתן נתן, בשלמא גזלן דקחזי ליה ומייאש, אלא גנב מי קחזי ליה דמייאש, תרגמא רב פפא בליסטים מזוין". ולהרמב"ם אינו מובן מה הקושיא על אביי, הרי אפשר דס"ל דש"ר ואח"כ יאוש מהני, ולכן אע"פ שבשעה שנתן הגזלן הוי יאוש שלא מדעת דלא הוי יאוש, מ"מ כשנתוודע אח"כ לנגזל ונתייאש, הוי ש"ר ואח"כ יאוש דמהני. אע"כ דש"ר ואח"כ יאוש ל"מ דהלכה כאביי וכנ"ל. וכותב הש"ך דלרמב"ם צ"ל שיש חילוק בין מכר למתנה, וזה דוחק. ולכן הכריע הש"ך כדעת רוה"פ, וכתב שכן נראה דעת הרי"ף, ע"ש.

ובנתיבות (סק"ב) דחה ראיה זו, דאפ"ל שהגמ' שם הקשתה ע"פ שיטת רב זביד שמעמיד המח' בין רב לריו"ח בענין זה, אבל הרי כבר כתבנו שרב פפא בב"ק שם חולק על אוקימתא זו וכוותיה פסק הרמב"ם. [ועי' גם **בהגהות אמרי ברוך** שדחה ראית הש"ך דלעולם י"ל דמהני אף אם קדם ש"ר ליאוש, ומ"מ קושיית הגמ' היא דבברייתא סתמא קתני וכו', ע"ש]. ועוד כתב הנתיבות לבאר דעת הרמב"ם, ע"ש.

נמצא שלדעת הרמ"א והש"ך מכירה שנעשתה לפני יאוש אינה מועילה ולא חשיבא שינוי רשות.

2. א. באיזה אופן קונים כשיש יאוש ושינוי רשות? והאם קונה ביאוש בלבד? [גזל חפץ ומכרו לפני יאוש או לאחר יאוש, האם קונה הלוקח ומחזיר דמים?]

בנוסף למבואר בתשובה הקודמת, נחלקו הראשונים לענין מה קונה ביאוש וש"ר. לדעת **הרמב"ם והרמב"ן והראב"ד** קנה רק לענין שאין הקונה צריך להחזיר גוף הגניבה, אבל מחזיר דמים אם לקח מגנב מפורסם (דאין בזה תקנת השוק, ראה סי' שנו), וכ"כ **השו"ע** ס"ג. אבל **לרש"י ור"י ורשב"א** קנה לגמרי וא"צ ליתן לו דמים, וכ"פ **הרמ"א** שם. ואם לא היה גנב מפורסם לכו"ע אינו נותן כלום מפני תקנת השוק כמבואר בסי' שנו. הש"ך (סק"ה-סק"ו) הסכים לרמב"ם והשו"ע שבלוקח מגנב מפורסם צריך ליתן הדמים. וכתב שגם דעת רש"י ור"י כן היא, ואין מי שחולק בזה. ומה שכתב הטור שחולקים על הרמב"ם, היינו לפי הבנתו ברמב"ם שגם בגנב שאינו מפורסם צריך להחזיר הדמים, ולא היא. ודלא כהרמ"א והסמ"ע והב"ח. ע"ש. [ועי' **בקצה"ח** (סוף סק"ג) שלרמב"ם הסובר דאינו קונה גוף החפץ, א"כ גבי הקדש דלא שייך תקנת השוק, כיון דצריך להחזיר הדמים בכל גוונא, תו ליכא הקדש כלל, דלא אמרינן בכה"ג אמירה לגבוה כמסירה להדיוט, ובזה ניחא קושיית התוס' ב"ק סז ע"א (ד"ה מעיקרא), ע"ש].

<u>יאוש לבד</u> - בב"ק סו ע"א <u>דעת רבה</u>: יאוש - אמרי רבנן דניקני, מיהו לא ידעינן אי דאורייתא אי דרבנן וכו', ע"ש. <u>ורב יוסף</u> אמר: יאוש אינו קונה, ואפילו מדרבנן. והאריכה הגמ' בראיות, עד שנאמר שם בדף סז ע"ב: "וש"מ: יאוש לא קני, ש"מ". וכן בדף סח ע"ב דעת ר' יוחנן ור' נחמן דלא קני. וצריך להחזיר הגניבה. וכ"פ **הרי"ף** (שם כז ע"א) **והרמב"ם** רפ"ב מגניבה, **ובשו"ע** ס"ב. ודעת **הרא"ש והטור** שיאוש קונה לחומרא, וכתב **הב"י** שלא מצא לו חבר. וראה בתשובה הבאה.

<u>דינים נוספים:</u>

<u>יאוש עם שינוי השם החוזר</u> - דעת **התוס' והרא"ש** שקונה וא"צ להחזיר אלא דמיה, והובאה דעה זו **בשו"ע** ס"ב בשם י"א. ודעת **הרמב"ן ורז"ה** שאינו קונה.

יאוש עם שינוי מעשה החוזר - **לדרישה** בדעת תוס׳ ורא״ש קנה [לגמרי, לא רק לחומרא], **לגרע״א** לכו״ע לא קנה, וכתב שכן מפורש בתוס׳ סוכה ל׳ דגרע שינוי מעשה החוזר משינוי השם החוזר.

שינוי השם מעליא שאינו חוזר ללא יאוש - **לרוה״פ** קנה, **ולרז״ה** לא קנה. הובא **בהגרע״א** שם.

ב. גנב והתייאשו הבעלים וקידש הגזלן בחפץ הגנוב אשה, האם מקודשת?

כתב **הרא״ש** (ב״ק פ״ז ס״ב) דכיון דרבה מספקא ליה אי קני דאו׳ או דרבנן, להלכה קי״ל כעולא ור׳ יוחנן (שם סז ע״א, סח ע״ב) דלא קנה מדאו׳, אבל אם קידש בו אשה צריכה גט מספק, דשמא קונה מדרבנן. והובא **בטור** כאן. ותמה **הסמ״ע** (סק״ג) מדוע הרמ״א לא הביא דעתו, וצ״ל שסמך על מה שכתב באה״ע סי׳ כח ס״א. וז״ל שם: ״קדשה בגזל אחר יאוש לבד, מקודשת מדרבנן (רבינו ירוחם)״. וכן הובא **בביאור הגר״א** כאן (סק״ז).[61]

והב״י כתב שלא מצא חבר לרא״ש הסובר שיאוש קונה לחומרא, **ובדרישה** כתב שמדברי ר׳ יוחנן מוכח כן, שאמר (ב״ק סח ע״ב) ״גזל ולא נתיאשו הבעלים, שניהם אינם יכולים להקדישו״ וכו׳, משמע שאם נתיאשו יכולים להקדישו מספיקא. ותירץ דריו״ח לרבותא קאמר מצד הבעלים, דאפי׳ לא נתיאשו אין יכולים להקדישו. ותמה **הקצוה״ח** (סק״א) שהרי בנתיאשו מפורש בש״ס שיכולים להקדיש, דתניא ״הגנב והגזלן הקדשן הקדש״, והובא בדף סז ע״א כקושיא על הסוברים שיאוש כדי לא קנה, ותירצה הגמ׳ משום דהוי יאוש ושינוי השם, דמעיקרא חולין והשתא הקדש. ועוד תמהו האחרונים על הרא״ש, למה הוצרך לומר שמקודשת מספק מחמת היאוש, הרי יש כאן גם שינוי רשות כאשר נותנו לאשה. וכן מבואר ברמב״ם (פ״ה מהל׳ אישות ה״ז) שהמקדש בגזל אם נתיאשו הבעלים מקודשת, וביאר המ״מ דאע״ג דיאוש כדי לא קני, יש כאן שינוי רשות ולכן מקודשת. [וכ״פ השו״ע באה״ע שם].

וביאר הקצות דהנה בקידושין בעינן שיתן האיש מכספו, וכיון שיאוש לא קני אלא מחמת ש״ר - הרי לא הוי ״נתן הוא״, וא״כ קשה על ביאורו של המ״מ איך קנה לרמב״ם? וצ״ל בסברתו, שכיון שהיא קנתה את הגזלה, גם המקדש קנה אותה באותה שעה, וכמ״ש **הרשב״א** בגיטין (נה ע״ב) לענין הקדש שקנאו גזלן בשה״ש דקנייתו והקדשו באין כאחד. ושוב הקשה הקצות דהיינו דוקא בשינוי השם, אבל בש״ר דאינו קנין כמבואר במלחמות (ב״ק מא ע״א מדפה״ר) שיסודו הוא משום שהגיע ליד הלוקח בהיתר, לא שייך לומר כך. ולכן הוצרך הרא״ש לומר שדין זה הוא מספיקא דיאוש כדי קני לחומרא. ואילו הרמב״ם לטעמיה (פ״ה מגניבה ה״ג) דש״ר ואח״כ יאוש נמי קני [כמבואר לעיל תשובה 1], ואע״ג דבאיסורא אתא לידיה מהני, וא״כ בקידושין נמי שייך לומר שכיון שקנאתו, קידושין וקנין באים כאחד. משא״כ הרא״ש הסובר דש״ר ואח״כ יאוש לא קני, א״כ לדעתו צריך שיבוא ליד לוקח בהיתרא, דהיינו אחר יאוש, א״כ אין בזה דין באין כאחד דלא הוי קנין לבעל, וכנ״ל. ועפ״ז יישב הקצות קושיית התוס׳ (סז ע״א ד״ה מעיקרא), ע״ש. וע״ע **בקצות** סי׳ שסב סק״א, ובתשובתנו לסי׳ שסא. וע״ע **באבני מילואים** (סי׳ כח סק״ד) אריכות גדולה בזה. [ועי׳ גם בט״ז ר״ס שסא בדין קידש אשה בחפץ גזול קודם יאוש, שהב״ח (סי׳ שסח) כתב דצריכה גט לחומרא, וכתב הט״ז שכל הפוסקים חולקים עליו בזה, ע״ש].

לסיכום: **לרא״ש** מקודשת לחומרא מדרבנן [דחיישינן למ״ד דיאוש כדי קני מדרבנן], **לרמב״ם** מקודשת מדאורייתא [דהוי יאוש וש״ר ובאותה שעה שמתקדשת קנה].

---

[61] **וביש״ש** (ב״ק פ״ז סי׳ ז) כתב דאם יאוש קונה מדרבנן הוי קידושי תורה דקונה מחמת הפקר ב״ד ואין קידושי אחר תופסין בה, אלא הואיל דלכמה פוסקים יאוש אינו קונה אפי׳ מדרבנן לכן הוי קידושי ספק (הובא באבנ״מ סי׳ כח סק״ה).

סימן שנד

1. **א. גנב פרה ריקנית ונתעברה אצלו או פרה מעוברת וילדה, למי שייך השבח? האם יש חילוק בין השביח לפני יאוש או לאחר יאוש, ובין השביח ממילא להשביח ע"י הוצאה? ומה הדין אם התייקרה או הוזלה?**

בב"ק (צג ע"ב) תנן: "גזל פרה מעוברת וילדה רחל טעונה וגזזה משלם דמי פרה מעוברת לילד ודמי רחל טעונה ליגזז, גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה רחל ונטענה אצלו וגזזה משלם כשעת הגזילה". ובגמ' (צה ע"א): "תנו רבנן, הגוזל רחל וגזזה וילדה משלם אותה ואת גיזותיה ואת ולדותיה, דברי רבי מאיר. רבי יהודה אומר, גזילה חוזרת בעיניה. רבי שמעון אומר, רואין אותה כאילו היא שומא אצלו בכסף". ושם (ע"ב) מבואר במאי קמיפלגי: "אמר רב זביד בשבח שעל גבי גזילה קא מיפלגי, רבי יהודה סבר דנגזל הוי ורבי שמעון סבר דגזלן הוי. ורב פפא אמר דכולי עלמא שבח שעל גבי גזילה דגזלן הוי, אלא למחצה לשליש ולרביע איכא בינייהו. רבי יהודה סבר שבח שעל גבי גזילה כוליה דגזלן הוי ורבי שמעון סבר למחצה לשליש ולרביע וכו' ותניא כוותיה דרב פפא" וכו'. וכתבו **הרי"ף** (לג ע"ב) **והרא"ש** (סי' ג) דהלכה כרבי יהודה ואליבא דרב פפא דתניא כוותיה. וע"ע בדברי הרא"ש שם שהאריך והובא בב"י.[62]

אמנם **הרמב"ם** (פ"א מהל' גניבה הי"א ובפ"ב מהל' גזילה) חילק, דהיינו דוקא בשבח דלאחר יאוש, אבל אם השביחה לפני יאוש מאליה (כמו עיבור וטעינת צמר) - השבח שייך לבעלים. ואילו לדעת **הראב"ד הרא"ש והטור** אין חילוק. **השו"ע** (ס"א) פסק כדעת הרמב"ם, **והרמ"א** כדעת הראב"ד והרא"ש.

וביאר **הסמ"ע** (סק"א) שלדעת הרמב"ם לידה וגיזה שהם שבח דממילא לא חשיבי שינוי לקנות גוף הבהמה ולא השבח, דהו"ל כשינוי החוזר לברייתו, ואילו לדעת הראב"ד והרא"ש הו"ל כפנים חדשות ושינוי גמור. **ובש"ך** (סק"ד) כתב דפשיטא דבשבח דעלמא ולא נשתנית כו"ע מודו דלא קנאה קודם יאוש.

אכן בשבח שהשביח הגזלן ע"י הוצאה ולא בא ממילא, כגון שפיטם את הבהמה - לכו"ע השבח שייך לגזלן אפי' לפני יאוש, כמבואר **בב"ק** סה ע"א וברמב"ם ושו"ע שם.

ואם השתנתה הגניבה עצמה ביד הגנב, קנאה וקנאה שבחה אפי' לפני יאוש, ואינו משלם אלא דמים. שו"ע ס"ב, ונתבארו פרטי הדין בסי' שסב. וה"ה בשינוי השם כגון טלה ונעשה איל עגל ונעשה דשור, בשינוי שאינו חוזר לברייתו. ב"ק שם, טוש"ע ר"ס שנג. ועי' סי' שס בהגדרת שינוי חוזר.

2. **א. מפני מה אין שמין לגנב ולגזלן ומה הדין באם הבעלים רוצים את השברים והאם יש הבדל באם נשתנה שם החפצא על ידי השינוי או שנפחת סתם. [גזל חפץ מחבירו ונשבר, הגזלן רוצה להחזיר את החפץ השבור ששויו פחות וישלים את המחיר שהיה שוה לכתחילה והנגזל מסרב, איך הדין?]**

בתוס' ב"ק יא ע"א (ד"ה אין) הביאו שני טעמים: **א.** כתיב "והשיב את הגזילה אשר גזל" ודרשו "כעין שגזל ישיב". משא"כ במזיק שיכול להשיב אפי' סובין. ולכן לגזלן אין דין להשלים החסר אלא להשיב כעין שגזל ואין שמין לו. **ב.** גזלן קונה את הגזילה מיד כשיצא מרשות הבעלים, ואילו מזיק לא קנה את החפץ אלא חייב לשלם מה שהזיק. וביאר התוס' באופן זה את שיטת רב שאין שמין לשואל, דהיינו מהאי טעמא, דס"ל שהיות וחייב באונסין הוי כגזלן שקנה החפץ משעת שאלה [אמנם הלכה כשמואל ששמין לשואל].

---

[62] ובתוך דבריו שם כתב דהיות וילדה וגזזה ונשתנית הגזילה, משלם כשעת הגזילה, "ולא דמי לתברה או שתיה (ב"ק סה ע"א) דהתם איבדה מן העולם, דבאותה שעה נעשה גזלן". ולכאורה יש להעיר מזה עמש"כ **הקצה"ח** (סי' לד סק"ג) דאין גזילה אחר גזילה וכשר לעדות, ופירש דבתברה או שתיה חייב מדין מזיק ולא מדין גזלן, ע"ש. ועי' **בחי' הגרש"ש** (ב"ק סי' נא במהדורת תשע"א אות ה, בהגהה ובד"ה והנה לכאורה. ולכאורה יש שם ט"ס וצ"ל בקצה"ח ולא בנה"מ, דאדרבה בנה"מ (סי' לד סק"ה) חלק על הקצות ופי' דהוי גזלן וכהרא"ש, ע"ש).

<u>אם הבעלים רוצים לקחת את השברים</u> - כתבו **הרמב"ם והשו"ע** ששומעים להם, שהרי דין אין שמין הוא תקנה לבעלים, ואם אומר אי אפשי בתקנ"ח שומעים לו.

והקשה **המ"מ** מדוע לא יוכל הגנב או הגזלן לסרב לתת את השברים, הרי כאשר נשבר החפץ קנאו הגזלן בשינוי מעשה? ותירץ דאולי מיירי ששמו של הכלי עליו. יוצא שלדעת המ"מ באם נשתנה שם החפצא ע"י השינוי, הגנב קנה ולא שמין לבעלים את השברים. ואם לא השתנה השם, שמין את השברים.

אולם **הגר"א** (סקי"ג) הקשה ע"ז, ולדבריו הטעם שלא שמין הוא משום שכאשר הזיק לגניבה קנאה בשינוי, דהוי כחשא דלא הדר כמבואר בב"ק (צד ע"א), וא"כ אין לומר ש"שמו עליו" שהרי בכחשא דלא הדר פקע שמו?

והב"ח (ס"ה) חילק ע"פ מש"כ התוס' בדעת ר"א (ב"ק סח ע"א ד"ה ר"א) שכאשר השבירה אירעה ממילא לא קנה, ואילו כששבר בידיים קנה, ולכן כאן לא קנאו בשינוי מעשה דנשבר ממילא. **הקצה"ח** (סק"ג) הקשה ע"ז, דכל זה רק לר"א הסובר דדוקא שינוי בידיים קונה, אבל אנן ס"ל דשינוי קונה אפי' ממילא (כמ"ש הרמב"ם פ"ג מגזילה ה"ד "גזל בהמה והזקינה" וכו'), וא"כ אין חילוק בזה. [אמנם העיר הקצות שרש"י (סו ע"א ד"ה שינוי קונה) כתב "היכא דשני לה בידיים", וקשה מבהמה והזקינה דהוי ממילא. וצ"ע].

דרך אחרת ליישב היא ע"פ שיטת **רמ"ה** (הובאה **בנ"י** ב"ק שם, וכ"כ **הרמ"א**) דהא דאמרינן אין שמין לגנב, היינו דוקא אם יש לו מעות לשלם, אבל אם אין לו מעות, אפי' אם יש לו מטלטלין וקרקעות - שמין לו. עפ"ז תירץ **הסמ"ע** (סי' שסב סקכ"ג) את קושיית המ"מ, שהבעלים יכול לומר שחפץ בשברים באופן כזה שאין לגזלן מעות אלא רק מטלטלין, ובכה"ג יכול הנגזל לומר כן. וע"ע **בט"ז** שכתב תירוץ אחר.

אבל **בש"ך** בסי' דידן (סק"ז) הקשה על הרמ"א שהביא שיטת רמ"ה, דאמנם גם דעת רשב"ם (בתוס' ב"מ צו ע"א ד"ה זיל) כן היא, אבל רוב הראשונים חולקים ע"ז וסוברים דאפי' אין לו מעות אין שמין לו, ומהם: **התוס'** (בב"ק הנ"ל), **רש"י** (שם ד"ה אמר שמואל) **והרא"ש** (שם סי' יא) **ורש"ל** (שם סי' כט). ואם פסק כהרמ"ה - היה לו לפסוק דה"ה אפי' יש לו מעות, שהרי הכי קי"ל לענין מזיק בסי' תיט, והרמ"ה שסובר דדוקא באין לו מעות אזיל לשיטתו שפסק כך גם לגבי מזיק [ובאמת בתוס' ב"מ שם מבואר דאפי' יש לו מעות שמין לגנב. ונמצא שיש כאן שלוש שיטות[63]]. <u>ותירץ הש"ך</u> דצ"ל שהרמ"א בא להוציא מדברי הרמ"ה, דהיכא דאין לו מעות ואינו יכול ליתן הכלי שלם וזה רוצה ליקח מטלטלין, שבזה גם רש"י וסיעתו מודים שיכול ליתן לו השברים דלא גריעי משאר מטלטלין, ע"ש.

ב. מה הדין במזיק?

ראה בסעיף הקודם ששמין למזיק, ומקורו **בתוספתא** דב"ק פ"ג ושם **בגמ'** י ע"ב-יא ע"א, וכן נפסק **בסי' שפז**: "שמין למזיק בידו, כדרך ששמין לו אם הזיק ממונו. כיצד, הרי שהרג בהמת חבירו או שבר כליו, שמין כמה היתה הבהמה שוה וכמה הנבילה שוה, וכמה היה הכלי שוה והוא שלם וכמה שוה עתה, ומשלם הפחת לניזק עם הנבילה או הכלי השבור, כדרך שנתבאר בשורו שהזיק, בסימן ת"ג". וביאר **הסמ"ע** (סק"א) לשון "בידו", דאע"פ שראובן הזיק והרג "בידו" לבהמת שמעון או שבר כליו, לא אמרינן שיקח לעצמו הנבילה או שברי הכלי וישלם לשמעון בהמה או כלי חדש כמו לענין גניבה, דשם דוקא גזירת הכתוב בגזילה "כאשר גזל" ובגניבה "חיים שנים ישלם", אבל במזיק אפילו הזיקו בידו דינו כאילו

---

[63] השיטות הובאו גם **בביאור הגר"א** (סקי"ב), ונסכם: לרוב הראשונים אין שמין לגנב ולגזלן כלל, ובמזיק שמין אפי' יש לו מעות. לרשב"ם שמין הן למזיק והן לגנב ולגזלן אפי' יש לו מעות. לרמ"ה שמין הן לגנב והן לגנב ולגזלן רק אם אין לו מעות.

הרג שור ראובן לשור שמעון דכתיב ביה "והמת יהיה לו", פירוש לניזק. וכתב **הש"ך** (סק"א ובס"ס צה) דאם אפשר לתקן הכלי חייב לתקן.

ג. גנב בהמה והתייקרה בשעת העמדה בדין לפי איזה זמן ישלם?

מבואר **בב"ק** (סה ע"א) בשם רבה שאם הגנבה היתה שוה בשעת הגנבה ארבעה ובשעת העמדה בדין הוזלה - משלם כשעת הגניבה. ואם להיפך שהתייקרה - אם שחט, מכר, שבר או איבדה בידיים משלם כשעת העמדה בדין, ואם אבדה מאליה משלם כשעת גניבה. ונפסק **בשו"ע** ס"ג.

ולענין "איבדה בידיים" נחלקו הדעות: **לסמ"ע** (סק"ז), **מהרי"ט** (חו"מ סי' קטז), **שער משפט** (סק"א) **ודברי משפט** (סי' שסב ס"י; הובא בפת"ש סק"ב) - מיירי אפי' בפשיעה ולאו דוקא בידיים. ועי' **אמרי ברוך** שכן דעת **ריב"א** המובא בשיטמ"ק ב"ק מה, דגם בגזלן אמרינן דהיה לו להציל וחייב בפשיעה. ואילו **הקצה"ח** (סק"ב) **והנתיבות** (סק"ג) הוכיחו מדברי **התוס'** (ב"ק נו ע"ב ד"ה פשיטא) **והרא"ש** (שם סי' ב) דוקא בידיים, אבל בפשיעה אינו מתחייב, דגזלן אינו שומר כלל (אפי' לא כשומר חנם).

עוד אמרו שם בגמ', שאם גנב כחושה והשמינה או שמנה והכחישה - משלם כשעת גניבה. **שו"ע** ס"ד. וכתב **הטור** והביאו **הרמ"א** דבכחושה והשמינה היינו דוקא כשהוציא עליה הוצאות והשמינה, אבל נתפטמה מאליה הוי כאילו הוקרה ודינה כדלעיל שאם שחטה משלם כשעת העמדה בדין. ועי' **בסמ"ע** (סק"ט) שהאריך להשיג על הלבוש לענין תשלומי קנס, ועי' **ש"ך** (סק"ו) **ונתיבות** (סק"ד).

סימן שנו

1. א. מה היא "תקנת השוק" בגנב, האם תקנו גם בגנב מפורסם?

בב"ק קיח ע"ב - קיט ע"א מבואר שאסור לקנות מהגנב את החפץ הגנוב, ועוון גדול הוא שהרי מחזיק ידי עוברי עבירה וגורם לו לגנות גניבות אחרות. שו"ע ס"א. ועי' גם סי' שנח ממי אסור לקנות.

אמנם שם קטו ע"א מובאת תקנת השוק, שאם קנה חפץ מאדם והתגלה ע"פ עדים שהחפץ גנוב, והבעלים לא התייאשו, החפץ חוזר לבעלים, והבעלים משלמים דמים ללוקח. ואם התייאשו הבעלים קנה הלוקח וא"צ להחזיר כלום לבעלים [לרמב"ם ושו"ע בין קנה לפני יאוש בין לאחר יאוש, לרא"ש ורמ"א רק אם קנה לאחר יאוש - כדלעיל סי' שנג ס"ג וע"ש בתשובה 1]. וכ"פ השו"ע כאן ס"ב וס"ג.

ושם בגמ' אמר רבא שתיקנו כן רק בגנב שאינו מפורסם, שאז יש להניח שלא ידע הלוקח שחפץ גנוב, אבל בגנב מפורסם לא תיקנו תקנת השוק, שהיה ללוקח לבדוק שהחפץ אינו גנוב, ולכן אין הבעלים משלמים ללוקח אלא הוא חוזר לגנב ועושה דין עמו. וכ"פ **הרי"ף** (להבנת הטור והב"י כתב שאינו מוכרח. ועי' ש"ך סק"ו) **והרמב"ם** (פ"ה מהל' גניבה ה"ב) **והשו"ע** ס"ב. אולם בהמשך הגמ' איתא: "והלכתא בכולהו עשו בו תקנת השוק, לבר מגנב ופרע בחובו, גנב ופרע בהיקיפו", ומכאן למד **הרא"ש** (ב"ק פ"י סי' יח) בשם **התוס'** שלהלכה עשו תקנה"ש גם בקונה מגנב מפורסם. והובא בטור בשם ר"י. והעיר **הב"י** (וכן הפלפולא חריפתא אות ש) **שבתוס' שלפנינו** (ד"ה והלכתא) מבואר להיפך וכהרמב"ם, שכתבו דהאי "בכולהו עשו בו תקנת השוק" לא קאי אלא על הדינים שנחלקו בהם אמוראי לעיל, אבל במימרא דרבא בדין גנב מפורסם אין חולק שלא עשו תקנת השוק. **הרמ"א** הביא דעת הרא"ש בשם יש אומרים, וכן דעת **רש"ל** (ב"ק שם סי' לב). **והש"ך** (סק"ו) פסק כהרמב"ם והשו"ע והביא סוללת פוסקים הסוברים כך מלבד התוס' והרי"ף: **תשו' הגאונים, רב האי, ראב"ד, רי"ו, בעה"ע, בעה"ת, הגמ"י, ראב"ן, מהר"ם, הטור** עצמו לקמן סי' שסט, **ריב"ש** ועוד.

ובתשו' מהרי"ט (חו"מ סי' יב) כתב דהוי ספיקא דדינא, הובא **בהגרע"א** וע"ש במש"כ על דבריו.

גדר "גנב מפורסם" היינו דוקא כשמפורסם בגנבות, אבל אם מפורסם לרעה בענינים אחרים דינו כגנב שאינו מפורסם. כן משמע **בגמ'** שם גבי חנן בישא, שהתפרסם לבישותא ולא לגניבותא, וכ"כ **הש"ך** (סק"ה).

ואם ידע הלוקח שהחפץ הנקנה גנוב - לכו"ע אין תקנת השוק, וכתב **הרמ"א** ס"ב דבכה"ג מחזיר החפץ ואינו מקבל דמים. והוסיף בשם **המרדכי** (ב"ק סי' קסו) אפי' הגנב א"צ להחזיר לו מעותיו, שכיון שידע הלוקח שהוא גנוב, גמר ונתן לו דמיו לשם מתנה. וכן הסכים **הסמ"ע** (סק"י). אבל **הש"ך** (סק"ז) האריך לחלוק על הבנתו במרדכי, דהיינו דוקא לדעת שמואל בב"מ טו ע"ב, אבל אנן קי"ל כרב דמעות יש לו וכמו שפסק רבא שם. **ובנה"מ** (סק"ב) ביאר שיטת הרמ"א דשאני מהא דב"מ, ע"ש. וכן **בכנסת יחזקאל** (סי' צו; הובא **בפת"ש** סק"ד) הסכים דהגנב א"צ לשלם בכה"ג. **ובשבו"י** (ח"ג סי' קפא) יישב שיש לחלק בין דברים שיש בהם אחריות (כקרקעות, ואפי' לא כתב אחריות, קי"ל אחריות ט"ס) דלא אמרינן שנתן מעות מתנה, לבין דברים שאין בהם אחריות (כמטלטלין, או קרקעות שכתב בפירוש ללא אחריות), דמעות מתנה. ובפת"ש כתב שדבריו צ"ע.

ב. מה הדין במתנה, האם על כל דבר חלה תקנה זו? [האם יש תקה"ש בבהמה, בעבדים, בלוקח מגוי, בהגיע לבעלים לפני הלוקח, בגנב ופרע חובו?]

במתנה - כתב **הרשב"א** (ב"ק קטו ע"א ד"ה והלכתא) שבמתנה לא עשו תקה"ש, והב"י הביאו, ובסי' ס הביא בשם **הרא"ש** בתשו' (כלל עט סי' ד) שעשו תקה"ש במתנה, ושכך סוגיין דעלמא וכדאי הוא הרא"ש לסמוך עליו. וכ"כ **הסמ"ע** סי' רנב (סק"ו). אמנם **הש"ך** (סק"ד) כתב שודאי הרא"ש מודה לרשב"א, דלא יעלה על הדעת שעשו תקה"ש במתנה, שהרי כל טעם התקנה הוא דאל"כ לא יקנה אדם מחברו מחשש גניבה, ובמתנה אינו שייך. ועוד, דודאי מתנה גרע מגנב ופרע בחובו ובהקיפו דלא עשו בו תקה"ש. וכל מה שכתב הרא"ש הוא דווקא כאשר שעבד לו מטלטלין אגב קרקע ולא בחפץ ידוע, ע"ש. וכתב הש"ך שכ"מ **ברש"י ובתשו' מיימוני' ובראבי"ה וב"ח ור"מ אלשיך**.

בבהמה - שיטת **מהרשד"ם** (סי' ריב וסי' תיד) שלא עשו תקה"ש בבהמה. וכתב **הש"ך** (סק"ד) שאין דבריו מוכרחים. וכן דעת **מהר"א ששון** (סי' ריח) **וקצה"ח** (סק"א) שעשו בה תקה"ש. והוכיח הקצות, שהרי לעיל סי' שנג נפסק שביאוש וש"ר קנה גוף החפץ אבל צריך להחזיר הדמים היכא דלא עשו תקה"ש [בגנב מפורסם], והיכא שעשו תקה"ש א"צ להחזיר הדמים, והנה איתא בגמ' ב"ב (מג ע"ב) מכר לו פרה וטלית מעיד לו עליה, מכר לו בית אינו מעיד, ומוקי לה בגמ' ביאוש ושינוי רשות. וכ"פ הרמב"ם (פט"ז מהל' עדות ה"א) ושו"ע (סי' לז סי"ז). ואי נימא דלא עשו תקה"ש בבהמה, א"כ אכתי נוגע בעדות הוא, דאע"ג שקנאו ביאוש וש"ר, עדיין צריך להחזיר דמי הפרה כנ"ל. אלא מוכרח שעשו תקה"ש בבהמה ולכן לא הוי נוגע וכשר לעדות. וכן משמע ברמב"ם (פ"ה מגזילה ה"י) ע"ש. גם **בהגרע"א** הוכיח **מתשו' מהרש"ך** (ח"א סי' פז) שעשו תקה"ש בבהמה [שדן שם דוקא בעבד, ראה בסמוך, משמע שבבהמה פשיטא ליה].

בעבדים - כתב **מהר"א בן ששון** (שם) שעשו בהם תקה"ש, דלכל מילי דרבנן דינם כמטלטלין. **ובקצה"ח** (שם) כתב דאינו מוכרח לפי מש"כ רשב"ם (ב"ב קכח ע"א ד"ה ור"נ) הנ"י (ב"ק לד ע"ב מדפה"ר) והש"ך (סי' שסג) דטעמא דבע"ח אינו גובה מעבדי דיתמי משום דלא סמיך הבע"ח דעתו על כך, שהרי יכול להבריחם. וא"כ אין לחלק בין מילי דאו' למילי דרבנן. ודעת **מהרשד"ם** (שם) שבעבדים לא עשו תקה"ש. וע"ע **בשער משפט** לעיל סי' קלה (סק"א).

בלוקח מגוי - דעת **רז"ה** (מב ע"א מדפי הרי"ף) שלא עשו בו תקה"ש, אבל ראשונים רבים חולקים עליו שגם בלוקח מגוי עשו תקה"ש: **רמב"ן** במלחמות (שם) בשם **רב שרירא** גאון, **הגמ"י** רפ"ה מגניבה, **תוס'**

(ב"ק קיד ע"ב ד"ה המכיר), **ראב"ן** המובא במרדכי (שם סי' קסה), תשו' **רבינו גרשום** במרדכי (ב"מ סי' רנז), **תה"ד** (סי' שט). והביאם **הש"ך** (סק"ו) וכן פסק להלכה.

בהגיע לבעלים לפני הלוקח - כתב **הש"ך** (סק"ד) ע"פ תשובת **מהר"ם אלשיך** (סי' קכד) שאם בא הדבר הגנוב אחר שנמכר לבעלים, א"צ לשלם ללוקח מעותיו אף שידוע שקנהו מתחלה, דלא שייך ביה תקנת השוק כיון שהוא עתה ביד בעלים הראשונים. והסכים הש"ך לדין זה. וכן הובא בקצה"ח לעיל סי' נ סק"ב.

בגנב ופרע בחובו גנב ופרע בהיקפו - מפורש **בגמ'** (קטו ע"א) שאין בזה תקה"ש אלא הבעלים נוטלים הגניבה בלא דמים, וישאר חוב אלו על הגנב כמו שהיה. **שו"ע** ס"ו. דלא תקנו אלא היכא שנתן לו עתה בשעה שבא לידו דמים בעדו, משא"כ בכה"ג דאמרינן כמו שהאמינו כבר יאמינו גם עתה. **סמ"ע** סקי"ז.

ג. מה המנהג בהחזרת הגניבה? מה טעמי המנהג והנפק"מ?

כתב **הרמ"א** (ס"ז) דהכי נהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה שנלקחה מהגנב, אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות, מכח דינא דמלכותא [ומקבל הדמים מיד הבעלים]. ומקורו **בתה"ד** (סי' שט). ולקמן (סי' שסח) **בטור** בשם תשו' **רב שרירא גאון**: "ועוד כי מנהג אצלינו כל מי שיאבד ממנו ממון בין בגניבה בין בלסטין ויפול ביד ישראל אחר שיחזירנו לבעליו ויטול מה שהוציא עליו... ומה שכתבתי שיש מנהג במקומכם שהקונה מהלסטין וגנבים מחזיר לבעלים ונוטל מה שהוציא אם בודאי כך הוא חייב כל אדם לבלתי שנות מנהגם, דאמרינן מנלן דמנהגא מילתא היא שנאמר אל תסיג גבול רעך אשר גבלו ראשונים וכ"ש בדבר שיש בו תקנה גדולה והסרת מריבה לפיכך עשו כמנהגכם ולא תשנו". וכ"כ **הרמ"א** שם: "מיהו נהגו להחזיר כל גניבה, ואין לשנות מן המנהג, וכמו שנתבאר לעיל סימן שנ"ו. ואין חלוק בזה בין גנב לגזלן, דבכל ענין מחזיר דמיו ונוטל את שלו, כן נראה לי".

וכתב **הש"ך** (סי' שנו סק"י) דאע"ג שלא אמרינן דינא דמלכותא דינא במה שהוא נגד דין תורתנו (כמ"ש בסי' עד סקל"ט), מ"מ כיון שגם בישראל נוהגים כן, המנהג קיים. וכן מבואר בלשון תה"ד. ואף על גב דמנהג גרוע שהוא נגד דין תורה לא אזלינן בתריה (כמ"ש הש"ך לעיל סי' עב סקל"ה, ועי' תוס' ב"ב ב ע"ב ד"ה בגויל) י"ל דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות. ועוד דגם בדינא דמלכותא הוא כן.

אמנם **בקצה"ח** (שם סק"ו) ציין לדבריו לעיל (סי' רנט סק"ג) על דברי הרמ"א שטוב וישר להחזיר אבידה שאבדה בזוטו של ים, והוסיף שאם גזר המלך או ב"ד חייב להחזיר מכח דינא דמלכותא או הפקר ב"ד הפקר. וכתב שם הקצה"ח על דברי הש"ך כאן, דח"ו לומר שהוא מנהג גרוע, אלא חכמי הדור תיקנוהו והוא מנהג טוב וישר הוא, דכיון דאמרו בגמרא (ב"מ כד ע"ב) דאבידה לאחר יאוש מחזירין לפנים משורת הדין, והוא משום ועשית הישר והטוב, וכן ביאוש ושינוי רשות אמרו (ב"ק קי ע"א) בירא שמים מחזיר לבעלים הראשונים, משום הכי ראו חכמי הדור לתקן שיחזיר לאחר יאוש. וכ"כ **במרדכי** (ב"מ סי' רנז) בשם ראב"ן וראבי"ה, ע"ש. [הקצות משווה בין יסוד המנהג להשיב אבידה ליסוד המנהג להשיב גזילה].

ונפקא מינה, שלדעת הש"ך שדין זה הוא מחמת דינא דמלכותא או מנהג בלי טעם - א"כ אין חילוק בין אדם לאדם, שהרי המנהג קבוע, אבל לטעמו של הקצות - אם הלוקח עני ולקח אותו בזול מהגנב דאין צריך להחזיר לבעלים הראשונים וכמו שמחלק הרמ"א בין עני לעשיר באבידה שם סימן רנ"ט (סעיף ה') דאם המוצא עני ובעל אבידה עשיר א"צ להחזיר, ואם הוא מצד דינא דמלכותא למה יש חילוק? אלא כיון דעיקר הטעם הוא משום ועשית הישר והטוב, מובן מדוע יש חילוק. וה"ה הכא בגניבה וגזילה. עכ"ד.

והוסיף הקצות כאן וציין לדבריו **באבני מילואים** (סי' כח סק"ב) בדין קידושין בגזל דמקודשת משום יאוש ושינוי רשות (ראה לעיל סי' שנג תשובה 2 סעיף ב), שהקשו האחרונים (בית שמואל ובית הלל שם) שהרי המנהג להחזיר אפילו אחר יאוש ואיך מקודשת? ותירץ שם שגם אחר המנהג הלוקח קונה, אלא

שבי״ד כופין להחזיר לפני משורת הדין, והני מילי בעשיר אבל לא בעני וכנ״ל, וגם בעשיר היינו דליכא פסידא כי מקבל הדמים שנתן. אבל בקידושי אשה שיתבטלו הקידושין מחמת זה, ודאי אין כופין את האשה להחזיר לפנים משורת הדין ולבטל קידושי מצוה. והוכיח כן מדברי רש״י (ע״ז נד ע״ב ד״ה למעוטי ערלה, והובא בתוס׳ חולין ד ע״ב ד״ה מותר מיד), ותשב״ץ (ח״ג סי׳ פה), ע״ש.

וראה בתשובה הבאה סעיף ד דפוסקי זמננו הכריעו לדינא כדעת הש״ך.

2. א. האם יש תקנת השוק בקרקע?

קי״ל שבקרקע אין תקנת השוק כיון שאינה נגזלת, ויכול הקונה לדעת למי שייכת הקרקע, ואם קנה בלא לברר הפסיד מעותיו. [עי׳ **בקצה״ח** סק״א (ולעיל תשובה 1 סעיף ב לענין עבדים), וכן מפורש **בסמ״ע** לקמן סי׳ שעא סק״א].

ב. בספרים?

בקצה״ח (סק״ג) הביא שנחלקו הראשונים בקונה ספרי קודש מגנב או גזלן גוי באופן שאין בו תקנת השוק (שמפורסם לשו״ע, או שיודע שהוא גנוב לרמ״א, האם יש ״תקנת ספרים״ משום חשש ביזיון כתבי הקודש: **בהגמ״י** (פ״י מגזילה אות א) כתב שיחזיר לו הדמים, כדין הפודה בכדי דמיהן (גיטין מה ע״ב). וכ״כ **בהגה״א** (ב״ק פ״ו סי׳ ז) ובמרדכי (ב״ק סי׳ קנא) בשם **ראבי״ה**. אבל **בתשו׳ מהר״ם** (ד״ק סי׳ קצו) כתב שצריך להחזיר בחינם.[64] ודעת הקצות להלכה כרוה״פ, ולכן לא מפקינן מיד הלוקח את הספרים בלא דמיהם אפי׳ היכא דליכא משום תקנת השוק, וזאת משום תקנת הספרים כנ״ל.

אמנם בקונה מגנב ישראל אין חילוק בין ספרים לשאר מטלטלין, כיון דישראל הוא בוודאי יחוש לכבודם [מסתמא במומר הדין כגוי].

ג. אם אמר הקונה לטובה נתכוונתי?

שלושה חילוקים בדבר:

א. משמע **בתוס׳** (ב״ק קיד ע״ב) שאם הלוקח קנה מהגזלן משום שלא היה אפשר להוציא מהגזלן בבי״ד בשום אופן, נאמן בטענה זו וצריך להחזיר לו מעותיו אפי׳ בגנב מפורסם לכו״ע. וכ״כ **במרדכי והגמ״י** והובא **ברמ״א** ס״ב.

ב. **בקצה״ח** (סק״ג) הוסיף דאם לא נתכוון הלוקח להציל וקנה להנאתו ולטובתו, אלא שבפועל נסתבב על ידו שהציל את הממון, כי לא היה אפשר להוציא מהגזלן בדרך אחרת - בכה״ג נוטל לפחות מה שההנהו. וכן מוכח **בתוס׳** (ב״ק נח ע״א ד״ה אי נמי) בשם **רבינו גרשום**, ובדברי **הרא״ש** (שם סי׳ ו).

ג. אבל אם היה אפשר להוציא מהגנב המפורסם גם ללא קנייתו של הלוקח, א״צ להחזיר לו מעותיו אפי׳ אם אומר לטובה נתכוונתי. **ש״ך** (סק״ח) **וקצה״ח** (שם). ופשוט.

ד. קנה ספר תורה שניצל מהשואה באירופה ונמצאו יורשיו?

ספר שניצל מהשואה בפשטות הוי לאחר יאוש גמור וכדין זוטו של ים והמציל מן הארי ומן הדוב, כמבואר בסי׳ רנט ס״ז, וכן בסי׳ קפא ס״א שיירא שעמד עליה גיס וכו׳, ע״ש.

---

[64] אגב, מתשו׳ מהר״ם זו מוכח כרמב״ם וסיעתו שבגנב מפורסם אין תקה״ש, ודלא כהרא״ש, שמהר״ם שם כתב ״בספרים והיה גנב מפורסם צריך להחזיר בחינם״. ונראה שלזה כיוון הש״ך (סק״ו), ע״ש.

אמנם לפ״ד הרמ״א סי׳ שנו ס״ז ולקמן סי׳ שסח שנוהגים להחזיר אף אחר יאוש ושינוי רשות, קיימת חובת השבה. ואם השיגו בזול ויש לו הפסד - לכאורה תלוי במח׳ הש״ך והקצות הנ״ל בגדר המנהג, כמובא לעיל תשובה 1 סעיף ג. ועי׳ **פד״ר** (ח״א עמ׳ 169-172 ; מיום כ״ב באלול תשי״ד. הדיינים זצ״ל: הגר״י עדס, הגרי״ש אלישיב, הגר״ב זולטי)[65] שדנו בשאלה דומה (אך לא מדובר שם על ס״ת אלא על כתר של ס״ת שנשדד מניצול שואה ונמצא בהר ציון], והכריעו כדעת כהש״ך שהתקנה חלה בין על עשיר בין על עני, ואין להשוות בין התקנה להשיב אבידה בזוטו של ים לבין התקנה להשיב גזילה, שהרי אין שום רמז בסי׳ שנו ושסח לחלק בין אמיד ללא אמיד (כמו שחילק הרמ״א בסי׳ רנט). וכן מבואר בדרכי משה סי׳ רנט דהמרדכי (שציין הקצות שם) לא איירי כלל בתקנת חכמי הדור אלא ס״ל דמדינא דגמרא כופין בכל מקום לעשות לפנים משורת הדין, וכן משמע **בביאור הגר״א** סי׳ רנט (סקט״ו) שלדעת המרדכי כייפינן בכל מקום לעשות לפנים משורת הדין, שציין לדברי הרמ״א סי׳ יב, ושם מבואר ברמ״א שתי דעות בזה, וכן משמע מקושיית הב״ש והבית הלל (שהבאנו לעיל תשובה 1 ס״ג) שלא סברו כהקצה״ח. וא״כ מה שהביא הרמ״א בסי׳ שנו דהכי נהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אין לו שום קשר לשיטת המרדכי, ודין זה נובע מתרומת הדשן סי׳ שט, ואין שום הבדל בזה בין אם המחזיק את הדבר הנשדד לאחר יאוש הוא עשיר ובעל החפץ הוא עני, או להפך. וע״ש עוד שדנו דבנ״ד לא הגיע לידו ע״י גזילה או גניבה רגילה אלא ע״י קנין דכיבוש מלחמה כמבואר בגיטין ל״ח, ושמא בכה״ג אין תקנה להשיב. והעלו דלא הוי כיבוש מלחמה אלא גזל וחמס, ע״ש. ולכן מסקנתם שחייבים להחזיר את הכתר לבעליו.

עוד דנו בענין זה [באותה שאלה ממש שהובאה לפני בית הדין הנ״ל] **בשו״ת קול מבשר** (ח״א סי׳ נז) **ושו״ת ישכיל עבדי** (ח״ו חו״מ סי׳ כ), ושם דנו בשאלה האם שייך כאן דין זוטו של ים: הגר״מ ראטה סובר שכן, ולכן פסק שא״צ להחזיר את הכתר לתובע ודלא כמ״ש הדיינים הנ״ל. ואילו הגר״ע הדאיה סובר שאין כאן יאוש בוודאי, דשמא יפסידו במלחמה ויחזור הרכוש לידי הבעלים [ועי׳ סי׳ שסח שכן הדין בליסטים גוי דאין יאוש, ע״ש]. ע״ש. ובענין מש״כ הרמ״א שטוב וישר להחזיר, כתב הרב קול מבשר שכיון שהניחו את אותו כתר על המצבה של הקבר המיוחס לדוד המלך [בהר ציון], קנה המת קנין גמור כמבואר ביבמות (סו ע״ב), ועי׳ בשו״ת הרשב״א (סי׳ שעה) ורמ״א (ס״ס רו) דמקנה דבר למת כל שהוא לצורך כבודו קנה. משא״כ אם מן הדין היה חייב להחזיר, א״כ אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו ולא היה המת קונה. [יש להעיר שבפד״ר הנ״ל לא נזכר כלל שהכתר היה מונח על קבר דוד המלך הנ״ל, ועכ״פ דברי הקול מבשר צ״ע בסברא, שאם הוקבע המנהג להחזיר מתקנתא או מדינא דמלכותא אין זה רק לפנים משורת הדין, והקול מבשר לא עסק כלל במנהג זה, שהאריכו בו בפד״ר].

ולכאורה יש עוד צד לדון בנ״ד, שהרי כאשר קנה כתבי הקודש מהגוי הבאנו בתשובה לסעיף הקודם שלדעת רוה״פ יש תקנה להצילם מביזיון ולכן ודאי יקבל כדי דמיהן. [ובאמת גם בכתר תורה נראה דשייך דין זה, שגם בו יש קדושה ואסור לנהוג בו מנהג ביזיון מאחר שהשתמשו בו לס״ת, עי׳ או״ח סי׳ קנד ס״י. וע״ש בקול מבשר שהעיר על כך שהניחו את הכתר על המצבה והורידוהו מקדושתו, ופסק שחייבים להסירו מיד].

ועוד יש לדון ממש״כ **הרמ״א** (סי׳ רנט ס״ג בשם י״א, ובסי׳ רלו ס״ח בסתם) שהמוצא ספרים חייב להחזיר אפי׳ במקום שיש רוב גויים, לפי שאין הבעלים מתייאשים, שסובר שאפילו אם גוי מצאו בודאי ימכרנו לישראל והקונה יכריז ויתן הוא סימן ויקבלו. ומשמע מדברי הרמ״א דאיירי כאן כשמצאן ישראל, ולא כשקנה ישראל מן הגוי, **ובפתחי חושן** (ח״ב פ״ג הערה ח) כתב שיל״ע דכיון שעיקר הטעם הוא שסובר שאף אם ימצאנו גוי ימכרנו לישראל, הרי עכ״פ יהא חייב להחזיר לישראל הקונה מה ששילם לגוי, וא״כ גם כשמצאן ישראל ולא שילם הרי יש עכ״פ יאוש למקצת מן הדמים, ולא יצטרך הישראל להחזיר לו

[65] פסק דין זה נדפס גם **בקובץ תשובות** הגרי״ש אלישיב, ח״א סי׳ ריז.

הספרים בחנם, מיהו לשיטת הפוסקים שאין יאוש מועיל לחלק מהחפץ ניחא. וע״ע **בשו״ת חלקת יעקב** (ח״א סי׳ קלו) בענין הספרים שנשארו בארצות אירופה לאחר השואה, שגם הבעלים הוגלו ורובם נהרגו במחנות ההשמדה רח״ל, שדינו כזוטו של ים ובודאי נתייאשו, ואין חיוב להחזיר כי אם לפנים משורת הדין, ועוד דן שם אם מותר לקנות את הספרים מיד הגויים, ובזה ודאי שמותר, וסיים שכמדומה שרבני פולין בשעתם הוציאו כרוז או חרם שלא לקנות ספרים מארץ הדמים, וצריך להתיישב אם זה חל גם כעת.

וכבר דן בכעין שאלה זו **בשו״ת אמרי יושר** (ח״ב סימן נט) בדין ספרים שקנו מאנשי חיל ששללו מישראלים [במלחה״ע הראשונה] והיו עומדים לאבדם מתוך רשעותם, והעלה דמשום כך לא מיקרי זוטו של ים, דכל זמן שאין אבודים ממש, אף על פי שרצו לאבדם, אינו כזוטו של ים. אלא שחזר לדון מטעם יאוש כיון שחמסו אנשי החיל חפציהם הוי יאוש, ואף על גב דסתם גזילה לא הוי יאוש, לאו כללא הוא, שעיקר הטעם שאינו מתייאש מגזילה משום שסובר שיוכל לתבוע בערכאות, אבל בנ״ד לא יוכל לתבוע והוי יאוש ודאי. וגם מ״ש הפוסקים שבספרים אינו מתייאש, היינו דוקא בסתם גויים שכוונתם לממון, אמרינן שמסתמא ימכרנו לישראל שיכריז, אבל באנשי חיל אלה שעושים להכעיס ואינם מחפשים אחר קונים, סתמא הוי יאוש אף בספרים וכו׳, ע״ש בפת״ח. ועי׳ **בשו״ת מנחת יצחק** (ח״ח סי׳ סט אות ב) שכתב לחלק בין שתי מלחמות העולם, שבמלחה״ע הראשונה היתה מלחמה רגילה ויש מקום להסתפק אם יש יאוש מספרים, אבל במלחה״ע השניה ודאי שיש יאוש גם מהספרים, ״שהרי אפילו מהחיים התייאשו האנשים ר״ל ומכ״ש מהונם״. ועי׳ גם **בשו״ת עטרת פז** (ח״א כרך ג חו״מ סי׳ ד, ד״ה ובענין גזילת ספרים, ובמילואים בסוף הספר) שהאריך בזה מדברי הפוסקים.

ליקוט שאלות בדיני ממונות לאחר השואה - עי׳ בכת״ע **שמעתין** 166, תשס״ז (עמ׳ 74-61). וע״ע **בחשוקי חמד** שבת מא ע״א בדין ״מצא חנוכיה שלו אצל יהודי שקנאה מגוי אחרי השואה״.

סימן שנז

1. קיי״ל כל המטלטלין בחזקת מי שהן תחת ידו, והטוען על חברו שלי הוא, צריך להוכיח פרט לדברים העשוים להשאיל ולהשכיר. היש חילוק בין יצא לו שם גנבה בעיר ללא יצא לו שם גנבה?

ב״ק קיד ע״ב-קטו ע״א: ״מתני׳. המכיר כליו וספריו ביד אחר, ויצא לו שם גניבה בעיר - ישבע לו לוקח כמה נתן ויטול, ואם לאו - לאו כל המנו, שאני אומר: מכרן לאחר ולקחן זה הימנו. גמ׳. וכי יצא לו שם גניבה בעיר מאי הוי? ליחוש דילמא זבנינהו, והוא ניהו קא מפיק שמא! א״ר יהודה אמר רב: כגון שבאו בני אדם בתוך ביתו, ועמד והפגין בלילה (מכאן להפגנה מדברי חכמים...) ואמר נגנבו כליי. כ״ש עילא מצא! רב כהנא מסיים בה משמיה דרב: כגון שהיתה מחתרת חתורה בתוך ביתו, ובני אדם שלנו בתוך ביתו יצאו ואנבורקראות של כלים על כתפיהם, והכל אומרים נגנבו כליו של פלוני. ודלמא כלים הוו, ספרים לא הוו! א״ר חייא בר אבא א״ר יוחנן: כגון דקאמרי נמי ספרים. וליחוש דלמא זוטרי, וקא טעין רברבי! א״ר יוסי בר חנינא: דקאמרי ספר פלוני ופלוני. ודלמא הוו עתיקי, וקא טעין חדתי! אמר רב: כגון דאמרי הללו כליו של פלוני, הללו ספריו של פלוני. ומי אמר רב הכי? והאמר רב: בא במחתרת ונטל כלים ויצא - פטור; מ״ט? בדמי קננהו! ה״מ דקננהו בבא במחתרת, דמעיקרא מסר נפשיה לקטלא, אבל הני כיון דלא מסרו נפשייהו לקטלא - לא. אמר רבא: לא שנו אלא בעל הבית העשוי למכור כליו, אבל בעל הבית שאינו עשוי למכור כליו, לא צריך לאהדורי עליה כולי האי. ודלמא איצטריך ליה זוזי וזבין! אמר רב אשי: הרי יצא לו שם גניבה בעיר״.

ודנו הפוסקים בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר: לדעת **הרא״ש** (שם) גם בכה״ג צריך שיצא לו שם גניבה בעיר כדי להוציא מיד הלוקח, ובדעת **הרמב״ם** (פ״ה מהל׳ גניבה ה״י) נחלקו: לדעת **הטור והנ״י**

(ב"ק מא ע"ב מדפה"ר) **והד"מ והב"ח והסמ"ע** (סק"ב) **והגר"א** (סק"ה) - אפי' בלא יצא לו שם גניבה מוציאין מידו, ואילו **למ"מ וב"י וש"ך** (סק"ב) **וקצה"ח** (סק"א) הרמב"ם מודה בזה לרא"ש, וכל מה שכתב שמועיל איירי ביצא לו שם גניבה בעיר. ועי' בש"ך שם שהאריך בזה והוכיח מדברי הרמב"ם בהל' טו"נ (פ"ח ה"ו) דלעולם אין מוציאין מידו עד דאיכא תרתי לטיבותא, דהיינו שיצא שם גניבה ושהדבר אינו עשוי להמכר, או יצא שם גניבה ודברים העשויים להשאיל ולהשכיר, או דברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואינו עשוי למכור כליו. וביאר שגם הטור והנ"י שכתבו בדעת הרמב"ם דאפי' לא יצא שם גניבה בעיר מוציאין מידו, איירי באופן שהכלי עשוי להשאיל ולהשאיל ובעה"ב אינו עשוי למכור כליו, ורק בזה הרא"ש והטור באמת חולקים וסוברים שבטענת גנובים איתרע חזקה דעשויים להשאיל ולהשכיר, שהרי אינו טוען השאלתים אלא גנובים.

ולפ"ז צ"ב בשיטת הרמב"ם, מאי נ"מ שעשויים להשאיל וכו', הרי טוען שנגנבו ואינו טוען השאלתים. וביאר בקצה"ח שם שהרמב"ם אזיל לשיטתו בהל' טו"נ שם (ה"ט) שהגדרת כלים העשויים להשאיל ולהשכיר היא שאינם נמכרים ואינם לשימוש עצמי אלא רק לשימוש אחרים, לכן לדעתו מהני כשם שבבעה"ב שאינו עשוי למכור כליו מהני יצא שם גניבה בעיר להוציא מיד הלוקח, ונאמן לומר גנובים דכיון שאינו עשוי למוכרם, ה"ה כשעשוי למכור כליו אבל כלים אלו עשויים להשאיל ולהשכיר, א"כ חזקה שלא מכרם. אבל הרא"ש לשיטתו דס"ל שגם דברים העשויים להשאיל ולהשכיר עומדים למכירה, אלא שרגיל גם להשאילם ולהשכירם. וא"כ כשאינו טוען השאלתים, לא מהני יצא שם גניבה.

עפ"ז מחדש הקצות שגם לרמב"ם לא מהני צירוף כלים העשויים להשאיל ולהשכיר יחד בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו, שהרי שניהם אינם אלא חדא לטיבותא לדעת הרמב"ם, וצריך גם שיצא שם גניבה.

ובנתיבות (סק"א) הלך בתחילה בדרכו של הקצות, ואח"כ כתב שדוחק לפרש כן בדעת הטור, ולכן נראה לפרש דבריו כפשוטם, דמיירי כאן כשאין עדים לגניבה עצמה, ו"יצא שם גניבה" היינו שראו מחתרת חתורה כמ"ש הטור, או שיש עדים שהם כליו [וא"צ שראו מחתרת], וזאת בנוסף לכך שנגנבו כליו. וא"כ מש"כ הטור והרמ"א שלרמב"ם א"צ שיצא שם גניבה, הכוונה לעדות המחתרת, אבל שם גניבה שעשה לעצמו [שצעק וכו'] ודאי צריך, וע"ז חלק הרא"ש וסובר שאין שום מעלה בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לענין טענת גנובים, כי כל הסימן מיירי בדליכא עדי ראייה וליכא מיגו דשאולין, וממילא דינם כשאר כלים, דכל שבעה"ב עשוי למוכרם בעינן שם גניבה גמור [ע"י עדי מחתרת].

השו"ע (ס"א) פסק ע"פ מימרא דרבא וביאור רב אשי: "בעל הבית שאינו עשוי למכור את כליו, ויצא לו שם גניבה בעיר, והכיר כליו וספריו ביד אחרים, או שהיה עשוי למכור והיו כליו אלו שהכיר מכלים העשויים להשאיל ולהשכיר, אם באו עדים שזה כליו של זה, ישבע זה שהם בידו, בנקיטת חפץ, בכמה לקח, ויטול מבעל הבית ויחזיר לו כליו". **והרמ"א** הביא: "וי"א דכיון שהוא טוען גנובים אתרע ליה חזקה דעשויין להשאיל ולהשכיר, שהרי הוא אינו טוען כן, ולכן חיישינן שמא מכרן". והם דברי **הרא"ש** (שבועות פ"ז סי' ה) לפי הבנת הסוברים שהרא"ש חולק, ועי' **בביאור הגר"א** (סק"ה) שלפי מש"כ הב"י א"כ גם השו"ע מודה להגהת הרמ"א. אבל כאמור דעת הגר"א שהעיקר כהבנת הטור ברמב"ם.

המשך לשון השו"ע ע"פ הגמ' שם: "היה בעל הבית עשוי למכור את כליו ולא היו מהדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, אף על פי שיצא לו שם גניבה בעיר והוכרו כליו, אינו מחזירן מיד לקוחות, שמא הוא מכרן לאחרים. אבל אם באו בני אדם ולנו בתוך ביתו, ועמד וזעק בלילה: נגנבו כלי וספרי, ובאו בני אדם ומצאו מחתרת חתורה ובני אדם שלנו בתוך ביתו יוצאים וצרורות של כלים על כתפיהם והכל אומרים: הללו כליו וספריו של פלוני, הרי זה נאמן, וישבע זה שהכלים בידו בנקיטת חפץ כמה הוציא, ויטול מבעל הגניבה ויחזיר לו כליו". ועי' **סמ"ע** סק"ד.

סימן שנח

1. **ראובן ושמעון מתגוררים בבית אחד. האם מותר לראובן לקחת לעצמו חפץ או דבר מאכל משל שמעון, מבלי ששמעון יודע על כך, אע"פ שראובן בטוח ששמעון יתרצה לכשידע?**

בסוגיית יאוש שלא מדעת (**ב"מ** כב סע"א) מביאה הגמ' מעשה: "אמימר ומר זוטרא ורב אשי אקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק, אייתי אריסיה תמרי ורימוני ושדא קמייהו. אמימר ורב אשי אכלי, מר זוטרא לא אכיל. אדהכי אתא מרי בר איסק, אשכחינהו, ואמר ליה לאריסיה: אמאי לא אייתית להו לרבנן מהנך שפירתא? אמרו ליה אמימר ורב אשי למר זוטרא: השתא אמאי לא אכיל מר? והתניא: אם נמצאו יפות מהן - תרומתו תרומה! - אמר להו, הכי אמר רבא: לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד, משום דמצוה הוא, וניחא ליה. אבל הכא - משום כסיפותא הוא דאמר הכי".

התוס' (ד"ה מר זוטרא) הקשו מדוע מר זוטרא לא אכל, הא אמר רבא (ב"ק דף קיט ע"א) אריסא מדנפשיה קא זבן. ותירצו דהתם שהביא האריס מהבית, דמסתמא ממה שהגיע לחלקו מביא, אבל הכא שהביא מן הפרדס היה חושש מר זוטרא שמא בשעת חלוקה לא יאמר לבעל הפרדס "תטול כנגד מה שנתתי להם", ורב אשי לא היה חושש לזה ולכך אכל קודם שבא מרי בר איסק משום דאריס מדנפשיה קא יהיב. ומסיימים התוס': "דאין לומר שהיה סומך שיתרצה מרי בר איסק כשידע דהלכה כאביי [דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש], ואף על גב דהשתא ניחא ליה מעיקרא לא הוה ניחא ליה". מבואר שאפי' אם יש להניח שבעה"ב יתרצה לכך, אין היתר לאכול, כי הלכה כאביי. וכ"כ **בהגה"א** (שם פ"ב סי' יג) **והגמ"ר** (שם סי' תכה).

השו"ע (ס"ד) הביא את דין הגמ' בב"ק קיט ע"א הנ"ל, שמותר ליקח מהאריס שהרי יש לו חלק בפירות ובעצים [וכתב הגר"א (סק"ב) שהוא כשיטת אמימר ורב אשי שאכלו]. **והרמ"א** הביא דברי התוס' בביאור דעת מר זוטרא דדוקא לאחר שחלקו, דסתמא שלו הוא מוכר, אבל קודם חלוקה אסור, דחיישינן שלא יתן לבעל הבית כנגד מה שכבר נטל. [ועי' **סמ"ע** (סק"ו) שבטור משמע דבסתמא מותר, וברמ"א משמע דבסתמא אסור, וא"כ יש שלוש דעות. וכתב שלא מצא דעה זו (של הרמ"א) בשום מקום. אמנם **הש"ך** (סק"ב) כתב שגם הרמ"א סובר כהטור דבסתמא מותר, ושכ"כ הב"ח. וכ"מ **בביהגר"א** (סק"ב)].

והש"ך (סק"א) הביא את סוף דברי התוס' שאסור לאכול ללא רשות אפי' אם ברור לו שחברו יתרצה, וכתב על כך: "אי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר". וביאר דלא דמי ליאוש שלא מדעת, דהתם מתייאש רק משום שאינו יודע היכן החפץ והוי יאוש בעל כרחו, ולכן מעיקרא באיסורא אתא לידיה, אבל כאן שידוע שיתרצה, השתא נמי בהיתרא אתא לידיה דמסתמא אינו מקפיד על זה. [ואע"פ שבב"מ שם יש השוואה בין יאוש שלא מדעת לתרומה וטומאה, היינו משום ששם צריך ידיעה ברורה, אבל אין ללמוד משם לשאר עניינים].

בקצה"ח (סק"א) הקשה על שיטת התוס' מסוגיא דכתובות (מח ע"א) מי שנשתטה בי"ד יורדים לנכסיו וזנין ומפרנסין אשתו ובניו ובנותיו וכו', ומבואר שם דלא דמי למי שהלך למדינת הים שאין מפרנסים אלא את אשתו ולא את בניו ובנותיו, דשאני יוצא מדעת מיוצא שלא מדעת. ופירש"י דבנשטתה שיצא מן העולם שלא מדעת, מסתמא ניחא ליה שיזונו את כולם משלו. ולתוס' וסיעתם מדוע לא הוי כדין יאוש שלא מדעת? ואפשר דהתם הואיל ומצוה לזונם אפי' אחר גיל שש (כמבואר שם בכתובות), ניחותא דמצוה שאני דמהני אפי' דהשתא לא ידע (עי' ב"י יו"ד סי' שלא; וע"ע בקצה"ח לעיל סי' רסב סק"א

שבניחותא דמצוה מהני יאוש שלא מדעת).[66] אבל עדיין צ״ע, כי מבואר בגמ׳ שם שנותנים לאשתו גם ״דבר אחר״ דהיינו תכשיט, משום דניחא ליה דלא תינוול.

[אולי יש ליישב שגם בזה יש גדר מסוים של מצוה, כמבואר בב״ק פב ע״ב וב״ב כב ע״א דתקנת עזרא שיהיו רוכלין מחזירין בעיירות כדי שיהיו תכשיטים מצויים לבנות ישראל שלא יתגנו על בעליהן, ונפסק בשו״ע לעיל סי׳ קנו ס״ו ע״פ גרסת הרמב״ם ״בשמים״, ע״ש].

הקצות לא הכריע להלכה במח׳ זו. **ובערוה״ש** (ס״ה) פסק כתוס׳, אך כתב: ״וזהו כשלוי אינו מקורב לבית שמעון, אבל כשהוא בביתו או בא לפרקים לביתו ויש לו רשות משמעון לדברים כאלה מותר ליהנות, דאל״כ כשאין הבעה״ב בביתו לא יהיה ביכולת אשתו ובניו וב״ב להכניס אורחים או לתת לחם וכיוצא בזה, אלא ודאי דהם כשלוחם של הבעה״ב״.

ולכאורה מצאנו להדיא כדברי הש״ך **בחי׳ הר״ן** (ב״מ שם) בשם **הרשב״א** שאם יש אומדן דעת שאין הבעלים מקפיד מותר, וכמו שמצינו בבן האוכל אצל אביו ועבד אצל רבו שמותר לו לתת פרוסה לבנו ואוהבו ואינו חושש משום גזל, משום שכך נהגו, וכן אמרו שגבאי צדקה מותר לקבל דבר מועט מן האשה, וכעין זה כתב **הריטב״א** שם, שכל שדבר ברור הוא שיתרצה הו״ל כזוטו של ים. אמנם **בפתחי חושן** (ח״ה פ״א הערה לז) כתב דנראה שיש הבדל בין הדעות - שלדעת הרשב״א והריטב״א לא התירו אלא <u>כשדרך כל העולם</u> כן, והו״ל כעין זוטו של ים [וכעין מה שאמרו ניחא ליה לאיניש דליעבד מצוה בממוניה], משא״כ בנדון הש״ך שאין כן דרך כל העולם, אלא שסומך על חבירו שיתרצה.

וכתב **באמרי בינה** (דיני הלואה סי׳ כג סקכ״ו) שאף לדעת הש״ך, אם נודע לבעלים וגילה דעתו שמקפיד אינו זוכה, דלא עדיף מיאוש שלא מדעת לרבא דסובר דהוי יאוש, ואפ״ה אם עומד וצווח שאינו מתייאש חייב להחזיר, אלא באבידה שאין בה סימן אמרינן דבטלה דעתו אצל כל אדם, משא״כ בשאר דברים.

וע״ע שם בפתח״ח שהאריך בזה מדברי **הרמב״ם** (פ״ה מהל׳ אישות ה״ח) **והשו״ע** (אה״ע סי׳ כח סי״ז) שאם לקח מבית חברו כלי או אוכל וקידש בו אשה וברור שבעה״ב אינו מקפיד, מקודשת, דמשמע שפסקו כהר״ן והריטב״א [ואולי אפי׳ כהש״ך], וכן ביאר **בשו״ת נו״ב** (מהדו״ת אה״ע סי׳ עז). ועוד הביא שם מדברי האחרונים שהאריכו בזה.

ומעתה יתכן שבדבר שאין דרך העולם להקפיד כלל - גם התוס׳ מודים, וכל מה שכתבו הוא רק במקרה שסומך על כך שאותו אדם אינו מקפיד, ובזה נחלק עליהם הש״ך. וכ״כ בפתח״ח שם בדרך אפשר [ועכ״פ מדברי הרמב״ם והשו״ע הנ״ל ודאי מוכח שכן דעתם להלכה], ולסיכום הענין נביא את לשונו (שם סעיף טו): ״יש אומרים שדבר שבדרך כלל אנשים מקפידים, אף על פי שיודע שחבירו לא יקפיד עליו, ולכשיודע לו שלקח יתרצה לכך בלב שלם, אסור ליקח, ויש מתירים, <u>אבל דבר שאין דרך אנשים להקפיד כלל, נראה שלכו״ע מותר</u>, ואם אינו מתרצה אלא מחמת בושה נראה דלכו״ע אסור, ויש אומרים שכל שנותן לו אחד מבני הבית מותר ליקח״.

יש לציין שכל הנ״ל לענין אכילה ושאר הנאות כילוי, אבל לענין <u>שימוש</u> בחפץ של חברו שלא בידיעתו עי׳ בדברי **הרמ״א** ר״ס שפא שמותר בדבר שאין הבעלים מקפיד, דהוי כשאול ברשות. ועי׳ **פתחי חושן** ח״ה פ״ז סעיף ב והערה ד.

---

[66] ועי׳ **גידולי שמואל** כתובות שם (ד״ה וא״ר חסדא) שיישב עפמ״ש בשיטמ״ק שם, שמדובר בקטנים יותר משש וזן אותם מעיקרא מרצונו גם בלא חיוב קודם שנשתטה, וא״כ גלי דעתיה דניחא ליה ולא דמי לנ״ד שלא גילה דעתו.

הלכות גזילה

סימן שנט

1. **א. האם מותר לקחת חפץ של חבירו, על מנת לתת לו חפץ אחר טוב יותר?**

כבר השבנו על כך לעיל סי׳ שמח תשובה 1 סעיף א, ומצוה בחזרת: **בשו״ע** ס״ב כתב שאסור לגזול ע״מ לשלם. אמנם דעת **הרא״ש** בפרק הכונס (סי׳ יב) גבי דוד והגיבורים (שם ס ע״ב), שאם התשלומים בעין, כיון שהם יפים מהדבר שלוקח, זכות הוא לו ומותר, ויזכה אותם לבעלים ע״י אחר. והובא בשו״ע שם בשם יש מי שאומר. וביאר **הב״ח** דעה זו, דדוקא בגניבה אסור שלא ירגיל עצמו בכך, אבל בגזילה שהיא בפרהסיא אין לחשוש בכך אם משלם יותר. אמנם **רש״ל** ביש״ש (ב״ק שם סי׳ כז) הקשה על שיטת הרא״ש איך מותר להסתחר בממון חברו שלא מדעתו, הרי שמא אין זו זכות עבורו, כי חפץ רק בשלו. **והש״ך** (סק״ד) תירץ דאיירי בדבר העומד להמכר וידוע בבירור שהבעלים ימכרנו ולא יחזיקנו אצלו. **ובסמ״ע** (סק״ח) כתב דמסתמא ניחא לבעלים. וע״ע **בט״ז** שג״כ הקשה על הרא״ש והעלה כדעת הש״ש, וסיים דמ״מ אם יש צורך גדול יש להקל, דמסתמא ניחא לבעלים בהכי. **ובקצה״ח** (סק״א) פירש כהט״ז אך תירץ קושיית הש״ש דכל שאין הבעלים כאן ומוחה אמרינן מסתמא דניחא ליה. ואם מוחה אח״כ יכול לבטל המכירה כמו במזכה לו מתנה ע״י אחר שיכול למחות ולבטל. וכ״כ **באמרי ברוך** (סי׳ קפה). הכרעת השו״ע נראה לכאו׳ שסובר דלא כהרא״ש, שהרי כתב בסתם שאסור. **ובביהגר״א** נקט כהרא״ש וכביאור הש״ך. וע״ע **בקצה״ח** לעיל סי׳ קצה סק״ג במחלוקתו עם מהרי״ו האם במכר מהני ק״ס שלא בפני הקונה.

2. **ב. נתן לצורף שרשרת זהב ישנה ע״מ שיתיך אותה ויצור ממנה שרשרת חדשה, האם מותר לצורף להשתמש בזהב זה לצורכו, ולעשות לבעל השרשרת שרשרת חדשה מזהב אחר באותו הטיב והכמות?**

בפת״ש (סק״ג) הביא **מתשו׳ בית אפרים** (סי׳ מט) שנשאל בכגון זה וכתב שלכאורה יש ללמוד להתיר ממ״ש **הב״ש** (אה״ע סי׳ לה סקכ״א, וכן שם סקט״ו בשם השלט״ג קידושין טז ע״ב מדפה״ר אות א) שאם שליח קידש אשה במעות שלו והשתמש במעות של המשלח לצורכו, אין בזה איסור דודאי אין קפידא. אלא **שהמקנה** שם (בקו״א ס״א) כתב שאסור, כיון שדוקא כאשר המעות מותרים רשאי הנפקד להשתמש בהם ולהחליפם, אבל אם הם צרורים לא יגע בהם כמבואר בש״ך (סי׳ רצב סק״ח). וכתב המקנה דאפשר שהב״ש מיירי שנתן לו המשלח רשות להוציאו ולהחליפו. אולם הבית אפרים כתב שלא משמע כך בב״ש, שהרי מקורו בשלט״ג ושם מפורש דאף שלא נתן לו רשות להשתמש בהם. גם מה שהביא מהש״ך סימן רצ״ב, הרי **החכם צבי** (בהגהותיו לט״ז סי׳ עג סי״ט) חולק עליו (וכ״כ עוד אחרונים, עי׳ בפת״ש סי׳ רצב סק״ג) דבשומר שכר אסור להחליפם, וא״כ אף בנתן המשלח רשות להשתמש אינו יכול להחליף. אכן מטעם אחר כתב הבית אפרים להתיר, דאמנם השאלה אם מותר להחליף אינה תלויה בהיתר שימוש וכנ״ל, אבל כל זה במפקיד דאדעתא דהכי הופקד אצלו שיחזיר אותם מעות ואין לנפקד זכיה במעות אלו, ולכן הוי רק שומר שכר ואינו נחשב כלווה המתחייב באונסין, אבל אם לא בא המפקיד ורצונו של הנפקד להשתמש במעות בתורת מלוה ולהחזיר אחרים תחתיהם, מותר מדין ״זה נהנה וזה לא חסר״. והיינו כשהבעלים לא מיחו בידו, אבל אם נמצאים כאן ומיחו אסור, כמבואר בתוס׳ (ב״ק כ ע״ב ד״ה הא) ובהגה״א (שם סי׳ ו) דאפי׳ בזנוזל״ח אם מוחה אסור.

והקשה מדברי **הרא״ש** בפרק הכונס שהבאנו בסעיף הקודם, דמשמע שאם לא יהיה לחברו רווח בשימוש זה אסור. ותירץ, שדברי הרא״ש אמורים כאשר משלם לו ממין אחר, שאז צריך להיות טוב יותר [ומטעם זה חלק על כך מהרש״ל כמובא לעיל: ״וכי שרי להסתחר וכו׳ ודילמא חביב עליו שעורין״ וכו׳, כי מדובר בשני מינים שונים. והרא״ש סבר שמותר דסו״ס זכות הוא לו כי מרוויח דבר יפה יותר], אבל אם מחזיר

לו מאותו המין הדבר מותר לכו"ע אפי' שאין לו רווח בזה, מדין זנוזל"ח, אא"כ מוחה בו וכנ"ל. וראיה לזה מהגמ' (ב"ב צט ע"ב) "מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו" וכו', ע"ש שמותר לתת להם דרך חלופית אם אין בכך נפק"מ. ממילא בנ"ד דהוי אותו מין מותר.

עוד כתב דהא דאיתא בהמפקיד (לח ע"א) "אדם רוצה בקב שלו מתשעה קבין של חברו" וקי"ל הכי בכל פקדונות (רמב"ם פ"ז משאלה ה"ג, שו"ע סי' רצב סי"ח), היינו דוקא לגבי פירות ודומיהם, דאפשר שלא יוכל להשיג באיכות טובה כמו שלו וכדו' ויש לו קפידא בזה [ואגב עי' במפרשים שם שהיחס של אחד לתשעה הוא גוזמא, בעלמא שהרי לכו"ע כאשר הרקיבו יותר מכדי חסרונן צריך למוכרם, ע"ש]. אבל בשאר דברים שאין טעם לומר שהבעלים ירצה בשלו יותר מבשל אחרים, אין מניעה להחליף.

סימן שם

1. **ראובן בנה בנין, רובו על מגרש השייך לו, ומיעוטו על מגרש השייך לשמעון. כשתבע שמעון את ראובן לדין, הסכים ראובן לפצותו בערך המלא של הקרקע ואף למעלה מזה, שמעון התנגד ודרש שראובן "יחתוך" את חלק הבנין במגרש השייך לשמעון, כיצד נפסוק?**

מדין תורה אם הגזילה בעין חייב להחזיר הגזילה עצמה שנאמר: "והשיב את הגזילה אשר גזל", כמבואר **בב"ק** (צד ע"ב ועוד). ואפילו גזל קורה ובנאה בבירה גדולה, מן התורה חייב להרוס כל הבנין ולהחזיר את הקורה לבעלים, אבל תקנו חכמים, מפני תקנת השבים, שיהיה נותן את דמיה ולא יפסיד הבנין (**גיטין** נה ע"א, **ב"ק** צה ע"א). ונפסק **בשו"ע** ס"א.

אמנם כתב **רבינו ירוחם** (מישרים נתיב לא סוף ח"ו) בשם **תשובת הגאונים**, שאם גזל קרקע ובנה עליה בניינים גדולים, צריך לסתור הכל ולהשיב קרקע לבעלים, דלא עשו תקנת השבים בקרקע, והביאו **הרמ"א** בהגהתו שם, וכן **בד"מ** סי' שסו **ובב"י** סו"ס שעא. [ועי' **אוצר הגאונים** גיטין שם בתשו' רב שרירא גאון, ו**תשובת רגמ"ה** (כרך ב, עמ' 56-55)].

וכן כתב **הרשב"א** בתשובה (ח"ג סי' קפח; הובאה **בב"י** סי' שעו) ממש בנידון דידן: "שאלת במסיג גבול ובנה כותל בחצר חבירו והכניס הקרקע בתוך שלו כאמה ובנה על אותו כותל בית גדול שסמך עליו ועכשיו בא בעל החצר להרוס כל בנינו אם נדין בזה כדין מריש או לא. תשובה לא עשו תקנת השבים רק במטלטלין אבל בקרקע לא אמרו שימכור זה את שלו וישחית את נחלתו".

הגר"א (סי' שס סק"ד-סק"ה) ציין מקורות לדין זה: **ב"ק** כא ע"א ההוא גברא וכו', שם צו ע"א תוד"ה כל.

וביאר **הסמ"ע** (סי' שס סק"ו) טעמא דמילתא, דכיון שהקרקע היא דבר קבוע ועומד, הו"ל למידע דשל הנגזל הוא ולא היה לו לבנות עליו.[67] אבל **הט"ז** כתב טעם אחר, דקרקע אינה נגזלת ובע"כ יבוא אח"כ לידי השבה דמצויים הן בעלי זרוע ליפול, וכמ"ש המחבר בסי' קיא סי"ג, משו"ה לא עשו תקנה בזה. משא"כ בקורות שאפשר שיתרקבו או שישרפו ולא יבואו לידי השבה. וכן כתב **הלבוש** (ס"א).

---

[67] כצ"ל בסמ"ע "ולא היה לו לבנותו" וכפי שתקנו בדפוסים החדשים ע"פ הנתיבות (סק"א), וכ"כ בחי' חת"ס. אבל בדפוסים ישנים היה כתוב "ולא היה לו לקנותו", ואין לזה מובן, כפי שכתב הט"ז "דברי הסמ"ע בזה אין להם ביאור", וכן תמה בבאר היטב (סק"ב): "ואני בעניי שותא דמר לא ידענא מה ענין טעם זה בעי הכא ובמחילת כבוד הרב הגדול דבריו בזה הם משוללים הבנה אם לא שנאמר דאשגרת לישנא בשגגה נתחלף לו בין תקנת השבים לתקנת השוק וק"ל". וכ"כ בשער משפט (סק"א): "ודבריו תמוהים דהא לאו בלוקח מגזלן אמרי הכא אלא בגזלן גופיה דודאי יודע שגזלו ואפי' הכי עשו בו תקנת השבים", ולכן ביאר כלבוש והט"ז, ע"ש. ואמנם בבאר היטב שם הוסיף להקשות: "והנה ראיתי בבאר היטב אשר לפני שהעתיק ולא הוי ליה לבנותו. ואנכי לא ידעתי מה תיקן בזה". ואנכי לא ידעתי למה לא ידע.

אם לא ידע - **בשער משפט** (סק״א) **ופת״ש** (סק״א) הביאו **מתשו׳ המבי״ט** (ח״ג סי׳ קמג) שכתב דאם לא נעשה ההשגת גבול מדעתו, רק שהבנאים הכניסו חצי אמה מקרקע חבירו שלא מדעתו, אפשר שגם הגאונים יודו שעשו בו תקנת השבים ויפרע לבעל הקרקע מה ששוה החצי אמה, כי לא החמירו אלא מפני מה שעבר על לא תסיג גבול רעך, והכא לא עבר כיון שלא ידע. ואמנם **במשנה למלך** (פ״ז מהלכות גניבה הי״א) חולק על המבי״ט, **ובתשובת רשמי שאלה** (חו״מ ס״ס נו) נשאר בצ״ע.

ובשער משפט (שם) כתב בתחילה שדברי המל״מ מסתברים, דלענין גזילה אין חילוק בין ידע מהגזילה או לא ידע, דאף בלא ידע צריך להחזיר הגזילה בעינא, אך כתב שנראה לתלות דין זה בפלוגתא שהביא הרמ״א בסימן רע״ד במי שהיה לו נחיל של דבורים ויצאו וישבו על אילן חבירו, דעת **הרא״ש** (ס״ק פ״י סי׳ טז) **ותה״ד** (סי׳ שטז) בשם **אור זרוע** (ב״ק סי׳ תנא) בשם **ר״ח**, שיכול לקוץ הענף כדי להציל את נחילו, ונותן דמי הענף לבעל האילן, ומקורם בדברי ר׳ ישמעאל בנו של ריב״ב, שהוא תנאי בית דין, כמובא **בב״ק** קיד ע״ב. אבל **לרי״ף והרמ״ה** לית הלכתא כרבי ישמעאל, כמובא בטור ורמ״א שם. וכן בשנים שהיו באים בדרך זה בחבית של יין וזה בכד של דבש ונסדק הכד של דבש, נחלקו האם בעל היין חייב לשפוך את יינו מפני השבת אבידה כדי להציל דבש של חבירו וישלם לו דמי היין (מובא בטור שם ובהגה סי׳ רסד ס״ה). וה״ה בנ״ד, שאם בנה מדעת - פשיטא שצריך לסתור בניינו ולא שייך בזה השב״א דהוי כמאבד ממונו לדעת (עי׳ סי׳ רסא ס״ד) ואין תקנת השבים בקרקע. אבל אם עשו זאת שלא בידיעתו ואם יצטרך לסתור יהיה לו הפסד גדול - לדעת הרא״ש וסיעתו מחויב בעל הקרקע ליטול דמי קרקעו כדי להציל את חברו מן ההפסד, דהוי השבת אבידה, אבל לדעת הרי״ף גם בכה״ג צריך לסתור ולהחזיר הקרקע לבעלים.

לפי הרב שער משפט יוצא, שבמקרה של שוגג הדבר תלוי במחלוקת שו״ע ורמ״א, שהרי השו״ע לא פסק את שיטת רבי ישמעאל, וכנראה פוסק בזה כדעת הרי״ף (וגם הרמב״ם השמיט דינים אלו, וא״כ כך דעת רוב עמודי ההוראה), ואילו הרמ״א (בסי׳ רסד ובסי׳ רעד) הביא בסתם את דעת ר״ח והרא״ש וסיעתם (ואח״כ ציין שיש חולקים). ולפוסקים כרמ״א יוכל בוודאי הבונה לומר קים לי כהרא״ש. אבל גם לפוסקים כשו״ע יתכן שאין קשר למחלוקות הללו (ודלא כשער משפט), וא״כ אכתי אפשר לומר קים לי כהמבי״ט. ועי׳ בזה בכתב העת **מקבציאל** (כרך לה, תשס״ט, עמ׳ תמא-תמו).

ועוד נראה שהדבר כפוף גם לדינא דמלכותא, וצ״ב. ונ״מ בנידון שאלתנו גם לבניית מאחזים בתום לב על קרקע שהתברר אח״כ שהיא שייכת למישהו אחר, ועי׳ בנידון זה במאמרו של הרב יעקב אריאל שליט״א בכתב עת **שערי צדק** (כרך יג, תשע״ב, עמ׳ 318-311).

2. מה הדין אם גזל שווה פרוטה ונאבדה הגזלה, ושוב הוזלה ואין בה שווה פרוטה?

ככלל, הגונב או גוזל פחות משוה פרוטה, אף על פי שעבר באיסור דהוי חצי שיעור (כמבואר בר״ס שמח ובר״ס שנט), אך אינו בתורת השבה (**ב״ק** קה ע״א, **ב״מ** נה ע״ב, **סנהדרין** נז ע״א, **שו״ע** כאן ס״ב).

ובב״ק שם איתא: ״אמר רבא: גזל שלש אגודות בשלש פרוטות והוזלו ועמדו על שתים, אם החזיר לו שתים - חייב להחזיר לו אחרת״, ונפסק **בשו״ע** ס״ג. ועי׳ **בתוס׳** (שם ד״ה אמר) והובא **בסמ״ע** (סק״ח) דכל שכן אם גזל אגודה אחת השווה פרוטה והוזלה, חייב להחזיר. אלא לרבותא נקט ג׳ אגודות כו׳, דאע״ג דכבר קיים מצות השבה במה שהחזיר שתים אפ״ה צריך להחזיר השלישית. **והטור** כתב: ״וכ״ש אם גזל שתי אגודות שוות שתי פרוטות והוזלו ועמדו על אחת והחזיר לו אחת, שצריך להחזיר לו גם השניה שהרי לא קיים מצות השבה כלל״. וממילא בנ״ד שאבדה חייב לשלם את דמיה אע״פ שאינה שו״פ, כי בשעת הגזילה היתה שו״פ. ועי׳ גם לעיל סי׳ רסב ס״א לענין אבידה, שאם הוזלה אחר מציאה חייב להכריז.

אלא שיש לעיין בזה מהא דאיתא שם בגמ׳ בהמשך: ״בעי רבא: גזל שתי אגודות בפרוטה והחזיר לו אחת מהן, מהו? מי אמרינן השתא ליכא גזילה, או דלמא הא לא הדר גזילה דהואי גביה? הדר פשטה: גזילה אין כאן, השבה אין כאן. אי גזילה אין כאן, השבה יש כאן? הכי קאמר: אף על פי שגזילה אין כאן, מצות השבה אין כאן״. וביאר **הרמ״ה** (הובא בפסקי הרא״ש סי׳ כה): אף על גב דגזילה אין כאן ואין בית דין כופין אותו להחזיר כיון דאין בו שוה פרוטה, גזילה אין כאן דאין בית דין נזקקין לפחות משוה פרוטה, אבל מצות השבה אין כאן ומעצמו חייב להחזיר לקיים מצות השבה, ואין בית דין נזקקין לכופו. ועוד פירש אף על פי שהגזילה אין כאן ואין בית דין נזקקים לכופו בתורת ממון מצות השבה אין כאן ומכין אותו עד שתצא נפשו לקיים מצות השבה. **והטור** הביא רק את פירושו השני של הרמ״ה [ועי׳ ב״ח בביאור הענין]. ובדעת **הרמב״ם** (פ״א מהל׳ גזילה ה״ו) נחלקו הדעות: **המ״מ והב״ח** פירשו שסובר כדעת רמ״ה בפירושו הראשון, שיש חובת השבה בכה״ג. אולם **בכס״מ ובב״י** ביאר שהרמב״ם סובר ד״מצות השבה אין כאן״ היינו שאין חובה להשיב, מאחר שכאשר החזיר אחת, נמצא שנשארה בידו פחות מש״פ וביטל מעצמו מצוות השבה, וע״ש שדן בנוסחאות הרמב״ם, האם גורסים ״גזילה יש כאן, מצות השב את הגזילה אין כאן״, או ״גזילה אין כאן, מצוה השבת גזילה אין כאן״, ונקט שהגרסא השניה עיקר, ע״ש. וע״ע בלח״מ על הרמב״ם שם.

בשו״ע (ס״ד) העתיק לשון הרמב״ם ולא פירש: ״גזל שתים שוות פרוטה, והחזיר אחת, אף על פי שגזילה אין כאן, מצות השבת גזילה אין כאן״. **בסמ״ע** (סק״ט) כתב כהרמ״ה שיש חיוב להשיב. ולכאורה בנידון השאלה, שבתחילה היתה שווה פרוטה וכעת שווה פחות, דמי לגזל שתי אגודות בפרוטה והחזיר אחת מהן, והדבר שנוי במחלוקת בדעת הרמב״ם. גם **בדברי חיים** (דיני גזילה סי׳ לו) מביא דעת כמה פוסקים שא״צ להחזיר כלל. וצ״ע.

***

כמה מדיני שינוי מעשה: נשתנית הגזילה, אע״פ שלא נתייאשו הבעלים, א״צ להחזיר אלא דמיה כשווי של שעת הגזילה. **ב״ק** צג ע״ב. ולהלכה נפסק דקנה דוקא כשאינו שינוי החוזר לברייתו, כרב אשי שם. וע״ש וכן בדף צו ע״א-ע״ב בדוגמאות לשינוי המועיל ולשינוי שאינו מועיל, ונפסקו בשו״ע ס״ה-ס״י.

עשה לבינה בכבשן - **לרשב״א** (שם צו ע״ב) הוי שינוי, דא״א לכותשה לעפר דק כבתחילה, אבל **מהטור** משמע שלא קנה, דבעפר אין קפידא שאינו חוזר ממש כבראשונה. עי׳ **דרישה** (אות ד) **וסמ״ע** (סק״י).

גזל חתיכת כסף ועשה ממנה כלים - **לתוס׳** (ב״ק שם ד״ה ועבדיה) קנה דהוי מעשה חשוב, **ולרשב״א** (שם ד״ה נסכא) לא קנה. הובא **בסמ״ע** (סקי״א). וכתב **הש״ך** (סק״א) שהעיקר כהרשב״א, כי התוס׳ מדמים זאת לנסרים ועשאם כלים שיש תורת חשיבות עליהם, והרי שם קנה רק למ״ד דשינוי החוזר שמיה שינוי, ואנן לא קי״ל הכי. [ועי׳ **בתורת חיים** (ב״ק שם) דלכאו׳ התוס׳ סותרים דבריהם ממ״ש לעיל כ ע״ב (ד״ה והוא שהניחה) שהקובע אבן בבנין הוי שינוי החוזר ולא קנה, דומיא דנסכא ועבדיה זוזי, והרי יש בזה חשיבות גדולה ואפ״ה לא קנה דהוי שינוי החוזר, ודלא כמ״ש בדף צו. ועי׳ **בהגהות והערות** על הב״י (אות לט-מ) שני אופנים ליישב קושיא זו].

בקצה״ח (סק״א) כתב דהא דאמר רבא בר״פ הגוזל דשינוי קונה מיירי בשאינו חוזר, אבל בתמורה (ו ע״א) דס״ל שאינו קונה מיירי בשינוי החוזר. ובזה ביאר דברי רש״י תמורה שם (ד״ה בשינוי) ודלא **כמהרי״ט** (ח״א סי׳ סט) שכתב דאינו מפירש״י.

גוזל אבנים וקבען בבנין - עי׳ **בקצות** (סק״ב) בפלוגתת רש״י ותוס׳ (מעילה כ ע״א וב״ק כ ע״ב) בדין זה, דלרש״י הוי שינוי ולתוס׳ לא הוי שינוי. וקשה לרש״י מדוע צריך תקה״ש במריש בבירה, הא קנאו בשינוי, ואפי׳ לתוס׳ דלא קנה, אין זה אלא משום דהוי שינוי החוזר, וא״כ למ״ד שינוי החוזר קני - מדוע צריך

תקה״ש. ותירץ דמריש שמו עליו כדאיתא בב״ק (סז ע״א) וא״כ לא הוי שינוי כלל כשלא נשתנה שם הגזילה, וכמ״ש הטור והרמ״א כאן (ס״ו). [א״כ גם מכאן ראי׳ נגד התורת חיים שנביא בסמוך].

האם בשינוי מעשה צריך גם שינוי השם - כתב **הרמ״א** (ס״ו) דלא הוי שינוי אא״כ נשתנה שם הגזילה מכח השינוי. ומקורו **בתוס׳** (ב״ק צג ע״ב ד״ה עצים) **ורא״ש** (שם סי׳ א) **ובטור** (כאן). וכ״כ **מהרש״ל** (פ״ט דב״ק סי׳ א), **וסמ״ע** (סקט״ו) **ולבוש**, וכתבו כן גם בדעת **הרמב״ם ושו״ע**. ואילו **בתורת חיים** (ב״ק שם ד״ה עצים) חולק [וכתב שכ״ד הרמב״ם ושו״ע, ודחאו הש״ך (סק״ד)]. גם **בקצה״ח** (סק״ה) כתב שהעיקר כהתוס׳ וסיעתם ושכן נראה **במגיד משנה** (פ״ב מגזילה הט״ו). אלא שכתב דבשינוי השם גרידא בעינן שינוי חשוב, ובשינוי מעשה בעינן שינוי השם כלשהו, דאל״ה אינו מובן מהו קנין ״שינוי מעשה״, הרי תמיד צריך גם שה״ש? על כרחך שיש לחלק כנ״ל. ועי׳ **בחכמת שלמה** שחילק באופ״א, שאם השינוי מעשה הוא ממילא בעינן גם שה״ש יחד עמו, אבל אם הוא בידיים - א״צ עמו שינוי השם, והוכיח כן מסוגיא דאוונכרי.

אכן **בתוס׳** (סוכה ל ע״ב ד״ה שינוי) כתבו להדיא דשינוי מעשה גמור סגי בלא שה״ש. ועפ״ז כתב **הגר״א** (סק״י) דלאו כללא הוא. ולכאו׳ צ״ע מדוע בהמה והזקינה הוי ש״מ חשוב יותר מטלה ונעשה איל וכדו׳. ועי׳ **חי׳ הגר״ח** (פ״ב מגזילה הט״ו) דלהרמב״ם כללא הוא, ובכל גוונא בעינן שה״ש יחד עם ש״מ, אלא שלענין ״אשר גזל״ שדרשו ״כעין שגזל״ סגי בשינוי כל דהו כדי שלא יוכל לקיים מצוות השבה, ולכן בבהמה והזקינה אינו יכול לומר הרי שלך לפניך אע״פ שלא קנאה דלא הוי שינוי השם. ועי׳ גם בחי׳ הגרי״ז שהוכיח כן מלשון הרמב״ם גבי בהמה שהזקינה שמדמהו לשברי הכלי. ומו״ח רה״י האריך בזה בשיעורו.

גזל נסכא ועבדיה זוזי והדר עביד להו נסכא - **בקצה״ח** (סק״ד) נסתפק בזה, והכריע שקנה, וראי׳ **מתוס׳** (ב״ק צה ע״ב ד״ה בשבח) דאם גזל פרה ונתעברה וילדה קנה, דהוי שינוי לגוף הפרה. ע״ש.

סימנים שסא-שסב

1. גזל חפץ ומכרו לאחר או נתנו במתנה, אי חשיב שינוי רשות? ואם נתנו לקטן, האם חשיב שינוי רשות?

כתב **הרשב״א** (ב״ק קיא ע״ב, ושכ״כ הראב״ד) ששינוי רשות לא הוי אא״כ מכרו לאחר או נתנו במתנה, אבל אם בא אחר ונטלו מבית הגזלן שלא מרצונו, כאילו נטלו מבית הבעלים, אם ירצה הנגזל גובה מהראשון או מהשני, או אם ירצה יגבה חצי מזה וחצי מזה. ונפסק **בשו״ע** ס״ה.

הגיע לידי הלוקח באיסור [שידע שהיא גזילה] - לדעת **הש״ך** (סי׳ שנג סק״ו) ע״פ הרמב״ם לא הוי שינוי רשות, **לסמ״ע** (כאן סק״ה ועוד) כן.

מכרו באחריות - כתבו כמה ראשונים (**תוס׳** ב״ב מד ע״א ד״ה דוקא ע״פ **רשב״ם**, **נ״י** שם כג ע״ב-כד ע״א מדפה״ר, ועוד) שאם מכרו באחריות, לא הוי שינוי רשות. והובא **ברמ״א** שם. **והש״ך** (סק״ב) כתב דלא נהירא וציין לדבריו בסי׳ לג סקכ״ט שם האריך לדחות זאת, ע״ש.

נתנו בטעות או בעל כרחו - לא מיקרי שינוי רשות. **רמ״א** שם ומקורו בדברי **הרשב״א** (בחי׳ לגיטין פא ע״ב ובשו״ת סי׳ תתקסח). **והש״ך** (סק״ג) כתב שכן משמע מדברי **הרמב״ם והשו״ע** לקמן סי׳ שסט ס״ה, אבל דעת **הרז״ה** (ב״ק מג ע״א מדפה״ר) דנתינה בטעות הוי שינוי רשות. וגם **רמב״ן** במלחמות מודה לו. ועי׳ בנתיבות (סק״ב).

נתנו לקטן - **בקצה״ח** (סי׳ שסב סק״א) דן האם הוי שינוי רשות, הואיל וקטן קונה רק ע״י דעת אחרת מקנה לא יועיל, שכן אין כאן דעת אחרת מקנה כל עוד הגנב עצמו טרם קנה [שהרי יאוש כדי לא קני].

ושוב תלה שאלה זו במחלוקת הרמב"ם והרא"ש לענין מקדש בחפץ גזול (שהובאה לעיל סי' שנג תשובה 2 סעיף ב), ע"ש, ולפ"ז יוצא **שלרמב"ם** דשינוי רשות הוא קנין בפ"ע מהני אע"ג דבאיסורא אתא לידיה (דס"ל דש"ר ואח"כ יאוש מהני), ואילו **לרא"ש** שהיאוש קונה רק כאשר הוא לפני ש"ר, דבהיתרא אתא לידיה, א"כ שינוי רשות כשלעצמו אינו קנין אלא תלוי ביאוש ולכן לא קני. ואפי' מדרבנן לא קנה, דדוקא במציאה אמרו (גיטין נט ע"ב, ועי' לעיל סימן רלה) שקנה מפני דרכי שלום, וכאן אינו שייך.

***

דינים נוספים בסימן שסא:

מת והוריש הגזילה לבניו - איתא בב"ק (קיא ע"ב) דלא הוי שינוי רשות, אלא הוי כאילו אביהם קיים, שאם היא בעין צריכים להחזירה אפי' אחר יאוש, ואם נשתנית וקיימת נותנים דמיה. ואם אכלוה - קודם יאוש חייבים לשלם, לאחר יאוש: אם הניח אביהם נכסים חייבים לשלם, ואם לא הניח פטורים [לסיכום: בכל גוונא חייבים, אא"כ אכלוה לאחר יאוש ולא הניח אביהם נכסים]. ואין חילוק בין גדולים לקטנים.

ואם אמרו הגדולים "יודעים אנו שעשה אבינו חשבון עמך ולא נשאר לך כלום בידו", נאמנים במיגו דהחזרנו לך. וי"א (תוס' קיב ע"א בתי' ב, רא"ש, רז"ה, רמב"ן ועוד) דהני מילי כשלא ידוע שגזלה אביהם אלא ע"פ דבריהם, אבל אם היו עדים שגזלה אינם נאמנים. שו"ע ס"ז, וביארו **הלבוש והסמ"ע** (סקי"ב-סקי"ג) דהוי מיגו דהעזה. אבל **הש"ך** (סק"ז) כתב שאין פלוגתא ולכו"ע נאמנים במיגו, והי"א רק באו לפרש דנאמנים דוקא במיגו ולא כאשר ידוע שעודה בידו, ע"ש.

ואם טוענים טענת שמא [שמא החזיר לך אבינו - דעת הרא"ש (ב"ק שם) ורי"ו (נכ"ו ח"ג) והסמ"ע (סקי"ב) דאינם נאמנים, ואנן לא טענינן להו בדבר שאינו שכיח. אבל הש"ך (סק"ד) הביא דעת הרמב"ן (לח ע"ב מדפה"ר) ורא"ה (מובא בנ"י שם לט ע"א) והריטב"א (כתובות פה ע"ב) דנאמנים. וביאר שהדבר תלוי במחלוקתם האם טענינן להו טענתא דלא שכיחא. והש"ך מכריע דהוי ספיקא דדינא ולא מפקינן מינייהו [וע"ש לפי מה שפסק לעיל סי' קח דהעיקר כהרמב"ן].

הגוזל את חבירו בעדים - י"א שא"צ להחזיר לו בעדים, כדין מלוה. וי"א שצריך להחזיר בעדים. שו"ע ס"ח. וביאר **הסמ"ע** (סקי"ד) דעת המחמירים, דדוקא במלוה אמרינן דא"צ כי מראש היה כדי לפרוע, משא"כ בגזלן. **ובש"ך** (סק"ח) כתב שהדעה האחרונה היא שיטת **המ"מ והריב"ש בדעת הרמב"ם** (פ"ד מהל' גזילה הי"ד), אבל **בכס"מ** כתב שלא מוכח מידי ברמב"ם, וכן דעת הש"ך עצמו [וכ"כ **בביהגר"א** סקט"ז], ולכן כתב שכן עיקר להלכה, שכ"כ להדיא הרבה ראשונים [**ראב"ד**, **רמב"ן**, **רמ"ה**, **ר"ן**, **ריטב"א**, **נ"י**, **רשב"א**, **בעה"ת**, וכן **ריב"ש ומ"מ** בעצמם], וכ"כ **בבדק הבית** (סי' צ), **ובסמ"ע** (סי' קז סקט"ז), **ובשו"ת דברי ריבות** (סי' רעו), דא"צ להחזיר בעדים. ודלא **כב"ח** שפסק דהוי ספיקא דדינא.

[וצ"ע דלכאורה לפי כללי השו"ע הלכה כי"א בתרא (דהיינו שצריך עדים), ונראה א"כ שדעתו ברמב"ם כמ"מ והריב"ש, אע"פ שבכס"מ ובבדק הבית כתב להדיא שהלכה כדעה ראשונה.[68] והרי בדק הבית נכתב לפני השו"ע (עי' יד מלאכי כללי שו"ע ורמ"א אות טו). וצ"ל שאין כלל זה מוחלט, ופעמים הלכה כדעה ראשונה (ועי' יד מלאכי שם אות יג), ואכתי צ"ע למה בכלל הביא הדעה השניה אם דחאה].

הערה בסימן שסב

דין תפיסה בספיקא דדינא או ספיקא דתלמודא: בגמ' **ב"ק** צו ע"א מספקא לרבא אם ישראל גזל ומכר את הגזילה לגוי שהשביח אותה [דלא עבדינן ביה תקנתא דקונה את השבח] ואח"כ הגוי מכרה לישראל, האם

---

[68] וז"ל שם אחר שהביא דברי המ"מ וריו"ו והריב"ש: "ולענין הלכה כיון שכל הני רבוותא סברי שאינו צריך להחזיר לו בעדים ואין הוכחה בדברי הרמב"ם שיחלוק עליהם כוותייהו נקטינן".

כיון שהישראל השני אתי מכח הגוי לא עדיף מיניה, או היות ומעיקרא ישראל והשתא ישראל קנה השבח. השו״ע פסק שקנה השבח מספק, אבל אם תפס הנגזל אין מוציאין מידו. והטור והרמ״א לא השיגו על זה כלום, אע״פ שבעלמא סוברים כדעת ר״י והרא״ש דלא מהני תפיסה בספק ממון. **הסמ״ע** (סקי״ג) ביאר דבספיקא דתלמודא לכו״ע לא מפקינן. אבל **הש״ך** (סק״ג) חולק וסובר שגם כאן נחלקו הדעות וכדמוכח ברא״ש שגם בספיקא דתלמודא מוציאין מיד התופס, אלא שהטור והרמ״א סמכו עמ״ש בסי׳ שפח וסי׳ שצ. **ודעת הט״ז** שהטור בכמה מקומות (ס״ס קסז, סי׳ שסג ס״ח) סובר כהרמב״ם דלא מפקינן בכל ספק ממון. וכן דעת הט״ז להלכה. ועי׳ **הגרע״א** סי׳ רב ס״ג [הבאנו דבריו שם בסוף הסימן]. **ובקצה״ח** (סק״ג) כתב ע״פ המגיד משנה (פ״ו מגזילה ה״ז) דבספק תקנה לא מהני תפיסה גם לרמב״ם.

סימן שסג

1. **דין 'הרי שלך לפניך': א. גזל אתרוג שהיה שוה הרבה לפני סוכות והחזירו לאחר סוכות. האם יכול לומר לו הרי שלך לפניך? ב. גזל סחורה לפני היריד והחזירה לאחר היריד, מה דינו?**

בב״ק צח ע״ב איתא: ״גזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך״, דהוי היזק שאינו ניכר. **הפמ״ג** (או״ח סי׳ תרנו משו״ז סק״א; הובא בפת״ש סק״א) כתב דלכאו׳ יש ללמוד מכאן שהגוזל אתרוג והשיבו אחר הסוכות פטור כדין חמץ שעעה״פ. מיהו י״ל דחמץ שעעה״פ לא שכיח ולא עשו בו תקנת דינא דגרמי, אבל באתרוג דשכיח הוי דינא דגרמי וחייב, וכמו הגוזל סחורה מחבירו וביומא דשוקא שוה אלף ולאחר השוק אין שוה אלא מעט, האם נאמר דמחזיר לו סחורתו? [לכאורה כל זה לפי הרמ״א סי׳ שפו ס״ג בהבנת שיטת ריצב״א, שכתב שדנים דינא דגרמי בכל דבר השכיח ורגיל, אבל הש״ך שם (סקכ״ד) חולק וסובר שאין להוסיף על מה שאמרו חז״ל]. ונשאר בצ״ע.

בתשו׳ ב״ש אחרון (חו״מ סי׳ ה) הביא **ממוה״ר משה שלמה זלמן מקרקא** דפשיטא ליה שחייב לשלם מחיר אתרוג לפני סוכות ולא מצי למימר הש״ל, דהוי היזק הניכר, שהרי כו״ע ידעי שאתרוג לאחר סוכות אינו שוה הרבה, ודמי לגזל מטבע ונפסל בכל המדינות דחייב (ב״ק צז ע״א). משא״כ חמץ שעעה״פ לא ניכר בו שום ריעותא כלפי חוץ למי שאינו יודע שעבר עליו הפסח, ולכן אומר לו הש״ל דהוי היזק שאינו ניכר כלל. וכ״כ אחיו **מוה״ר צבי הירש מהמבורג**.

אמנם **הפת״ש** העיר על זה דהא ניחא לרמב״ם והשו״ע (ס״א) ש״פסלתו מלכות״ הוי כנסדק, כדעת רב יהודה בב״ק שם, אבל לרא״ש וטור ורמ״א (שם) ועוד פוסקים (כמובא בש״ך סק״ה) שפסקו כרב הונא דפסלתו מלכות אומר לו הש״ל אפי׳ אינו יוצא בכל המדינות, א״כ אין ראיה לאתרוג. ולכן נשאר בצ״ע.

בערוה״ש (ס״ו) כתב כהפת״ש: ״גזל אתרוג קודם סוכות והחזיר לו אחר החג דומה למטבע שפסלה המלך ותלוי בשתי הדעות שנתבארו״. והוסיף: ״וכל סחורה שגזלה והשהה אצלו עד עבור זמן מכירתה ביומא דשוקא נראה ג״כ הדין כן ולדעה אחרונה יכול לומר הרי שלך לפניך״.

אולם **בפתחי חושן** (ח״ה פ״ה הערה כז) כתב על השוואתם של הפת״ש והערוה״ש בין דין מטבע שנפסל לבין דין אתרוג שעבר עליו סוכות וסחורה שעבר עליה יום השוק, שיש לחלק, דשאני מטבע ונפסלה דלאו מעשיו גרמו להפסד, משא״כ באתרוג וסחורה שמעשיו גרמו, יש מקום לסברת הפמ״ג לחייבו מדינא דגרמי. ועוד נראה דלא עדיף משור הנסקל שדעת רוב הפוסקים שאם הסגירו בידים לב״ד חייב, אף על פי שהיזק שאינו ניכר הוא. וציין שגם **בשו״ת שואל ומשיב** (מהדו״ג ח״ג סי׳ לג) פסק שבאתרוג חייב משום שלאחר החג ניכר שאינו שוה כך כך, וכ״כ **במשפט שלום** (לעיל סי׳ ר) בדין סחורה שהוזלה. ועי׳ **באורחו״ח** (סי׳ תרמט) **ובשד״ח** (מערכת ד׳ מינים סי׳ ו אות ז, כללים מערכת הל׳ כלל קמא סימן כא) שהביאו עוד כמה אחרונים שדנו בזה. ע״כ מפתחי חושן.

ועיין לעיל סי׳ רצב **בפת״ש** (סק״ה) בדין גוזל סחורה לפני יום השוק ומחזירה אח״כ, שכתב בשם זקנו **הפנים מאירות** (ח״א סי׳ פב) לחייבו כדין מזיק גמור, ואפי׳ אם לא התכוון להזיק מבואר בסי׳ סו סכ״ג ובסמ״ע (שם ס״ק ס) וש״ך (שם סקפ״ב) דחייב בדינא דגרמי. וכ״כ **בתשו׳ בית אפרים** (חו״מ סי׳ עו). אכן הביא שם **שהחת״ס** (חו״מ סי׳ קעח) סובר כרש״ל וש״ך דהוי כמבטל כיסו של חברו שאינו אלא גרמא לדעתם ופטור [יתכן שהש״ך לשיטתו בסי׳ שפו כמובא לעיל, ודו״ק].

דינים נוספים בענין זה: **בפתח״ח** (שם) כתב דהגוזל שיק ועבר זמנו באופן שאינו יכול לגבות בו, נראה דהוי היזק ניכר, וגרע מסחורה שהוזלה, שהרי התאריך שבו ניכר. אלא שמסברא נראה דמיא לשטרות, שאם אינם נגזלים נפטר בהש״ל אפילו בהיזק ניכר. **בפת״ש** (סי׳ שפה סק״א) כתב בשם **הפמ״ג** (או״ח הנהגת או״ה סוף סדר ב) שהתוחב כף של איסור בהיתר ונאסר, הוא בכלל היזק שאינו ניכר, אלא שמסתפק באינו מינו שהטעם נרגש דאפשר שהוא היזק ניכר, ועי׳ **שער המלך** (פ״ז מה׳ חובל) בדין קדרה שנטרפה שנראה דס״ל דהוי היזק שאינו ניכר.

2. א. הגוזל מחבירו בהמה, מכונית, עבד, ספינה, השתמש בהם והחזירם, כמה ישלם עבור השימוש?

בהמה - **בב״ק** צו ע״ב: ״ההוא גברא דגזל פדנא דתורי מחבריה, אזל כרב בהו כרבא, זרע בהו זרעא, לסוף אהדרינהו למריה; אתא לקמיה דרב נחמן, אמר להו: זילו שומו שבחא דאשבח. אמר ליה רבא: תורי אשבח, ארעא לא אשבח? אמר: מי קאמינא נשיימו כוליה? פלגא קאמינא. א״ל: סוף סוף גזילה הוא, וקא הדרה בעינא, דתנן: כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה! אמר ליה, לא אמינא לך: כי יתיבנא בדינא לא תימא לי מידי? דאמר הונא חברין עלאי: אנא ושבור מלכא אחי בדינא, האי אינש גזלנא עתיקא הוא ובעינא דאיקנסיה״. מבואר שאם לא הכחישה אינו משלם, אא״כ רגיל לעשות כן שקונסים אותו. וכ״פ **השו״ע** (ס״ג): ״הגוזל בהמה ונשא עליה משא או רכב עליה או חרש או דש בה וכיוצא בזה והחזירה לבעליה, אף על פי שעבר בלא תעשה, אינו חייב לשלם כלום, שהרי לא הפסידה ולא הכחישה. ואם הוחזק אדם זה לגזול או לעשות מעשים אלו פעם אחר פעם, קונסין אותו, ואפילו בח״ל, ושמין השכר או השבח שהשביח בבהמה ומשלם לנגזל״. **הסמ״ע** (סק״ט) ציין לסי׳ ב ס״א שם מבואר דדוקא גדולי הדור או טובי העיר יכולים לקנוס.

עבד - שם צז ע״א: ״אמר רב דניאל בר רב קטינא אמר רב: התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה - פטור, ואי ס״ד עבדא כמקרקעי דמי, אמאי פטור? ברשותא דמריה קאי! הכא במאי עסקינן - שלא בשעת מלאכה... ה״נ ניחא ליה, דלא ליסתרי עבדיה [רש״י: שלא ילמד דרכי הבטלה]״. וכ״פ **השו״ע** (ס״ד): ״התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה, ולא בטלו ממלאכה אחרת, פטור, שנוח לו לאדם שלא ילמד עבדו דרכי הבטלה. ואם בטלו ממלאכה אחרת, משלם לו כפועל״. ועוד מבואר שם בגמ׳ (וכן בב״מ סד ע״ב) אם היו בעליו חייבים לו מעות אסור להשתעבד בו, דמיחזי כרבית. **הש״ך** (סק״ח) כתב דמוכח מכאן ומדין ספינה דלקמן, דבגזלן אפי׳ אם החפץ הגזול קיימא לאגרא פטור אם לא פיחתו. **הקצה״ח** (סק״ב) כתב שמהגמ׳ מוכח דאי עבדא כמטלטלי הוי, פטור אפי׳ בשעת מלאכה. ומזה הקשו על הרי״ף (שם לד ע״ב) הסובר דעבדא כמטלטלין, ובכל זאת כתב שדוקא שלא בשעת מלאכה פטור, משמע דבשעת מלאכה חייב [ועי׳ **ש״ך** סק״ט שכתב שבאמת הרי״ף סובר שאפי׳ בשעת מלאכה פטור, והקצות הולך בדרכו של **הסמ״ע** סקי״א דהרי״ף מודה דחייב, כיון שנטלו לעשות מלאכה צריך לשלם שכר בטלתו]. ותירץ הקצות עפמ״ש בסמוך (סק״ג) דחיוב שבת באדם הו״ל דין נזק ממש כמ״ש הרמב״ן בקונטרס דינא דגרמי על הא דאהדקיה באנדורניא (ב״ק פה ע״ב), וא״כ אפי׳ אם עבד כמטלטלי, חייב לשלם עבור ביטול מלאכת רבו משום שבת, ולא אמרינן כל הגזלנין משלמים כשעת הגזילה אלא בכלים וכדו׳ [כמו ספינה דבסמוך] שאין בהם דין שבת, דבזה השבח שייך לגזלן, אבל הכא שגזל עבד בשעת מלאכתו הרי הזיק ממש [כנ״ל דשבת דאדם הוי נזק] וחייב לשלם היזקו, דדמי לתברא או שתיה (ב״מ מג ע״א). וע״ש שביאר דברי הגמ׳.

ובנתיבות (סק"ה) הביא הדרישה שציין לתוס' ב"מ סה ע"א (ד"ה ניחא), ומהרש"א שם פירש דמיירי בנחית אדעתא דאגרא ולכן משלם כמו בספינה. אבל קשה דלא משמע הכי בש"ס, ע"ש. ולכן ביאר הנתיבות דדוקא במטלטלין כשלא נחית אדעתא דאגרא ממילא הוי שואל שלא מדעת דגזלן הוי, משא"כ בעבד כיון דהאמת הוא דניחא ליה דלא נסתרי עבדא א"כ כשגוזלו ואינו מניחו לעשות מלאכתו לרבו ניחא ליה לרבו שיעשה עכ"פ מלאכה לגזלן כדי שלא יתבטל, ולכן לא חשיב שואל של"מ וגזלן בשימוש זה, אלא רק גורם להיזק שמבטלו ממלאכת רבו, וממילא אינו קונה שבח גזילה שהרי אינו כגזלן בזה.

ספינה - שם: "איתמר: התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה, אמר רב: רצה - שכרה נוטל, רצה - פחתה נוטל; ושמואל אמר: אינו נוטל אלא פחתה. אמר רב פפא: לא פליגי, הא דעבידא לאגרא, הא דלא עבידא לאגרא. ואיבעית אימא: הא והא דעבידא לאגרא, הא דנחית ליה אדעתא דאגרא, והא דנחית ליה אדעתא דגזלנותא". וכתב **הרא"ש** (סי' ט): "הילכך אי לא עבידא לאגרא אפילו נחית לה בתורת אגרא אין לו אלא פחתה [כמו בבהמה], ואי עבידא לאגרא ונחית לה בתורת אגרא כרב, ואי בתורת גזלנותא כשמואל". וכן פסק **הרמב"ם** בפ"ג מהלכות גזילה (ה"ח). וכתב **הטור** דה"ה אם נטלה על דעת שאלה, דשואל שלא מדעת גזלן (עי' ר"ס רצב). וכ"פ **השו"ע** ס"ה: "התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה, אם אינה עשויה לשכר, שמין כמה פיחתה ומשלם [**בנתיבות** (סק"ו) כתב בשם **הרשב"א**, דמ"מ אין לו דין גזלן, דבגזלן הדין בכחש דלא הדר דאין שמין לגזלן ואם הוזלו השברים פחת הזול על הגזלן, משא"כ בזה שלא נתכוין לגזול רק לעשות מלאכה, לא קנסוהו כ"כ אע"פ שהוא שואל שלא מדעת. וכתב דנראה דהא דלא קנסוהו הוא לענין אם הוזלו השברים, אבל אם נאנסו לגמרי ודאי דחייב כדין שואל שלא מדעת]. ואם היא עשויה לשכר, אם ירד לה בתורת שכירות, הואיל וירד שלא ברשות, אם רצה הבעל ליטול שכרה, נוטל; רצה ליטול פחתה, נוטל. ואם ירד לה בתורת גזל, נותן הפחת וכן כל כיוצא בזה. וה"ה אם נטלה על דעת שאלה שלא מדעת, גזלן הוי".

מכונית - לכאורה בכל שימוש יש פחת ["בלאי"], אבל גם בבהמה או בספינה מן הסתם יש פיחות כלשהו ובכל זאת בעינן היזק הניכר, ואם לא הכחישה או הפסידה בעין, אינו חייב לשלם על שימושו. וה"ה בשימוש סביר במכונית. כמובן, אם המכונית עומדת להשכרה ולקחה בתורת שכירות - אם רצה הבעלים ליטול שכרה נוטל, וכמבואר גבי ספינה.

ב. ומה הדין כשהגזלן השכירם לאחרים וקיבל שכר?

כתב **הטור** בשם **הרמ"ה** (מובא בשטמ"ק ב"ק שם) דהני מילי כשעשה בה מלאכה בעצמו, אבל אם השכירה לאחר, צריך להחזיר השכר לבעלים הואיל ועומד להשכר. וביאר **החכם המרשים** (מובא בב"י) דאל"כ נמצא הגזלן מרוויח ולקתה מדת הדין. **ובב"י** תמה על פסק הרמ"ה, דהא קי"ל (סי' שסב ס"ח) דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, וא"כ אין נפק"מ אם עשה מלאכה בעצמו השכירה לאחר, ואדרבה אם השכירה לאחר יש שינוי רשות כדאמרינן בב"מ (נו ע"ב) דשכירות ליומיה ממכר הוא. ומש"כ החכם המרשים דלקתה מדת הדין אינה טענה, דהא עדיפא מינה אשכחן דשבח גזילה שייך לגזלן, ולא אמרינן דלקתה מדת הדין. אבל **הרמ"א בדרכי משה** דחה דברי הב"י, וכ"פ בהגהתו לשו"ע (ס"ה). וכ"כ **הסמ"ע** (סקי"ג) וביאר הטעם, דדוקא בשבח הגזילה שנשבח ביד הגזלן או הבאים מכוחו [יורש ולוקח] תיקנו שיקנה מפני תקנת השבים, דהוי כאילו השביחו בידו. וכן אם עשה בה הוא מלאכה תיקנו שלא יוציא מידו שכר בדנחית בתורת גזילה משום תקנת השבים אלא משלם כעין שגזל, משא"כ בשכר זה שבא לידו מעלמא ואינו נשבח בגופו, הרי הוא כהוקר הכלי דלא תיקנו בו תקנת השבים שיצטרך ליתן לו הנגזל כפי מה שנתיקר.

3. א. הדר בחצר חברו מתי צריך להעלות לו שכר ומתי לא?

אם דר בחצר חברו שלא מדעתו, ובעה"ב אמר לו "צא" ולא יצא - פשיטא שחייב בכל גוונא ליתן לו שכרו. **טור**. וכ"כ **רי"ו** בשם **רבינו יונה**, ונפסק **בשו"ע** ס"ו.

ואם לא אמר לו "צא" - בזה עוסקת הגמ' **בב"ק** כ ע"א - כא ע"א, ע"ש. להלכה הביא **הרי"ף** (שם ח ע"ב) מימרא דרב סחורה אמר רב הונא: הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אינו צריך להעלות לו שכר. וכן פסקו כל הראשונים בחצר דלא קיימא לאגרא אע"ג דגברא עביד למיגר [זה נהנה וזה לא חסר], וכל שכן בגברא לא עביד למיגר [זה לא נהנה וזה לא חסר].

<u>חצר דקיימא לאגרא וגברא לא עביד למיגר</u> - כתב **הרי"ף** (שם ט ע"א): "אבל בחצר דקיימא לאגרא צריך להעלות לו שכר ואף על גב דלא עביד למיגר [זה לא נהנה וזה חסר], דהא חסריה ממונא". וכן פסק **הרמב"ם** (פ"ג מהלכות גזילה ה"ט). אמנם לדעת **התוס'** (כ ע"א, ד"ה זה אין) פטור גם בכה"ג, דגרמא בעלמא הוא כמו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו. וכן הביא **הרא"ש** (סי' ו) בשם ר"י, ואח"כ הביא שיטת הרי"ף וכתב שלכאו' כדבריו מוכח בשמעתין "שלחוה בימי רבי וכי מה עשה זה מה חסרו ומה הזיקו", משמע הא חסרו והזיקו חייב, אך חלק על טעמו של הרי"ף שהרי אינו אלא גרמא, אבל לדינא הסכים עמו דהכא חייב, ולא דמי לנועל ביתו של חבירו ולא דר בו, דלא בא לידו כלום מחסרון חבירו, אבל כאן אע"פ שלא נהנה [דלא עביד למיגר והיה מוצא דירה אחרת בחנם], מכל מקום השתא מיהא הא אכל מה שחבירו נפסד. נמצא ששלושת עמודי ההוראה חלקו על התוס' בזה [וכ"כ **הנ"י** ח ע"ב שכל הגאונים הסכימו לרי"ף[69]]. וכ"פ **הטוש"ע** ס"ו.

כתבו **הגהות מיימוניות** (פ"ג מהלכות גזילה אות ג) בשם **ראב"ן** (סי' ז, סד ע"ב) דכל הבתים בזמן הזה קיימי לאגורי אף על פי שלא הושכרו מעולם. עכ"ל הגמ"י. וכ"כ **המרדכי** (ב"ק סי' יז). הובא בב"י ובהגה.

<u>ואם חסר הבית בכל שהוא</u> - כגון שהיה חדש והשחיר הכתלים וחסרו מערכו, אף על פי שהחצר אינה עשויה לשכר, כיון שהוא מחסר קצת מגלגלין עליו את הכל, כדמוכח בגמ' בשחרוריתא דאשייתא (כ ע"ב). חי' **הרשב"א** שם (ד"ה שאני). וכתב שכן מוכח מקילקלתא דיתמי (כא ע"א). וכ"כ **התוס'** (שם ד"ה ויהבי) **והריטב"א** (מובא בנ"י ט ע"ב) **והרא"ש** (סי' ו). ואילו **הרמ"ה** סובר (הובא בנ"י שם) שחייב לשלם רק מה שחסרו ותו לא. והלכה כרוה"פ. **רבינו ירוחם** כתב שבזה נהנה וזה לא חסר חייב על הכל כנ"ל, אבל בזה לא נהנה וזה לא חסר [חצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר] נחלקו הדעות האם מגלגלין עליו את הכל בחסרון כלשהו. **בשו"ע** ס"ז הובאה דעת המחייבים בשם "יש אומרים", והרמ"א הוסיף שיש חולקים. **בקצה"ח** (סק"ד) ביאר שהחיוב על שחרוריתא דאשייתא אינו מדין מזיק כיון דאם ישכור פועל ללבנו הדרא ללבנוניתא, והו"ל כמו זורק מטבע לים היכא דאפשר לאהדורי ע"י צוללן דאע"ג דצריך הוצאה אינו אלא גרמא ופטור (עי' ב"ק צח ע"א ובתוד"ה עכורין), אלא היכא דנהנה מתחייב על הנאתו כיון דגרם לזה חסרון, וכמו באומר את גרמת לי הקיפא יתירא (ב"ק כ ע"ב), דודאי אין בזה משום דין מזיק, אלא אם נהנה חייב לשלם מה שנהנה כיון שזה מיהא חסר על ידו. ובזה ביאר דעת הרמ"ה הנ"ל. ועי' באחרונים שהשיגו על הקצות בזה, דשאני הכא שיש חסרון בגוף הבית ולא דמי לזורק מטבע.

כתבו **התוס'** (כ ע"ב ד"ה טעמא) דפטור דוקא כשלא גילה הדר בדעתו שהיה רצונו ליתן לו שכר אם לא יניחנו לדור בו בחנם. אבל אם גילה בדעתו כן, צריך ליתן לו שכר. והובא **בשו"ע** (ס"ח) בשם יש אומרים.

יש לציין מש"כ **בפתחי חושן** (ח"ה פ"ז הערה כט) שלכתחלה אסור להכנס לדור בבית חבירו כי אם ברשותו ממש, ואפילו בחצר דלא קיימא לאגרא, דגם בקרקע מסתבר שיש דין שואל שלא מדעת, ודירה

---

[69] אמנם בד"מ וב"ח הביאו שבפרק המקבל כתב שהאחרונים הסכימו לתוס', אבל אינו נמצא כן לפנינו. ועי' הגהות והערות אות נג.

בביתו הוא דבר שדרך להקפיד עליו, וכ״ש שבמציאות יש חסרון בדרך כלל, וטעמי דשאיה יוכת שער או ביתא מייתבא יתיב נראה שלא נאמרו אלא לענין דיעבד. וע״ע שם דעות ופרטים נוספים בזה.

ב. ומה הדין אם פלש לחצר חברו כשהיא ריקה?

כתב **בהגה״א** (על הרא״ש סי׳ ו) בשם ראבי״ה דאם אין משתדל לשוכרו או להשכירו אף על גב דאילו הוו בעלים הכא הוו מוגרי ליה, כיון דליתנהו הכא לא הוא ולא שלוחו, הדר בו פטור דהוי כמו דלא קיימא לאגרא. וכ״כ **בשלטי גיבורים** (ט ע״א מדפה״ר אות ב). [והוסיף דאין להקשות על זה מהאי דשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון דאע״פ דדר ביה שלא ברשות שמעון מעלה שכר לשמעון (והובא בשו״ע ס״י בשם י״א), דהתם ראובן שמשכירו חשיב משתדל של שמעון. **ובקצה״ח** (סק״ו) תמה, שהרי מקור דין זה דשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון הוא **מהגהת מיימוני** (פ״ג דגזילה אות ג), ושם מבואר להדיא דהיינו דוקא ששמעון או שלוחו בכאן והיו משתדלין להשכירו, אבל אי ליתיה לשמעון ולא שום משתדל, אף על גב דראובן משכירו אין השוכר מעלה שכר לשמעון (כמובא **בהגה** ס״י). ונשאר בקושיא.

ובערוה״ש (סכ״ב) כתב לחלק, שאם בשעה שהלך שמעון מן העיר לא היה דר בדירה אדם, אה״נ דחשיבא כחצר דלא קיימא לאגרא, אבל אם היה דר בה אדם וראובן הוציאו מביתו והשכירו לאחר, ודאי דהוי כקיימא לאגרא אצל הבעלים [ובזה מיושבת קושיית הקצה״ח]. וסיים: ״ומזה למדנו דאם ראובן הניח ביתו ריקם והלך מהעיר ונכנס שמעון להבית עד שבא ראובן א״צ לשלם בעד דירתו דכיון שהניחה ריקם הוי כלא קיימא לאגרא״.

ג. ומדוע דין זה שונה ממי ששכר בית מחברו ויצא קודם הזמן שחייב להעלות לו שכר?

כתב הטור בשם **הרמ״ה** שאם גזל חצר חבירו העומדת להשכרה ולא דר בה, חייב. אבל **הרא״ש** (סי׳ ו) פוטר. **הרמ״א** (ס״ו) פסק כדעת הרא״ש. [ועי׳ ב״ח שכתב שדעת הרמב״ם והסמ״ג ועוד כדעת הרמ״ה שחייב דהוי דינא דגרמי].

בשער משפט לעיל סי׳ שיב (סק״ב; הובא בפת״ש שם סק״ד) הקשה על שיטת הרא״ש, מאי שנא מהמבואר שם בסעיף ז׳ שאם דר בבית בשכירות ויצא קודם הזמן בלא הודעה כדין, חייב לשלם [או להעמיד לו שוכר אחר]. ותירץ, דמש״ש הטוש״ע שחייב לשלם היינו מדיני שמים, דאינו יוצא ידי שמים עד שישלם ומשמתין אותו על כך, דכל הגרמות משמתין אותו עד דמסלק הזיקא כמבואר בסי׳ נה ס״א בהג״ה ובסי׳ קעה סעיף מ. אבל בדיני אדם אם יצא מהבית ולא הודיעו אין מוציאין ממנו בב״ד דאינו אלא גרמא דפטור. וה״ה בדין המבואר שם בסעיף יד שאם נוהגין שיש להם ראש שנה קבוע לשכירות הבתים, וראובן שכר בית משמעון לשנה אחת, ואחר שכלתה השנה נשאר בבית חדש אחד ורצה לצאת. הדין עם שמעון שיכול לעכב עליו שלא לצאת עד תשלום כל השנה, שגם דין זה הוא רק לצאת ידי שמים.

אמנם **הפת״ש** לא הסכים עם סברתו וציין למש״כ **בנחלת צבי**, ושם הביא דברי הרא״ש (ב״מ פ״ו סי׳ א) לענין שוכר פועלים ולא מצאו תבואה דנותן להם שכרם כפועל בטל, דה״ה אם לא הלכו אלא שהפועלים כבר אינם יכולים למצוא עבודה. **ובפלפולא חריפתא** שם (אות ד) כתב דלא דמי לנידון דידן שאפי׳ גירשו מביתו פטור בגברא דלא עביד למיגר, דלא ברי היזקא, דשמא לא ימצא שוכר [והוי גרמא], משא״כ בפועלים ודאי היו מוצאים עבודה אם לא היה שוכרם וברי היזקא [הוי גרמי]. ולפ״ז יוצא שדברי השער משפט נכונים לגבי סעיף ז׳ [דלא ברי היזקא, דשמא ימצא שוכר אחר], אך אינם נכונים בסעיף יד דהתם דמי לשכירות פועלים שהרי יש זמן קבוע למצוא שוכרים, וא״כ הוי דינא דגרמי וחייב.

והנחלת צבי עצמו כתב שיותר נראה לו לחלק באופ״א, דשאני בסי׳ שסג שלא ירד בתורת שכירות ולכן א״א לחייבו, משא״כ בסי׳ שיב ירד בתורת שכירות, ולכן חייב לשלם מדינא הן בס״ז והן בסי״ד.

סימן שסד

1. **נכנס לבית חבירו ולקח כלים ויש רק עד אחד שמעיד שלקח כלים ולא יודע כמה לקח. בעל הבית טוען שלקח 20 כלים, והוא מודה שלקח 10 כלים, והם שלו. מה הדין?**

בב"ב לג ע"ב-לד ע"א מובא דין נסכא דרבי אבא: "ההוא גברא דחטף נסכא מחבריה, אתא לקמיה דרבי אמי, הוה יתיב ר' אבא קמיה, אייתי חד סהדא דמיחטף חטפא מיניה, אמר ליה: אין, חטפי ודידי חטפי; אמר רבי אמי: היכי נידיינוה דייני להאי דינא? לישלם, ליכא תרי סהדי! ליפטריה, איכא חד סהדא! לישתבע, הא אמר מיחטף חטפה, וכיון דאמר דחטפה - הוה ליה כגזלן! אמר ליה רבי אבא: הוי מחויב שבועה שאינו יכול לישבע, וכל המחויב שבועה שאינו יכול לישבע - משלם". וכ"פ השו"ע בסי' עה סי"ג ובסי' שסד ס"ג. ובסעיף ז' כתב ע"פ **הרמב"ם** (פ"ד מגזילה הי"ז) דה"ה בנידון השאלה: "נכנס לביתו של חבירו שלא בפניו ונטל משם כלים בפני עד אחד, ואין העד יודע כמה נטל, בעל הבית אומר: עשרים כלים היו בביתי, גזלן אומר: לא נטלתי אלא עשרה והם שלי, חייב להחזיר העשרה, מפני שהוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ואינו נשבע על השאר אפילו שבועת היסת, מפני שאינו יכול לטעון על הגזלן טענת ודאי". וביאר **הסמ"ע** (סק"ז) שכיון שהעד ראה שהגזלן הוציא כלים ואינו יודע כמה, והגזלן מודה שהוציא עשרה, חייב, ואע"פ שאומר שנטל את שלו והודה מעצמו כמה נטל, אין אומרים בזה מיגו דהפה שאסר וכו', דהוי כמיגו במקום חזקה, דחזקה מה שברשותו של אדם שלו הוא. ולכן מחויב שבועה וא"י לישבע ומשלם.

הראב"ד חולק וסובר דבכה"ג לא הוי משואיל"מ, כי הנגזל אינו יודע בוודאות כמה נלקח ממנו, וגם העד אינו יודע, ולא הוי מחויב שבועה בטענת שמא. ולדעתו אין לצרף עדות העד על עצם החטיפה יחד עם הודאת הגזלן כמו שכתב הרמב"ם. וע"ע בסמ"ע (שם) מה שכתב לחלק בין נידון זה לנידון בסי' עה. וכתב **המגיד משנה** שלדעת הרמב"ם נשבעין בעד אחד בטענת שמא ולא על מודה מקצת אלא בטענת ודאי וזה של מודה מקצת מוסכם הוא ובזה נסתלקה ההשגה.

סימן שסה

1. **אברך שביקש לעשות צדקה באמצע הסדר ונכנס למלתחה כדי להוציא מכיס חליפתו כסף, וטעה והכניס ידו לכיס של אחר ובסוף היום ראה שטעה אך לא יודע למי להחזיר. ותלה מודעה בישיבה: "למי שחסר חמישים ש"ח שיפנה אליו" מה הדין בכגון זה אם אף אחד לא פונה אליו? כשאף אחד לא נענה ולומר מונח עד שיבוא אליהו. בידי מי מונח, בית הדין או אצלו עד שימצא מי שהוא ורצונו לצאת ידי שמים?**

עי' **יבמות** קיח ע"ב **וב"מ** לז ע"א פלוגתת רבי עקיבא ורבי טרפון בגזל מחמישה בני אדם ואינו יודע ממי גזל וכל אחד אומר אותי גזל: לר"ע משלם לכאו"א, לר"ט מניח גזילה ביניהם ומסתלק. ומבואר בב"מ שם שאבל אם אינם תובעים אותו, לכו"ע מעיקר הדין נותן להם הגזילה, ורק בבא לצאת ידי שמים נותן לכל אחד.

לרוב הראשונים הלכה כר"ע שאם כ"א תובע הגזילה נשבעים וחייב לשלם לכולם, וכ"כ **השו"ע** (ס"א). אבל **הש"ך** (סק"ב) הביא שיטת **רז"ה** (ב"ק לו ע"ב וב"מ כ ע"ב מדפה"ר) שפסק כר"ט, ויישב קושיות הרמב"ן במלחמות, והוכיח שכן סוברים **בה"ג** (סי' מג) **ורב האי גאון** (מקח וממכר, שער לט), **והראב"ד** (מובא בנ"י ב"מ כא ע"א), והכריע דאע"פ שלרוה"פ הלכה כר"ע, מ"מ אפשר לומר קים לי כר"ט.

ונחלקו האחרונים כאשר מודה שגזלם והם אינם תובעים אותו, דמחלקים ביניהם את הגזילה: **לש"ך** (סק"ג) חלוקה זו מדינא ואינה תלויה בבחירתם, דאל"ה פשיטא, ועוד דבפיקדון כתב הרמב"ם להדיא

שדוקא אם הם רוצים חולקים, מוכח דהכא מדינא הוא. ועוד, דמאי שנא מכל מקום דקי״ל יהא מונח, דלרמב״ם הכוונה ביד המחזיק ולא ביד בי״ד. אמנם **הקצות** (סק״א) סובר שהחלוקה היא מבחירתם ע״פ שיטת התוס׳ ריש ב״מ, שרש״י שם סובר דאמרינן יהא מונח היכא שיש ודאי רמאי [כמו בשניהם אומרים ״אני ארגתיה״] וא״כ דברי הש״ך צודקים לשיטתו, דהכא אין ודאי רמאי ושייך לומר דיחלוקו מדינא. אבל לתוס׳ והרא״ש המדד הוא האם החלוקה יכולה להיות אמת, והיכא שא״א שתהיה אמת אמרינן יהא מונח. וע״פ שיטתם, בנ״ד שלא יתכן שהחלוקה אמת, ע״כ שהחלוקה היא בהסכמתם ולא מדינא.

עוד יש לדון בנ״ד דמיירי בגזילה בשוגג, עי׳ **בקצה״ח** לעיל סי׳ כה סק״א שהסתפק האם יש דין גזילה בכה״ג, דבב״ק (כו ע״ב) משמע דאדם מועד לעולם דוקא גבי מזיק משום ריבויא דקרא ״פצע תחת פצע״, אבל בגניבה וגזילה לא מרבינן שוגג כמזיד, וכגון שלקח חפץ של חבירו ונתנו לאחר כסבור של אחר הוא, וכמ״ש תוס׳ (ב״ק עט ע״א ד״ה נתנו). ועי׳ גם בנימוקי יוסף שם (כט ע״א בדפי הרי״ף) ובש״ך סי׳ שמח (סק״ו) לענין שליח לגזילה בשוגג שהשליח לכו״ע פטור [ע״ש בתשובה 3]. עולה משם דבגזילה כיון דגוף החפץ לא הזיק אלא הגביה ונתנו לאחר והיה שוגג בו דכסבור שהוא של אחר לא מחייב על השוגג. אמנם אפ״ל דהתם הוי כאונס, אבל הקצות כותב דאינו נראה שיהיה אונס גמור, דהא חזקה כל מה שיש תחת יד אדם הוא שלו וא״כ לא היה לו ליקח מבית בעליו, ולכן נראה שהגדרתו כשוגג ובכל זאת פטור. וסיים הקצות: ״וצריך לימוד״.

סימן שסח

1. ליסטים ישראל או גוי ששדד את ישראל אחר, ועמד אחד והציל מידו. האם הוא חייב להחזיר לבעלים או לא? ומה הדין במציל מיד גנב גוי או יהודי?

בב״ק קיד ע״א תנן: המציל מן הליסטים אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו. ובגמ׳ שיטת רב יוסף לחלק בין גויים לישראל, ומשמע שדין המשנה נאמר דווקא לגבי גויים, אך לגבי ישראל לעולם הוי יאוש בעלים וזה שלו. בביאור החילוק שבידן דיני ישראל לגוי נאמרו שני טעמים: א. הגויים דנים לפי אומדן דעת וישראל לפי ראיות ועדים. ב. הגוים דנים בכח בעוד ישראל לא דנים כך. עכ״פ מבואר שהמציל מן הגוי, מסתמא הנגנב לא מתייאש ולכן אמרו במשנה שדווקא אם התייאש קנה, אך לגבי ישראל מתייאש ממילא. וכ״פ השו״ע.

הטור והרמ״א הבינו שליסטים היינו גזלן, אך הש״ך הוכיח בראיות רבות שליסטים היינו גנב. עוד נחלקו, האם מח׳ ר״ש ורבנן היא לגבי גוי (טור), או לגבי ישראל (ש״ך). לפי **הש״ך** שהשו״ע דיבר על גנב, ובו יש חילוק בין המציל מגנב ישראל, שהרי אלו שלו, כיוון שוודאי שהבעלים התייאשו, לבין המציל מגנב גוי, שהבעלים לא מתייאש בגלל שדנים בגאות. אמנם לפי הבנת **הרמ״א** דליסטים הוא גזלן, מוסיף הרמ״א שסתם גניבה אפי׳ בגוי הוי יאוש כיוון שלא ידוע ממי גנב, ולשיטתו בגניבה אין חילוק בין ישראל לגוי. רוב האחרונים פסקו כדעת הש״ך.

2. גוי גזל חפץ מישראל ובא ישראל אחר וגזלה ממנו. האם צריך להחזיר לנגזל?

נתבאר לעיל סימן שסב.